

Cómo citar este texto:

De la Nuez Sánchez-Cascado, E. (2023). Anteproyecto de ley de información clasificada, ¿un paso atrás en relación con la transparencia?, *Derecom*, 35, 1-23, <http://www.derecom.com/derecom/>

ANTEPROYECTO DE LEY DE INFORMACIÓN CLASIFICADA ¿UN PASO ATRÁS EN RELACIÓN CON LA TRANSPARENCIA?

PRELIMINARY DRAFT LAW OF CLASSIFIED INFORMATION. A STEP BACKWARDS AS FAR AS TRANSPARENCY IS CONCERNED?

© Elisa de la Nuez Sánchez-Cascado
Fundación Hay Derecho (España)
edelanuez@gclegal.es

Fragmento

Las presentes reflexiones nacen de una preocupación. Como han denunciado en un manifiesto varias organizaciones sin ánimo de lucro de la sociedad civil española (en concreto, la Fundación hay Derecho, Acces Info, Transparencia Internacional y Más democracia) el actual Anteproyecto de Ley de Información Clasificada -conocido vulgarmente como anteproyecto de ley de secretos oficiales- no garantiza en absoluto el deseado equilibrio adecuado entre la clasificación de información y el derecho a la libertad de información y el derecho de acceso a la información pública.

Fragment

These reflections stem from a concern. As several non-profit organisations from Spanish civil society (specifically Fundación Hay Derecho, Access Info, Transparency International and Más Democracia) have denounced in a manifesto, the current draft bill on classified information - commonly known as the draft bill on official secrets – does not at all guarantee the desired balance between the classification of information and the right to freedom of information and the right of access to public information.

Palabras clave: Información clasificada. España. Derecho de acceso. Información pública. Anteproyecto de ley. Secretos oficiales.

Key words: Classified information. Spain. Right of access. Public information. Preliminary draft bill. Official secrets.

1. Introducción. Reflexiones preliminares

Las presentes reflexiones nacen de una preocupación. Como han denunciado en un manifiesto¹ varias organizaciones sin ánimo de lucro de la sociedad civil española (en concreto la Fundación hay Derecho, Acces Info, Transparencia Internacional y Más democracia) el último Anteproyecto de Ley de Información Clasificada²-conocido vulgarmente como anteproyecto de ley de secretos oficiales- no garantiza en absoluto el deseado equilibrio adecuado entre la clasificación de información y el derecho a la libertad de información y el derecho de acceso a la información pública.

Efectivamente, el Anteproyecto en su estado actual se inclina en favor de una clasificación de materias demasiado amplia, lo que supone el riesgo de que ámbitos enteros de la actividad pública se sustraigan al conocimiento de la ciudadanía incluso aunque no guarden vinculación alguna con la protección de la defensa y de la seguridad nacional, como veremos.

Esto supone poner en peligro años de avances en materia de transparencia desde la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en adelante, LTAIBG) cuyo décimo aniversario se celebra este año, por no mencionar las numerosas leyes autonómicas de transparencia que, en bastantes ocasiones, han ampliado las obligaciones de transparencia activa de las entidades sujetas a la Ley. Cabe mencionar también que la doctrina de los órganos de garantía de la transparencia y la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia han ido reforzando el derecho de acceso a la información pública. Se puede citar en particular la interpretación muy estricta que debe hacerse tanto de la Disposición Adicional Primera, párrafo 2º de la LTAIBG. Esta recoge la posibilidad de que exista una regulación específica que excluya tanto la aplicación de dicha norma cuanto los límites contenidos en el art. 14 LTAIBG, como tendremos ocasión de analizar más adelante.

En ese sentido, conviene subrayar que, según la Observación General nº 34 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, no es compatible con el derecho a la libertad de expresión suprimir información que no afecte directamente a la seguridad nacional, por lo que este hecho debería quedar perfectamente motivado para cumplir con los estándares internacionales. También podemos recordar los Principios de Johannesburgo sobre la seguridad nacional, la libertad de expresión y el acceso a la información, que en su artículo 12 establecen que los Estados han de designar las categorías específicas y estrictas de información clasificada.

Pues bien, el Anteproyecto permite clasificar ámbitos enteros de materias que no guardan relación alguna con la defensa o la seguridad nacional y además atribuye la potestad de clasificación a muy diversos órganos de las Administraciones Públicas cuyos titulares son designados y cesados libremente, con el consiguiente riesgo de incertidumbre y de utilización arbitraria de esta potestad debido a presiones o consideraciones ajenas al ámbito de la seguridad nacional.

En relación con lo anterior, surge la preocupación de la inexistencia de mecanismos de contrapeso y control en los procedimientos de clasificación de manera que, en último término, la decisión queda en manos del órgano competente, que no sólo puede clasificar la información con una gran discrecionalidad, sino que en lo que se refiere a la clasificación de las materias como de acceso restringido o confidencial pueden delegar esta facultad en otros órganos no contemplados en la norma. Esta posibilidad añade a los ya apuntados el problema de la

dispersión de las competencias para la clasificación entre un elevado número de autoridades, lo que puede conducir a soluciones muy dispares y heterogéneas.

En todo caso es muy criticable que un gran número de altos cargos pueda clasificar materias prácticamente sin ningún control en el seno de un procedimiento no contradictorio y en el que no se contempla la intervención (vía informe, por ejemplo) de ningún organismo o entidad de tipo técnico o/e independiente del órgano que resuelve sobre la clasificación y en particular de los órganos encargados de velar por la transparencia y el derecho de acceso a la información, como puede ser, a nivel estatal, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante, CTBG).

Otro aspecto relevante es la facilidad que establece la norma para cumplir sólo formalmente el principio de motivación (exigible conforme a los estándares internacionales para la clasificación de materias) de forma estereotipada y sin especial relación con el caso concreto analizado. De la misma forma tampoco se respeta suficientemente en el articulado el principio de proporcionalidad que es igualmente exigible en materia de clasificación, pues si bien se establece que la clasificación deberá hacerse caso por caso, lo cierto es que la norma también permite clasificar materias o bloques enteros de información que, además, pueden no guardar relación alguna con la defensa o la seguridad nacional.

En ese sentido, el listado de las materias clasificables no es exhaustivo, quedando abierto y posibilitando así la inclusión de otras materias no contempladas en dicho listado. Si esta posibilidad se relaciona con lo anteriormente expuesto sobre la amplia discrecionalidad para clasificar materias, el elevado número de órganos que pueden hacerlo y la inexistencia de contrapesos técnicos en los procedimientos de clasificación, el riesgo de ampliar enormemente el ámbito de las materias discrecionales sin el suficiente control es muy grande, por no hablar de la inseguridad jurídica que genera esta forma de legislar.

En cuanto a los plazos, si bien se contempla la desclasificación automática hay que señalar que los plazos para que opere son excesivamente largos y, además, son prorrogables.

Por último, las graves deficiencias observadas no se pueden paliar con un control judicial *a posteriori* que no es suficiente para asegurar que no se proceda a clasificar indebidamente una información, máxime dado el valor que tiene el acceso inmediato o con cierta celeridad a una información pública y los problemas de legitimación activa que se pueden plantear a los agentes que pretendan discutir una clasificación determinada por no hablar del coste en tiempo y dinero de recursos contencioso-administrativos ante el Tribunal Supremo, que es el órgano judicial que el Anteproyecto establece como competente en esta materia.

