



INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE INFORMACIÓN CLASIFICADA

Se ha recibido en el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno AAI –desde ahora, CTBG– escrito del Secretario General Técnico-Director del Secretariado del Gobierno fechado el 19 de septiembre por el que *se remite el Anteproyecto de Ley de Información Clasificada, y su Memoria del Análisis de Impacto Normativo, que fue elevado al Consejo de Ministros de fecha 1 de agosto de 2022, conforme a lo previsto en el artículo 26.4, párrafo primero, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, a fin de que por ese organismo se emita informe, según lo previsto en el artículo 26.5 de la citada Ley 50/1997, de 27 de noviembre.*

El artículo 38.1.c) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno –desde ahora, LTAIBG–, atribuye al CTBG la función de *[i]nformar preceptivamente los proyectos normativos de carácter estatal que desarrollen esta Ley o que estén relacionados con su objeto.* Por su parte, el artículo 12.b) del Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno confiere el ejercicio de dicha función de informe a la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno.

I

La versión del Anteproyecto examinada se estructura en dos partes, una expositiva y otra dispositiva. Esta última consta de 48 artículos, sistematizados en un título preliminar, cuatro títulos, y una parte final que comprende cuatro disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

En concreto, en el título preliminar –«*Disposiciones generales*», artículos 1 a 2– se aborda el objeto y el ámbito de aplicación de la norma. En cuanto al primero, se especifica que consiste en regular, tanto el *régimen jurídico aplicable a aquella información cuya revelación no autorizada o utilización indebida pueda ocasionar un daño o poner en peligro la seguridad o defensa nacional, como los procesos de clasificación, desclasificación y reclasificación de dicha información.* El artículo 2 determina el ámbito subjetivo de aplicación estableciendo que se extiende a las autoridades del sector público y, en particular, a las allí relacionadas, siendo aplicable lo relativo al conocimiento indebido de la información a toda persona física.



El título I –«*Categorías de clasificación*», consta de un único precepto (artículo 3) en el que, por una parte, se regulan las cuatro categorías en que podrá clasificarse la información –alto secreto, secreto, confidencial y restringido- y, por otra, se regula, para cada una de ellas, el presupuesto de hecho que la justifica: la amenaza o perjuicio que la revelación no autorizada o la utilización indebida de la información pueda generar para los intereses de España en función de su intensidad (extremadamente grave, grave, leve, ser contraria), y especificándose los ámbitos materiales sobre que se pueden proyectar las clasificaciones.

El título II –«*Órganos competentes y procedimientos*», artículos 4 a 19- consta de tres capítulos. El capítulo I –*Órganos competentes*- regula las autoridades de clasificación, reclasificación y desclasificación de la información, enumerando un amplio listado de autoridades -artículo 4-, las facultades que se atribuyen a dichas autoridades de clasificación en el ejercicio de sus funciones –artículo 5-, la denominada «Autoridad Nacional para la protección de la información clasificada» –artículo 6- y las Unidades de información clasificada, que existirán en el seno de las estructuras orgánicas de las autoridades de clasificación, reclasificación y desclasificación –artículo 7-. Por su parte, el capítulo II –*Procedimiento de clasificación*- se divide en tres secciones comprensivas de los siguientes extremos: en la primera se abordan las disposiciones generales sobre el procedimiento de clasificación –artículos 8 y 9-, la segunda se dedica al procedimiento específico de clasificación en las categorías de «Alto secreto» y «Secreto» –artículo 10-, mientras que en la tercera se disciplina el procedimiento de clasificación aplicable a las categorías de «Confidencial» y «Restringido» –artículos 11 a 15-. En último término, el capítulo III trata del *procedimiento de desclasificación y reclasificación* –artículos 16 a 19-.

El título III –«*Régimen jurídico de la información clasificada*», artículos 20 a 38- se ordena en cinco capítulos. En el capítulo I se regula el *acceso a la información clasificada* con arreglo al siguiente esquema: se parte del presupuesto de hecho de que el acceso a información clasificada ha de basarse en «la necesidad de conocer» –artículo 20-, ha de disponerse de una habilitación personal de seguridad –artículo 21-, pueden existir habilitaciones de seguridad de empresa y de establecimiento –artículo 22-, se regula una autorización para el caso de la información clasificada en categoría de «Restringido» –artículo 23-, y, finalmente, se prevé un deber de confidencialidad y concienciación de seguridad –artículo 24-.

El capítulo II se dedica a la *seguridad en el tratamiento de la información clasificada*, previendo la existencia de registros de información clasificada –artículo 25-, las condiciones de custodia de la información –artículo 26-, la consulta, traslado y transmisión de la información clasificada –artículo 27-, las consecuencias de que la información clasificada quede comprometida –artículo 28-, el supuesto de protección de información clasificada bajo distintas categorías –artículo 29-, la protección equivalente y destrucción de la información complementaria, como borradores, copias previas, anotaciones, grabaciones en soportes físicos o informáticos –artículo 30-, el archivo o digitalización de la información desclasificada –artículo 31-, las forma de proceder ante amenazas a la seguridad de la



información clasificada –artículo 32- y, finalmente, el supuesto del conocimiento indebido de información clasificada –artículo 33-.

