



## **INFORME DEL CONSEJO FISCAL AL ANTEPROYECTO DE LEY DE INFORMACIÓN CLASIFICADA**

SUMARIO. I.- INTRODUCCIÓN II.- ESTRUCTURA Y CONTENIDO GENERAL DEL TEXTO PROPUESTO. III.- LOS DERECHOS INVOLUCRADOS Y SUS LÍMITES. TRATAMIENTO EX ARTS. 105.B CE, 20.1 CE Y 10 CEDH. IV.- CONTENIDO Y VALORACIÓN CRÍTICA DEL ANTEPROYECTO. IV.1.- Elementos objetivos. IV.1.1.- Materias y grados de clasificación. IV.1.2.- Clasificación, desclasificación, plazos, revisión periódica y reclasificación. Destrucción de información complementaria. IV.2.- Elementos subjetivos. IV.2.1.- Órganos y autoridades con capacidad para clasificar. IV.2.2.- Sujetos del acceso o la desclasificación. IV.3- Régimen sancionador. IV. 4.- Los procedimientos de control y acceso jurisdiccional en materia de información clasificada. la intervención del Ministerio Fiscal. IV.4. 1. El recurso contencioso-administrativo contra la Directiva o Diligencia de clasificación (art. 37 y Disposición final primera). IV.4.2.- Acceso a la información clasificada en el marco de un proceso jurisdiccional (art. 38 ALIC). V.- CONCLUSIONES Y RECOPIACIÓN DE PROPUESTAS.

### **I.- INTRODUCCIÓN.**

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Información Clasificada, la normativa que se pretende establecer se justifica en la obsolescencia de la vigente Ley 9/1968, de 5 de abril de Secretos Oficiales y la necesidad de actualizar, homogeneizar y sistematizar el régimen jurídico de la información clasificada (cuyo contenido puede afectar a la seguridad o defensa del Estado) de acuerdo con las limitaciones que el art. 105 CE permite establecer al derecho de acceso de la ciudadanía a la información pública. Tales limitaciones -se dice- persiguen “proteger al conjunto de todas y todos los españoles”. Se afirma, además, que la filosofía que subyace en la Ley es que “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”. La tarea se asegura llevar a cabo a partir de estándares uniformes de tratamiento de la información clasificada establecidos en el ámbito de la Unión Europea, la



OTAN y la Agencia Espacial Europea de modo que se homologaría el ordenamiento español a las reglas que rigen en otros Estados y organizaciones internacionales, dotando adicionalmente al sistema de un régimen sancionador tendente a procurar el adecuado cumplimiento de aquéllas.

No obstante, a nuestro criterio, el articulado del Anteproyecto (en adelante, ALIC) no se compadece bien con la filosofía preconizada y buena parte de lo que el preámbulo expositivo expresa o bien no tiene reflejo en el texto dispositivo o bien lo tiene de manera inapropiada. Este aserto de inicio se justificará en el curso del comentario a los cuatro aspectos que se estiman esenciales en una regulación como la pretendida: (i) el elemento objetivo (materias clasificables, grados y plazos de clasificación); (ii) el elemento subjetivo (órganos con capacidad de clasificación y sujetos del acceso a materias clasificadas); (iii) el régimen de protección/sanción; y (iv) el control y acceso jurisdiccional.

El juicio crítico, siempre con ánimo constructivo, no puede detenerse en aspectos puramente procesales, sino que ha de extenderse al conjunto del texto normativo propuesto porque, si bien hay que celebrar particularmente que se establezcan, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico procesal, procedimientos específicos para el control jurisdiccional de la clasificación (art. 37 y Disposición final primera ALIC) y para el acceso a información clasificada en el marco de un proceso jurisdiccional (art. 38 ALIC), y aun cuando hay que valorar muy positivamente la decisión de “contar con” la intervención del Ministerio Fiscal en ambos procedimientos, lo cierto es que no se puede soslayar que tanto el control y acceso judicial como la fiscalización a ejercer por el Ministerio Fiscal pueden verse notablemente condicionados, incluso constreñidos y maniatados, tanto por la configuración de los elementos objetivos y subjetivos de la potestad de clasificación, como por sus niveles y régimen de tutela.



Lógicamente, en el concreto capítulo de los procedimientos judiciales, será objeto de una especial atención lo que de manera directa afecta funcionalmente al Ministerio Fiscal y, en particular, a la Sección de lo Contencioso Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo. Y en estas coordenadas, son dos las previsiones que merecerán un especial comentario:

- (i) La atribución al Ministerio Fiscal de la condición de “parte” (apartado 10 de la Disposición final primera del ALIC) en el nuevo recurso contencioso-administrativo a seguir ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo para la impugnación y consecuente control jurisdiccional de las llamadas Diligencias o Directivas de clasificación (art. 37 ALIC).
- (ii) La intervención del Ministerio Fiscal en trámite de “previa audiencia” en orden a la toma de decisión definitiva que ha de adoptar, tras ponderar los intereses en conflicto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en los supuestos de acceso a la información clasificada solicitado por un órgano judicial en el marco de un proceso de cualquier orden jurisdiccional (art. 38.4 ALIC).

Menor objeto de consideración merece, para esta Sección, la regla de carácter general recogida en el art. 46 ALIC que afecta a la actuación de Fiscales en el orden jurisdiccional penal, puesto que tal disposición se circunscribe a recoger el principio de ne bis in idem y reafirmar el carácter subsidiario del procedimiento administrativo sancionador respecto del penal, estableciendo la posibilidad de que la comunicación de las conductas que pudieran ser constitutivas de infracción penal se realice alternativamente a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal. En este contexto, la única novedad digna de mención es que, en tal caso, dicha comunicación determinará, también en el supuesto de que se efectúe al Ministerio Fiscal, la interrupción del plazo de prescripción de la infracción administrativa, de modo que constituirá una excepción a la regla general de que la práctica de una investigación preprocesal fiscal no interrumpe la prescripción del ilícito administrativo.



Pero, antes de abordar los aspectos reseñados, conviene hacer una aproximación, si quiera somera, a la estructura y contenido genérico del Anteproyecto, y, un poco más detallada, a los derechos de la ciudadanía involucrados en la materia.

## II.- ESTRUCTURA Y CONTENIDO GENERAL DEL TEXTO PROPUESTO.

El texto normativo del Anteproyecto de Ley sometido a informe se articula en cinco Títulos, uno Preliminar y cuatro ordinales, que cuentan con un total de 48 preceptos, a los que se suman cuatro Disposiciones adicionales, una Disposición transitoria, una Disposición derogatoria y cuatro Disposiciones finales. Sucintamente expresado:

(i) El Título Preliminar precisa tanto el objeto de la norma (regular el régimen jurídico aplicable a 'la información cuya revelación no autorizada o utilización indebida pueda ocasionar un daño o poner en peligro la seguridad o defensa nacional', y a los procesos de clasificación, desclasificación y reclasificación de dicha información), como su ámbito aplicativo (autoridades del sector público, personas físicas y jurídicas necesitadas de habilitaciones y autorizaciones específicas de acceso a información clasificada o con conocimiento indebido de la misma);

(ii) El Título I recoge y describe las categorías de clasificación («Alto secreto», «Secreto», «Confidencial» y «Restringido») y sus respectivos niveles y ámbitos de aplicación, protección y seguridad;

(iii) El Título II, en primer lugar, establece la competencia y facultades de un elenco tasado -pero numeroso- de órganos habilitados para la clasificación, reclasificación y desclasificación de la información, todos ellos dotados de una específica unidad de información clasificada, y, en segundo término, crea y relaciona las atribuciones de la Autoridad Nacional para la protección de la



información clasificada, a cuyo cargo se establece la tutela y tratamiento de la misma , concretando también los instrumentos (además de la ley, Diligencias y Directivas) y procedimientos de clasificación, desclasificación, revisión y reclasificación de la información, con previsión de las reglas aplicables a cada categoría;

(iv) El Título III especifica el régimen jurídico de la información clasificada, regulando su acceso bajo el principio general de la “necesidad de conocer”, así como su tratamiento, registro, custodia, consulta, traslado, transmisión, protección y destrucción, junto con el régimen de información transmitida ‘a’ o procedente ‘de’ otro Estado u organizaciones internacionales, el acceso parlamentario y el control y acceso jurisdiccional ;

(v) El Título IV precisa el régimen sancionador, tipificando un catálogo de infracciones que califica de ‘muy graves, graves o leves’ de manera asociada al nivel de protección de cada una de las categorías de clasificación, previendo las sanciones principales y accesorias que podrán imponerse, así como sus criterios de graduación, las reglas de prescripción, el carácter subsidiario del procedimiento administrativo sancionador respecto del penal y las medidas provisionales a adoptar en su caso, todo ello junto con las reglas del procedimiento sancionador.

(vi) En las Disposiciones Adicionales se regula el régimen jurídico aplicable a la información clasificada por una ley (primera); las equivalencias respecto de las categorías de clasificación recogidas en las normas dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva normativa (segunda); las correspondencias de categorías aplicables a la información clasificada intercambiada en interés de la Unión Europea, de la Organización del Tratado del Atlántico Norte o de la Agencia Espacial Europea (tercera); y la interrupción de la prescripción del derecho a reclamar responsabilidad patrimonial de la Administración, que se computará desde la desclasificación de la información.



(vii) La Disposición transitoria contempla el régimen aplicable a la desclasificación de la información clasificada con anterioridad a la entrada en vigor de la normativa proyectada, estableciendo las autoridades competentes y los procedimientos específicos para ello.

(viii) La Disposición derogatoria suprime la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales y el Decreto 242/1969, de 20 de febrero, que la desarrolló.

(ix) Las Disposiciones Finales prevén:

a. Primera: la modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa tanto en materia competencial, la atribución a la Sala Tercera del Tribunal Supremo del conocimiento en única instancia de los recursos contra las Diligencias o las Directivas de clasificación, como procedimental, mediante la previsión de un nuevo procedimiento especial relativo a la impugnación de las referidas Diligencias o las Directivas de clasificación, en el que se prevé la intervención del Ministerio Fiscal.

b. Segunda: los títulos competenciales que amparan el dictado de la norma, previstos en los apartados 4, 6 y 29 del artículo 149.1 de la Constitución.

c. Tercera: la habilitación al Gobierno para el desarrollo reglamentario de la ley pretendida.

d. Cuarta: la entrada en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.



### **III.- LOS DERECHOS INVOLUCRADOS Y SUS LÍMITES. TRATAMIENTO EX ARTS. 105.B CE, 20.1 CE Y 10 CEDH.**

Aunque la Exposición de Motivos tan solo alude al contenido del art. 105.b de la Constitución como principio posibilitador de un conocimiento general por parte de cualquier ciudadano de las actividades llevadas a cabo por los poderes públicos en el desarrollo de sus funciones, y afirma que dicho principio se materializa en el derecho de acceso a la información pública, lo cierto es que tan escueta apreciación precisa de algunas observaciones.

Ciertamente, sobre el derecho de acceso a la información pública -al estar sustentado en el art. 105. b) CE- existe en nuestro país una fuerte controversia acerca de si ostenta o no la condición de derecho fundamental y cuál es su grado de vinculación con otros derechos fundamentales formalmente reconocidos como tales en nuestro texto constitucional, en particular con las libertades de expresión y de comunicación del art. 20.1 CE.

La cuestión es extremadamente relevante puesto que las consecuencias de cara al régimen de protección y el tratamiento de sus límites difieren significativamente.

La conexión no es desconocida en nuestra jurisprudencia. La STS, Sala 3ª, de 19 de mayo de 2003 (rec. 3193/1999) ya señaló en su FD 4 que la interpretación de las normas del ordenamiento jurídico, incluyendo las de la Constitución, no puede verificarse aisladamente, pensando que cada precepto constituye una unidad propia, que no se relaciona con los demás aplicables al caso. En el supuesto enjuiciado, ejercitándose estrictamente el derecho a tener acceso a los archivos y registros administrativos, no es posible negar la conexión del artículo 20.1.d) con el artículo 105.b).

La problemática sobre si la clasificación como secreta de una información involucra el derecho fundamental reconocido en el art. 20.1.d de la Constitución



no es algo que no se le haya planteado ya a nuestros tribunales. La propia Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo en Auto de fecha 11 de mayo de 2022 ha admitido a trámite el recurso de casación núm. 8005/2021 , declarando en su fallo que las cuestiones planteadas en el recurso que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en:

Determinar si, a los efectos del derecho a la información reconocido en el artículo 20.1 d) de la CE, cabe incluir dentro de los límites a los que se refiere el apartado 4, los establecidos en el artículo 14.1 a), b) y h) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en este caso, respecto de la exportación de armas. Y determinar el alcance de la calificación de determinados documentos como materia clasificada y secreta en relación con el derecho de acceso a la información.

Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: los apartados 1.d) y 4 del artículo 20 CE y los artículos 10.2, 96 y 105 CE; el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH); los artículos 14.1.a), b), y h) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTAIBG); y el artículo 13 de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales. Todo ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

Y sobre cuestiones similares, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia n.º 569/2021, de 30 de septiembre, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo n.º 417/2020, que ha dado lugar al recurso de casación núm. 373/2022.

Pues bien, por encima de dicha controversia, lo que interesa tener bien presente es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante,



TEDH) mantiene una significativa jurisprudencia 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), a la que ni la legislación ni la práctica judicial y constitucional pueden permanecer ajenas.

A partir de las STEDH de 14 de abril de 2009 (Társaság a Szabadságlogokért contra Hungría), STEDH de 28 de noviembre de 2013 (Österreichische Vereinigung Zur Erhaltung, Stärkung Und Schaffung Eines Wirtschaftlich Gesunden Land-Und Forst Wirtschaftlichen Grundbesitzes contra Austria), STEDH de 25 de junio de 2013 (Youth Initiative for Humans Rights contra Serbia), STEDH de 17 de febrero de 2015 (Guseva contra Bulgaria), STEDH de 8 de noviembre de 2016 (Magyar Helsinki Bizottság contra Hungría) y STEDH de 27 de junio de 2017 (Satakunnan Markkinapörss Oy y Satamedia OY contra Finlandia), el TEDH ha dejado asentados los siguientes pronunciamientos:

1.- 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 cuando su ejercicio tiene un carácter instrumental para el disfrute de dichas libertades.

2.- 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 el 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.

3.- Los criterios para valorar cuándo se dan tales presupuestos son: 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.

4.- En particular, en lo que concierne a la naturaleza de la información, 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.

Y merece destacarse que la doctrina de la inclusión del derecho de acceso a información pública en el art. 10 del CEDH presenta dos recientes casos en los que específicamente se alegaba que la denegación del acceso a determinadas informaciones, sustentada en la clasificación como reservados o secretos de los documentos que las contenían, vulneraba las libertades de expresión e información (SSTEDH de 18 de marzo de 2021 Yuriy Chumak contra Ucrania; y de 3 de febrero de 2022, Šeks contra Croacia).

La trascendencia para el sistema democrático de estos derechos y valores es indiscutible. “Tanto la libre comunicación de información como la libertad de expresión tienen una dimensión especial en nuestro Ordenamiento en razón de su doble carácter de libertad individual y de garantía de la posibilidad de existencia de la opinión pública, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático” (SSTC 121/2002, de 20 de mayo, FJ 2; y 76/2002, de 8 de abril, FJ 2 con cita también de las SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 78/1995, de 22 de mayo, entre otras muchas). Como se afirmó en la STC 101/2003, de 2 de junio, FJ 3 -y se reitera en la STC 47/2022, de 24 de marzo, FJ 8-, “sin comunicación pública libre quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 CE, que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política”.



En consecuencia, no puede soslayarse que siempre que la información tenga interés público el derecho de acceso a la información pública estará incluido en el art. 10 CEDH y, por ende, le serán aplicables sus garantías, de manera que cualquier restricción o limitación al mismo habrá de satisfacer las exigencias y condiciones establecidas en el núm. 2 de dicho precepto, esto es, deberán estar previstas por la ley y tratarse de 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.