En definitiva, el Anteproyecto de Ley no debería suponer el menoscabo de los derechos fundamentales en el ámbito de la libertad de información ni del derecho de acceso a la información pública. Esto supone que, a mi juicio, sería imprescindible mejorar su redacción en relación con todos los aspectos que hemos señalado y, en particular, sería necesario establecer sistemas de contrapeso a través de procedimientos contradictorios de clasificación que permitan tanto la audiencia de los afectados como la introducción de cauces para que los órganos técnicos especializados puedan emitir el correspondiente informe.

Por concluir este primer apartado de reflexiones, no deja de llamar poderosamente la atención que, en determinados ámbitos, el Anteproyecto de Ley empeore en algunos aspectos la regulación de la todavía vigente Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales, promulgada durante el franquismo y modificada posteriormente por la Ley 48/1978, de 7 de octubre. Así, por ejemplo, mientras que en la vigente Ley se restringe la posibilidad de la calificación -que puede hacerse por Ley o por Consejo de Ministros o por la Junta de Jefes de Estado Mayor sin permitir la delegación- ya hemos visto que en el Anteproyecto se amplía enormemente el número de órganos públicos que pueden clasificar materias autorizando, además, su delegación.

Lo mismo sucede con las materias susceptibles de clasificación: el art. 2 de la Ley de 1968 restringe las materias que pueden ser clasificadas -si bien bajo sólo dos categorías, las de "secreta" y "reservada"- a *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* mientras que, como hemos dicho, las materias que son susceptibles de clasificación en el Anteproyecto de Ley que estamos analizando -en cualquiera de las cuatro categorías que contempla- son mucho más amplias. Por tanto, la primera conclusión a la que podemos llegar es que no tiene mucho sentido que una ley tramitada después de más de cuarenta años de democracia presente tantos riesgos desde el punto de vista de los derechos fundamentales y del derecho de acceso a la información pública, y más si tenemos en cuenta los avances en el ámbito internacional.

2.Objeto y finalidad de la ley

Entrando ya en el análisis más pormenorizado del Anteproyecto de Ley de Información Clasificada, su pretensión, según su Exposición de Motivos, es regular la información clasificada de acuerdo con los estándares internacionales en la materia, sustituyendo a la ley franquista. En ese sentido, contiene declaraciones relevantes en torno al acceso a la información pública cuando señala que:

En las sociedades contemporáneas, la información tiene valor en sí misma y resulta indispensable para el desenvolvimiento de las actividades que llevan a cabo particulares y poderes públicos. Como es sabido, el tratamiento de la información no debe quedar al margen de la eficaz labor de la Administración General del Estado, que debe velar por la existencia de un adecuado marco jurídico que asegure su transparencia y acceso por parte de los ciudadanos. Al mismo tiempo, la incuestionable exigencia de transparencia se encuentra constitucionalmente delimitada en nuestro Estado por la existencia de determinados tipos de información que deben gozar de una protección reforzada, este es el caso de la información clasificada, aquella cuyo contenido puede afectar a la seguridad o defensa nacional.

Pero no podemos olvidar que, pese a haber sido promulgada en plena dictadura, algo parecido decía la Exposición de Motivos de la Ley de Secretos Oficiales de 1968, que también hacía referencia a que *Es principio general, aun cuando no esté expresamente declarado en nuestras Leyes Fundamentales, la publicidad de la actividad de los Órganos del Estado, porque las cosas públicas que a todos interesan pueden y deben ser conocidas de todos.*

Nos encontramos, por tanto, ante una normativa que incide de forma directa en la transparencia y en el derecho de acceso a la información pública regulado en la LTAIBG. Es más, en la Exposición de Motivos del Anteproyecto se afirma que:

El artículo 105.b) de la Constitución Española hace posible un conocimiento general por parte de cualquier ciudadano de las actividades llevadas a cabo por los poderes públicos en el desarrollo de sus funciones. Este principio, que se materializa en el derecho de acceso a la información pública, puede limitarse siempre que existan razones de orden público que así lo justifiquen. En efecto, las limitaciones que impone la información clasificada tienen como fundamento la preservación de la existencia, la seguridad y la defensa del Estado de Derecho. Dichas limitaciones persiguen, en definitiva, proteger al conjunto de todas y todos los españoles.

Es fácil apreciar que estas limitaciones a las que se refiere la Exposición de Motivos y que luego se desarrollan en el articulado del Anteproyecto no sólo son más amplias que las establecidas en la todavía vigente Ley de Secretos Oficiales de 1968 sino que tampoco coinciden con los límites previstos en el art. 14 LTAIBG con respecto al derecho de acceso a la información pública. Estas discrepancias entrañan el riesgo de que por la vía de clasificar determinadas materias o ámbitos de actuación de las entidades sujetas a la LTAIBG y aludiendo a la existencia de una normativa específica para el acceso a la información de las materias clasificadas se excluya la aplicación de esta norma invocando lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera, párrafo 2º de la LTAIBG.

Efectivamente, recordemos que dicha norma establece lo siguiente bajo el epígrafe “Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública”:

1. La normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo. 2. Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información. 3. En este sentido, esta Ley será de aplicación, en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización.

Esta Disposición Adicional viene siendo invocada por las Administraciones Públicas (AAPP) para intentar eludir la aplicación general de la LTAIBG, alegando la existencia de una normativa específica, ya sea en materia de subvenciones, en contratación pública, funcionarios, mercado de valores, auditoría de cuentas, medicamentos, etc.

Pues bien, parece que el contenido normativo del Anteproyecto tiene por objeto establecer un régimen jurídico diferenciado para determinadas informaciones públicas, excluyéndolas del régimen general de acceso y transparencia establecido en la LTAIBG, tal y como se dice expresamente en la Exposición de Motivos.

Cierto es que el Anteproyecto subraya que para determinar si en un caso concreto la seguridad y la defensa nacional son los límites que permiten la ocultación de la información, es necesario realizar una ponderación atendiendo a las circunstancias concretas que concurran en cada supuesto, teniendo en cuenta que clasificar información es la excepción y no la regla general. Sin embargo, este principio de que la clasificación es la excepción y no la regla general no se traslada después al articulado del Anteproyecto con la suficiente claridad, como veremos.

3.Contenido del Anteproyecto, desde el punto de vista del derecho de acceso a la información pública

Analizaremos a continuación el texto del Anteproyecto desde el punto de vista de su posible incidencia en el ámbito concreto de la transparencia y de la regulación de la LTAIBG, teniendo en cuenta la jurisprudencia y la doctrina recaída en este ámbito.

Debemos partir de la base de que ya los órganos de garantía de la transparencia y, en particular, el CTBG, en sus resoluciones, ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones en supuestos en los que la Administración ha alegado la existencia de información clasificada, que toda clasificación debe basarse en una motivación rigurosa con la solvencia necesaria para hacerla valer frente a una solicitud de acceso a la información que descansa en un derecho que, según han señalado los tribunales de Justicia, es un derecho fundamental reconocido a nivel internacional como tal, debido a la naturaleza representativa de los gobiernos democráticos; un derecho esencial para promover la transparencia de las instituciones públicas y para fomentar la participación ciudadana en la toma de decisiones.

En este sentido, puede citarse la Resolución 034/2021 que, a su vez, hace referencia a otras anteriores como la 573/2018 que, a su vez, aludía a la recaída en el precedente 509/2015, en relación con el listado de los pasajeros que habían acompañado a las autoridades transportadas por la flota del Grupo 45 de la Fuerza Aérea Española u otras unidades que han transportado autoridades españolas respecto de los cuales el Ministerio de Defensa alegaba que se trataba de información clasificada.