En el capítulo III –*Régimen internacional*- se contemplan los regímenes aplicables a la información clasificada que se transmite a otros Estados u organizaciones internacionales y a la información clasificada por otro Estado u organizaciones internacionales –artículos 34 y 35, respectivamente-. El capítulo IV se dedica al acceso parlamentario a la información clasificada –artículo 36-. Y, por último, el capítulo V –*Control y acceso jurisdiccional de la información clasificada*- trata sobre el control jurisdiccional de la clasificación, atribuyendo a la sala tercera del Tribunal Supremo el conocimiento de los recursos contra diligencias o directivas de clasificación –artículo 37-, y el acceso a la información clasificada en el marco de un proceso jurisdiccional –artículo 38-.

El título V –«*Régimen sancionador*», artículos 39 a 48- disciplina los elementos característicos de este régimen: responsabilidad –artículo 39-, clasificación de las infracciones –artículo 40-, sanciones y sanciones accesorias –artículos 42 y 43-, criterios de graduación de las sanciones –artículo 44-, prescripción de infracciones y sanciones –artículo 45-, el carácter subsidiario del procedimiento administrativo respecto del penal –artículo 46-, las medidas provisionales –artículo 47-, el procedimiento sancionador –artículo 48- destacando, por último, el grado de detalle en orden a la tipificación de conductas infractoras muy graves, graves y leves –artículo 41- .

En la parte final, las disposiciones adicionales se dedican a la información clasificada con carácter general por una ley, la primera; a la equivalencia de categorías de clasificación previa a la entrada en vigor de la ley con las categorías vigentes tras su entrada en vigor, la segunda; a la correspondencia entre categorías de clasificación aplicables a la información clasificada intercambiada en interés con la Unión Europea, la Organización del Tratado del Atlántico Norte o la Agencia Espacial Europea, la tercera; y a la interrupción de la prescripción del derecho a reclamar responsabilidad patrimonial de la Administración, la cuarta. Por su parte, la disposición transitoria única aborda el supuesto de desclasificación de información clasificada con anterioridad a la entrada en vigor de la norma. La disposición derogatoria única deroga la Ley 9/1968, de 5 de abril sobre secretos oficiales y el Decreto 242/1969, de 20 de febrero, que la desarrolla. En último término, las disposiciones finales se refieren a la modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en coherencia con la previsión del artículo 37, la primera; a los títulos competenciales, la segunda; a la habilitación reglamentaria, la tercera; y a la entrada en vigor, que se producirá a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, la cuarta.



II

De conformidad con lo establecido en el artículo 38.1.c) de la LTAIBG arriba transcrito, la competencia del CTBG para informar preceptivamente los proyectos normativos estatales se extiende a aquellos que *«estén relacionados con su objeto»*.

El objeto de la LTAIBG, según determina en su artículo 1, es *«ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir con los responsables públicos así como con las consecuencias derivadas de su incumplimiento»*.

Este objeto se encuentra estrechamente vinculado con las finalidades perseguidas por el Legislador español con la aprobación de la LTAIBG, que se explicitan en su preámbulo en los siguientes términos:

«La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos.

Los países con mayores niveles en materia de transparencia y normas de buen gobierno cuentan con instituciones más fuertes, que favorecen el crecimiento económico y el desarrollo social. En estos países, los ciudadanos pueden juzgar mejor y con más criterio la capacidad de sus responsables públicos y decidir en consecuencia. Permitiendo una mejor fiscalización de la actividad pública se contribuye a la necesaria regeneración democrática, se promueve la eficiencia y eficacia del Estado y se favorece el crecimiento económico».

En consonancia con el objeto descrito y para alcanzar los fines trazados, aparte de las obligaciones de publicidad activa que deberán cumplir los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación, la LTAIBG regula con carácter básico el régimen jurídico del derecho de acceso a la información relativa a la actividad pública. A ello dedica el Capítulo III del Título I en el que se determinan la titularidad del derecho, el ámbito protegido, los límites, el procedimiento de ejercicio y las garantías. A efectos de apreciar la estrecha relación de la regulación proyectada con el objeto de la LTAIB es suficiente con traer aquí a colación tres de sus preceptos.

En primer lugar, el artículo 12 en el que se establece que *«todas las personas tienen el derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de*



la Constitución Española, desarrollados por esta Ley». En segundo lugar, el artículo 13 en el que se delimita el ámbito objetivo del derecho, definiéndolo en los siguientes términos: «Se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones». Y, por último, el artículo 24 en el que se prevé que «[f]rente a toda resolución expresa o presunta en materia de acceso podrá interponerse una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, con carácter potestativo y previo a su impugnación en vía contencioso-administrativa», y se regula su procedimiento.

De lo dispuesto en estos artículos y en los demás que integran el mismo Capítulo de la LTAIBG se deriva, como ha subrayado el Tribunal Supremo en diversas ocasiones, que el derecho de acceso a la información pública aparece configurado en nuestro ordenamiento con una «formulación amplia» tanto en el reconocimiento como en su regulación legal, lo que obliga a interpretar de forma estricta sus limitaciones (*STS de 16 de octubre de 2017-ECLI:TS:2017:3050*, reiterado en varias posteriores). Como consecuencia de ello, en nuestro sistema actual rige un principio general favorable a acceso a la información pública, de suerte que sólo cabe denegarlo cuanto el órgano competente justifique de manera expresa, clara y suficiente que en el caso concreto concurre una causa de inadmisión o prevalece un límite legal a partir de una interpretación estricta de los mismos.