Y, como es conocido, sobre los presupuestos y requisitos de validez de las restricciones y limitaciones de las libertades de expresión y de información existe una copiosa jurisprudencia cuyos pronunciamientos básicos de mayor interés ahora podrían sintetizarse del siguiente modo:

1ª.- Exigencia de habilitación legal “de calidad” como postulado básico de su legitimidad democrática y garantía de previsibilidad de la actuación de los poderes públicos. Para su satisfacción: (i) la ley nacional ha de ser suficientemente comprensible y previsible, así como enunciada con la precisión apropiada como para permitir que los destinatarios de las normas puedan programar y adecuar sus conductas, conociendo las consecuencias de su proceder; así como (ii) ofrecer una protección adecuada contra lo arbitrario, definiendo con suficiente claridad los presupuestos, el alcance y las modalidades de ejercicio de la facultad que se confiere a las autoridades competentes (vid. por todas, la ya citada STEDH Satakunnan Markkinapörss Oy y Satamedia Oy contra Finlandia, §§ 142-145).

2ª.- Exigencia de “necesidad” de las medidas restrictivas “en una sociedad democrática” para fines legítimos (por todas, SSTEDH de 22 de abril de 2013, Animal Defenders International contra Reino Unido; y de 10 de octubre de



2013, Delfi AS contra Estonia). Debe tratarse de una “necesidad social urgente”. Las excepciones a estas libertades deben interpretarse estrictamente y cualquier restricción debe establecerse de manera convincente. El adjetivo “necesario”, en el sentido del artículo 10.2 CEDH, implica que 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. 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 art. 10 CEDH las decisiones que adoptaron de conformidad con su poder de apreciación, lo que no significa que la supervisión se limite a determinar si el Estado demandado ejerció su discreción de manera razonable, cuidadosa y de buena fe, sino 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 art. 10 y, además, que se basaron en una evaluación aceptable de los hechos.

3ª.- Exigencia de 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 se manejen moderada y restrictivamente. Explícitamente declara la jurisprudencia paneuropea que «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» (STEDH de 10 de diciembre de 2007, Stoll contra Suiza, § 54).

Por consiguiente, para no generarse violaciones del art. 10 CEDH es necesario que en relación con las afecciones de los derechos involucrados, exista una habilitación legal de calidad en el sentido señalado, concurra una justificación



teleológica legítima, y se satisfaga el test o juicio de proporcionalidad indicado con el objeto de asegurar que las restricciones o limitaciones resulten medidas idóneas y proporcionales en sentido estricto. De esta manera su legitimidad, desde la óptica del CEDH -con reflejo en nuestra doctrina constitucional-, implicaría verificar:

(i) en primer lugar, si las restricciones o limitaciones se revelan adecuadas en cuanto aptas, útiles y eficaces, desde el plano subjetivo y objetivo y tanto en su dimensión cualitativa como cuantitativa, para el logro de la finalidad que las justifica teleológicamente (juicio de idoneidad);

(ii) en segundo término, si dichas restricciones o limitaciones resultan necesarias en la medida en que aparecen como indispensables e imprescindibles al no ser posible la implantación de otras alternativas o sustitutivas menos gravosas para los derechos individuales que permitan conseguir un semejante nivel de eficacia con una menor afección y/o lesividad para tales derechos (juicio de necesidad); y

(iii) en tercer término, si las medidas pretendidas, tras el oportuno juicio de ponderación o balanceo en el supuesto concreto entre los bienes e intereses en conflicto, satisfacen las exigencias de proporcionalidad en sentido estricto demandadas, una vez que quepa afirmarse que el sacrificio individual que comporta la específica restricción o limitación guarda una relación razonable con la relevancia y trascendencia del interés general público a salvaguardar (juicio de proporcionalidad estricta).

Y, así las cosas, una vez que España es Estado Parte del CEDH, resulta obvio que cualquier iniciativa como el ALIC ha de respetar y acomodarse a tales exigencias, al margen de que el encuadramiento sistemático en nuestra Constitución del art. 105.b no sea el mejor para afirmar sin lugar a dudas su carácter de derecho fundamental y el régimen de protección aplicable ex art. 53 CE.



No puede extrañar que, en la medida en que ello es así, se haya podido propugnar, que en realidad y a la postre, aunque no se esté formalmente ante un derecho fundamental ha de ser tratado materialmente como tal en los casos de implicación de los intereses públicos señalados.

En cualquier hipótesis, el foco ha de ponerse en los límites y no en la necesidad de regulación por ley orgánica como, por el contrario, se ha propugnado en algunas alegaciones presentadas durante el periodo de exposición pública del ALIC.

Aun en la hipótesis preconizada, hay que subrayar que ni los derechos fundamentales son absolutos o ilimitados, ni la reserva de ley orgánica en el art. 81.1 CE se predica respecto de cualquier tipo de afectación de un derecho fundamental o libertad pública, sino solo en el caso de que la norma incida en su desarrollo, de modo que ex. art. 53.1 CE también una ley ordinaria puede en principio establecer limitaciones o condiciones al ejercicio de derechos fundamentales o libertades públicas, siempre que se respete su contenido esencial, esto es, no lleguen a desnaturalizarlos por la especial intensidad de las restricciones que impliquen.

Así lo confirma la doctrina constitucional (entre muchas, SSTC núm. 99/2021, de 10 de mayo, FJ 3; 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7; 34/2010, de 19 de julio, FJ 5) con la una consabida fórmula:

*“por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal”.*

Y de acuerdo con ello, la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo específicamente se ha pronunciado en los siguientes términos en la STS 875/2021, de 17 de junio, FJ 3:



*“Respecto del ejercicio de los derechos fundamentales, respetando su contenido esencial y sin desnaturalizarlos, cabe con carácter general que mediante ley ordinaria se regulen y limiten puntualmente. Esto no equivale a una legislación de desarrollo, entendiendo por tal una regulación de conjunto o que incida en elementos básicos, nucleares o consustanciales de los mismos”.*

O de manera más detallada en las SSTS 719/2021, FJ 4 D y 1104/2021, FJ 6:

*“Cuando de la limitación de derechos fundamentales por el legislador se trata, lo primero que es menester precisar es que no necesariamente ha de hacerse por ley orgánica. Es verdad que el desarrollo de los derechos fundamentales está reservado a esa fuente (artículo 81.1 de la Constitución) y que el Tribunal Constitucional ha equiparado al desarrollo el establecimiento de limitaciones a los derechos fundamentales de tal intensidad que les afectan esencialmente. Pero con carácter general la ley ordinaria es suficiente para regular el ejercicio de los derechos, aunque al hacerlo habrá de respetar su contenido esencial (artículo 53.1 de la Constitución). Y establecer limitaciones puntuales de derechos, incluso fundamentales, no equivale a desarrollarlos siempre que, por las características de las restricciones, no lleguen a desnaturalizarlos. Dentro de la regulación que puede hacer la ley ordinaria cabe, pues, la imposición de limitaciones puntuales a los derechos fundamentales.*

*En definitiva, no se corresponde con la Constitución la afirmación de que toda limitación de un derecho fundamental ha de hacerse única y exclusivamente por ley orgánica. El Tribunal Constitucional ha dejado claros estos extremos, tal como lo recuerda, entre otras, en sus sentencias n.º 76/2019, 86/2017 y 49/1999.”*

Que la posible futura Ley de Información Clasificada en el texto propuesto somete a limitaciones el derecho a acceder a información de los poderes públicos y con ello el derecho a comunicar y recibir información por la ciudadanía parece incuestionable. Que es necesario establecer límites por razones de seguridad y defensa del Estado es también no sólo innegable sino acorde con la Constitución y el art. 10 CEDH, pero el problema puede estar en la intensidad y precisión de los límites y condiciones, puesto que, si bien



incluso partiendo de la existencia de afección de derechos fundamentales no siempre es exigible su regulación de manera exclusiva por ley orgánica y cabe la regulación por ley ordinaria, ésta no puede en ningún caso llegar a desnaturalizar el núcleo que integra el contenido esencial del derecho concernido que a la postre resulte afectado.

En particular, las limitaciones o restricciones de acceso a la información pública, una vez considerada su estrecha vinculación con el valor que es propio del derecho fundamental a la libertad de comunicar y recibir información, necesitan ser nítidas y de contornos definidos, precisamente, amén de para dar certeza al ordenamiento jurídico (principio de seguridad jurídica ex. art. 9.3 CE), para cumplir la aludida condición de no desnaturalizar el contenido nuclear y natural del derecho de acceso a la información guardada en poder de las autoridades públicas en cuanto que derecho vinculado, aun con carácter instrumental, a las libertades fundamentales de expresión y de comunicar y recibir información, ya que, como se refiere la STC 76/ 2019, de 22 de mayo – con mención de otras– en su FJ 5º:

*“...aun teniendo un fundamento constitucional, las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una ley “pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación”, pues “... la falta de precisión de la ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción”; “al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental”*

Y como añade:

“... el tipo de vulneración que acarrea la falta de certeza y previsibilidad en los propios límites: “no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del



poder aplicando el Derecho (STC 104/2000, FJ 7, por todas), sino que al mismo tiempo dicha ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio (SSTC 11/1981, FJ 15; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4, y 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 7)".

Por ello será necesario, como tarea ineludible, poner el foco en la calidad, la precisión, el alcance y la extensión de las restricciones que el ALIC acaba por plasmar en el acceso a la información manejada por los poderes públicos y, muy en especial, entrar a valorar si los distintos "ámbitos" con que se integra el contenido concreto de las diferentes categorías de clasificación que el art. 3 del Anteproyecto contempla y el heterogéneo tipo de sujetos habilitados para sustraer información al conocimiento público conforme a los arts. 4 y 5 ALIC, tienen estricto encaje en nuestro marco constitucional, interpretado también conforme a la jurisprudencia del TEDH, o, por el contrario, acaban por desbordarlo.

A tal efecto resultará esencial fijar la atención sobre qué materia puede ser clasificada y quién está facultado para hacerlo, recordando lo que indicó Díez Picazo :

*"En un Estado democrático de derecho la regla es siempre la publicidad de la actuación de todos los poderes públicos y nuestra Constitución garantiza, en varios de sus preceptos, esa regla general. Solo la publicidad permite la crítica efectiva de la acción de gobierno y la sujeción de los gobernantes a la legalidad. Por ello, el secreto solo puede ser concebido como una medida excepcional. Las Cortes -y, en última instancia, la mayoría parlamentaria carecen de libertad para regular los secretos oficiales como tengan por más conveniente."*



#### **IV.- CONTENIDO Y VALORACIÓN CRÍTICA DEL ANTEPROYECTO.**

El documento inspirador del texto articulado ALIC parece ser, en buena parte, las denominadas Normas de la Autoridad Nacional para la Protección de la Información Clasificada, documento de 316 páginas, signado el 18 de febrero de 2016 por el entonces Secretario de Estado Director del CNI, del Ministerio de la Presidencia, actuando como Autoridad Delegada para la Seguridad de la Información Clasificada.

Sobre el valor de dicho documento en relación con el vigente estatus normativo cabría efectuar algunas observaciones notablemente críticas, pero sea como fuere y al margen de muchas cuestiones adicionales que suscita el texto del ALIC, como se ha anticipado, hay cuatro aspectos que se estiman esenciales en una regulación como la pretendida: (i) el elemento objetivo (materias clasificables, grados y plazos de clasificación); (ii) el elemento subjetivo (órganos con capacidad de clasificación y sujetos del acceso a materias clasificadas); (iii) el régimen de tutela sancionador; y (iv) el control y acceso jurisdiccional.

En ellos centraremos el comentario, pero antes de entrar en la valoración de como articula el ALIC cada uno de estos aspectos, debe observarse que, enmarcándose sus disposiciones en el espacio que el art. 105.b de la Constitución concede al principio que se materializa en el derecho de acceso a la información pública, llama poderosamente la atención que no se aluda en ninguna de ellas a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTAIBG). Únicamente lo hace la Exposición de Motivos para señalar, con ocasión de referirse al control jurisdiccional, el punto de partida de que la información clasificada queda excluida del régimen general de acceso y transparencia establecido en dicha ley. Con ello parece pretenderse un desplazamiento pleno del régimen jurídico de la LTAIBG, lo que no está exento de problemas y abre una espita a



neutralizar lo que en buena parte de supuestos debería ser la regla general: acceso y transparencia en relación con la información pública.

El texto normativo del ALIC debiera tener más en consideración la interacción y algunos principios de la LTAIBG, cuya regulación, como poco, es de aplicación supletoria en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 de la Disposición adicional primera, apartado 2 del texto vigente (“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”).

Arrancando de la afirmación -en su Preámbulo expositivo- de que 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, el objeto de la LTAIBG 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 los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento” (art. 1) y es esta ley -aunque con margen de mejora- la directamente dirigida a hacer 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, lo que concreta con una legitimación universal de toda la ciudadanía (art. 12: «Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105 b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley»), sin perjuicio de los límites que se prevén en su art. 14, con un régimen de aplicación que hay que reseñar es bien diferente al del ALIC en la medida en que específicamente se predica de éstos que su aplicación 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” , precisión que el ALIC también debiera contener por puras exigencias de los



principios de prohibición de excesos, razonabilidad y proporcionalidad que constituyen reglas estructurales del Estado de Derecho.

No obstante, el ALIC se limita a derogar la Ley 9/1968, de 5 de abril sobre secretos oficiales y el Decreto 242/1969, de 20 de febrero, por el que se desarrollan sus disposiciones, sin abordar ni precisar reglas de coordinación o aclaración de posibles incongruencias, incoherencias, colisiones y contradicciones con la LTAIBG. En este escenario, la genérica supletoriedad de ésta presenta el potencial de erigirse en toda una fuente de problemas interpretativos, máxime teniendo en cuenta el amplísimo margen a la regulación reglamentaria que deja el ALIC en multitud de sus disposiciones (arts. 6.2; 7.3; 9.4; 10.4; 14; 15.2; 17.2; 18.4; 21.4; 22.8; 23.2; 24.5; 25.3; 26.3; 27.6; 28.2; 29.3; 30.1; 32.2; 33.2; 34.2; 35.5 y Disposición final 3ª).

Sentada la anterior objeción de carácter general, es llegado el momento de pasar al escrutinio de los cuatro aspectos en los que se pretende sistematizar el comentario.

#### **IV.1.- ELEMENTOS OBJETIVOS.**

##### *IV.1.1.- Materias y grados de clasificación.*

La definición de las materias susceptibles de clasificación es probablemente el punto en el que la valoración del texto normativo pretendido merece ser más negativa. Las extralimitaciones del diseño proyectado se hacen acreedoras de la más severa reprobación.

La extraordinaria amplitud de las materias y ámbitos a los que se extiende en el art. 3 ALIC el concepto de información clasificable en sus distintas categorías puede sostenerse que desborda sobradamente el marco del art. 105.b CE, planteando en consecuencia serios problemas de encaje constitucional e



incompatibilidad con la certeza, precisión y previsibilidad que exige la jurisprudencia del TEDH y, siguiéndola, nuestra doctrina constitucional.

Sintéticamente expresado, en la salvedad a la regla general de acceso que establece el 105.b CE (atendidas las nociones jurídicas de “seguridad y defensa del Estado”), solo cabría subsumir parte de lo que para el art. 3.2 y 3 ALIC puede clasificarse como ámbitos propios del alto secreto o secreto y prácticamente nada de lo que puede clasificarse según el art. 3.4 y 5 ALIC como confidencial o restringido entraría en sus contornos y justificaría la excepción a la regla general de publicidad, pero es que, además, la expansión desmedida se ve agravada por la falta de precisión e indefinición objetiva de los límites al derecho a la información que introducen las fórmulas abiertas, a modo de “cláusula escoba”, empleadas en las disposiciones de las letras j) de los apartados 2 y 3, f) del apartado 4 y el propio apartado 5, todos del art. 3 ALIC.

Que las previsiones legales desbordan los conceptos de “seguridad y defensa nacional” resulta evidente hasta cuando se regula el régimen sancionador, como muestra que uno de los criterios de graduación de las sanciones, el contemplado en la letra a) del art. 44 ALIC, sea “la relevancia de la información clasificada, en atención a la afectación que su acceso o utilización pueda producir a los intereses de España, en particular, a la seguridad y defensa nacional”, pues de este último inciso se desprende que se parte de un concepto amplio e indeterminado de los “intereses de España” -ni siquiera esenciales- que incluye componentes extramuros y ajenos a la seguridad y defensa nacional.