En estas resoluciones el CTBG acude a lo dispuesto en el art. 14.1 LTAIBG donde se recogen los límites al derecho de acceso a la información pública, y a lo previsto en su art. 14.2, con respecto a la necesidad de realizar el test del daño y el test del interés público a la hora de determinar si hay que atender o no la solicitud de información pública.

Recordemos que, según el art. 14.1:

El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: a) La seguridad nacional. b) La defensa. c) Las relaciones exteriores. d) La seguridad pública. e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios. f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela

judicial efectiva. g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control. h) Los intereses económicos y comerciales. i) La política económica y monetaria. j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial. k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión. l) La protección del medio ambiente.

Conviene tener en cuenta que estamos ante una lista cerrada.

Por su parte, el art. 14.2 dispone que:

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.

En relación con este precepto, debemos mencionar, en primer lugar, el Criterio Interpretativo CI/002/2015 del CTBG que, en resumen, recuerda que estos límites no se aplican directamente, sino que, de acuerdo con la literalidad del texto del número 1 del mismo, “podrán” ser aplicados. También hay que recordar la jurisprudencia recaída sobre el carácter excepcional de los límites del art. 14. De esta manera, los límites no operan ni automáticamente a favor de la denegación ni absolutamente en relación con los contenidos. La invocación de motivos de interés público para limitar el acceso a la información deberá estar ligada a la protección concreta de un interés racional y legítimo. En este sentido su aplicación no será en ningún caso automática: antes al contrario, deberá analizarse si la estimación de la petición de información supone un perjuicio (test del daño) concreto, definido y evaluable. Además no podrá afectar o ser relevante para un determinado ámbito material, porque de lo contrario se estaría excluyendo un bloque completo de información.

Del mismo modo, es necesaria una aplicación justificada y proporcional atendiendo a la circunstancia del caso concreto y siempre que no exista un interés que justifique la publicidad o el acceso (test del interés público). Es decir, además de motivar el perjuicio que se entiende puede producirse, la norma prevé la posibilidad de que en el caso concreto exista un interés superior que, a pesar de que se produzca dicho perjuicio, justifique el acceso a la información solicitada.

En el ámbito del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH, Roma, 1950) -del que España es parte- y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Consejo de Europa, TEDH) que ha recaído en interpretación del art. 10 cuyo párrafo 2º contiene determinados límites al derecho a la libertad de expresión, cabe mencionar que, en concreto, los conceptos de “seguridad nacional” y “seguridad pública” mencionados en dicho artículo 10.2 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.*³

Por otra parte, hay que tener presente lo dispuesto en el Convenio del Consejo de Europa nº 205 sobre el Acceso a los Documentos Públicos -en vigor desde el 1 de diciembre de 2020- teniendo en cuenta que el Consejo de Ministros ha aprobado el Acuerdo por el que se dispone la remisión a las Cortes Generales del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos y se autoriza la manifestación del consentimiento de España para obligarse por dicho Convenio.

Por último, puede hacerse referencia a 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 Unión Europea (UE).

En todo caso, y volviendo a la interpretación de la actual Ley de Secretos Oficiales por parte del CTBG y, en concreto, a la Resolución que hemos mencionado, el CTBG estimó parcialmente la solicitud de información por entender que la Administración no había aportado ni normativa concreta ni acto de clasificación expreso para fundamentar que el listado de pasajeros que viajaban junto a autoridades transportadas por el Grupo 45 de la Fuerza Aérea española fuera una materia de naturaleza clasificada o que hubiera sido objeto de un acto expreso de clasificación. En definitiva, fueron la ausencia de justificación y la relevancia pública del conocimiento de la información solicitada como instrumento de rendición de cuentas los que llevaron a esta conclusión, ayudados por la generalidad de los Acuerdos del Consejo de Ministros invocados para justificar la clasificación.

Es muy importante destacar que en el ámbito nacional y, como también señala esta Resolución del CTBG, la limitación del acceso en relación con información clasificada con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales ha sido avalada por los Tribunales de Justicia, tal y como se desprende de la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 23 de octubre de 2017, dictada en relación con la Resolución (R)/509/2017 que señala en su fallo que la información proporcionada no podrá referirse a aquellos viajes o acompañantes, cuando se trate de viajes que hayan sido calificados como materia clasificada. Pero también recuerda el CTBG que es imprescindible la existencia de una motivación jurídica rigurosa y suficiente para denegar una solicitud de acceso a la información presentada con amparo en la LTAIBG, y esto requiere distinguir la información que estaría amparada por dicha clasificación de la información adyacente que en ningún caso podría quedar excluida del derecho de acceso a la información pública por basarse en una interpretación extensiva de la clasificación realizada.

Claro está que el problema podría plantearse en términos muy distintos de aprobarse el Anteproyecto, dado que la normativa especial aplicable a la información clasificada parte de unos presupuestos muy diferentes, donde la clasificación –pese a lo que se proclama en la Exposición de Motivos- se concibe de una forma muy amplia y donde la pretensión parece ser, como hemos visto, la exclusión de la aplicación de la LTAIBG. Ya hemos dicho que el Anteproyecto que nos ocupa facilita enormemente la clasificación de materias que, además, se divide en cuatro categorías distintas y no en dos, como ocurre con la legislación vigente, todas excluyentes del derecho de acceso a la información pública. La conclusión es que el Anteproyecto permite una interpretación extensiva de la clasificación tanto por razón del órgano competente para hacerla, como de la materia sobre la que recae, como en relación con la información concreta susceptible de ser clasificada, además de dificultar enormemente la realización del doble test previsto en el art. 14.2 LTAIBG cuya aplicación podría evitarse si se considera que no rige la LTAIBG en este ámbito.

A continuación nos referiremos, siempre desde la perspectiva del derecho de acceso a la información pública, a las categorías de la clasificación, las materias sobre las que puede recaer, los órganos que pueden tomar las decisiones de clasificación, los procedimientos para la clasificación, reclasificación y desclasificación y las garantías existentes en dichos procedimientos así como a los mecanismos para revisar clasificaciones que no se consideren correctas en un tiempo razonable.

4. Categorías de clasificación. Materias susceptibles de clasificación

Lo primero que hay que señalar es que los supuestos que permiten clasificar una materia son muy amplios y van mucho más allá de lo que establecía la Ley de 1968, de lo que establecen los estándares internacionales a los que hemos hecho referencia y también de las materias amparadas por los límites legales al derecho de acceso recogidos en la LTAIBG más arriba transcritos.

Probablemente esta es la consecuencia de la aparición de varias categorías de la clasificación en el Anteproyecto, que son cuatro: «alto secreto», «secreto», «confidencial» y «restringido» correspondientes al catálogo de clasificación que se utiliza en el ámbito de la Unión Europea y de la OTAN. A cada categoría le corresponde un tratamiento de la información en particular, de manera que la información clasificada bajo las primeras categorías cuenta con un nivel de seguridad reforzado frente a las categorías inferiores. Lo que es importante destacar es que, como afirma la Exposición de Motivos, a cada categoría le corresponde un tratamiento de la información en particular, quedando vinculada a una serie de reglas específicas que permiten entender fácilmente que la información clasificada bajo las primeras categorías cuenta con un nivel de seguridad reforzado, que va disminuyendo progresivamente en las categorías inferiores. Cada categoría incluye, además, un elenco de ámbitos que quedan bajo su amparo, toda vez que la revelación no autorizada o utilización indebida de la información pudiera producir un perjuicio a los intereses de España, o ser simplemente contrario a estos.