El contenido normativo del Anteproyecto examinado afecta de manera muy relevante al alcance del derecho de todas las personas a acceder a la información pública, reconocido en el artículo 105.b) de la Constitución y regulado en la LTAIBG, en cuanto tiene por objeto establecer un régimen jurídico diferenciado para determinadas informaciones que, con arreglo a la definición del artículo 13 de la LTAIBG, tienen la naturaleza de «información pública», excluyéndolas *del régimen general de acceso y transparencia establecido en la Ley 19/2013*, tal y como se advierte expresamente en la exposición de motivos.

III

Para situar las observaciones que a continuación se van a formular en el contexto jurídico adecuado -aun sin terciar en la cuestión controvertida en nuestro país acerca de si el derecho de acceso a la información pública tiene o no la condición de derecho fundamental y de cuál es su grado de vinculación con otros derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución (particularmente con las libertades de expresión y de información garantizadas en el artículo 20)-, se considera pertinente hacer una breve referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (desde ahora, TEDH) sobre el derecho de acceso a la información pública y su garantía en el marco del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (desde ahora, CEDH).



El TEDH considera que el derecho de acceso a la información pública forma parte del derecho a la libertad de expresión y de información consagrado en el artículo 10 CEDH (*Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.*) cuando su ejercicio tiene un carácter instrumental para el disfrute de dichas libertades. Así lo ha proclamado expresamente en la Sentencia *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, de 8 de noviembre de 2016, en la que sostiene que si bien el artículo 10 CEDH no confiere con carácter general a los individuos un derecho de acceso a la información en poder de una autoridad pública ni obliga a la Administración a proporcionarles dicha información, sin embargo, tal derecho u obligación puede surgir cuando el acceso a la información es instrumental para al ejercicio por una persona de su derecho a la libertad de expresión, en particular de la «libertad de recibir y comunicar información», y su denegación constituye una injerencia en este derecho. Y en esa misma Sentencia estableció los siguientes criterios para valorar cuándo se dan tales presupuestos: a) la finalidad perseguida con la solicitud de acceso a la información, b) la naturaleza de la información requerida, c) la condición del reclamante, y d) si la información existe y está disponible. En particular, en lo que concierne a la naturaleza de la información, precisó que la información cuyo acceso se solicita ha de ser de interés público, interés que concurre cuando la revelación de la información proporciona transparencia en el modo de gestionar los asuntos públicos y en aquellas materias que sean de interés para la sociedad en su conjunto, facilitando con ello la participación de la ciudadanía en la gobernanza de los asuntos públicos.

Ha de tenerse presente por tanto que, en la medida en la que el derecho de acceso a la información pública está incluido en el artículo 10 CEDH -y lo está siempre que la información solicitada tenga interés público-, participa de sus garantías, de modo que cualquier limitación o restricción del mismo deberá satisfacer las exigencias establecidas en el apartado segundo del artículo 10 en el que se prevé que el ejercicio de las libertades de expresión y de información puede ser «*sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial*».

Estas condiciones de validez de las eventuales limitaciones o restricciones de las libertades de expresión y de información han sido interpretadas y precisadas por el TEDH en múltiples pronunciamientos, sentando unos parámetros de enjuiciamiento que están muy consolidados y que, dada su extensión y nivel de detalle, aquí solo cabe reseñar a grandes rasgos.

Así, en lo que respecta a la necesidad de que cualquier limitación esté «prevista en una ley», el TEDH viene reiterando constantemente en su jurisprudencia relativa a las restricciones de derechos que el texto normativo ha de reunir determinados requisitos de calidad para poder



aceptar que se cumple tal condición. La ley nacional ha de ser suficientemente comprensible y previsible, ha de estar enunciada con la precisión adecuada para permitir que la persona – asistida en su caso por un abogado– regule su conducta. Y para que se pueda juzgar conforme a estas exigencias, debe ofrecer una protección adecuada contra lo arbitrario, definiendo con suficiente claridad el alcance y las modalidades de ejercicio de la facultad que se confiere a las autoridades competentes. (Jurisprudencia resumida por el propio Tribunal en *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland*, §§ 142-145).

En lo que hace al requisito de que la injerencia en el derecho ha de ser «necesaria en una sociedad democrática», el propio TEDH ha resumido los criterios que viene aplicando para determinar su concurrencia, entre otras, en las Sentencias de los casos *Animal Defenders International v. United Kingdom* y *Delfi AS v. Estonia* en los siguientes términos:

(i) La libertad de expresión constituye uno de los pilares fundamentales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y para la autorrealización del individuo. (...) Según lo dispuesto en el artículo 10, esta libertad está sujeta a excepciones, que (...) deben, sin embargo, interpretarse estrictamente, y la necesidad de cualquier restricción debe establecerse de manera convincente (...)

(ii) El adjetivo “necesario”, en el sentido del artículo 10 § 2, implica la existencia de una “necesidad social urgente”. Los Estados Contratantes tienen un cierto margen de apreciación al evaluar si existe tal necesidad, pero ello va de la mano de la supervisión europea, abarcando tanto la legislación como las decisiones que la aplican, incluso las dictadas por un tribunal independiente. Por lo tanto, el Tribunal está facultado para otorgar la decisión final sobre si una “restricción” es conciliable con la libertad de expresión protegida por el artículo 10.