No puede ocultarse que tal extralimitación en las materias clasificables resulta contraria al debido control democrático y puede favorecer espacios de hermetismo superlativo que sirvan de campo abonado a prácticas tendentes a evitar la crítica política o ciudadana cuando no a eludir responsabilidades, ya que no se contempla prohibición -por más obvio que resulte, no estaría de más-



de clasificación de información relativa a corrupción, fraudes o comisión de delitos graves.

Se aprecia con ello una fuerte contradicción con la afirmación en la Exposición de Motivos de que la filosofía que subyace es que los procesos de clasificación sean la excepción y no la regla. Difícilmente puede conseguirse que la clasificación de información sea la excepción brindando tan generosamente la posibilidad de clasificar en ámbitos materiales tan extensos y/o indeterminados como los contemplados en los preceptos reseñados que, además, incluyen cláusulas de apertura tan genéricas, imprecisas e indefinidas.

Recordemos que, como ya se ha subrayado, máxime por exigencias de la jurisprudencia paneuropea, siendo el acceso a la información un derecho instrumental para el ejercicio por la ciudadanía de las libertades de expresión y a comunicar y recibir información, en especial cuando la información tiene interés público, la previsibilidad y la certeza han de ser aseguradas y los conceptos de seguridad nacional y seguridad pública, en cuanto restricciones o limitaciones a los derechos involucrados, «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» (STEDH de 10 de diciembre de 2007, Stoll contra Suiza, § 54).

Siendo la regla general la publicidad y la excepción el secreto, existe consenso doctrinal y jurisprudencial en que las opciones del legislador y la normativa han de ser restrictivas e interpretadas restrictivamente en relación con los límites al derecho de acceso a la información. No regirse por este principio conduce a incurrir en un detrimento desproporcionado, por carente de justificación objetiva y razonable en cuanto a los resultados y consecuencias que producen desde la perspectiva del art. 105.b CE -y no digamos del art. 20.1 CE-, en términos de deterioro inasumible del derecho de acceso a la información.



Para la interpretación hermenéutica, así lo viene a postular también la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo desde la STS de 16 de octubre de 2017 (recurso 75/2017), últimamente reiterada en la STS de 2 de junio de 2022, nº 670/2022, rec. 4116/2020, señalando que:

*“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 de la misma ley, sin que quepa aceptar limitaciones que supongan un menoscabo injustificado y desproporcionado del derecho de acceso a la información”*

También ha subrayado el Tribunal Supremo -desde aquella STS de 16 de octubre de 2017- que:

*“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”; así como 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” (STS de 11 de junio de 2020)*

Así como 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” (STS de 25 de enero de 2021).*



Y en el mismo sentido se han pronunciado las sentencias más recientes como la STS de 31 de mayo de 2022 y la STS -ya citada- de 2 de junio de 2022.

Pues bien, la lista de “ámbitos” que contempla el ALIC va más allá de lo que permite el texto constitucional, puesto que el art. 105.b CE, en el ámbito del secreto por “razón de Estado” permite denegar el acceso solo por exigencias de “la seguridad y defensa del Estado” y no en relación con cualquier aspecto que pueda ser trascendente, contrario, importante o de cierto interés para España en la interpretación que les quiera dar un determinado Gobierno o sus miembros en el caso de las categorías de «alto secreto» y «secreto» o cualquiera de las múltiples autoridades de clasificación y aquellos en que éstas deleguen para las categorías de «confidencial» y «restringido». Por ello, los límites a los derechos involucrados deben venir marcados por la estricta y efectiva incidencia material en el núcleo -y no en lo accesorio, lo asociado, la periferia ni extramuros- de lo que auténticamente constituye y es tenido habitualmente en la doctrina y la jurisprudencia por “la seguridad y defensa del Estado”.

El campo de operatividad de la clasificación de información debería ceñirse a aspectos de funcionamiento militar y -excepcionalmente- policial, político y diplomático estrictamente relacionados con una incidencia directa en los más estrictos ámbitos de seguridad y defensa del Estado al más alto nivel, sin caer en la confusión con la generalidad de los intereses del Estado y de los intereses públicos. Además, no debiera ser suficiente con una mera amenaza potencial o riesgo abstracto basado en un juicio de aptitud hipotética de naturaleza genérica sino con un riesgo de muy alta probabilidad, cierto y concreto de perjuicio real, inminente o próximo y efectivo. Finalmente, son inadmisibles cláusulas residuales de apertura que doten de subjetividad, indeterminación e incertidumbre a lo que las autoridades de clasificación pueden tener por secreto.



Sin embargo, en el ALIC, los conceptos de «seguridad nacional» y «seguridad pública» ni se manejan con moderación ni se aplican restrictivamente ni solo cuando es imprescindible la clasificación. Más allá de las posibles dudas sobre lo que abarca la seguridad nacional (“del Estado” dice el art. 105.b CE) y las discutibles extensiones que sobre la misma se hacen a aspectos ambiguos de seguridad pública y ciudadana o hasta la vida de los ciudadanos, en particular, los ejemplos más groseros -no los únicos- los encontramos en la posibilidad de clasificar información (y en consecuencia extender el secreto, excluyendo información del conocimiento público) sobre aspectos relacionados -a propio criterio de las autoridades de clasificación- con situaciones de tensión internacional -sin más-, intereses económicos o industriales, negociaciones comerciales, el efectivo desarrollo de cualesquiera políticas del Estado o del funcionamiento del sector público o con el funcionamiento de los propios servicios públicos . Tales materias de ninguna manera son encuadrables en su totalidad y tan ampliamente en las nociones jurídicas manejadas como límites en el texto constitucional y sólo en casos muy peculiares y en muy determinados aspectos serían parcialmente reconducibles e insertables en el perímetro constitucional en los casos excepcionales en los que presentasen una conexión e incidencia directa en la seguridad o la defensa nacional. Naturalmente, las previsiones que con cláusulas abiertas e imprecisas terminan por indeterminar cada una de las categorías de clasificación agravan la situación y resultan especialmente reprobables.

Por demás, ya se ha subrayado -con cita de la STC 76/ 2019 - que la falta de precisión de la ley en los presupuestos materiales de la limitación es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción, con lesión o desnaturalización del contenido nuclear de los derechos involucrados, suponiendo también tal falta de precisión una lesión de la seguridad jurídica al restar certeza y previsibilidad a los propios límites de los derechos. Por ello, partiendo de que la regulación afecta, como mínimo y también, el derecho a la libertad de comunicar y recibir información incluso por medios de difusión del art. 20.1.d) CE, pilar de excepcional trascendencia para



la existencia de un auténtico Estado democrático de Derecho, cabe estimar que ese es el caso en el ALIC de lo que vienen a ser los supuestos recogidos en el art. 3 en los diferentes apartados y subapartados mencionados; cuya redacción literal es claramente expresiva del déficit que se denuncia: 2. j) “Cualquier otro ámbito cuya salvaguarda requiera de la más alta protección”, 3. j) “Cualquier otro ámbito cuya salvaguarda requiera de un alto grado de protección”, 4. f) “Cualquier otro ámbito que pueda causar una amenaza o perjuicio leve para los intereses de España”, al igual que sucede con la remisión general a efectos de información clasificable como restringida que se puede derivar de la redacción del apartado 5 en su inciso final “...en cualquiera de los ámbitos relacionados en los apartados anteriores”. Tales supuestos, redactados a modo de abierta “cláusula escoba” y auténtico “cajón de sastre” de los ámbitos susceptibles de dar lugar a información clasificada en las correspondientes cuatro categorías, concretados en términos tan en exceso genéricos, imprecisos e indefinidos, parecen un ejemplo claro de lo que tanto la jurisprudencia del TEDH como nuestra doctrina constitucional pretende desterrar, por lo inconciliables que resultan con el CEDH y nuestra Constitución.

La Exposición de Motivos no motiva ni justifica específicamente la extraordinaria amplitud del elenco de ámbitos y materias susceptibles de clasificación que contempla el ALIC. Paradójicamente, en relación con el tratamiento de la información afirma la obligación de “velar por la existencia de un adecuado marco jurídico que asegure su transparencia y acceso por parte de los ciudadanos”, proclama que “la defensa y seguridad nacional no deben servir como elemento legitimador de la ocultación de cualquier información”, indica que “ha de ponderarse caso por caso la necesidad de llevar adelante su clasificación de acuerdo con los fines que persigue la Ley” e identifica la filosofía de que la clasificación ha de ser “la excepción y no la regla”. Sin embargo, sus preceptos, en la práctica, al establecer espacios tan amplios para las materias a clasificar, no plasman dichos postulados en el diseño del régimen que habilita la clasificación, y, por el contrario, propician la subjetividad aplicativa de los actores de la clasificación y vías de escape a los controles



propios de un sistema que se rija por dichas pautas, favoreciendo la ocultación al conocimiento público de un caudal ingente de información incluso no relacionado estrictamente con necesidades de seguridad y defensa del Estado, situación que -como veremos- se exagera con la exagerada proliferación de autoridades con facultades de clasificación.

Lo que viene a expresar la Exposición de Motivos es que “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” y que las categorías por las que se ha optado “corresponden al catálogo de clasificación que se utiliza en el ámbito de la Unión Europea y de la OTAN”. Se alude también, sin mayor precisión, a la necesidad de estandarizar y adaptar el tratamiento conforme a los tratados internacionales y bilaterales suscritos por España. Sin embargo, no se explica fundamento concreto alguno de las específicas listas de ámbitos susceptibles de acoger información clasificada, que, por demás, como se ha indicado, son abiertas y no taxativas.

Pues bien, de nuevo, el texto articulado no es del todo coherente con lo que afirma el texto expositivo.

En efecto, cabe constatar que el ALIC sí plantea unas designaciones de las categorías asimilables a las denominaciones de las categorías en referentes de la Unión Europea, la OTAN o convenios internacionales, pero ahí se detiene la homologación y la estandarización: en las denominaciones de las categorías empleadas en dichos escenarios.

En ninguno de estos referentes existen concretas relaciones de ámbitos materiales en que puede llevarse a cabo la clasificación, de modo que la homologación y estandarización es nominal y no de contenidos. La técnica del ALIC difiere, por consiguiente, tanto de la empleada en el referente supranacional, esto es, 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 (que en su art. 2 se limita a determinar el presupuesto de hecho que habilita a clasificar informaciones ) como de los referentes internacionales. En relación específica con el contenido de los tratados signados, ratificados y publicados en el BOE a los que se ha podido acceder, cabe constatar que ciertamente contemplan “tablas de equivalencias” o correspondencias entre las distintas categorías utilizadas en los respectivos países (de modo similar a lo que prevén las Disposiciones adicionales 2ª y 3ª ALIC) junto con garantías de protección de la información clasificada por otros Estados al mismo nivel que la propia, adaptando o asimilando en el tratamiento las categorías de clasificación existentes en cada uno de ellos (una suerte de reconocimiento mutuo), pero sin cuestionar la clasificación ajena ni referirse a los respectivos ámbitos y materias que cada legislación interna entiende como clasificables. De conformidad con sus respectivas leyes y reglamentos nacionales, las Partes toman las medidas pertinentes para la protección de la información clasificada transmitida, recibida o creada. De facto y de iure no se contienen pautas sobre los límites propios y respectivos a la información pública -como no puede ser de otra manera, porque cada Estado es soberano para determinar sus ámbitos en función de su Constitución y su ordenamiento jurídico interno- sobre qué ámbitos integran las respectivas categorías.

Por exceder, las previsiones del art. 3 ALIC no sólo sobrepasan el perímetro constitucional, sino que incluso desbordan la relación de límites que contempla el Convenio de TROMSØ, nº 205 del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos, que ha sido suscrito, pero no ha sido aún ratificado por España . En su art. 2, este convenio dispone que cada Parte garantizará el derecho de cualquiera, sin discriminación de ningún tipo a acceder, bajo petición, a los documentos públicos en posesión de las autoridades públicas; y en su art. 3 prevé que cada Parte puede limitar el derecho del acceso a los documentos públicos, debiendo los límites “estar previstos por una ley, ser



necesarios en una sociedad democrática y tener como objetivo la protección de:

- a) la seguridad nacional, la defensa y las relaciones internacionales;
- b) la seguridad pública;
- c) la prevención, la investigación y el procesamiento de actividades criminales;
- d) las investigaciones disciplinarias;
- e) la inspección, control y supervisión por autoridades públicas;
- f) la intimidad y otros intereses privados legítimos;
- g) los intereses económicos y comerciales;
- h) las políticas estatales de cambio de moneda, monetarias y económicas;
- i) la igualdad de las partes en los procedimientos judiciales y la administración eficaz de la justicia;
- j) el medio ambiente; o
- k) las deliberaciones dentro o entre autoridades públicas en lo referente al examen de un asunto”.

Aun así, el Convenio de TROMSØ -como se puede comprobar bastante más respetuoso con la jurisprudencia del TEDH que el ALIC- establece que el acceso a la información contenida en un documento oficial puede ser rechazado si puede o probablemente pueda dañar tales intereses, “a menos que haya un interés público que prevalezca en dicha revelación” (art. 3.2) y determina que un solicitante no podrá ser obligado a dar sus razones para tener acceso a un documento oficial (art. 4.1).

Por demás, debe repararse en que los ordenamientos nacionales -y en particular las Constituciones de cada Estado- pueden reconocer un régimen más favorable y de mayor protección que el que, como mínimo común denominador, se acuerden en convenios bilaterales o multilaterales, esto es, en este caso, un derecho más amplio de acceso a los documentos públicos que el establecido en convenios internacionales, tal y como se reconoce en el propio Convenio de TROMSØ, o en otras legislaciones de Derecho comparado, por lo



que su valor como referente puede ser limitado, de modo que lo que se establezca como ámbito reservado en otros Estados no necesariamente determina el régimen admisible constitucionalmente en nuestro país. Así, como régimen más favorable, pueden valorarse los límites del art. 105.b CE o determinadas disposiciones de la LTAIBG, como el art. 3.2 en el que el interés superior que justifique el acceso pese a la concurrencia de un límite puede ser de naturaleza pública -como recoge el convenio de TROMSØ- pero también privada.

En cualquier caso, la protección de materiales clasificados por la OTAN, la AEE y UE, que afecten la seguridad y defensa de los Estados miembros obtendría suficiente amparo con base en nuestra Constitución puesto que en estos casos concurrirán necesidades compartidas entre los Estados miembros que por ser comunes involucran la propia seguridad y defensa del Estado español.

A la vista de todo lo dicho, necesariamente debiera corregirse profundamente el texto normativo, porque, por su carácter expansivo, desborda las previsiones constitucionales y porque la extraordinaria amplitud e indeterminación de las materias susceptibles de clasificación en el ALIC determina el grave riesgo de que una interpretación extensiva de por parte del numeroso y disperso elenco de autoridades de clasificación conduzca a que en multitud de supuestos los parámetros, las condiciones y las garantías establecidas en la LTAIBG resulten desplazadas y sustituidas por el régimen aplicativo sensiblemente menos garantista del ALIC. Y, así las cosas, se debilitaría significativamente el control jurisdiccional al haberse desplazado y neutralizado las disposiciones garantistas y los parámetros más concretos y acordes con el principio de proporcionalidad que se prevén en la LTAIBG.

Aunque se afirme la naturaleza del derecho de acceso a la documentación pública como un derecho de configuración legal, las opciones del legislador no son libérrimas y ha de respetar los límites constitucionales interpretados estrictamente, máxime teniendo en cuenta la implicación de las libertades de



expresión y de comunicar y recibir información tal y como destaca la jurisprudencia del TEDH.