Desde mi punto de vista, lo más preocupante es que si bien las categorías superiores en que la información es más susceptible de producir daños o perjuicios graves se refieren a materias que pueden guardar alguna relación o englobarse dentro de los conceptos de seguridad y defensa nacional (aunque es dudoso también en algunos casos), en las categorías inferiores de clasificación la lista de materias se amplía notablemente fuera de ese perímetro de la seguridad y la defensa nacional. Por otra parte, la lista en todos los casos es abierta, lo que plantea problemas de inseguridad jurídica y de falta de certeza y de previsibilidad, así como de proporcionalidad.

En este punto, el Anteproyecto renuncia a determinar el presupuesto de hecho concreto que permite clasificar informaciones en cada categoría y, además, menciona, como veremos, una serie de materias que claramente exceden de los conceptos que, consuetudinariamente, se utilizan para delimitar los ámbitos de clasificación, típicamente, la defensa y seguridad nacional y la seguridad pública, que son los bienes jurídicos a proteger en este tipo de normas. En suma, en el Anteproyecto las materias susceptibles de clasificación son mucho más amplias y van más allá del ámbito tradicional de la seguridad y la defensa nacional o la seguridad pública, lo que no deja de resultar un tanto sorprendente y tiene que ver con la aparición de nuevas categorías de clasificación adicionales a las dos (“secreto” y “reservado”) que existen en la actualidad.

Efectivamente, según el art. 3 del Anteproyecto:

La clasificación de «Alto secreto» se aplicará a la información que precise del más alto grado de protección, toda vez que su revelación no autorizada o utilización indebida pueda dar lugar a una amenaza o perjuicio extremadamente grave para los intereses de España en los siguientes ámbitos: a)La soberanía e integridad territorial. b)El orden constitucional y la seguridad del Estado. c)La seguridad nacional. d)La defensa nacional. e)La seguridad pública y la vida de los ciudadanos. f)La capacidad o la seguridad de las Fuerzas Armadas de España o de sus aliados, o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. g)La efectividad o seguridad de las misiones y operaciones de los servicios de inteligencia o de información de España o de sus aliados, o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. h)Las relaciones exteriores de España o situaciones de tensión internacional. i)Los intereses económicos o industriales de carácter estratégico. j)Cualquier otro ámbito cuya salvaguarda requiera de la más alta protección. 3.La clasificación de «Secreto» se aplicará a la información que precise de un alto grado de protección, toda vez que su revelación no autorizada o utilización indebida pueda dar lugar a una amenaza o perjuicio grave para los intereses de España en los siguientes ámbitos: a)La soberanía e integridad territorial. b)El orden constitucional y la seguridad del Estado. c)La seguridad nacional. d)La defensa nacional. e)La seguridad pública y la vida de los ciudadanos. f)La capacidad o la seguridad de las Fuerzas Armadas de España o de sus aliados, o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. g)La efectividad o seguridad de las misiones y operaciones de los servicios de inteligencia o de información de España o de sus aliados, o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. h)Las relaciones exteriores de España o situaciones de tensión internacional. i)Los intereses económicos o industriales de carácter estratégico. j)Cualquier otro ámbito cuya salvaguarda requiera de un alto grado de protección. 4.La clasificación de «Confidencial» se aplicará a la información cuya revelación no autorizada o utilización indebida pueda causar una amenaza o perjuicio leve para los intereses de España en los siguientes ámbitos: a)El efectivo desarrollo de las políticas del Estado o del funcionamiento del sector público. b)Negociaciones políticas o comerciales de España con otros Estados. c)Los intereses económicos o industriales. d)Funcionamiento de los servicios públicos. e)La prevención, detección e investigación de delitos. f)Cualquier otro ámbito que pueda causar una amenaza o perjuicio leve para los intereses de España. 5. La clasificación de «Restringido» se aplicará a la información cuya revelación no autorizada o utilización indebida pueda ser contraria a los intereses de España en cualquiera de los ámbitos relacionados en los apartados anteriores.

Ciertamente el ámbito de las materias susceptibles de clasificación no tiene por qué coincidir literalmente ni con los supuestos protegidos por los límites del art. 14 LTAIBG, ni con lo establecido en la normativa internacional de referencia, pero desde luego sorprende que se puedan clasificar materias enteras en ámbitos que no guardan ninguna relación con los bienes jurídicos que tradicionalmente se intentan proteger con dicha clasificación y que forman parte de lo que puede considerarse el núcleo de la actuación de los Poderes Públicos, dado que, con toda probabilidad, es en estos ámbitos donde pueden plantearse las solicitudes de información relativas a la rendición de cuentas. Y más preocupante aún es que no estemos en presencia de listas cerradas, máxime cuando esto se combina con el gran número de órganos que pueden clasificar materias y las escasas o más bien nulas garantías existentes en los procedimientos de clasificación a las que enseguida haremos referencia.

Por tanto, y de entrada, se aprecia una enorme ampliación en este Anteproyecto de las materias susceptibles de clasificación, una falta de claridad en su delimitación, una falta de “*numerus clausus*” y una cierta incompatibilidad no sólo con la LTAIBG sino con los estándares internacionales, teniendo en cuenta además que su interpretación tiene que ser estricta y que la jurisprudencia del TEDH exige en este ámbito certeza o, al menos, previsibilidad.

En definitiva, es preocupante la posibilidad de que se pueda producir un riesgo para la transparencia y el derecho de acceso a la información pública por el sencillo expediente de clasificar determinadas materias aunque no guarden conexión alguna con la seguridad y la defensa nacional. Por otra parte, incluso en los supuestos en que sí existe esta coincidencia con algunos de los límites o con dicha normativa internacional o, al menos, una conexión con dichos conceptos jurídicos es igualmente posible una interpretación extensiva que permite sustraer determinada información pública del conocimiento de los ciudadanos sin necesidad de realizar el doble test del daño y del interés público en el caso concreto.

En este sentido, según la Exposición de Motivos, se entiende por información clasificada aquella respecto de la cual las autoridades con competencia para clasificar decidan que requiere de una protección especial contra su divulgación no autorizada o utilización indebida. Por tanto, se trata de un concepto formal y en cierta medida autorreferencial: es materia clasificada, en definitiva, lo que las autoridades competentes hayan considerado como tal.

Es cierto que inmediatamente después se señala que el fundamento que subyace en la clasificación de la información (que habrá de justificarse en los documentos por los que se clasifica, de acuerdo con el principio de motivación) es el posible daño o peligro que su revelación pueda ocasionar a la defensa o seguridad nacional. En el mismo sentido, el art. 1, al delimitar el objeto de la Ley señala que:

Esta Ley tiene por objeto regular 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. Regula, asimismo, los procesos de clasificación, desclasificación y reclasificación de dicha información.

Sin embargo, como hemos visto, en el resto del articulado sí se permite la clasificación de información que pueda no guardar ninguna relación con la seguridad o la defensa nacional, aunque se entiendan en un sentido muy amplio.

Se ha dicho que la clasificación de “alto secreto” se reserva para la información que precise del más alto grado de protección, toda vez que su revelación no autorizada o utilización indebida pueda dar lugar a una amenaza o perjuicio extremadamente grave para los intereses de España en los ámbitos mencionados abriendo por otra parte la posibilidad de que se clasifique como “alto secreto” cualquier otro ámbito material cuya salvaguarda requiera de la más alta protección, lo que introduce un elemento de inseguridad jurídica notable, por no hablar de la posibilidad de que bajo este apartado acaben siendo clasificadas “alto secreto” cualquier tipo de materias aunque no guarden relación alguna con el daño o la puesta en peligro del bien jurídico protegido, que debe ser, según el art. 1 del Anteproyecto, la defensa o seguridad nacional.