(iii) La tarea del Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción de control, no es sustituir el papel de las autoridades nacionales competentes, sino más bien revisar con arreglo al artículo 10 las decisiones que adoptaron de conformidad con su poder de apreciación. Esto no significa que la supervisión se limite a determinar si el Estado demandado ejerció su discreción de manera razonable, cuidadosa y de buena fe; lo que tiene que hacer el Tribunal es observar la injerencia denunciada a la luz del caso en su conjunto y determinar si era “proporcional al objetivo legítimo perseguido” y si las razones aducidas por las autoridades nacionales para justificarlo son “pertinentes y suficiente” (...). Al hacerlo, el Tribunal debe cerciorarse de que las autoridades nacionales aplicaron normas que estaban en línea con los principios incorporados en el Artículo 10 y, además, que se basaron en una evaluación aceptable de los hechos (...)

El carácter necesario en una sociedad democrática de la restricción que se imponga exige, por tanto, un juicio de proporcionalidad a fin de asegurar que se trata de una medida restrictiva idónea (adecuada para conseguir el fin perseguido) y proporcional en sentido estricto (esto es, la menos restrictiva para el ejercicio del derecho tras ponderar la importancia del interés público a preservar).



Por otra parte, el TEDH ha precisado que los conceptos de «seguridad nacional» y «seguridad pública» mencionados en el artículo 10.2 del CEDH como posibles restricciones a las libertades de expresión y de información, «*deben aplicarse con moderación, interpretarse restrictivamente y entrar en juego solo cuando se haya demostrado que es necesario para suprimir la divulgación de la información con el fin de proteger la seguridad nacional y la seguridad pública*» (*Stoll v. Switerland*, § 54).

También es relevante para el objeto del presente informe que el TEDH ha resaltado en varias ocasiones que la ausencia de un control judicial efectivo puede fundar una violación del artículo 10 del CEDH (*vid. Baka v. Hungary* § 161, con cita de otras)

Finalmente cabe recordar que, con posterioridad a la Sentencia *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, el TEDH ya aplicó la doctrina de la inclusión del derecho de acceso a información pública en el artículo 10 del CEDH en varios supuestos, entre ellos, dos en los que precisamente se alegaba que la denegación del acceso a determinadas informaciones basada en la clasificación como reservados o secretos de los documentos que las contenían vulneraba las libertades de expresión e información: Sentencia de 18 de marzo de 2021 (*Yuriy Chumak v. Ukraine*) y Sentencia de 3 de febrero de 2022 (*Šeks v. Croatia*)

Dado que España es Parte del CEDH desde el año 1979, y también ha firmado y está en proceso de ratificar el Convenio el Consejo de Europa nº 205 sobre el Acceso a los Documentos Públicos -en vigor desde el 1 de diciembre de 2020-, ha de asegurarse la coherencia entre la legislación proyectada y los parámetros que se acaban de exponer.

IV

Entrando ya en el examen del contenido del Anteproyecto, se procederá, en primer término, a analizar las previsiones relativas a la determinación de qué informaciones son susceptibles de ser clasificadas en las distintas categorías recogidas en su artículo 3: «Alto secreto», «Secreto», «Confidencial» y «Restringido».

A diferencia de la técnica empleada en otros textos de referencia (como, por ejemplo, la *Decisión del Consejo 2013/488/UE, de 23 de septiembre de 2013, sobre las normas de seguridad para la protección de la información clasificada de la UE*), el Anteproyecto no se limita a determinar el presupuesto de hecho que habilita a clasificar informaciones en cada una de las categorías previstas sino que incorpora una extensa relación de los ámbitos materiales en los que tal clasificación puede llevarse a cabo, incorporando materias que exceden, en todo o en parte, el contorno propio de las nociones generalmente admitidas de seguridad y defensa nacional -que son los bienes jurídicos cuya protección frente al daño o la puesta en peligro derivados de una revelación no autorizada o de una utilización indebida de las informaciones sirve de fundamento y de justificación al régimen jurídico que se persigue



establecer, según se indica en la exposición de motivos y se establece en el artículo primero del texto-.

Así, en el amplio elenco de materias susceptibles de ser clasificadas como «Alto secreto» y «Secreto» (apartados 2 y 3 del artículo 3º) se relacionan algunas que exceden del ámbito propio de la seguridad y la defensa nacional tal y como son generalmente interpretados por nuestra doctrina y jurisprudencia. Es el caso de la *seguridad pública y la vida de los ciudadanos, las relaciones exteriores de España o situaciones de tensión internacional y los intereses económicos o industriales de carácter estratégico*, materias que en modo alguno son encuadrables en su totalidad en las categorías mencionadas, pudiendo ser únicamente reconducibles a su contorno determinados aspectos específicos cuando presenten una conexión directa con la defensa o la seguridad nacional. Por otra parte, en ambos casos, el elenco se remata con una cláusula general de apertura (*cualquier otro ámbito cuya salvaguarda requiera de un alto grado de protección*) que introduce un alto grado de indeterminación en el ámbito de aplicación de la ley, incompatible con la certeza o «previsibilidad», en términos de la jurisprudencia del TEDH.

No obstante, el desbordamiento del perímetro sustantivo de las nociones jurídicas de seguridad y defensa nacional se hace más evidente en la configuración de los supuestos en los que se habilita a clasificar informaciones en las categorías de «Confidencial» y «Restringido».

En lo que concierne a la primera, el apartado cuarto del artículo 3 dispone que, cuando se dé el presupuesto habilitante (que la revelación no autorizada o la utilización indebida pueda causar una amenaza o perjuicio leve para los intereses de España), se podrán clasificar como «Confidencial» informaciones pertenecientes ámbitos tales como *el efectivo desarrollo de las políticas del Estado o del funcionamiento del sector público, las negociaciones comerciales de España con otros Estados, los intereses económicos o industriales, o el funcionamiento de los servicios públicos*, ámbitos todos ellos cuya conexión con la seguridad y la defensa nacional tan sólo puede establecerse parcialmente y en supuestos muy excepcionales. A ello hay que añadir que, de nuevo, se abre la posibilidad de clasificar informaciones de otras áreas mediante la cláusula *«cualquier otro ámbito cuya salvaguarda requiera de un alto grado de protección»*.