Por todo lo expuesto, de manera congruente con las exigencias que se desprenden tanto de los principios de legalidad, razonabilidad y prohibición de excesos en la actuación de los poderes públicos y sus derivados principios de certeza, previsibilidad y proporcionalidad, junto con las notas de estricta excepcionalidad y manejo moderado de los conceptos de seguridad y defensa nacional como límite de los derechos involucrados, las propuestas de mejora que han de incorporarse, a nuestro juicio, irían en la línea de incrementar la predeterminación normativa y calidad de la ley (precisando los presupuestos, modalidades y requisitos de afectación de los derechos) y asegurar el respeto al principio de proporcionalidad mediante las siguientes acciones:

(i) ceñir estrictamente los ámbitos del art. 3 ALIC a las materias, límites y fines constitucionalmente legítimos previstos en el art. 105.b CE -seguridad y defensa del Estado-, exigiendo conexión e incidencia directa en sus conceptos más estrictos, suprimiendo -por supuesto y en todo caso- las cláusulas abiertas de los actuales apartados 2.j, 3.j, 4.f y 5 de dicho precepto.

(ii) establecer disposiciones con condiciones que aseguren el seguimiento de los requerimientos del principio de proporcionalidad introduciendo, en cuanto a la apreciación de los límites, la obligada aplicación de criterios concretos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto que sirvan como parámetros tanto para orientar e imbuir de manera ineludible -con exigencia de motivación y reforzada- las decisiones de las autoridades de clasificación como para habilitar un control jurisdiccional efectivo de las mismas.

(iii) contemplar explícitamente -la posibilidad de que un interés público prevalente justifique el acceso y revelación de la información en atención a las circunstancias del caso (al modo, cuanto menos, de la cláusula del Convenio de TROMSØ).



Solo así puede lograrse que lo secreto sea lo excepcional y se mantenga dentro de los contornos constitucionales y paneuropeos del CEDH.

Los procedimientos de clasificación, desclasificación, revisión periódica y reclasificación se regulan en los arts. 8 a 19 ALIC con un excesivo recurso al desarrollo reglamentario (arts. 9.4, 10.4, 14, 15.2, 17.2 y 18.4), lo que tiene como resultado una falta de predeterminación normativa a nivel legal en muchos aspectos esenciales y con ello déficits de certidumbre, previsibilidad y objetividad que presentan el riesgo de conceder un amplio campo de acción a las autoridades de clasificación, lo que se ve favorecido por la inexistencia de previsiones en la tramitación tendentes a la satisfacción de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad. Todo ello, a nuestro juicio, contribuye, además, a lastrar un control judicial efectivo a ejercer ex post.

En particular, no pueden considerarse como suficientes a estos efectos las actuales previsiones de los arts. 10.2 y 13.2 ALIC sobre las memorias justificativas que han de acompañar las propuestas de clasificación al no contener exigencia alguna de ‘ajuste a’ y ‘aplicación de’ los consabidos criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida restrictiva de los derechos involucrados. La exposición pormenorizada de las “amenazas o perjuicios para los intereses de España que se pretendan evitar” en los procedimientos para las categorías «alto secreto» y «secreto» (art. 10.2 ALIC) y de “las circunstancias que justifiquen la clasificación” para las de «confidencial» y «restringido» van referidas a uno solo de los elementos del juicio extenso de proporcionalidad: la existencia de un fin legítimo, mientras que la verificación de la proporcionalidad de la medida, además de constatar esa justificación teleológica, requiere un presupuesto de calidad de la ley y, muy en especial, la satisfacción de los requisitos intrínsecos del contenido de la medida restrictiva -en este caso, de la publicidad-, esto es, que sea efectivamente, de forma cumulativa, idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto en relación con dicho fin. De lo contrario, con la mera existencia o constatación de la existencia de un interés para la clasificación, ésta podría ser llevada a cabo



sin ser necesario, ni idóneo, ni ajustado, de modo que incluso existiendo intereses notoriamente prevalentes la autoridad de clasificación podría eludirlo ya que no debe atender ningún juicio de ponderación.

Por ello, tanto en las propuestas de clasificación como en las resoluciones que adopten las autoridades de clasificación -y así se sugiere desde esta Sección como mejora indispensable- debe exigirse la exteriorización de una motivación específica y reforzada que aborde y justifique tanto la habilitación legal y la justificación teleológica de la concreta medida de clasificación como su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en atención casuística a las circunstancias concurrentes en el supuesto y con ponderación de los valores e intereses en conflicto.

A nuestro juicio, atender dicha propuesta con la incorporación en la ley de esta exigencia resulta el único modo de dar más certeza al procedimiento y de propender a cerrar espacios a la tentación de utilizar la clasificación de modo arbitrario, subjetivo o desajustado a los fines, postulados y requerimientos constitucionales.

En otro orden de ideas, merece también comentario que, como novedad respecto de la situación vigente, con ocasión de la regulación de los procedimientos de desclasificación, el art. 16 ALIC establece plazos de duración de la clasificación de la información, de modo que transcurridos los mismos se produce la desclasificación automática.

No son novedades ni las posibilidades de remitir la desclasificación a que tenga lugar un acontecimiento futuro, cierto y previsible (art. 16.6 ALIC), ni las de revisión periódica (art. 17 ALIC), pues ya estaban previstas, respectivamente, en los arts. 3.III y 3.IV del Decreto 242/1969, si bien no consta que hayan tenido operatividad significativa en la práctica. En cualquier caso, resulta criticable que la revisión periódica a instancia de personas físicas y jurídicas se someta a la “afectación directa” (art. 17.1 ALIC), pues no solo limita el acceso a



medios de comunicación, investigadores, historiadores y ciudadanos en general, sino que puede ser de difícil control sin poder acceder ni conocer el contenido mismo de la información clasificada. Partiendo de que tanto el Convenio de TROMSØ (art. 2.1) como la LTAIBG (art. 12), aun considerando la existencia de límites materiales por razones de seguridad nacional y defensa, conceden el derecho de acceso a la información a cualquier persona, no se entiende el fundamento de no admitir la mera posibilidad de instar la revisión.

En principio, el art. 19 ALIC recoge una prohibición general de que la información desclasificada vuelva a ser clasificada, pero dicha proscripción no es absoluta pues la nueva clasificación es posible si la autoridad habilitada para clasificar así lo aprecia así y motiva.

Pues bien, por más que pueda resultar un avance que se someta a duración temporal la clasificación, también se juzgan rígidos, excesivos y faltos de proporción los plazos de desclasificación automática: cincuenta años desde la clasificación para el «alto secreto», cuarenta años para los «secretos», hasta diez años para la información «confidencial» y hasta seis para la «restringida». Además, en los supuestos de «alto secreto» y «secreto», caben prórrogas por quince y diez años más respectivamente. No existe justificación alguna sobre la necesidad y proporcionalidad de la duración concreta de tales plazos -y no otros- en la Exposición de motivos ni en la documentación adjunta.

Por demás, no cabe desdeñar que el art. 19 ALIC (“la información desclasificada no podrá volver a clasificarse, salvo que la autoridad de clasificación aprecie motivadamente y de forma excepcional que existen razones suficientes que justifican una nueva clasificación”) pueda ser utilizado para generar prórrogas adicionales, ya que del mismo no se descarta la posibilidad de que una materia desclasificada por plazo sea nuevamente clasificada, opción que, en nuestra opinión, debería estar prohibida en todo caso so pena de dar pábulo a fraudes por parte de los múltiples y heterogéneos



sujetos habilitados por el ALIC como autoridades originarias o delegadas de clasificación.

Lo más preocupante, a nuestro parecer, es que, en el supuesto de que la información clasificada cubra o contenga material probatorio de cargo, las responsabilidades penales incluso por delitos de extrema gravedad serán inexigibles, lo que conducirá a una situación de impunidad efectiva. Se considera insuficiente que tan sólo se contemple en la Disposición adicional cuarta la interrupción de la prescripción del derecho a reclamar responsabilidad patrimonial de la Administración, que se computará desde la desclasificación de la información. A nuestro juicio, amén de reducir los plazos debería introducirse una disposición de interrupción de la prescripción penal durante el tiempo que duren los periodos de clasificación. Téngase en cuenta que en el ALIC no se prohíbe que se clasifique material o información vinculada a asuntos sobre las que ya existan o puedan existir, por ser constitutivas de delito, diligencias judiciales o fiscales, cualquiera que sea su gravedad, ni siquiera en casos de violaciones de derechos humanos o crímenes de lesa humanidad. De hecho, el art. 30 ALIC presupone que la clasificación de información relativa a tales asuntos tenga lugar. Y si a todo ello se suma la obligación de destruir la información clasificada complementaria a la que se refiere el art. 30.1 y 2 ALIC, se facilita la impunidad al posibilitar que desaparezca o se pierda mucha información sobre la génesis, iter y responsabilidades de actividades delictivas. Repárese en que (i) el concepto de “información complementaria” es extraordinariamente amplio: borradores, copias previas, anotaciones, grabaciones en soportes físicos o informáticos, y que se incluye una cláusula abierta que permite que “cualquier otra información adicional que se pueda haber generado” también se haga desaparecer; y (ii) la excepción a la regla de destrucción del art. 30.3 ALIC sólo opera en el caso de “materiales vinculados a asuntos sobre los que (ya) existan diligencias judiciales o fiscales en curso” (pudiéndose llevar a cabo sin conocimiento ni audiencia judicial o fiscal) y la prohibición de destrucción del art. 30.4 ALIC se refiere a “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”, lo que limita extraordinariamente la persecución penal y la exigencia de responsabilidades económicas realizada ex post; y en lo que respecta a la información o material que resulte “esencial para prevenir, investigar, enjuiciar y sancionar abusos”, el campo de subjetividad es tan amplio en la valoración que posibilita toda suerte de excusas de evasión. Se favorece así, la desaparición sin dejar rastro de un caudal de información que puede ser extraordinariamente relevante.

La posibilidad de clasificación retroactiva y reclasificación, además de lo que comporta en situaciones ordinarias sin implicación delictiva, contribuye en la misma dirección, amén de impedir otros tipos de investigaciones por periodos extremadamente prolongados. Las nuevas categorías de clasificación y sus plazos deberían aplicarse exclusivamente a partir de la aprobación de la ley sin posibilidad de hacerlo respecto de información declarada secreta con anterioridad a la misma al amparo de la Ley 9/1968, tal y como sí habilitaría ahora el juego combinado de las Disposiciones transitoria única y adicional segunda del ALIC que permite extender la categoría de alto secreto a los documentos actualmente secretos posibilitando un plazo de desclasificación de hasta otros 65 años (50 iniciales más prórroga de 15). Para esta última situación parece aconsejable establecer una desclasificación con plazos breves tomando en consideración el tiempo transcurrido desde su declaración como secreto.

La desclasificación por trascurso del tiempo tiene antecedente inmediato en la Proposición de Ley de reforma de la ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales presentada por el PNV en 2016 (BOCG de 16 de septiembre de 2016), pero los plazos eran más cortos, no pudiendo superar los veinticinco años para materias calificadas «secretas» y los diez años para las declaradas «reservadas», salvo que el Consejo de Ministros dispusiese su prórroga excepcional y motivada, en el exclusivo caso de las materias secretas, por un nuevo período máximo de diez años. Los mismos plazos fueron manejados en



el Proyecto de Ley Orgánica de Secretos Oficiales reseñado en prensa en marzo de 1997, abandonando los más largos del Anteproyecto de 23 de agosto de 1996 (50 años más 25 adicionales) que habían sido objeto de severa crítica por el CGPJ.

En un sistema democrático, la clasificación de una información sólo puede servir para proteger la seguridad y defensa del Estado por el tiempo estrictamente necesario y de manera absolutamente justificada y proporcional. No cabe que se puedan amparar conductas delictivas, fenómenos de corrupción o abusos de poder. A nuestro entender, los plazos inferiores plasmados en las iniciativas legislativas de 1997 y 2013 estarían más justificados y serían más proporcionados y compatibles con los principios propios del sistema democrático, la regla de excepcionalidad del secreto y el control ciudadano sobre la acción de los poderes públicos. También en esta materia, resulta necesario ceñirse a periodos ajustados a los estrictamente indispensable para preservar los intereses esenciales del Estado con incidencia directa en la seguridad y defensa del Estado, lo que se podría alcanzar eliminando la actual rigidez con medidas de flexibilización adicionales que favoreciesen el acortamiento de los periodos de opacidad.

A la vista de lo dicho, las propuestas de mejora pasarían por:

(i) exigir que tanto en las propuestas de clasificación como en las resoluciones que adopten las autoridades de clasificación la exteriorización de una motivación específica y reforzada que aborde y justifique tanto la habilitación legal y la justificación teleológica de la concreta medida de clasificación como su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en atención casuística a las circunstancias concurrentes en el supuesto y con ponderación de los valores e intereses en conflicto.

(ii) Reducir la duración máxima de los plazos para las categorías «alto secreto» y «secreto» a 25 y 10 años en los mismos términos que los de los



antecedentes de 2016 y 1997 y dejar en 6 y 4 años, respectivamente, los correspondientes a las categorías «confidencial» y «restringido»;

(iii) flexibilizar la duración de los anteriores plazos previendo la posibilidad de adoptar reducciones de sus tiempos en función de las circunstancias.

(iv) proscribir la nueva clasificación de la información desclasificada por plazos.

(v) introducir, en adición, una disposición de interrupción de la prescripción penal durante el tiempo que duren tales periodos.

(vi) prohibir de manera absoluta la destrucción de la información complementaria, sin perjuicio de permanecer en régimen de información clasificada.

(vii) Prever plazos breves de desclasificación automática de la información declarada secreta bajo la Ley 9/1968 sin posibilidad de iniciar los plazos ordinarios a partir de la entrada en vigor de la nueva ley.

#### **IV.2.- ELEMENTOS SUBJETIVOS.**

##### *IV.2.1.- Órganos y autoridades con capacidad para clasificar.*

También merece una desaprobación significativa el elevado número y heterogéneo tipo de autoridades -órganos y sujetos- que, conforme al art. 4 ALIC, adquieren competencia y facultades para excluir del conocimiento público una información.

Muchas de ellas incluso adolecen de conexión directa e inmediata con el núcleo estricto de la seguridad y defensa del Estado, puesto que sus



específicos cometidos no tienen incidencia de tal naturaleza en ninguno de estos ámbitos.

Frente a la situación actual en la que solo pueden clasificar información como secreta la ley -por tanto el Parlamento- o exclusivamente el Gobierno , sin posibilidad de delegación de esta competencia -lo que es exquisitamente conforme con el art. 97 CE y resulta preferible-, el art. 4.2 ALIC atribuye competencias en las categorías de «confidencial» y «restringido» a un cúmulo ingente de autoridades que además tienen la facultad de delegarlas (art. 5.h) con el peligro de que, por la dispersión competencial y tal posibilidad de delegación, florezcan divergencias aplicativas y en determinados casos se dé lugar a situaciones de indeterminación, descoordinación, dilución de responsabilidades o incluso a prácticas de ocultación de información entre autoridades allí donde resulte posible, sobre todo, una vez que -ex. arts. 6 y 25 ALIC- la información clasificada como «restringida» no es fiscalizada por la «Autoridad Nacional para la protección clasificada», ni consta en el registro que gestiona ésta, puesto que es inscrita exclusivamente en los Registros de Diligencias, Directivas y de Seguridad de las que disponen las respectivas autoridades de clasificación. Y si bien quien ocupe la Presidencia del Gobierno ostenta -ex. art. 20.3 ALIC- habilitación legal para acceder a “toda información clasificada”, resulta difícil imaginar que vaya comprobando registro por registro de todas las autoridades qué ha sido excluido del conocimiento público y cuál es su contenido.

Las posibilidades de delegación y desconcentración, en adición, abonan la práctica indeterminación del elenco de autoridades con facultades de clasificación haciendo imprevisible para la ciudadanía el conocimiento preciso sobre qué órganos y qué facultades tienen los poderes públicos para clasificar información que les afecte o resulte de interés.