Pues bien, es fácil comprobar que algunas de las materias recogidas en la lista anterior exceden de lo que razonablemente puede considerarse encuadrado dentro de la defensa o seguridad nacional, al menos tal y como se ha interpretado por la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como internacional. Efectivamente, si bien la soberanía e integridad territorial, el orden constitucional y la seguridad del Estado, la seguridad nacional o la defensa nacional pueden entenderse englobados dentro de los conceptos “defensa o seguridad nacional”, es mucho más discutible la referencia a la seguridad pública y la vida de los ciudadanos, a la capacidad o la seguridad de las Fuerzas Armadas de España o de sus aliados o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o a la efectividad o seguridad de las misiones y operaciones de los servicios de inteligencia o de información de España o de sus aliados o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad salvo que precisamente tengan que ver con la defensa o la seguridad nacional. Lo mismo cabe decir de las relaciones exteriores de España o de situaciones de tensión internacional y, en particular, de los intereses económicos o industriales de carácter estratégico.

En definitiva, se trata de una lista excesivamente amplia y abierta, aunque se exija para la clasificación que concorra también la existencia de una amenaza o perjuicio extremadamente grave para los intereses del Estado, concepto jurídico indeterminado cuya precisión queda en manos del Consejo de Ministros salvo en el caso de que se declare por norma con rango de Ley.

A *fortiori* cabe señalar lo mismo con respecto de la clasificación de “secreto”, que se aplicará a la información que precise de un alto grado de protección, toda vez que su revelación no autorizada o utilización indebida pueda dar lugar a una amenaza o perjuicio grave para los intereses de España en los mismos ámbitos. Si ya en el supuesto anterior se plantean serias dudas por lo amplio del listado de materias, aun existiendo mayores garantías formales (puede ser por Ley) y en cuanto al presupuesto de hecho (la necesaria concurrencia de una amenaza o perjuicio extremadamente grave para los intereses nacionales), a medida que se regulan las categorías de clasificación inferiores, las garantías disminuyen.

Efectivamente, el desbordamiento, valga la expresión, en relación con los conceptos de seguridad y defensa nacional es manifiesto en los supuestos de clasificación en las categorías de “Confidencial” y “Restringido”. Así, es muy discutible la lista de informaciones sobre materias que cabe clasificar como “confidencial”.

Se aplicará a la información cuya revelación no autorizada o utilización indebida pueda causar una amenaza o perjuicio leve para los intereses de España en 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 en los que *a priori* parece difícil que exista una conexión con la seguridad y la defensa nacional y, en todo caso, sería muy accesoria. Pero es que de igual modo la lista es abierta, dado que se permite clasificar informaciones de otros ámbitos incluyendo una cláusula que se refiere a *cualquier otro ámbito cuya salvaguarda requiera de un alto grado de protección*.

Dicho lo anterior, todavía más preocupantes son los supuestos en los que la información se puede clasificar en la categoría de “restringido”, dado que se parte de la existencia de un presupuesto de hecho tremendamente amplio (basta con que la revelación no autorizada o utilización indebida de la información *pueda ser contraria* a los intereses de España) también su extensión material lo es, dado que permite que se extienda a *cualquiera de los ámbitos relacionados en los apartados anteriores*, incluyendo las cláusulas abiertas.

En suma, se trata de un listado de materias enormemente amplio, que no guardan relación o conexión evidente con los conceptos de defensa o seguridad nacional y cuyo presupuesto de hecho es enormemente amplio dado que sólo se exige la concurrencia de una amenaza o perjuicio leve para los intereses de España o que su revelación o utilización pueda ser contraria a los intereses de España. El problema se agudiza si tenemos en cuenta que no hay una cláusula de cierre o un “*numerus clausus*”.

Por otra parte, como enseguida veremos, las garantías procesales son muy débiles. Si a esto unimos la pluralidad de órganos competentes para clasificar, su rango, la forma de la designación de su titular, etc. se llega a la conclusión de que este Anteproyecto permite la exclusión de ámbitos muy extensos de la actividad administrativa de la necesaria transparencia y rendición de cuentas por el simple expediente de acudir a la clasificación, por motivos poco claros o fundamentados y sin las necesarias garantías.

En este sentido, hay una profunda contradicción no ya con el objeto y finalidad de la LTAIBG (que pretende, en definitiva, que los ciudadanos conozcan los procesos de toma de decisiones en el ámbito público a los efectos de la rendición de cuentas) sino con la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto cuando señala

(...) 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.

Lamentablemente, estas declaraciones o manifestaciones no vienen avaladas después por el articulado del Anteproyecto, como veremos.

5.Procedimientos y garantías de la clasificación y desclasificación

Con respecto a los procedimientos y garantías de la clasificación, hay que destacar que para las categorías más importantes, alto secreto y secreto, se requiere o bien un acuerdo del Consejo de Ministros (que no es delegable), o bien una Ley que así lo establezca en los ámbitos de la seguridad o defensa nacional.

Para las categorías inferiores (confidencial y restringida) la competencia se dispersa en una gran variedad de autoridades o altos cargos, lo que, además de suponer un peligro cierto de dispersión en el sentido de que cada uno realice la clasificación que le parezca más oportuna o interese en cada momento, entraña el riesgo de que materias muy sensibles para la ciudadanía desde el punto de vista de la transparencia y la rendición de cuentas queden sustraídas al conocimiento de los ciudadanos.

En concreto, estas autoridades o altos cargos son los siguientes: a)El Presidente o la Presidenta del Gobierno y los titulares de las Vicepresidencias del Gobierno. b)Los titulares de los Ministerios, 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 o las 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. n)El Secretario o la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias. o) Las autoridades autonómicas competentes en materia de policía, en aquellas Comunidades Autónomas que hayan asumido estatutariamente competencias para la creación de Cuerpos de Policía, de conformidad con el artículo 149.1.29ª de la Constitución.

Otro problema es que se prevé expresamente en el art. 5 que estas facultades sean delegables, lo que aumenta el riesgo ya de por sí muy alto de dispersión y de clasificación, incluso por motivos que no respondan a los intereses generales. En el listado puede apreciarse también que hay titulares de órganos que carecen de competencias en los ámbitos de la seguridad y de la defensa nacional. En definitiva, no se aprecia la necesidad de que existan tantos sujetos con potestad de clasificar información, ni en la Exposición de Motivos ni, desde luego, en los estándares internacionales. Sería mucho más razonable restringir la potestad de clasificar al Consejo de Ministros, al Presidente del Gobierno o, a lo sumo, a Vicepresidentes o Ministros (además de a una norma con rango de ley) pudiendo proponer esta clasificación pero no acordarla los demás altos cargos que se mencionan.

En este sentido, no deja de ser llamativa la comparación con la actual Ley de Secretos Oficiales, que limita la posibilidad de clasificación exclusivamente en la esfera de su competencia al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor y además señala que esta potestad es indelegable (arts. 4 y 5) resultando, curiosamente, mucho más garantista en este aspecto que la regulación contenida en el Anteproyecto que comentamos.

Es cierto que también se prevé la existencia de una Autoridad Nacional para la protección de la información clasificada, que se ejerce por el Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, por lo que forma parte del gobierno estatal.