Con todo, el mayor grado de amplitud e indeterminación se alcanza en relación con los supuestos en los que la información se puede clasificar en la categoría de «Restringido», para los que, además de prever un presupuesto habilitante muy genérico (que revelación no autorizada o utilización indebida de la información *«pueda ser contraria»* a los intereses de España), su aplicación se extiende a *«cualquiera de los ámbitos relacionados en los apartados anteriores»*, los cuales, como hemos expuesto, no sólo abarcan áreas ajenas a la seguridad y la defensa nacional sino que contienen cláusulas generales de apertura indeterminada.



A juicio de este CTBG el empleo de listados con ámbitos materiales tan extensos desborda las previsiones constitucionales sobre el particular que el artículo 105.b) centra en la «seguridad y defensa del Estado», circunstancia que se agrava sensiblemente con las cláusulas de apertura contenidas en apartados 2.j), 3.j) y 4.f) y la generalidad del apartado 5 del artículo 3 del Anteproyecto. En este sentido, se advierte una contradicción entre el diseño del régimen habilitador de la clasificación de información plasmado en el articulado con la afirmación contenida en la exposición de motivos del Anteproyecto cuando se sostiene que *«(...) el sacrificio de los derechos de la ciudadanía que se realiza en favor del conjunto del Estado debe tener límites, porque la clasificación de la información no es sino una actuación de la Administración. En consecuencia, la defensa y seguridad nacional no deben servir como elemento legitimador de la ocultación de cualquier información, sino que ha de ponderarse caso por caso la necesidad de llevar adelante su clasificación de acuerdo con los fines que persigue la Ley, haciendo de este proceso la excepción y no la regla»*. Difícilmente puede lograrse que la clasificación de información sea una excepción reconociendo la posibilidad de clasificar en ámbitos materiales tan extensos y/o indeterminados como los mencionados que, además, incluyen cláusulas de apertura genéricas.

Aparte de para otros derechos constitucionales (*v. gr.* las libertades de expresión y de información del artículo 20 CE), esta amplitud e indeterminación en la configuración de los supuestos en los que se puede clasificar información puede resultar muy onerosa para el derecho de acceso a la información pública en la medida en que con su extensión se interfiere de manera relevante en su alcance y en su finalidad, particularmente en todos aquellos supuestos en los que disponer de la información concernida sea esencial para posibilitar que la ciudadanía conozca *«cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones»*, y, consecuentemente, pueda estar en condiciones de *«someter a escrutinio la acción de los responsables públicos»*, que son los fines perseguidos con la aprobación de LTAIBG según se proclama en su preámbulo.

En este contexto procede recordar que, aunque la LTAIBG establece en su artículo 14.1 una serie de límites al derecho de acceso a la información pública entre los que figuran la «seguridad nacional», la «defensa», y otros directa o indirectamente incorporados a los elencos del artículo 3 del Anteproyecto, como la *seguridad pública, las relaciones exteriores, la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios, las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control* o los *intereses económicos y comerciales*, el régimen de aplicación de estos límites es muy diferente del previsto en el Anteproyecto para la información clasificada.

De entrada, porque el propio artículo 14 LTAIBG establece en su apartado segundo que la aplicación de los límites deberá ser justificada caso por caso con arreglo a las exigencias del principio de proporcionalidad (*«La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto,*



especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso»). Un mandato éste en cuya ejecución habrán de tenerse presentes además las pautas interpretativas contenidas en el preámbulo en el que se indica lo siguiente: *«El capítulo III configura de forma amplia el derecho de acceso a la información pública, del que son titulares todas las personas y que podrá ejercerse sin necesidad de motivar la solicitud. Este derecho solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información –derivado de lo dispuesto en la Constitución Española- o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos. En todo caso, los límites previstos se aplicarán atendiendo a un test de daño (del interés que se salvaguarda con el límite) y de interés público en la divulgación (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información) y de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad».*

Asimismo hay que recordar que el Tribunal Supremo viene insistiendo en jurisprudencia constante que el derecho de acceso a la información pública goza de un amplio reconocimiento en nuestro ordenamiento y que, consiguientemente, cualquier restricción de su eficacia debe partir de una interpretación estricta de los límites y justificar de manera expresa y proporcionada su aplicación. Lo manifestó con rotundidad en la STS de 16 de octubre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3530): *«La formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en el artículo 14.1 de la Ley 19/2013 como las causas de inadmisión de solicitudes de información que aparecen enumeradas en el artículo 18.1, sin que quepa aceptar limitaciones que supongan un menoscabo injustificado y desproporcionado del derecho de acceso a la información. [...] la posibilidad de limitar el derecho de acceso a la información no constituye una potestad discrecional de la Administración o entidad a la que se solicita información, pues aquél es un derecho reconocido de forma amplia y que sólo puede ser limitado en los casos y en los términos previstos en la Ley».* Posteriormente, en la STS de 11 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1558), añadió que *«la aplicación de los límites al acceso a la información requiere su justificación expresa y detallada que permita controlar la veracidad y proporcionalidad de la restricción establecida.»* Y en la STS de 25 de enero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:574) puntualizó que *«el precepto legal no permite una aplicación genérica de las limitaciones como justificación de una denegación de acceso a la información pública, válida para todos los procedimientos de una determinada materia, por ejemplo, la protección de las relaciones internacionales (...) sino que exige una aplicación justificada y proporcionada de las limitaciones en relación al caso concreto, debiendo hacerse una ponderación de los intereses en juego (...)»* En esta misma línea, véanse las SSTS de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2391) y de 2 de junio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2272).