Entrando en más detalle, parece particularmente desmedido que se concedan facultades de clasificación en el marco de sus competencias a quienes ocupen



las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, las Direcciones Generales de Policía y Guardia Civil, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (todas dependientes del Gobierno, que debería ocuparse directamente de dicha responsabilidad) y las autoridades autonómicas competentes en materia de policía, en aquellas Comunidades Autónomas que hayan asumido estatutariamente competencias para la creación de Cuerpos de Policía. En algunos aspectos ello podría equivaler en la práctica a dotarles de unas posibilidades de actuación en un régimen de secreto similar al de la Dirección del Centro Nacional de Inteligencia, por lo que, en combinación con la amplitud de ámbitos y la falta de garantías de aplicación criterios de proporcionalidad - anteriormente comentadas- que posibilita el desajuste de una real incidencia directa en la seguridad y defensa del Estado, se abre la espuesta a un caudal de confusión y un ingente hermetismo impropio de un sistema como el que se proclama en el art. 1 de la Constitución, contribuyendo todo ello a dificultar un control judicial efectivo.

La previsión respecto de las autoridades autonómicas competentes en materia de policía suscita dudas añadidas si nos ubicamos en las hipótesis -que la experiencia no aconseja desdeñar- de existencia de intereses contrapuestos o de que paradójicamente éstas manejen información que pueda comprometer la seguridad o la defensa del Estado y para ocultarla sea clasificada, incluso dando carta de naturaleza para sus agentes a un régimen similar al del CNI. En cualquier caso, se pueden suscitar problemas adicionales de colisión desde la perspectiva de los arts. 97 y 149.1.4ª y 29ª CE puesto que nos encontramos en una materia de competencia exclusiva del Estado.

Lo único que hay que celebrar y agradecer en este capítulo de extrema diseminación de autoridades y facultades de clasificación es que no se haya descendido a atribuir competencias para excluir información del conocimiento público también a las Jefaturas de las Policías Locales y/o a los Alcaldes, lo cual, por cierto, puede resultar incoherente si el fundamento de la concesión del prelegislador a las Direcciones Generales de Policía y Guardia Civil, así



como a las autoridades autonómicas competentes en materia de policía, es que, conforme al art. 1º.4 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad-, el mantenimiento de la seguridad pública se ejerce por las distintas Administraciones Públicas a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ya que ex. art. 2º.c también son Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales, y al igual que las Comunidades Autónomas participan en dicho mantenimiento -si bien éstas conforme a sus Estatutos y en el marco de la mentada ley- ex. art. 1º.2 LOFCSE-, pues las Corporaciones Locales, con arreglo al mismo artículo en su apartado 3, participan también en el mantenimiento de la seguridad pública “en los términos establecidos en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local y en el marco de la misma ley”.

Por las razones expuestas, la propuesta de mejora consistiría en circunscribir y concentrar las competencias y facultades de clasificación, exclusivamente, en el Gobierno de la Nación para las categorías de «alto secreto» y «secreto», y en los titulares de los Ministerios para las categorías «confidencial» y «restringido», en todo caso sin posibilidad de delegación.

#### *IV.2.2.- Sujetos del acceso o la desclasificación.*

El acceso a la información clasificada está regulado en los arts. 20 a 24 ALIC partiendo de que se basará siempre en una “necesidad de conocer” que “deberá justificarse adecuadamente” y se “limitará exclusivamente” a las “personas que lo requieran por razón del cargo o responsabilidad que ostenten”.

Sin embargo, el acceso efectivo a la información clasificada requiere disponer en las categorías de «Alto secreto», «Secreto» o «Confidencial» de una Habilitación Personal de Seguridad y en la clasificada como «Restringido» de una autorización, resultando en ambos casos que las “condiciones de elegibilidad que deben cumplir los sujetos interesados”, y, específicamente, la



“duración y alcance” de la autorización, se difieren y transfieren al “desarrollo reglamentario” ex arts. 21, 22 y 23 ALIC.

Pues bien, amén de la problemática y repercusiones que tales disposiciones de traslado al desarrollo reglamentario pueden suscitar en el plano de la legitimación para el acceso y el régimen sancionador, así como la concreción e indefinición legal de lo que resulte ser y se interprete en cada caso por las autoridades de clasificación como “necesidad de conocer” y su adecuada justificación, de ello se desprendería que sólo podrían solicitar el acceso a información clasificada un número muy restringido de personas con cargos y responsabilidades públicas (no queda claro si también privadas), pero no cualquier ciudadano, pese a que el art. 105.b) CE habla del “acceso de los ciudadanos” y el art. 20.1 CE reconoce a todas las personas las libertades de expresión y de comunicar o recibir información, que, a la vista de la jurisprudencia europea sobre el art. 10 CEDH, hay que tener en cuenta que pueden verse involucradas en buena parte de los casos en la medida en que el acceso a la información resulte instrumental del ejercicio de dichas libertades.

Con ello se establece una excepción significativa al régimen general de la LTAIBG, cuyo art. 12 dispone que “Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley”, aunque también contempla los límites de seguridad nacional y defensa en su art. 14.1, indicando que su aplicación -ex art. 14.2- “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”.

Y debe subrayarse que la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (por todas, STS de 2 de junio de 2022, rec. 4116/2020), viene declarando que el artículo 12 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, reconoce el



derecho de acceso a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105 de la Constitución, de forma amplia "a todas las personas", sin requerir la acreditación de un determinado interés. Repárese en que el texto constitucional en el art. 105 CE utiliza el término "ciudadanos", no interesados. En la STS (3ª) de 25 de marzo de 2021 (recurso 2578/2020, FD 2º) se reiteró que en la Ley 19/2013 queda reconocido el derecho de acceso a la información pública como un auténtico derecho público subjetivo, al establecer que "Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley" (artículo 12); así como que la Exposición de Motivos de la Ley configura de forma amplia ese derecho de acceso a la información pública, del que son titulares todas las personas, y que podrá ejercerse sin necesidad de motivar la solicitud."

Además, tal previsión limitativa del ALIC parece también cuestionable -como poco- desde la perspectiva del Convenio de TROMSØ sobre el Acceso a los Documentos Públicos, que en su art. 2 ya hemos visto que -en el plano subjetivo- prevé que los Estados miembros han de garantizar el derecho de cualquiera, sin discriminación de ningún tipo, a acceder, bajo petición, a los documentos públicos en posesión de las autoridades públicas, pese a que también en su art. 3 admite específicamente la posibilidad de establecer restricciones a este derecho cuando el objetivo de protección sea la seguridad nacional, la defensa y las relaciones internacionales (por consiguiente, los ámbitos propios más genuinos de la información clasificada), lo que parece referirse a limitaciones en el plano objetivo y, en consecuencia, posibilita el rechazo del acceso por razón de la materia y su contenido, pero sin extensión a condicionamientos de naturaleza subjetiva ya que no se prevén restricciones en el plano de los sujetos habilitados para solicitar la información, de modo que de acuerdo con la interpretación restrictiva que sobre cualquier restricción o excepción resulta procedente, cualquiera podría solicitar el acceso sin perjuicio de que le sea denegado salvo que concurra un interés público prevalente, pues recordemos que el mismo art. 3 -en su apartado 2- establece que el acceso a la



información contenida en un documento oficial puede ser rechazado si puede o probablemente pueda dañar los intereses mencionados en el párrafo 1, a menos que haya un interés público que prevalezca en dicha revelación, todo lo cual resulta lo más respetuoso con la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 10 CEDH.

Nada se establece en el ALIC sobre los requisitos de la solicitud a salvo de su adecuada justificación. La única previsión que puede servir de referencia es la contenida en la Disposición transitoria única en relación con la petición de desclasificación de la información clasificada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, cuyo apartado 4 dispone que toda persona física o jurídica que quisiera acceder a información clasificada con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley podrá solicitar a la autoridad competente su desclasificación, indicando su interés en la información requerida, las razones que justifican la desclasificación solicitada e identificando pormenorizadamente la información que se solicita desclasificar. Las dificultades para identificar pormenorizadamente la información resultarán obvias puesto que difícilmente podrán identificarse documentos cuya existencia no figura en registro público alguno.

Tampoco el ALIC contempla, en relación con ningún tipo de solicitante de acceso, un específico régimen o procedimiento de reclamación o impugnación sobre las decisiones de rechazo de la solicitud de acceso. No existen pues disposiciones similares a las de los arts. 20.5 y 24 LTAIBG, que posibilitan a cualquier persona acudir directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa sin perjuicio de la posibilidad de interposición de una reclamación potestativa ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. No se establece en el ALIC, por tanto, ningún procedimiento al modo del requerido por el art. 8 del Convenio de TROMSØ .

Por todo lo dicho, las propuestas de mejora de los aspectos cuestionados en este apartado serían las siguientes:



- (i) admitir que las solicitudes de acceso puedan ser realizadas por cualquier persona y determinar los requisitos formales y materiales de las mismas sin trasladar estos aspectos al desarrollo reglamentario.
- (ii) precisar en el texto legal -sin deferirlo al desarrollo reglamentario- las nociones de necesidad de conocer y los requisitos para obtener el acceso, así como las condiciones -en particular, alcance y duración- de las autorizaciones pertinentes.
- (iii) establecer un específico procedimiento de reclamación e impugnación administrativa y contencioso-administrativa de las resoluciones adoptadas sobre las solicitudes de acceso.

#### **IV.3- RÉGIMEN SANCIONADOR.**

La Exposición de Motivos del ALIC se limita a referir que el régimen sancionador se regula por un catálogo de infracciones muy graves, graves o leves ligadas al nivel de protección para cada una de las categorías de clasificación, tipificando, además, las sanciones principales y accesorias que podrán imponerse cuando tenga lugar la comisión de las infracciones previstas en la Ley, así como sus criterios de graduación; incluyendo, también, el régimen de prescripción de infracciones y sanciones, dejando constancia expresa del carácter subsidiario del procedimiento administrativo sancionador respecto del penal, así como las medidas provisionales que pueden acordarse, y, por último, el procedimiento sancionador.

Esta somera descripción de lo que se regula en este ámbito adolece de justificación o explicación alguna sobre las opciones legislativas que se concretan en torno a aspectos tales como la responsabilidad subsidiaria y solidaria que se establece en el art. 39 ALIC, los concretos tipos sancionatorios diseñados en el art. 41 ALIC, la naturaleza y cuantía o duración de las sanciones principales y accesorias de los arts. 42 y 44 ALIC, los criterios de



graduación del art. 44 ALIC, los plazos de prescripción del art. 45 ALIC y hasta los detalles de instrucción, tramitación y resolución del procedimiento sancionador del art. 48 ALIC, de modo que los referentes del proceder normativo son absolutamente desconocidos.

En cualquier caso, centrándonos en los aspectos más nucleares del régimen sancionador, la descripción de las conductas típicas y la ordenación de las sanciones, sobre el papel y aparentemente, no parecerían problemáticas en sí mismas y aisladamente consideradas.

No obstante, a nuestro criterio, tal afirmación se revela lejos de la realidad si se profundiza en el análisis tomando en consideración el sistema general en el que se insertan y la interacción que se produce en relación con otras normas del ALIC.

En primer lugar, en lo que atañe a las conductas típicas, las mismas vienen fuertemente determinadas por el intenso nivel de condicionamiento material y práctico que se deriva de su dependencia conceptual, en especial, del propio régimen jurídico de acceso, protección y seguridad de la información clasificada, pero también de los ámbitos y órganos de clasificación. De hecho, necesariamente la interpretación, integración y aplicación de los elementos típicos habrá de hacerse conforme a las normas que regulan los aspectos mencionados y el problema puede venir de la mano de la amplitud, indefinición e imprecisión de muchas de esas normas, algunas de las cuales, para agravar las cosas, contienen remisiones a un ulterior desarrollo reglamentario, con sufrimiento del principio de taxatividad.

De ahí que pueda sostenerse que, a la postre, la tipificación, en términos generales, presenta elementos de indefinición y por tanto déficits de predeterminación normativa provenientes a su vez de la ambigüedad o indeterminación de múltiples conceptos y límites empleados a la hora de identificar las materias y ámbitos susceptibles de clasificación ex art. 3 ALIC y



de describir las obligaciones a las que se asocian, según la redacción que presentan en los arts. 20 y ss. ALIC.

Ya antes se ha justificado nuestro juicio crítico con la extensión e indefinición de las materias y ámbitos de información clasificable y el establecimiento de múltiples órganos de clasificación con posibilidades añadidas de delegación. La combinación de ambas variables puede conducir a un efecto expansivo de las conductas por la propia amplitud de las informaciones clasificadas a que puede dar lugar (a mayor contenido clasificado mayor extensión de la esfera de prohibición de las conductas reprochables de difusión, acceso, facilitación, destrucción, reproducción, copia, etc...), así como a una aplicación diversa, contradictoria, divergente o poco ajustada al principio de igualdad en la aplicación de la ley al resultar tan abundante y diseminado el número de órganos con facultades de clasificación.

Adicionalmente, en el capítulo de acceso a la información clasificada, conceptos como “necesidad de conocer”, sin mayor definición, a justificar “adecuadamente”, sin referentes de precisión a nivel legal resultan demasiado abiertos, lo que presenta el riesgo de lastrar los tipos asociados a las distintas categorías de clasificación. Otro tanto sucede con la excesiva amplitud y subjetividad que se introduce acerca de la evaluación de “posibles” riesgos y amenazas “para los intereses de España”, la ausencia de todo criterio legal sobre los “requisitos” para obtener la Habilitación Personal de Seguridad y sobre qué supone determinarlos “de forma progresiva” en función del “grado de protección” de cada categoría, la inconcreción de las “condiciones específicas de elegibilidad” a cumplir por los sujetos interesados, así como con el registro, “duración y alcance” de la Habilitación Personal de Seguridad y las Habilitaciones de Empresa y de Establecimiento, que -agravando la indefinición legal- serán objeto de desarrollo reglamentario junto con el deber de confidencialidad (según disponen los arts. 21.4, 22.8, 23.2 y 24 ALIC).



Todo ello da a entrada a que para aquilatar la tipicidad sancionadora administrativa haya que acudir finalmente a criterios excesivamente subjetivos e indeterminados y definiciones transferidas a normas reglamentarias.

Cierto es que el art. 27.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) permite reconocer una labor de complemento en la punición de las infracciones a las disposiciones reglamentarias de desarrollo, en la medida en que podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes. Pero es necesario que la Ley determine con precisión y claridad qué concretas vulneraciones del ordenamiento se consideran infracciones administrativas en aras de la seguridad jurídica y previsibilidad para los ciudadanos de las consecuencias que han de seguirse de la realización de una conducta genéricamente tipificada como infracción administrativa y lo cierto es que muchos aspectos de lo que se traslada al desarrollo reglamentario tendrán una incidencia decisiva en elementos trascendentales de la conformación típica y su aplicación por los órganos sancionadores y revisores de la actuación administrativa. Como han recordado recientemente las SSTC 77/2022, de 15 de junio, FJ 2; y 150/2020, de 22 de octubre, FJ 3, “el art. 25.1 CE limita, no ya el ejercicio administrativo de la discrecionalidad, sino su atribución misma por parte del legislador”.

En segundo término, en lo que a sanciones se refiere, a todo lo anterior se suma la significativa desproporción de las sanciones principales imponibles, que pueden llegar hasta los cincuenta mil (50.000) euros en los casos de infracciones leves, a un millón (1.000.000) de euros en las infracciones graves y a tres millones (3.000.000) de euros en las infracciones muy graves, en función de criterios de graduación basados en conceptos jurídicos indeterminados, también fijados sin elementos a nivel legal que les sirvan de



parámetros referentes y con alusión al amplísimo concepto que el ALIC tiene de “los intereses de España”.

Además del desborde de los adecuados parámetros que se desprenden de las exigencias de proporcionalidad que constituyen principio estructural de todo Estado democrático de Derecho, debe denunciarse el notable riesgo de “efecto disuasor o desalentador” (chilling effect) que puede provocarse por las elevadas cuantías imponibles, máxime teniendo en cuenta que, conforme a la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 10 CEDH, en un buen número de casos pueden hallarse involucradas y comprometidas las libertades de expresión y comunicación.