Por esa razón, considero que no puede servir de árbitro o establecer criterios técnicos en los supuestos en que se produzcan controversias o debates sobre la procedencia o no de la clasificación de una materia determinada por altos cargos o autoridades del mismo gobierno, por el propio Consejo de Ministros o por las autoridades autonómicas competentes en materia de policía.

En cuanto al procedimiento para la clasificación, aunque se regula con prolijidad lo cierto es que, a mi juicio, ni se fundamenta suficientemente la necesidad de la clasificación -requisito esencial de acuerdo con las normas internacionales- ni tiene carácter contradictorio ni existen garantías suficientes para velar por el acierto de la decisión, en particular teniendo en cuenta los riesgos ya comentados. No hay trámites de audiencia ni solicitud de dictámenes a organismos especializados como puede ser el CTBG. Por tanto, no existen contrapesos suficientes para velar por la adecuada utilización de la clasificación sin perjuicio de la posibilidad de una revisión judicial posterior, siempre lenta y costosa para los ciudadanos.

En concreto, no sólo la propuesta de clasificación sino, sobre todo, la resolución de clasificación debería estar mucho más fundamentada con especial atención a la proporcionalidad de la medida y a su idoneidad en el caso específico de que se trate, siguiendo en este punto lo establecido por la doctrina constitucional y la jurisprudencia del TEDH sobre los requisitos que deben concurrir en las resoluciones que limitan derechos fundamentales.

Cabe señalar también que el tiempo durante el cual la información puede permanecer clasificada es enormemente amplio, si bien se permite la desclasificación automática, una vez transcurrido ese lapso de tiempo. En concreto, para la desclasificación de la información en la categoría de “Alto secreto”, según el art. 16 del Anteproyecto, se establece un plazo de desclasificación automática de cincuenta años desde su clasificación, pudiendo prorrogarse este plazo de manera excepcional y motivada antes de su vencimiento por quince años más.

Lo mismo cabe decir respecto de la información clasificada en la categoría de “Secreto”, que se desclasificará automáticamente transcurridos cuarenta años desde su clasificación, pudiendo prorrogarse de manera excepcional y motivada antes de su vencimiento por diez años más. Pero incluso para las categorías menos relevantes los plazos son muy amplios y contienen un elemento de discrecionalidad importante. La información clasificada en la categoría de “confidencial” se desclasificará automáticamente transcurrido el plazo específico que señale la autoridad de clasificación, que será de entre siete y diez años no prorrogables y para la información clasificada en la categoría de “restringido” se desclasificará automáticamente transcurrido el plazo específico que señale la autoridad de clasificación, que será de entre cuatro y seis años no prorrogables. Se trata, por tanto, de plazos muy amplios, incluso en el caso de las categorías menores, que pueden comprometer gravemente el derecho de acceso a la información pública, para el que la celeridad es esencial, así como el derecho a la libertad de información.

Por último, hay que tener en cuenta que pese a la prohibición de nueva clasificación se contempla excepcionalmente (art. 19) que se pueda proceder a una nueva clasificación si la autoridad de clasificación aprecia motivadamente y de forma excepcional que existen razones suficientes para justificarla, lo que puede alargar los ya de por sí muy largos periodos de clasificación.

Es posible una revisión periódica de la información clasificada (art. 17) de oficio o a instancia de parte, pero requiere de un procedimiento que puede resultar largo y complejo y cuyo resultado, en último término, queda en manos de las autoridades de clasificación. Lo mismo cabe señalar respecto al procedimiento de reclasificación previsto en el art. 18.

En general, se aprecia en esta regulación (contenida en los artículos 8 a 19) una excesiva generalidad con remisión a una regulación reglamentaria que puede tardar en llegar.

6. Procedimiento específico de acceso a la información clasificada

Existe también un procedimiento específico de acceso a la información clasificada en los arts. 20 y siguientes (ss) de la Ley que queda limitado a ciertos actores y exige la necesidad de la justificación del acceso a la información. En cuanto a los actores, tienen que ser personas que lo requieran por razón del cargo o responsabilidad que ostenten, estableciéndose que ninguna persona podrá acceder a la información clasificada si no está en posesión de una Habilitación Personal de Seguridad, de una Habilitación de Seguridad de Empresa o de una Autorización, según corresponda, con la excepción de Presidente del Gobierno, para todo tipo de información clasificada y de las autoridades de clasificación o sus superiores, para toda información clasificada en la categoría “confidencial” o “Restringido” que se haya procesado en el ámbito de su competencia o en otros supuestos específicos contemplados en la ley, regulándose a continuación tales habilitaciones.

Quizás lo más preocupante desde el punto de vista de la transparencia y del derecho de acceso a la información pública de ciudadanos y empresas es la previsión de establecer (art. 22) Habilitaciones de Seguridad de Empresa y de Establecimiento para cualquier persona física o jurídica que quiera participar en una licitación, programa o proyecto del sector público en el que se vaya a manejar información clasificada en las categorías de “alto secreto”, “secreto” o “confidencial”.

Habida cuenta de la amplitud con que se manejan dichas categorías, existe un riesgo cierto de incidencia en la transparencia de las licitaciones en determinados ámbitos, en particular, en determinados Ministerios como Defensa o Interior, en la medida en que se puede restringir el acceso a esta información de forma indebida. Recordemos que ya existe una regulación en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP). Desde mi punto de vista, este tipo de normas puede favorecer prácticas clientelares o directamente corruptas, siendo una de las consecuencias negativas más claras de la amplísima configuración de las materias clasificadas y de la discrecionalidad que se concede a determinadas autoridades y altos cargos para clasificar.

Por otra parte, puede quedar afectado también el derecho a la libre concurrencia y a la no discriminación entre licitadores, principios básicos en la contratación pública, en la medida en que se prevé que cuando una entidad del sector público licite un contrato incluido en el ámbito de aplicación de la LCSP en el que se vaya a manejar información clasificada en las categorías de “alto secreto”, “secreto” o “confidencial”, deberá comprobar, con carácter previo a la adjudicación, que las personas físicas o jurídicas cuentan con la correspondiente Habilitación de Seguridad de Empresa y, en su caso, con la Habilitación de Seguridad de Establecimiento.

Por otro lado, la concesión de esta habilitación queda en manos de la Autoridad Nacional para la protección de la información clasificada sujetándose a un control de seguridad para evaluar los posibles riesgos y amenazas para los intereses de España que podrían derivarse del

acceso a dicha información. Las condiciones de elegibilidad de los candidatos se remiten a un reglamento, con el consiguiente riesgo de incertidumbre.

Otro aspecto muy negativo desde el punto de vista de la transparencia y de la libertad de información es la referencia al deber de confidencialidad cuando se señala que los responsables de la clasificación de la información en cualquiera de las cuatro categorías, así como todas las personas que intervengan en cualquier fase del procedimiento de clasificación, reclasificación o desclasificación, estarán sujetas al deber de confidencialidad al que se refiere el artículo 5.1.f) del Reglamento (UE) 2016/679 y el art. 5 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, pues sabido es que el establecimiento de este tipo de obligaciones suele después invocarse de forma habitual como límite al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, teniendo en cuenta, en este caso, que se trata de personas que intervengan en cualquier fase del procedimiento de clasificación, reclasificación o desclasificación con independencia de cómo termine.

7.Registros de información clasificada. Protección de información clasificada bajo distintas categorías. Información complementaria

La normativa recogida en los arts. 25 y ss refiere a la seguridad de la información clasificada, regulando los llamados Registros de información clasificada que deberán ser objeto de desarrollo reglamentario, así como su protección y custodia, su consulta, traslado y transmisión.