Aun cuando en varios pasajes de la Memoria del Análisis del Impacto Normativo se dice que el Anteproyecto perfila el alcance de los límites al derecho de acceso a la información pública previstos en la Constitución y en la LTAIBG, en realidad, el texto proyectado



pretende un desplazamiento pleno del régimen jurídico que la LTAIBG establece para aplicación de los límites al derecho de acceso, régimen que dejaría por entero de ser aplicable en los todos los ámbitos que son objeto de la regulación proyectada, pues pasarían a regirse plenamente por el nuevo régimen específico de la información clasificada. De ahí que, aun cuando se trate en parte de los mismos límites materiales, la incidencia que su aplicación puede tener en el contenido y alcance del derecho de acceso a la información pública será muy distinta, al ser muy distintos los parámetros y las condiciones de aplicación establecidos en la LTAIBG y los previstos en el Anteproyecto. Existe pues un riesgo de que, dada la amplitud y la indeterminación con la que están configurados en el Anteproyecto los supuestos de clasificación, una interpretación extensiva de los mismos conduzca a que algunos de los límites del artículo 14 LTAIBG queden en la práctica plenamente desplazados, siendo sustituido el régimen de garantías actualmente existente para su aplicación por otro menos garantista. Y todo ello cuando en la experiencia adquirida en estos años de vigencia de la LTAIBG ha revelado que los límites en ella previstos proporcionan una garantía suficiente para preservar los bienes jurídicos concernidos.

En definitiva, para mantener la congruencia con lo expresado en la exposición de motivos y lo previsto en el artículo 1 del Anteproyecto en relación con el objeto de la ley, y, al mismo tiempo, garantizar un mayor grado de observancia del principio de proporcionalidad se propone revisar la redacción de la norma proyectada con el fin de: (i) circunscribir a las materias constitucionalmente previstas –seguridad y defensa del Estado- los ámbitos contemplados en los apartados 2, 3, 4 y 5 del artículo 3, eliminado, en todo caso, las cláusulas de apertura previstas en los apartados 2.j), 3.j), 4.f) y 5; (ii) incorporar al artículo 3 unos criterios generales sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las clasificaciones, que introduzcan un mayor grado de determinación en los presupuestos habilitantes para clasificar, con el fin de orientar con mayor precisión la actuación de las autoridades competentes y posibilitar un control jurisdiccional con arreglo a parámetros más concretos; y (iii) en esta misma línea de lograr una mejor adecuación al principio de proporcionalidad, se recomienda que sustituir en todos los apartados del artículo 3 la referencia a los «intereses de España» por los «intereses esenciales de España» siguiendo el modelo de la Decisión del Consejo 2013/488/UE antes citada.

V

El artículo 4.1 atribuye la competencia para la clasificación, reclasificación y desclasificación de la información en las categorías de «Alto secreto» y «Secreto» con carácter exclusivo al Consejo de Ministros, estableciendo al mismo tiempo que también podrá clasificarse directamente por ley en dichas categorías información que se refiera a *un ámbito específico de las materias de seguridad o defensa nacional*. Estas reservas de competencia se consideran apropiadas y acordes con la naturaleza y relevancia de la información concernida.



Sin embargo, el artículo 4.2 confiere la competencia para clasificar, reclasificar y desclasificar información en las categorías de «Confidencial» y «Restringido» a un extenso listado autoridades en el que figuran desde los miembros del Gobierno (letras a y, parcialmente, b) hasta las autoridades autonómicas competentes en materia de policía (letra o), junto con un heterogéneo elenco de titulares de órganos con competencias y posiciones diversas en la estructura de la Administración General del Estado: b) los titulares de las Secretarías de Estado y Subsecretarías en sus respectivos Departamentos, c) El Director o Directora del Centro Nacional de Inteligencia, d) El o la Jefe del Estado Mayor de la Defensa, e) El o la Jefe del Estado Mayor del Ejército, f) El o la Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada, g) El o la Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire y del Espacio, h) Los Jefes de Misión Diplomática y de Oficinas Consulares, i) El Presidente o la Presidenta del Consejo de Seguridad Nuclear, j) Los Delegados y Delegadas y Subdelegados y Subdelegadas del Gobierno, k) El Director o la Directora del Departamento de Seguridad Nacional, l) El Director o la Directora General de la Policía, m) El Director o la Directora General de la Guardia Civil, y n) El Secretario o la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias.

Por otra parte, la nómina de autoridades competentes para clasificar información se ve notablemente ampliada por la previsión contenida en el artículo 5 en el que, al regular las facultades que corresponden a las autoridades de clasificación, les confiere en su letra h) la de «*delegar la facultad de clasificación*» el caso de información clasificada en las categorías de «Confidencial» o «Restringido».

De todo ello resulta que, en la práctica, va a existir un número indeterminado, pero en todo caso amplio y heterogéneo de autoridades con competencia para clasificar información que, además, dada la generalidad con la que se articula, comprendería incluso titulares de órganos que no tienen competencias específicas en los ámbitos de la seguridad y la defensa nacional.