Debe desterrarse un indeseable efecto disuasor del ejercicio legítimo de los derechos por falta de proporcionalidad de las sanciones. Debe recordarse que, como reitera la doctrina constitucional, ‘La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la protección constitucional del derecho, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto ... disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada’ (SSTC 62/2019, de 7 de mayo, FJ 7; 104/2011, de 20 de junio, FJ 6; STC 88/2003, de 19 de mayo, FJ 8 y las en ella citadas sobre el ‘efecto desaliento’: STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 20; y STEDH de 22 de febrero de 1989, § 29, Barfod c. Noruega; respecto a la exigencia de proporcionalidad: STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4, y SSTEDH de 13 de julio de 1995, §§ 52 a 55, Tolstoy Milovslasky c. Reino Unido, de 25 de noviembre de 1999, § 53, Nilsen y Johnsen c. Noruega, y de 29 de febrero de 2000, §§ 49 y 50, Fuentes Bobo c. España) (STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5; en el mismo sentido SSTC 2/2001, de 15 de enero, FJ 3; 196/2002, de 28 de octubre, FJ 6). Y en expresión perfectamente aplicable a la definición de tipos y sanciones



administrativas como especie del ius puniendi del Estado, tal y como declaró la STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5, respecto del ejercicio de las libertades de expresión e información [arts. 20.1 a) y d) CE], tanto “el juez al aplicar la norma penal, como el legislador al definirla, no pueden ‘reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal’.

En definitiva, una sanción penal o administrativa puede ser desproporcionada por sí misma, es decir, por no guardar la debida proporción con el reproche que merece la conducta que se pretende evitar; pero también por desalentar la realización de otras conductas no reprochables.

Y también en esta materia debe denunciarse el desbordamiento de los conceptos de seguridad y defensa nacional que certifica la redacción del art. 44.a) ALIC, en la medida en que, como criterio de graduación, la relevancia de la información clasificada puede evaluarse en función de la afectación en particular -que no exclusivamente- a la seguridad o la defensa nacional, lo que supone un reconocimiento de que materias que no afecten a dichos conceptos y límites constitucionales pueden ser clasificadas como secretas y dar lugar a sanciones extraordinariamente elevadas con tal de que su divulgación, acceso o empleo indebido puedan perjudicar los simples “intereses de España”.

Las repercusiones que todo ello tendría sobre un adecuado ejercicio del control jurisdiccional de las resoluciones sancionatorias son evidentes. A mayores ámbitos de materia clasificada, mayores posibilidades de sanción elevada y, probablemente, mayor litigiosidad contencioso-administrativa dependiente del contenido material de la información clasificada, al que la autoridad judicial no podrá acceder sino por la vía del art. 38 ALIC y en función de lo que determinase por este cauce -como veremos- la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.



Por otra parte, no parece del todo razonable -y por ello es cuestionable- que en todo caso la instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores recaiga, sin excepciones, en las múltiples autoridades de clasificación y que la potestad sancionadora sea ejercida por éstas “sin perjuicio de la posibilidad de delegación”, expresión que corre el riesgo de que pueda ser interpretada de manera extensiva hasta el punto de llegar a considerar que también aquellos sujetos que resulten delegados conforme al art. 5.h ALIC pueden instruir y/o sancionar.

Por demás, surgen dudas de colisión con los específicos regímenes de instrucción y resolución vigentes en caso de necesidad de exigir responsabilidades a determinadas autoridades públicas y funcionarios que estén al margen del poder propiamente ejecutivo, como, sin ir más lejos, podría suceder con los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal, así como del personal de apoyo y asistencia a las funciones judiciales y fiscales que se desempeñan en la Administración de Justicia, situación que no hay que descartar una vez que pueden tener acceso a y/o contacto con información clasificada. ¿También en estos casos se desplazaría la competencia para instruir y resolver? La problemática que ello plantea desde la perspectiva de la Constitución, la LOPJ y el EOMF no es menor atendidos los principios y valores de nivel constitucional que estarían en juego.

Así las cosas, lo único que resulta inobjetable es la regulación contenida en el art. 46 ALIC sobre el carácter subsidiario del procedimiento administrativo sancionador respecto del penal. Hay que celebrar en particular las previsiones de que la comunicación al Ministerio Fiscal interrumpa la prescripción en los mismos términos que la efectuada a la autoridad judicial y que las medidas cautelares adoptadas antes de la intervención judicial puedan mantenerse mientras la autoridad judicial no resuelva otra cosa.

Por todo ello, en este apartado, las propuestas de mejora pasarían por reiterar las anteriormente realizadas en los apartados anteriores relativos a los



elementos objetivos y subjetivos con objeto de proporcionar mayor precisión y predeterminación normativa, ajustar las previsiones comentadas a los límites constitucionales, desarrollar y regular en el articulado del ALIC los conceptos deferidos a las normas reglamentarias en los arts. 21 a 24 ALIC y disminuir sensiblemente las cuantías de las sanciones principales del art. 42 ALIC. A ello se sumaría establecer excepciones a la regla de que la instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores recaiga en las autoridades de clasificación.

#### **IV. 4.- LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL Y ACCESO JURISDICCIONAL EN MATERIA DE INFORMACIÓN CLASIFICADA. LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.**

El ALIC dedica disposiciones procedimentales a dos supuestos:

(i) El control jurisdiccional de la clasificación mediante el específico recurso contencioso administrativo contra las Diligencias o Directivas de clasificación establecido en el art. 37 ALIC, cuya competencia y reglas de procedimiento se establecen en la Disposición Final primera, que es la que específicamente modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA); y

(ii) El acceso a la información clasificada por un órgano judicial durante la tramitación de un proceso jurisdiccional (art. 38 ALIC).

Abordaremos su comentario por separado.

##### *IV.4. 1. El recurso contencioso-administrativo contra la Directiva o Diligencia de clasificación (art. 37 y Disposición final primera).*

De acuerdo con el art. 37 ALIC, en materia de control jurisdiccional de la clasificación, se establece que contra la Diligencia o la Directiva de clasificación, cualquier persona directamente afectada por su contenido o que



acredite un derecho o interés legítimo podrá interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

La Disposición final primera, que es la que contiene la modificación a tal efecto de la LJCA, regula el nuevo procedimiento ad hoc que se caracteriza por:

(i) admitir su interposición por “personas directamente afectadas por su contenido” o “que acrediten un derecho o interés legítimo” .

(ii) disponer de un plazo de interposición de dos meses a contar desde el momento en que el recurrente tenga conocimiento de la existencia de la Diligencia o la Directiva de clasificación.

(iii) atribuirse su conocimiento en única instancia a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (como consecuencia de la adición de una nueva letra d) al apartado 1 del artículo 12 LJCA),

(iv) establecer, en caso de admisión a trámite: a) la obligación a cargo del LAJ de requerir a la autoridad competente la remisión del expediente administrativo; y b) la posibilidad (podrá dice el texto pretendido) de acompañar -se entiende por parte del órgano administrativo requerido- un informe motivado sobre la clasificación de la información, que debe incluir, al menos, la categoría de clasificación asignada, la entidad del perjuicio que causaría a España su revelación no autorizada o su utilización indebida, y la fecha en que dicha información quedará desclasificada.

(v) fijar un plazo máximo de 60 días -en lugar de los 20 días ordinarios ex. art. 48.3 LJCA- para la remisión a la Sala del expediente administrativo (ha de entenderse, completo) y, además, una “copia” de dicho expediente mermada, en cuanto desprovista de -omitiendo o salvando- “aquellos aspectos que puedan suponer información clasificada, o que puedan revelarla” al objeto de



que sea esta última la que se ponga de manifiesto específicamente “al recurrente” a los efectos de que interponga demanda .

(vi) prever, para el caso de que la propia autoridad competente considerase que han decaído los motivos que fundaron la clasificación, que se ordene su desclasificación, remitiéndose la información al recurrente y poniéndose fin al procedimiento con arreglo a lo previsto en el vigente art. 76 LJCA.

(vii) disponer, una vez recibido el expediente administrativo, la puesta de manifiesto al recurrente de la copia remitida específicamente al efecto, concediéndole un plazo improrrogable de veinte días para formalizar demanda, de conformidad con el actual art. 52 LJCA.

(viii) prohibir que a efectos de formulación de la demanda se conceda al “recurrente” acceso a la información clasificada o a aquellos aspectos del expediente que pudieran revelarla.

(ix) ordenar el traslado de la demanda formalizada a la Administración para que, “a la vista del expediente”, presente contestación en el plazo también de veinte días, acompañando los documentos que estime oportunos.

(x) prescribir, una vez evacuado el trámite de contestación, la declaración de “concluido el procedimiento” para sentencia, sin perjuicio de lo que sigue.

(xi) prevenir, no obstante, para el supuesto de que la Sala estimase que el expediente no contiene suficientes elementos para resolver, la posibilidad de ordenar que se le remita la información para su examen, “sin presencia de las partes”, guardando absoluta reserva del contenido de dicha información .

(xii) determinar, sin más trámite, el dictado de sentencia desestimatoria de la demanda cuando, a juicio de la Sala, quede adecuadamente justificada la clasificación de la información.



(xiii) resolver, en otro caso, la emisión de sentencia estimatoria, anulando la clasificación acordada, salvo que la Sala aprecie que el procedimiento de clasificación ha incurrido en defectos formales subsanables, en cuyo caso ha de acordar la retroacción de las actuaciones, ordenando a la autoridad de clasificación su subsanación.

(xiv) asignar al Ministerio Fiscal la condición de “parte del procedimiento”.

Pues bien, hay que celebrar el avance que respecto de la situación vigente supone la regulación expresa de este control jurisdiccional de la clasificación de la información. Mediante la reforma operada en la Ley de 5 de abril de 1968, sobre secretos oficiales, por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, desapareció la prohibición expresa originaria establecida en el art. 10.2 del texto inicial de la normativa aplicable (que disponía “No corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con las calificaciones a que se refiere esta Ley”).

Pese al silencio de la regulación vigente, no cabe duda de que tanto en la Constitución a partir del propio art. 1 que instaura un Estado social y democrático de Derecho y las previsiones establecidas en sus arts. 9.3 (interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos), 20.1 (libertades públicas de expresión y a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión), 24 (derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y derecho a la defensa y a utilizar los medios disponibles para la misma), 103.1 (sometimiento pleno a la ley y al Derecho por parte de la Administración Pública) y 106.1 (control de la legalidad de la actuación administrativa así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican) como en la propia LJCA - sin ir más lejos, vid. arts. 2 y 58-, cabe encontrar argumentos para el sostén de la práctica judicial y la posición doctrinal que incluso en esta parcela niegan la existencia de zonas absolutamente inmunes a todo tipo de control jurisdiccional y admiten que la fiscalización se extienda tanto a aspectos formales -entre ellos, la regularidad en competencia y procedimiento de clasificación- como



materiales -la efectiva incidencia y afección sobre la seguridad y defensa del Estado-, aplicando además, para la decisión final, un juicio de ponderación de los bienes y derechos jurídicamente protegidos que se encuentren en tensión o conflicto, todo ello con base en que, incluso cuando poseen un alto contenido político, los actos del poder ejecutivo son susceptibles de control por los tribunales siempre que puedan ser examinados según “criterios judicialmente asequibles”, posición que arranca de las tres SSTs de la Sala Tercera de fecha 4 de abril de 1997 (asuntos “papeles del CESID”, caso GAL), tomando la idea previamente expresada en la STS de 28 de junio de 1994, que invalidó el nombramiento como Fiscal General de D. Eligio Hernández.

Y lógicamente cabe congratularse de que “se cuente” para este nuevo procedimiento con la intervención del Ministerio Fiscal.

No obstante, la escueta y simple atribución al Ministerio Fiscal de la condición de “parte” deja a la libre interpretación cuál es exactamente su papel y el contenido y alcance de su intervención en el procedimiento, lo que presenta el riesgo de erigirse en una fuente de tensiones y conflictos hermenéuticos y jurídicos que la nueva norma debiera evitar. Si hubiera que expresar en términos básicos la cuestión, lo más necesitado de aclaración es específicamente si, en lo que atañe al Fiscal, ha de intervenir en el procedimiento en igualdad o paridad de condiciones con el recurrente o en una posición parangonable a la de las autoridades judiciales que lo resuelven dentro, claro está, de las respectivas funciones que el ordenamiento constitucional, orgánico y ordinario diferenciadamente atribuye.

De la literalidad de las disposiciones contenidas se desprendería que las limitaciones de acceso a la información clasificada -o aspectos que puedan revelarla- únicamente se imponen a la parte actora por cuanto las reglas que se refieren a la remisión de la copia mermada del expediente administrativo, esto es, la que omite o salva los aspectos que puedan suponer información clasificada o que puedan revelarla (DF 1ª.3), así como la prohibición absoluta



de acceso a dichos aspectos (En ningún caso se concederá podrá concederse al recurrente acceso a la información clasificada o a aquellos aspectos del expediente que pudieran revelarla ex. DF 1ª. 4, párrafo in fine) se predicán exclusivamente respecto de la puesta de manifiesto “al recurrente” a efectos de la formalización de la demanda que deberá deducir con dicha base.

Sin embargo, la cuestión no queda suficientemente determinada para el resto de las partes y en particular respecto del Ministerio Fiscal. En relación con la contestación de la Administración se prevé el traslado de la demanda a la misma para que “a la vista del expediente”, sin más, proceda a ello en el plazo de 20 días, pero resulta lógico pensar que tal respuesta se elabore con pleno conocimiento del expediente original por la parte demandada ya que dispone de toda la información, sin perjuicio de que haya de adoptar una estrategia procesal que omita o no revele elementos de la información clasificada. En cualquier caso, la Administración demandada tiene acceso al expediente al margen de la copia mermada proporcionada al recurrente. Surgen entonces una serie de cuestiones necesitadas de precisión en el texto legal ¿el Ministerio Fiscal ha de “contestar” la demanda? o como sería más correcto en nuestra opinión ¿habría de “efectuar alegaciones” en defensa de la legalidad, los derechos e intereses por los que le corresponde velar ex art. 124 CE? ¿y en qué plazo y en qué forma? ¿de modo simultáneo o sucesivo a la contestación de la Administración demandada? Y en tal trámite ¿cuál sería su nivel de acceso? ¿intervendría a partir de la información parcial con la que cuenta el recurrente o de la total que dispone el Tribunal y la Administración demandada? ¿tiene el Ministerio Fiscal acceso al expediente completo o a la copia mermada? ¿ha de actuar y contestar o alegar como una simple parte ‘disminuida’ en conocimiento del material concernido? ¿es qué el Ministerio Fiscal puede emitir un criterio mínimamente fundado en defensa y conforme a sus cometidos constitucionales sin tener elementos suficientes para ello?

En cualquier caso, al margen de esta intervención previa, lo que sí queda meridianamente claro en el ALIC es que la DF 1ª.7, para el caso de



insuficiencia de elementos para resolver, prescribe que la Sala puede ordenar la remisión de la información clasificada para su examen “sin la presencia” y por consiguiente, sin acceso ni conocimiento ni intervención de las partes; y siendo que al Ministerio Fiscal se le asigna la condición de mera “parte” en el apartado 10 de la DF 1ª, resulta obvio que en el supuesto de darse esta incidencia el criterio del pre-legislador gubernamental es la exclusión absoluta - también- del Ministerio Fiscal de la inspección in camera y, por ende, del examen de la información clasificada, lo que conducirá a la imposibilidad de cumplir razonablemente con las misiones y cometidos que la Constitución y el ordenamiento jurídico le atribuyen. Y lo cierto es que tal exclusión de la intervención fiscal en dicho momento procesal no hay que descartar que pueda servir para “desvalorar”, por extensión, la intervención del Fiscal en los trámites precedentes, acabando por denegársele el acceso al expediente completo del que sí dispondría la Sala y lógicamente la Administración demandada que gozaría de un privilegio tanto sobre el recurrente como en relación con el Ministerio Fiscal.

Por todo ello, si bien es de valorar positivamente que “se cuente” con el Ministerio Fiscal debe promoverse que ello no se concrete en previsiones ambiguas y puramente formales, de modo que se precise y clarifique el momento, la naturaleza, la forma y el alcance de cada intervención fiscal, posibilitando que la misma se desarrolle con el debido rigor y en condiciones formales y materiales de efectiva defensa y fundada ponderación de los derechos e intereses jurídicamente tutelables que entren en conflicto según se encuentren presentes en el procedimiento, de acuerdo con las altas misiones y cometidos que la Constitución ex art. 124 CE le asigna, lo que necesariamente se ha de traducir en que el Ministerio Fiscal acceda a toda la información de la que disponga el propio Tribunal .