También interesa destacar el art. 29, relativo a la protección de la información clasificada bajo distintas categorías según el cual si la información clasificada constase de varias partes clasificadas bajo distintas categorías, cada parte deberá marcarse con su categoría respectiva y la información clasificada en su totalidad se marcará de acuerdo con la categoría más alta utilizada, lo que de nuevo permite una restricción muy importante del derecho de acceso a la información pública y de la libertad de información en la medida que se opta por la clasificación más alta para proteger toda la información aún a sabiendas de que existen partes dentro de dicha clasificación de menor riesgo

Resulta también muy preocupante la regulación relativa a la protección equivalente y destrucción de la información complementaria (art. 30) relacionada con borradores, copias previas, anotaciones, grabaciones en soportes físicos o informáticos, así como cualquier otra información adicional que se pueda haber generado con anterioridad a la clasificación de la información, cualquiera que sea su formato, que no sólo tienen también la consideración de información clasificada sino que deberán ser destruidas con la mayor brevedad posible y de acuerdo con el procedimiento que se establezca reglamentariamente.

Esta previsión legal pone en riesgo el derecho de acceso y entra en franca contradicción con la interpretación muy restrictiva que se ha hecho por parte del CTBG y de la jurisprudencia de las causas de inadmisión del art. 18 LTAIBG, en relación con los borradores y notas preparatorias, y en relación con el límite referente al secreto y la confidencialidad en los procesos de toma de decisiones, aunque se hagan las salvedades de que no resultará precisa la destrucción de aquellos materiales vinculados a asuntos sobre los que existan diligencias judiciales o fiscales en curso y que no podrá ser destruida aquella información o material que previamente haya sido utilizado para perseguir violaciones de derechos humanos o crímenes de

lesa humanidad por alguna institución nacional o internacional, y/o que resulte esencial para prevenir, investigar, enjuiciar y sancionar abusos.

Considero que esta excepción parece demasiado estricta; este material no debería ser destruido en ningún supuesto, al menos, mientras exista un debate jurídico abierto sobre la necesidad de su entrega. Efectivamente, si esta información se destruye en los términos previstos en el Anteproyecto, pueden quedar sin efecto muchas solicitudes de acceso a la información pública, aunque finalmente se resuelva a su favor la controversia jurídica.

También resulta muy estricto el régimen aplicable a la información clasificada que se transmite a otros Estados u organizaciones internacionales y, en particular, el aplicable a la información clasificada que las autoridades españolas reciban por parte de otros Estados u organizaciones internacionales, en la medida en que se señala que dicha información se clasificará bajo una categoría que asegure un grado de protección equivalente o superior al requerido por aquel que suministró la información. Por lo demás, la previsión que se establece es que el uso y tratamiento de esta información clasificada se realizará de conformidad con lo dispuesto en los Tratados Internacionales para el intercambio y protección mutua de la información clasificada de los que España sea parte.

8. Garantías de revisión de la clasificación

En cuanto a la revisión de la clasificación, sólo se prevé una garantía judicial, en el art. 37, dedicado a la regulación del control jurisdiccional de la clasificación que se configura como el único mecanismo de control de la legalidad y de la constitucionalidad de las decisiones de clasificación y que consiste en la interposición de un recurso contra la correspondiente resolución o directiva de clasificación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

La atribución de esta competencia al Tribunal Supremo puede ser congruente con la condición de alguna de las autoridades competentes para clasificar (no de todas, por cierto) pero es evidente que puede dificultar mucho el acceso a la revisión judicial, consagrando un ámbito de inmunidad del poder en una materia especialmente sensible para los derechos fundamentales. Por otro lado, la restricción de la legitimación a las personas directamente afectadas por su contenido o que acrediten un derecho o interés legítimo contribuye a dicha dificultad, en la medida en que es muy poco probable que un ciudadano de a pie pueda identificarse como directamente afectado o acreditar derecho o interés legítimo a efectos de emprender esta litigación, con lo que en la práctica muchas de estas decisiones pueden resultar irrecurribles, con la consiguiente merma de derechos.

Efectivamente, que el único remedio posible para revisar una calificación o una directiva sea el acceso judicial directo ante el Tribunal Supremo por parte de la persona directamente afectada por su contenido o que acredite derecho o interés legítimo y que, por otra parte, no ha sido oída en ningún momento en el procedimiento de clasificación ya plantea problemas de todo tipo, empezando por el de su identificación y siguiendo por el de su legitimación activa en la jurisdicción contencioso-administrativa; ¿cómo se sabe si alguien está afectado o no por la clasificación de una determinada información cuando ésta ya ha sido clasificada? En cualquier caso, esta observación tiene que ver con la ausencia de un procedimiento de clasificación contradictorio, con trámite de audiencias y con garantías de tipo técnico como informes o, al menos, la concesión de un trámite de audiencia a órganos especializados como el propio CTBG.

También se echa en falta la existencia de algún tipo de recurso o reclamación en vía administrativa y, por tanto, gratuita antes de tener que emprender un largo y costoso proceso nada menos que ante el Tribunal Supremo, siendo así que muchos órganos competentes para la clasificación no determinarían la competencia del Alto Tribunal si dictasen actos administrativos en otro ámbito. Por tanto, podemos concluir que, en la práctica, la regulación de este recurso judicial supone la imposibilidad para muchos ciudadanos -y también para las organizaciones sin ánimo de lucro, dada la interpretación de su legitimación activa que viene haciendo la jurisprudencia- de impugnar estas decisiones.

Cuestión diferente es el acceso a la información clasificada en el marco de un proceso jurisdiccional regulado en el art. 38, según el cual si durante la tramitación de un proceso jurisdiccional el órgano judicial competente considerara indispensable para el desarrollo de las actuaciones o la resolución del asunto, acceder a información clasificada, podrá solicitar motivadamente a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo que requiera de la autoridad de clasificación la remisión de dicha información. En este caso, el órgano judicial solicitante podrá suspender el proceso jurisdiccional en el momento en que su continuación dependa del resultado del requerimiento y si la Sala admitiera la solicitud, dirigirá oficio a la autoridad de clasificación para que en un plazo que no es precisamente corto- plazo máximo de sesenta días- le remita la información clasificada o, en su caso, presente un informe motivado sobre la improcedencia de su remisión.

Como puede apreciarse, no se trata precisamente de un procedimiento ágil sobre todo cuando la decisión judicial depende de la información clasificada, que es el presupuesto de hecho para la aplicación del art. 38. Al final, decide la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo sobre la información. Pero como hemos visto, de la simple transcripción del precepto se desprende con nitidez lo complejo y largo de este procedimiento, con unos plazos amplísimos, que puede paralizar durante periodos largos de tiempo un procedimiento judicial hasta que finalmente decida el Tribunal Supremo sobre la relevancia (o su falta) de la información clasificada para resolver el fondo del asunto.

9. Régimen sancionador

Mención aparte merece el régimen sancionador, que resulta demasiado estricto, especialmente si lo comparamos con el que se aplica cuando se vulneran las obligaciones de transparencia (eso, cuando existe, dado que, en la normativa estatal, la LTAIBG no lo contempla) que sienta un doble estándar difícil de entender desde el punto de vista de la opinión pública, incluso con plazos muy breves que contrastan con la falta de responsabilidad existente cuando se vulnera el derecho de acceso a la información o no se cumplen las resoluciones firmes del CTBG o de los Tribunales de Justicia en el ámbito de la transparencia.