Esta amplitud de sujetos habilitados para clasificar informaciones, cuya necesidad y proporcionalidad no se justifica ni en la exposición de motivos ni en la MAIN, comporta un notable riesgo de que surjan interpretaciones y aplicaciones divergentes, teniendo en cuenta, además, que entre las facultades que se les atribuye en el artículo 5 se encuentra la de «*dictar instrucciones que sirvan de referencia para la adecuada clasificación de la información*».

Por otra parte, hay que tener muy presente que las decisiones de las autoridades de clasificación tienen un gran incidencia en el ejercicio del derecho de acceso a la información dado que recaen sobre informaciones que, de acuerdo con la LTAIBG, tienen la naturaleza de información pública, bloqueando la posibilidad de acceder a ellas durante un período mínimo de cuatro o de siete años (en función de la categoría en la que se clasifiquen), por lo que la existencia de un número tan extenso de sujetos con capacidad para clasificar va a dificultar considerablemente la observancia efectiva de la exigencia de interpretación restrictiva de los supuestos de clasificación y el control de las eventuales limitaciones.



De ahí que se considere oportuno proponer que, como regla, la potestad indelegable de clasificar información pública se limite a los miembros del Gobierno, esto es, al presidente o presidenta, a los vicepresidentes o vicepresidentas y a los ministros o ministras con competencias en los ámbitos de la seguridad y la defensa nacional, confiriendo a las demás autoridades mencionadas en el artículo 4.2 del Anteproyecto la facultad de elevar propuestas de clasificación siempre y cuando tengan atribuidas competencias dichos ámbitos. En todo caso, si se opta por atribuir excepcionalmente facultades de clasificación más allá de la órbita de los miembros del Gobierno, debería justificarse suficientemente cada atribución de conformidad con el principio de proporcionalidad.

VI

La regulación de los procedimientos de clasificación, reclasificación y desclasificación contenida en el Capítulo II del Título II del Anteproyecto (artículos 8 a 19) adolece de un notable grado de generalidad e indeterminación, remitiendo al desarrollo reglamentario la disciplina de aspectos esenciales de los procesos de toma de decisión, planteando una inseguridad añadida durante el período transitorio hasta la aprobación del reglamento.

Para cumplir plenamente con los parámetros de certeza y previsibilidad inherentes al principio de legalidad, garantizar el cumplimiento del principio del principio de proporcionalidad en las decisiones de clasificación y dotar al procedimiento de los elementos necesarios para posibilitar el adecuado control jurisdiccional, se considera necesario un mayor grado de regulación legal de los procedimientos de clasificación, desclasificación y reclasificación.

A estos efectos, sería conveniente establecer que la memoria justificativa que debe acompañar a toda propuesta de clasificación, más allá de «una exposición pormenorizada de las circunstancias que justifiquen la clasificación pretendida» (art. 13.2), incluya una justificación específica de la necesidad y la proporcionalidad de la medida. En esta misma línea, y con mayor fundamento, se debería reforzar la exigencia de motivación de las resoluciones de las autoridades competentes por las que se aprueban las clasificaciones de información, estableciendo que habrán de contener una justificación suficiente de su proporcionalidad, valorando su idoneidad, su necesidad y su proporcionalidad en sentido estricto, conforme a los estándares exigidos tanto por nuestro Tribunal Constitucional como por el TEDH para validar las limitaciones de derechos.

Por otra parte, para conferir al proceso de clasificación un mayor grado de objetividad sería aconsejable que la propuesta de clasificación fuese objeto de informe por un órgano especializado, que podría ser con carácter general la propia Autoridad Nacional para la protección de la información clasificada y, en el caso de las Directivas de clasificación, dada su naturaleza genérica, el CTBG.



Esta última facultad contribuiría, además, a establecer cierto grado de coherencia entre el régimen de la LTAIBG y el previsto en el Anteproyecto, algo que se considera esencial para la consistencia del sistema en su conjunto. Y, en esta misma línea, se debería reconocer expresamente al CTBG la competencia para instar la desclasificación de informaciones cuando, estando conociendo de una reclamación que tenga por objeto informaciones clasificadas en las categorías de «Confidencial» y «Restringido», albergue dudas fundadas sobre la justificación de la clasificación o de su mantenimiento en el tiempo.

VII

Como único mecanismo de control de la legalidad y la constitucionalidad de las decisiones de clasificación el Anteproyecto prevé en su artículo 37 la interposición de un recurso contra la correspondiente Diligencia o Directiva de clasificación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, legitimando para ello exclusivamente a las personas directamente afectadas por su contenido o que acrediten un derecho o interés legítimo, y confiriéndoles un plazo de dos meses a contar desde el momento en que tengan conocimiento de la existencia de la Diligencia o la Directiva de clasificación (Disposición final primera).

La atribución de la competencia de control jurisdiccional en exclusiva al Tribunal Supremo, que viene en gran medida determinada por la condición de las autoridades de clasificación, comporta un alto nivel de garantía en la fiscalización de la regularidad de las decisiones de clasificación de la información. Sin embargo, no puede desconocerse que la complejidad, los costes y la duración de los procedimientos ante el Tribunal Supremo pueden resultar disuasorios para el ciudadano medio y, como consecuencia de ello, restar eficacia práctica a la garantía judicial.