Por consiguiente, amén de resultar criticable la falta de precisión en relación con el expediente y el alcance de su intervención, no podemos sino rechazar como excesiva y sin paliativos la exclusión a radice del Ministerio Fiscal del



trámite de examen in camera en la hipótesis contemplada de insuficiencia de elementos en el expediente para poder resolver (lo que generaría la misma insuficiencia para informar /alegar en favor de una u otra resolución). La misma confianza en la responsabilidad institucional del Tribunal merece el Ministerio Fiscal.

En definitiva, remitida la información que se ordena, del examen a llevar a cabo sobre la misma por la Sala debiera participar también -y previamente a la toma de decisión- el Ministerio Fiscal, aun con carácter exclusivo (lo que es de insistir resulta natural en atención a la posición peculiar y las misiones primarias que la Constitución le encomienda) y sin opción para las partes actora y demandada (a ésta es a la que no afecta pues en principio dispondrá de toda la información en cuanto autoridad de clasificación), obviamente, quedando sometido quien represente al Ministerio Público y conozca del asunto al mismo deber de guardar absoluta reserva del contenido de dicha información, todo ello para posteriormente poder articular sus alegaciones y remitirlas a la Sala con carácter previo al dictado de la sentencia. Tras el acceso, el Ministerio Fiscal adquirirá criterio fundado y emitirá alegaciones con carácter previo a la decisión judicial.

La propuesta de no exclusión del Ministerio Fiscal encuentra justificación objetiva y razonable, a nuestro entender y más allá de su legalmente reconocida -pero discutida- integración con autonomía funcional en el Poder Judicial (art. 2.1 EOMF) y/o la equiparación de sus miembros en muchos aspectos estatutarios con Jueces y Magistrados , en que en este tipo de procedimientos no puede considerarse al Ministerio Fiscal sólo como parte, toda vez que éste se encuentra en una posición constitucional de partida, ex art. 124 CE -en cuanto promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, procurando la satisfacción del interés social, que actúa, en todo caso, con sujeción a los principios de legalidad e imparcialidad- que le confiere un elemento distintivo respecto de las tenidas como puras y auténticas partes



procesales, de modo que también aquí no sería ‘una parte más’ (expresión ésta manejada por nuestro Tribunal Constitucional respecto del Ministerio Fiscal en su STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 8 y en sus AATC 32/2009, de 27 de enero, FJ 3 y 467/2007, de 17 de diciembre, FJ 3.a), sino que se trata más bien -como se viene considerando en el proceso alemán- de una suerte de ‘sujeto procesal’ cualificado que no propugna en puridad interés de parte alguno ni adopta una posición de tal, sino que, con un rol diferencial, propende al correcto desarrollo y desenlace del procedimiento en orden a asegurar la efectividad del control jurisdiccional de las Diligencias y Directivas de clasificación de la información a partir de su privilegiada asignación constitucional de misiones y cometidos.

Como en los pronunciamientos constitucionales citados se reconoce, el Ministerio Fiscal, en contraste con las partes, “está en mejor situación comparativa para efectuar la ponderación sine ira et studio” y, por sus misiones y cometidos constitucionales, per razione officii, se hace acreedor de un tratamiento específico en esta clase de procedimientos y, al igual que los miembros del Tribunal, no debe tener restringido, no se sabe bien en base a qué suspicacia legislativa, el pleno acceso al material que maneje el Tribunal para su decisión. Como en el procedimiento penal, en el que el secreto de las actuaciones no es oponible al Ministerio Fiscal, participando plenamente del conocimiento y resultado de las diligencias judiciales, en el procedimiento contencioso administrativo de control de las Diligencias y Directivas de clasificación no puede circunscribirse su conocimiento e intervención a un mero papel de emisión de alegaciones basadas en una información parcial y en dicha medida carentes de una suficiente información que determina la imposibilidad de adopción de un criterio fundado y sólido. Y es que ha de insistirse en que el Ministerio Fiscal no puede mínimamente adoptar criterio ni ponderar con razonable rigor los derechos e intereses dignos de protección jurídica que hayan entrado en conflicto -en particular, tomar postura sobre si la clasificación era o no idónea, adecuada y proporcional- sin disponer de toda la información de la que disponga el propio Tribunal, máxime si se repara en que, particularmente en caso de resultar necesario el examen in camera que prevé



la DF 1ª en su apartado 7 -en el que no se le permite intervenir-, con lo que contará el Ministerio Fiscal, a diferencia del Tribunal, es con una copia del expediente, probablemente mermado y sin elementos suficientes para resolver -y por tanto, con un material insuficiente para adoptar ese criterio fundado que debe sustentar el posicionamiento fiscal-, “preparado” por la autoridad interesada en el mantenimiento de la clasificación. Y en tal caso, la fiscalización a cargo del Ministerio Fiscal no sería sino un ejercicio vacío de auténtica significación que nada aportaría al control judicial efectivo.

Un argumento adicional para negar la consideración del Ministerio Fiscal como mera parte o una parte más en relación con el control jurisdiccional sobre la clasificación de información podría hallarse en que cuando se trata del acceso a información clasificada solicitado por un órgano judicial también se prevea su intervención con previa audiencia a la decisión de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (art. 38.4 ALIC), lo que acreditaría que son las tan reseñadas misiones y cometidos constitucionales el fundamento y razón de ser de su participación en los procedimientos relacionados con el derecho de la ciudadanía al que se refiere el art. 105 CE y la colisión con el mismo de las necesidades de seguridad y defensa del Estado.

Puestas de manifiesto las anteriores observaciones críticas respecto de la intervención del Ministerio Fiscal, el resto de consideraciones reconstructivas que pueden efectuarse resultan de menor calado a salvo de apreciar un excesivo plazo para la remisión del expediente y, en su caso, del informe motivado anexo, puesto que triplica el plazo ordinario; así como omisiones de precisión en sede de tramitación que podrían solventarse con una disposición de aplicación supletoria de las reglas de la LJCA para los procedimientos conocidos en única instancia por la Sala de lo Contencioso- Administrativo en todo aquello que no resulte incompatible con las especiales previsiones contempladas en el ALIC. En particular, llama la atención que no se prevea ninguna disposición que aborde la práctica de prueba, lo que en una materia como la involucrada, puede plantear una problemática específica desde la



perspectiva del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa de las propias posiciones reconocido en el art. 24.2 CE.

*IV.4.2.- Acceso a la información clasificada en el marco de un proceso jurisdiccional (art. 38 ALIC).*

El procedimiento para el acceso a la información clasificada por parte de un órgano judicial durante la tramitación de un proceso jurisdiccional de cualquier orden -no sólo, por tanto, de naturaleza penal- se encuentra regulado en el art. 38 ALIC y se determina conforme a las siguientes reglas:

(i) 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, la opción de la que dispone es solicitar motivadamente a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo que requiera de la autoridad de clasificación la remisión de dicha información.

(ii) El escrito de solicitud ha de ser acompañado del testimonio de las actuaciones seguidas en el procedimiento.

(iii) El órgano judicial solicitante podrá suspender el proceso jurisdiccional en el momento en que su continuación dependa del resultado del requerimiento.

(iv) En el caso de que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo admita la solicitud, ésta dirigirá a la autoridad de clasificación para que, en el plazo máximo de sesenta días, le remita la información clasificada o, en su caso, presente un informe motivado sobre la improcedencia de su remisión.

(v) En el supuesto de que la autoridad administrativa competente opte por la presentación de dicho informe, éste incluirá, al menos:



- a. la categoría de clasificación asignada,
- b. la entidad del perjuicio que causaría a España su revelación no autorizada o su utilización indebida, y
- c. la fecha en que dicha información quedará desclasificada.

(vi) Si la autoridad de clasificación competente considerase que han decaído los motivos que fundaron la clasificación, ordenará su desclasificación, remitirá la información a la Sala y ésta la trasladará al órgano judicial solicitante.

(vii) Si se aporta informe y la Sala estima que no contiene suficientes elementos para resolver, debe ordenar que se le remita la información para su examen, guardando absoluta reserva del contenido de dicha información.

(viii) La Sala ha de resolver, ponderando los intereses en conflicto y previa audiencia del Ministerio Fiscal, adoptando alguna de las siguientes decisiones:

- a. Remitir toda la información al órgano judicial solicitante.
- b. Remitir parte de la información al órgano judicial solicitante.
- c. No remitir la información al órgano judicial solicitante

(ix) En el supuesto de optar por la remisión total o parcial de la información, la Sala puede acordar:

- a. los términos en que ha de incorporarse a los autos del proceso jurisdiccional.
- b. su acceso limitado.
- c. la adopción de medidas de confidencialidad que considere necesarias.

A la vista de tales disposiciones, puede observarse que el modelo plasmado en el ALIC, frente a la posibilidad de que cualquier órgano judicial se dirigiese a la autoridad administrativa competente, ha optado por un modelo en el que las solicitudes de acceso a información clasificada procedentes de los órganos



judiciales de cualquier orden jurisdiccional -incluido el penal- han de vehiculizarse a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de modo que sólo ésta es competente tanto para (i) admitir o no la solicitud a partir de su motivación y el conocimiento de las actuaciones a través del testimonio que ha de acompañarse con la solicitud, como para (ii) dirigirse a la autoridad de clasificación en caso de admisión, tramitar el procedimiento y acordar, tras ponderar los intereses en conflicto, la remisión (total o parcial y/o con limitaciones o medidas de confidencialidad) o la no remisión de la información al órgano jurisdiccional solicitante, siempre “previa audiencia” del Ministerio Fiscal.

Se han descartado así otras posibles soluciones tales como permitir que cualesquiera órganos judiciales se dirijan directamente a las autoridades de clasificación si en el curso de los procesos surge la indispensable necesidad de acceso, o que el órgano judicial competente para recibir las solicitudes fuera la Sala del Tribunal Supremo del respectivo orden jurisdiccional al que perteneciese el órgano judicial solicitante, lo cual se ha propugnado que sería lo más apropiado especialmente en el supuesto de que la necesidad de acceso surgiese en un proceso de naturaleza penal, aduciendo que sólo así podría llevarse a cabo un control con plena capacidad de valoración de todas las circunstancias relevantes. E incluso se ha descartado atender a las opiniones que se han pronunciado en contra de la posibilidad de introducir juicios de ponderación de los intereses en conflicto en este tipo de situaciones una vez que, comprobada la regularidad formal de acto administrativo y la afectación de la información sobre la seguridad o la defensa del Estado, el art. 105 CE sería aplicable sin más, ya que este precepto constitucional autoriza expresamente la excepción al acceso de los ciudadanos a los documentos y registros administrativos.

Pues bien, ciertamente quizás el caso de solicitud de un órgano penal en averiguación de delitos sea el más problemático para considerar acertada la opción legislativa en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa puesto



que en muchos casos, sobre todo en las causas penales por delitos muy graves, estarán en juego tanto los legítimos fines de instrucción, investigación u obtención de elementos con potencialidad probatoria como el derecho de defensa y el derecho a usar los medios disponibles para la misma del art. 24.2 CE. Pero desde luego la elección de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo no carece de sentido puesto que la clasificación de la información es competencia de órganos cuya actuación está sometida a su jurisdicción y, aunque aquí no se impugna la clasificación, la situación podría ser parangonable a aquellos casos en que el acceso fuese solicitado a la autoridad competente para su protección y ésta lo denegase, supuesto en que tal resolución o actuación ha de entenderse que sería generalmente revisable ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En cualquier caso, en lo que particularmente interesa al Ministerio Fiscal, también en el procedimiento del art. 38 ALIC la “previa audiencia” que la Sala ha de practicar antes de adoptar su decisión definitiva se advierte altamente cortapisada, mermada y condicionada por no contemplarse su participación en la suerte de inspección o examen in camera de la información clasificada que se establece en el apartado núm. 3 de dicho precepto. Lógicamente en este procedimiento no hay partes -es un órgano judicial quien solicita el acceso- y por ello no existe necesidad de incluir en el art. 38.3 ALIC una previsión semejante a la del núm. 7 de la Disposición Final 1ª (“sin la presencia de las partes”), pero ello precisamente lo que también deja bien a las claras es que la intervención del Ministerio Fiscal en este tipo de procedimientos halla fundamento en sus misiones constitucionales ex art. 124 CE como promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, procurando la satisfacción del interés social, y que actúa, en todo caso, con sujeción a los principios de legalidad e imparcialidad con ausencia de interés de parte alguno

También aquí, por tanto, en atención a las mismas razones expuestas en relación con la exclusión a radice de la inspección in camera en el



procedimiento de impugnación de las Diligencias y Directivas de clasificación, debe reclamarse, puesto que -hay que insistir-, además de que no existen razones para dudar de que a sus miembros les adorna -cuanto menos- el mismo sentido del deber y responsabilidad institucional que a los Magistrados, no es posible ejercer con el mínimo rigor exigible sus altas misiones y cometidos constitucionales ni acometer el debido juicio de ponderación de los intereses en conflicto que ha de guiar el criterio fundado a plasmar en sus alegaciones (en el marco de su previa audiencia), contando únicamente con un mero informe -no hay que descartar que sesgado- emitido por la autoridad precisamente interesada en que no se acceda a la información clasificada y que por tanto argumentará y procurará ofrecer una visión orientada al mantenimiento de su falta de acceso por parte del órgano judicial solicitante.

La situación de dificultades al ejercicio de una adecuada fiscalización se agrava si se tiene en cuenta que, como se anticipaba al inicio, el control y acceso judicial puede verse notablemente condicionado por toda la serie de disposiciones del ALIC que resultan manifiestamente expansivas tanto en lo que puede ser declarado como información clasificada como en los órganos facultados para así determinarlo, lo que -como se viene manteniendo- en algunos extremos presenta difícil encaje constitucional, dificultando así, además, el control judicial efectivo u no se olvide que su ausencia puede fundar una violación del art. 10 del CEDH conforme a la jurisprudencia del TEDH (vid. Sentencia de 23 junio de 2016, Baka contra Hungría § 161, con cita de otras).

## **V.- CONCLUSIONES Y RECOPIACIÓN DE PROPUESTAS.**

A la vista de todo lo expuesto, a nuestro juicio, las conclusiones más relevantes que pueden extraerse sobre el Anteproyecto de Ley de Información Clasificada sometido a informe podrían concentrarse en el siguiente decálogo:



1ª) El Anteproyecto no cumple los estándares marcados por la jurisprudencia del 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, en particular cuando dicho derecho resulta instrumental para el ejercicio por una persona de su derecho a la libertad de expresión y de la «libertad de recibir y comunicar información», y su denegación constituye una injerencia en estos derechos.

2ª) El ALIC se limita a derogar la Ley 9/1968, de 5 de abril sobre secretos oficiales y el Decreto 242/1969, de 20 de febrero, por el que se desarrollan sus disposiciones, sin abordar ni precisar reglas de coordinación o aclaración de posibles incongruencias, incoherencias, colisiones y contradicciones con la LTAIBG. En este escenario, la genérica supletoriedad de ésta presenta el potencial de erigirse en toda una fuente de problemas interpretativos, máxime teniendo en cuenta el amplísimo margen a la regulación reglamentaria que deja el ALIC en multitud de sus disposiciones (arts. 6.2; 7.3; 9.4; 10.4; 14; 15.2; 17.2; 18.4; 21.4; 22.8; 23.2; 24.5; 25.3; 26.3; 27.6; 28.2; 29.3; 30.1; 32.2; 33.2; 34.2; 35.5 y Disposición final 3ª).