En ese sentido, las sanciones administrativas parecen absolutamente desproporcionadas. La norma señala que las sanciones que pueden aplicarse por la comisión de las infracciones previstas en este Título son las siguientes: a) En el caso de infracciones muy graves, se aplicará una multa de 1.000.001 a 3.000.000 de euros. b) En el caso de infracciones graves se aplicará una multa de 50.001 a 1.000.000 de euros. c) En el caso de infracciones leves se apercibirá o se aplicará una multa de hasta 50.000 euros. El apercibimiento solo se impondrá si no hubiera mediado dolo y en los últimos dos años el responsable no hubiera sido sancionado,

mediante resolución administrativa firme, por la comisión de cualquiera de las infracciones previstas en esta Ley.

En este punto, no está de más llamar la atención de nuevo sobre la necesidad de que las medidas restrictivas de las libertades de expresión e información sean proporcionales y, en ese sentido, sanciones de tanta importancia no cabe duda de que pueden condicionar muy negativamente a los actores que intenten hacer valer estos derechos.

Resulta importante destacar que estas sanciones se pueden aplicar también a quienes divulguen la información y no sólo a quienes accedan ilegalmente a ella, dado que el art. 41.1 considera infracción muy grave en su apartado b) *La difusión, por cualquier medio, de información clasificada en las categorías de «Alto Secreto» o «Secreto» a la que se haya tenido acceso fortuito, sin necesidad de conocer)*

Adicionalmente, se recogen diferentes sanciones accesorias que incluyen hasta la separación del servicio de las autoridades o funcionarios públicos o el despido disciplinario en el caso del personal laboral, en los supuestos de comisión de infracciones muy graves, y la suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo, en el caso de personal laboral, con una duración de entre tres y seis años, en los supuestos de comisión de infracciones graves. El mensaje que se traslada a los empleados públicos es muy claro: mientras que vulnerar las obligaciones de transparencia no tiene consecuencia alguna, la vulneración de la normativa sobre información clasificada supone un riesgo inasumible que puede llevar a la suspensión de empleo y sueldo e incluso hasta la separación del servicio.

Conclusiones

1.El Anteproyecto analizado resulta muy discutible desde el punto de vista del derecho fundamental a la libertad de información y del derecho de acceso a la información pública, entrando en contradicción con muchos preceptos de la LTAIBG y con la doctrina y jurisprudencia recaída en torno a la interpretación del acceso a información clasificada. En ese sentido, se aprecia falta de coherencia entre la normativa en materia de acceso a información clasificada y la normativa en el ámbito de la transparencia, no pudiendo obviarse esta última así como los criterios interpretativos que se han desarrollado en torno a su aplicación.

2.Se aprecia también cierta incoherencia en relación con la doctrina y jurisprudencia recaídas en el ámbito de la Unión Europea respecto al acceso a información clasificada.

3.Se consagra en la práctica un ámbito de discrecionalidad amplísimo -hasta el punto de que podría hablarse de un riesgo cierto de arbitrariedad- para los poderes públicos, al establecerse unas amplias posibilidades de clasificar información sin que en numerosas ocasiones aparezcan claramente razones de seguridad o defensa del Estado que lo justifiquen. Además no existe un “*numerus clausus*” de materias clasificadas.

4.La regulación excesivamente general y la constante utilización de conceptos jurídicos indeterminados en cuestiones esenciales introduce una notable inseguridad jurídica.

5. Se amplían enormemente los órganos administrativos que pueden proceder a la clasificación de las materias, incluso permitiendo la delegación de esta facultad, lo que supone un evidente riesgo de dispersión y de falta de homogeneidad en los criterios utilizados.

6. El establecimiento de cuatro categorías de clasificación amplía el número de materias susceptibles de ser clasificadas sin que lo justifique ni la seguridad ni la defensa nacionales. La ampliación es manifiesta en los supuestos de clasificación en las categorías de “Confidencial” y “Restringido”, siendo tan amplia la lista de informaciones sobre materias que cabe clasificar como “confidencial” que incluso entra en contradicción con otras normas en vigor en el ámbito de la transparencia y de la rendición de cuentas.

7. No existen procedimientos suficientemente garantistas y contradictorios para resolver sobre la clasificación y, en particular, la intervención de otros agentes, expertos, organizaciones de la sociedad civil, órganos encargados de velar por la transparencia u organizaciones públicas o privadas interesadas en el acceso al contenido que puede ser susceptible de clasificación.

8. Otro aspecto criticable es la facilidad que establece la norma para cumplir sólo formalmente el principio de motivación de forma estereotipada y sin especial relación con el caso concreto. En ese sentido, hay que destacar que si bien se prevé que la clasificación se haga caso por caso, también se pueden clasificar bloques enteros de información.

9. En cuanto a la desclasificación, si bien se contempla la desclasificación automática hay que señalar que los plazos para que opere son excesivamente largos y, en todo caso, prorrogables.

10. El sistema de infracciones y sanciones contemplado parece desproporcionado pudiendo restringir indirectamente la transparencia y la rendición de cuentas

11. Se restringen enormemente las posibilidades de revisión en vía judicial, dificultando el acceso al control jurisdiccional de las decisiones administrativas en este ámbito al establecerse un recurso contencioso-administrativo ante el TS.

12. En definitiva, el Anteproyecto parece difícilmente compatible con las exigencias de transparencia y rendición de cuentas propias de un Estado democrático de Derecho avanzado y desconoce la doctrina y jurisprudencia recaídas tanto a nivel nacional como internacional en torno al derecho de acceso a la información pública que se restringe muy marcadamente en este Anteproyecto por lo que podemos considerar que lejos de constituir un avance sobre la Ley vigente supone un manifiesto retroceso en términos de derechos y garantías.

¹ Transparency International España: Declaración conjunta sobre el Anteproyecto de Ley de Información Clasificada con motivo del Día Internacional del Derecho a Saber, <https://transparencia.org.es/declaracion-conjunta-sobre-el-anteproyecto-de-ley-de-informacion-clasificada-con-motivo-del-dia-internacional-del-derecho-a-saber/> (consultado el día 13 de septiembre de 2023).

² Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación; Ministerio de Justicia; Ministerio de Defensa, <https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/Documents/APL%20Informacio%CC%81n%20Clasificada.pdf> (consultado el día 13 de septiembre de 2023).

³ Vid. Caso “Stoll v. Switerland”, § 54. Judgement, 25 de abril de 2006 (Application no. 69698/01), [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22fulltext%22:\[%22Stoll%22\],%22itemid%22:\[%22001-69219%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22fulltext%22:[%22Stoll%22],%22itemid%22:[%22001-69219%22]}) BASE DE DATOS HUDOC, Tribunal de Estrasburgo: [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22fulltext%22:\[%22954/08.%2065%20Stoll%20v.%20Switzerland,%2069698/01.%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-75189%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22fulltext%22:[%22954/08.%2065%20Stoll%20v.%20Switzerland,%2069698/01.%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-75189%22]}) (consultado el día 13 de septiembre de 2023).

Bibliografía (recomendada)

COUSIDO GONZÁLEZ, M.P. (1995). Comentarios a la Ley de Secretos Oficiales y su Reglamento, Barcelona: Bosch Casa editorial.

DÍEZ PICAZO, L.M. (2018). Sobre secretos oficiales, Madrid: Civitas.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F. (2018). El control parlamentario de los secretos oficiales, en Revistas de las Cortes Generales, Aranzadi, ISSN 0213-0130, nº 104, 2º cuatrimestre, pp. 395-420.