Con el fin de reforzar la eficacia práctica de esta garantía y asegurar que cumple adecuadamente con los parámetros exigidos por el TEDH para admitir que un sistema nacional ofrece las garantías apropiadas para la protección de los derechos de las personas, se propone que se valore la ampliación de la legitimación para recurrir las Diligencias y las Directivas de clasificación ante el Tribunal Supremo en un doble sentido.

En primer término, atribuyendo la legitimación activa para presentar el recurso a las entidades, organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro cuyos objetivos estatutarios sean de interés público y actúen en el ámbito de la protección de los derechos y libertades de las personas.

En segundo lugar, reconociendo asimismo la legitimación del CTBG, en tanto que autoridad independiente garante del ejercicio del derecho de acceso a la información, para interponer el mencionado recurso. El otorgamiento de legitimación específica para promover el recurso



contencioso-administrativo a una autoridad independiente no es ajeno a nuestro ordenamiento. Así, el actual artículo 127 bis de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa introducido por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), prevé un procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado que únicamente puede ser promovido por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Esta atribución de legitimación a la CNMC *ex lege* ha sido objeto de análisis y pronunciamiento por el Tribunal Constitucional la STC 110/2017, de 5 de octubre en la que se manifestó en los siguientes términos:

«En lo que se refiere a la legitimación de la CNMC para interponer recurso en el procedimiento especial regulado en el capítulo IV del título V de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, cabe recordar que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se configura legalmente como un “organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado” (art. 1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) y está “dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada y actúa, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado” (art. 2 de la Ley 3/2013). (...)

La legitimación de la CNMC se fundamenta, así, en la defensa y promoción de aquellos fines de los que el ordenamiento jurídico le hace garante, fines que se insertan en la protección de intereses generales vinculados con la garantía y defensa de objetivos económicos, que este Tribunal ya ha declarado legítimos, y por tanto, la impugnación referida debe ser desestimada»

Los paralelismos entre la legitimación de la CNMC y una eventual atribución *ex lege* al CTBG a los efectos indicados son evidentes: de un lado, el CTBG está configurado como una autoridad independiente que actúa con plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones; de otro lado, siendo su ámbito de actuación el relativo a la garantía del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, resulta lógica su intervención en relación con una concreta modalidad de restricción del derecho de acceso como la que comporta la clasificación de determinada información con arreglo a lo previsto en el anteproyecto.

VIII

En cuanto a los plazos generales para mantener la información clasificada en cada una de las categorías se valora positivamente el establecimiento de plazos automáticos para la desclasificación. Más allá de ello, no resulta sencillo emitir un juicio ponderado en cuanto a su duración concreta respecto de los cuales ni en la exposición de motivos ni en la MAIN se



ofrece una justificación de la necesidad y la proporcionalidad de implantar los elegidos y no otros. No obstante, teniendo en cuenta los existentes en los países de nuestro entorno y el hecho de que en alguno de ellos incluso se han reducido en los últimos años, se ha de llamar la atención sobre su amplitud.

Por otra parte, el régimen previsto para las categorías de “Alto Secreto” y “Secreto” adolece de excesiva rigidez al disponerse periodos fijos, tanto para su duración inicial como para las prórrogas.

A resultas de estas apreciaciones se recomienda revisar la duración de los plazos de clasificación, ponderando adecuadamente en cada caso su incidencia en el derecho de acceso a la información pública, y ajustarlos a los períodos estrictamente necesarios para preservar los intereses esenciales del Estado conectados con la seguridad y defensa nacional, sin sacrificar los derechos constitucionales afectados más allá de lo indispensable para alcanzar tal fin.

IX

Algo similar a lo que se acaba de expresar sobre la duración de los plazos de clasificación se ha de indicar en relación con el régimen sancionador. No habiéndose explicitado el juicio de ponderación que conduce a la determinación de las sanciones previstas, sólo cabe llamar la atención sobre su necesaria proporcionalidad, recordando que el TEDH al valorar la proporcionalidad de las medidas restrictivas de las libertades de expresión e información del artículo 10 CEDH presta especial atención al «*chilling effect*» que pueden generar, subrayando que para que una medida limitativa sea proporcional al fin perseguido no debe provocar un efecto disuasorio sobre otros sujetos que ejerzan la libertad de expresión porque ello alejaría del debate público democrático demasiadas cuestiones relevantes.

Y en todo caso, no puede dejar de señalarse la paradoja que supone que en nuestro ordenamiento se prevea un régimen sancionador tan completo y detallado para los supuestos de revelación indebida de informaciones clasificadas y no se contemple ningún tipo de exigencia de responsabilidad para los casos en los que se deniega indebidamente el acceso a información pública cuando existe una resolución firme del CTBG que reconoce el derecho y no se ejecuta.

X

En definitiva, el CTBG recomienda que se tengan en cuenta las observaciones y propuestas emitidas en el presente informe con el fin de lograr un mayor equilibrio entre la necesaria protección de la seguridad y la defensa nacional, por un lado, y el derecho de acceso a la



información pública, por otro, considerando la relevancia del mismo para el pleno ejercicio de las libertades de expresión e información en un Estado democrático de Derecho.

Aprobado por la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno el 11 de octubre de 2022

[Redacted]
José Luis Rodríguez Álvarez

[Redacted]
Maria Teresa Ruiz-Sillero Bernal

[Redacted]
Isabel Fernández Torres

[Redacted]
José Manuel Sánchez Saudinós

[Redacted]
David Javier Santos Sánchez

[Redacted]
Eloísa Paredes Bordegé

[Redacted]
Diego Pérez Martínez