3ª) La extraordinaria amplitud de las materias y ámbitos a los que se extiende en el art. 3 ALIC el concepto de información clasificable en sus distintas categorías desborda el marco del art. 105.b CE (seguridad y defensa del Estado), planteando en consecuencia serios problemas de encaje constitucional e incompatibilidad con la certeza, precisión y previsibilidad que exige la jurisprudencia del TEDH y, siguiéndola, nuestra doctrina constitucional. En los límites del precepto constitucional solo cabría subsumir parte de lo que para el art. 3.2 y 3 ALIC puede clasificarse como ámbitos propios del «alto secreto» o «secreto» y prácticamente nada de lo que puede clasificarse según el art. 3.4 y 5 ALIC como «confidencial» o «restringido» entraría en sus contornos. Las previsiones que con cláusulas abiertas e imprecisas terminan por indeterminar cada una de las categorías de clasificación agravan la



situación y resultan especialmente reprobables en una materia de la naturaleza que se pretende regular. Las cláusulas residuales de apertura dotan de subjetividad, indeterminación e incertidumbre a lo que las autoridades de clasificación pueden tener por secreto. La regulación de este aspecto no asegura el respeto de los principios de predeterminación normativa y de proporcionalidad.

4ª) El Anteproyecto no se ajusta a las previsiones del Convenio de TROMSØ, nº 205 del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos (en proceso de ratificación inminente por España) por, sobrepasar objetivamente los límites de su art. 3 y carecer de previsión alguna sobre la posibilidad de no denegar el acceso si concurre un interés público prevalente en la revelación, tal y como prevé el art. 3.2 del convenio y es conforme con la jurisprudencia europea. El régimen que instauraría el ALIC sería de peor condición que el previsto en el convenio paneuropeo.

5ª) Los procedimientos de clasificación, desclasificación, revisión periódica y reclasificación se regulan en los arts. 8 a 19 ALIC con un excesivo recurso al desarrollo reglamentario (arts. 9.4, 10.4, 14, 15.2, 17.2 y 18.4), lo que tiene como resultado una falta de predeterminación normativa a nivel legal en muchos aspectos esenciales y con ello déficits de certidumbre, previsibilidad y objetividad que presentan el riesgo de conceder un amplio campo de acción a las autoridades de clasificación, lo que se ve favorecido por la inexistencia de previsiones en la tramitación tendentes a la satisfacción de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad. Ello lastra la posibilidad de un control judicial ex post que resulte efectivo. En particular, no pueden considerarse como suficientes a estos efectos las actuales previsiones de los arts. 10.2 y 13.2 ALIC sobre las memorias justificativas que han de acompañar las propuestas de clasificación al no contener exigencia alguna de 'ajuste a' y 'aplicación de' los consabidos criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida restrictiva de los derechos involucrados.



6ª) En un sistema democrático, la clasificación de una información sólo puede servir para proteger la seguridad y defensa del Estado por el tiempo estrictamente necesario y de manera absolutamente justificada y proporcional. Los plazos de desclasificación automática se revelan excesivamente rígidos, amplios y faltos de proporción. Posibilitan, además, que las responsabilidades penales, incluso por delitos de extrema gravedad, acaben resultando inexigibles. Las limitaciones a la prohibición de destrucción y la eliminación de la información complementaria facilitan la impunidad al posibilitar que desaparezca o se pierda mucha información sobre la génesis, iter y responsabilidades de actividades delictivas. La posibilidad de clasificación retroactiva y reclasificación, amén de lo que comporta en situaciones ordinarias sin implicación delictiva, contribuye en la misma dirección.

7ª) También merece una desaprobación significativa el elevado número y heterogéneo tipo de autoridades -órganos y sujetos- que, conforme al art. 4 ALIC, adquieren competencia y facultades para excluir del conocimiento público una información. Las posibilidades de delegación y desconcentración, en adición, abonan la práctica indeterminación del elenco de autoridades con facultades de clasificación haciendo imprevisible para la ciudadanía el conocimiento preciso sobre qué órganos y qué facultades tienen los poderes públicos para clasificar información que les afecte o resulte de interés. Concorre un intenso peligro de que, por la dispersión competencial y tal posibilidad de delegación, florezcan divergencias aplicativas y en determinados casos se dé lugar a situaciones de indeterminación, descoordinación, dilución de responsabilidades o incluso a prácticas de ocultación de información entre autoridades allí donde resulte posible. La previsión relativa a las autoridades autonómicas suscita problemas adicionales de colisión desde la perspectiva de los arts. 97 y 149.1.4ª y 29ª CE puesto que nos encontramos en una materia de competencia exclusiva del Estado. La vigente regulación sobre autoridades de clasificación resulta más acorde con el art. 97 CE e incluso es preferible a la opción legislativa que concreta el Anteproyecto.



8ª) El Anteproyecto regula insuficientemente el derecho de la ciudadanía a solicitar el acceso a la información y no contempla ningún régimen o procedimiento específico de reclamación o impugnación sobre las decisiones de rechazo de la solicitud de acceso. No existen, pues, disposiciones similares a las de los arts. 20.5 y 24 LTAIBG, que posibilitan a cualquier persona acudir directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa sin perjuicio de la posibilidad de interposición de una reclamación potestativa. Tampoco parece ajustarse a la previsión del art. 8 del Convenio de TROMSØ sobre procedimientos de reclamación rápidos y baratos, previos a la intervención judicial, y de impugnación de esta naturaleza para obtener la reconsideración o revisión de la denegación del acceso.

9ª) El régimen sancionador que prevé el Anteproyecto presenta déficits derivados, en cuanto a las conductas típicas, de la dependencia conceptual tanto del propio régimen jurídico de acceso, protección y seguridad de la información clasificada, como de los ámbitos y órganos de clasificación, y, en lo que atañe a las sanciones, de la significativa desproporción de las cuantías imponibles. En particular, debe denunciarse el notable riesgo de “efecto disuasor o desalentador” (chilling effect) que puede provocarse por las elevadas cuantías previstas, máxime teniendo en cuenta que, conforme a la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 10 CEDH, en un buen número de casos pueden hallarse involucradas y comprometidas las libertades de expresión y comunicación. Además de desproporcionadas por sí mismas, también lo son por desalentar la realización de otras conductas no reprochables. Por demás, surgen dudas de colisión con los específicos regímenes de instrucción y resolución vigentes en caso de necesidad de exigir responsabilidades a determinadas autoridades públicas y funcionarios que estén al margen del poder propiamente ejecutivo, como, sin ir más lejos, podría suceder con los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal, así como del personal de apoyo y asistencia a las funciones judiciales y fiscales que se desempeñan en la Administración de Justicia.



10ª) Hay que valorar muy positivamente e incluso celebrar como un importante avance que por primera vez se regulen procedimientos de control y acceso judicial y, en especial, que en ellos se cuente con el Ministerio Fiscal. No obstante, la operatividad y efectividad de estos procedimientos se ve condicionada e incluso lastrada por los aspectos regulativos sobre los que se ha emitido un juicio negativo a lo largo del informe. En ambos procedimientos merece reparo crítico que no se precise debidamente el momento, la naturaleza, la forma y el alcance de cada intervención del Ministerio Fiscal, que en todo caso, debe tener acceso a la información clasificada en las mismas condiciones que los miembros del Tribunal decisor, de modo que no sea excluido del examen in camera cuando este resulte necesario, en atención a su especial condición de sujeto procesal diferenciado por razón de los altos cometidos que le asigna el art. 124 CE tal como admite nuestra doctrina constitucional.

En definitiva, el texto articulado del Anteproyecto tiene un enorme margen de mejora y las propuestas que se realizan en este informe no pretenden sino contribuir a ello en la medida de lo posible. Lógicamente, la adaptación a la jurisprudencia del TEDH y a los límites estrictos del art. 105.b CE, así como al marco del convenio de TROMSØ (al encontrarse éste en proceso de ratificación inminente por España) resultan prioritarios. Igualmente, resulta necesario precisar reglas de coordinación o aclaración de posibles incongruencias, incoherencias, colisiones y contradicciones con la LTAIBG, de modo que se acentúe la excepcionalidad del régimen relativo al acceso a la información clasificada sin desvirtuar ni neutralizar con carácter expansivo el propio de la LTAIBG.

En particular, recapitulando las propuestas formuladas en los cuatro aspectos en que se ha focalizado el interés, las que se estiman más necesarias serían las siguientes:

A) En lo que respecta a los elementos objetivos:



- Incrementar la predeterminación normativa y calidad de la ley (precisando los presupuestos, modalidades y requisitos de afectación de los derechos) y asegurar el respeto al principio de proporcionalidad mediante las siguientes acciones:

(i) Ceñir estrictamente los ámbitos del art. 3 ALIC a las materias, límites y fines constitucionalmente legítimos previstos en el art. 105.b CE -seguridad y defensa del Estado-, exigiendo conexión e incidencia directa en sus conceptos más estrictos, suprimiendo -por supuesto y en todo caso- las cláusulas abiertas de los actuales apartados 2.j, 3.j, 4.f y 5 de dicho precepto.

(ii) Establecer disposiciones con condiciones que aseguren el seguimiento de los requerimientos del principio de proporcionalidad introduciendo, en cuanto a la apreciación de los límites, la obligada aplicación de criterios concretos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto que sirvan como parámetros tanto para orientar e imbuir de manera ineludible las decisiones de las autoridades de clasificación como para habilitar un control jurisdiccional efectivo de las mismas.

(iii) Contemplar explícitamente -la posibilidad de que un interés público prevalente justifique el acceso y revelación de la información en atención a las circunstancias del caso (al modo, cuanto menos, de la cláusula del Convenio de TROMSØ).

(iv) Exigir en las propuestas de clasificación y en las resoluciones que adopten las autoridades de clasificación la exteriorización de una motivación específica y reforzada que aborde y justifique tanto la habilitación legal y la justificación teleológica de la concreta medida de clasificación como su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en atención casuística a las circunstancias concurrentes en el supuesto y con ponderación de los valores e intereses en conflicto.



- (v) Reducir la duración máxima de los plazos para las categorías «alto secreto» y «secreto» a 25 y 10 años en los mismos términos que los de los antecedentes de 2016 y 1997 y dejar en 6 y 4 años, respectivamente, los correspondientes a las categorías «confidencial» y «restringido»;
- (vi) Flexibilizar la duración de los anteriores plazos previendo la posibilidad de adoptar reducciones de sus tiempos en función de las circunstancias.
- (vii) Proscribir la nueva clasificación de la información desclasificada por plazos.
- (viii) Introducir, en adición, una disposición de interrupción de la prescripción penal durante el tiempo que duren tales periodos.
- (ix) Prohibir de manera absoluta la destrucción de la información complementaria, sin perjuicio de permanecer en régimen de información clasificada.
- (x) Prever plazos breves de desclasificación automática de la información declarada secreta bajo la Ley 9/1968 sin posibilidad de iniciar los plazos ordinarios a partir de la entrada en vigor de la nueva ley.

B) En lo que atañe a los elementos subjetivos:

- (i) Circunscribir y concentrar las competencias y facultades de clasificación, exclusivamente, en el Gobierno de la Nación para las categorías de «alto secreto» y «secreto», y en los titulares de los Ministerios para las categorías «confidencial» y «restringido», en todo caso sin posibilidad de delegación.
- (ii) Admitir que las solicitudes de acceso puedan ser realizadas por cualquier persona y determinar los requisitos formales y materiales de las mismas sin trasladar estos aspectos al desarrollo reglamentario.



(iii) Precisar en el texto legal -sin deferirlo al desarrollo reglamentario- las nociones de necesidad de conocer y los requisitos para obtener el acceso, así como las condiciones -en particular, alcance y duración- de las autorizaciones pertinentes.

(iv) Establecer un específico procedimiento de reclamación e impugnación administrativa y contencioso-administrativa de las resoluciones adoptadas sobre las solicitudes de acceso.

C) En lo que se refiere al régimen sancionador

(i) Complementar las acciones propuestas en los apartados anteriores relativos a los elementos objetivos y subjetivos con objeto de proporcionar mayor precisión y predeterminación normativa, ajustar las previsiones comentadas a los límites constitucionales,

(ii) Desarrollar y regular en el articulado del Anteproyecto los conceptos deferidos a las normas reglamentarias en los arts. 21 a 24.

(iii) Disminuir sensiblemente las cuantías de las sanciones principales del art. 42 ALIC.

(iv) Establecer excepciones a la regla de que la instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores recaiga en la autoridad de clasificación, en particular cuando el interesado o investigado sea miembro del Poder Judicial y el Ministerio Fiscal o resulte estar al servicio de la Administración de Justicia.

D) En lo que respecta a los procedimientos de control y acceso jurisdiccional:

(i) Precisar y clarificar el momento, la naturaleza, la forma y el alcance de cada intervención del Ministerio Fiscal.



- (ii) No excluir al Ministerio Fiscal del examen in camera de la información clasificada, lógicamente exigiendo también para el mismo el deber de guardar absoluta reserva sobre su contenido.



**VOTO PARTICULAR DE LOS VOCALES ELECTIVOS DEL CONSEJO FISCAL EXCMO. SR. D. SANTIAGO MENA CERDÁ Y EXCMA. SRA. D.<sup>a</sup> YOLANDA ORTIZ MALLOL AL QUE SE ADHIEREN EL EXCMO. SR PRESIDENTE DEL CONSEJO FISCAL, LA EXCMA. SRA. TENIENTE FISCAL DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA EXCMA. SRA. FISCAL JEFA INSPECTORA EN RELACIÓN CON EL AL ANTEPROYECTO DE LEY DE INFORMACIÓN CLASIFICADA**

Los arriba firmantes entendemos que el anteproyecto de Ley de Información Clasificada, que viene a derogar la Ley 9/1968, de 5 de abril, *sobre Secretos Oficiales*, y el Decreto 242/1969, de 20 de febrero, *por el que se desarrollan las disposiciones de la Ley 9/1968, de 5 de abril sobre secretos oficiales y la posterior reforma operada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, por la que se modifica la Ley de 5 de abril de 1968, sobre Secretos Oficiales*, en modo alguno incurre en vulneración de constitucionalidad ni de la legalidad vigente, como afirma el informe emitido por la mayoría del Consejo Fiscal.

Es por ello que emitimos el presente voto particular al objeto de fundamentar nuestra posición y formular las objeciones al texto del anteproyecto con la finalidad de introducir mejoras en su redacción y contenido en base a las diferentes opciones que el legislador pudiera llevar a cabo en aquellos aspectos del articulado que son susceptibles de ser reformados, pero en modo alguno planteamos un cuestionamiento global sobre la totalidad del texto prelegislativo, como plantea el informe de la mayoría del Consejo Fiscal.



Índice: 1. Antecedentes. 2. Justificación del anteproyecto. 3. Estructura y contenido del anteproyecto. 4. El anteproyecto de Ley de Información Clasificada. 4.1 Exposición de motivos. 4.2 Título Preliminar. 4.3 Título I: Categorías de clasificación. 4.4 Título II: Órganos competentes y procedimientos. 4.5 Título III: Régimen jurídico de la información clasificada. 4.6 Título IV: Régimen sancionador. 4.7 Disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales. 5. Conclusiones

## 1. Antecedentes

En fecha 26 de septiembre de 2022 tuvo entrada en la Fiscalía General del Estado comunicación del Secretario de Estado de Justicia remitiendo el Anteproyecto de Ley de Información Clasificada (en adelante APL), solicitando el informe urgente del Consejo Fiscal. El APL se acompaña de su correspondiente memoria de análisis de impacto normativo (en adelante MAIN).

El oficio justifica su remisión en cumplimiento de lo previsto en el art. 14.4.j) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (en adelante EOMF).

El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional que tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de la ciudadanía y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social (art. 124 CE y art. 1 EOMF).

El anteproyecto sometido a informe afecta a las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal de velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados (art. 3.1 EOMF); velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas acciones exija su defensa (art. 3.3 EOMF); ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de



delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda (art. 3.4 EOMF); intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas (art. 3.5 EOMF); mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales, promoviendo los conflictos de jurisdicción y, en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes, e intervenir en las promovidas por otros (art. 3.8 EOMF); velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social (art. 3.9 EOMF); velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas (art. 3.10 EOMF); defender, igualmente, la legalidad en los procesos contencioso-administrativo que prevén su intervención (art. 3.14 EOMF).

Según su exposición de motivos, el principal objeto de la nueva ley es «actualizar el régimen jurídico sobre la información clasificada existente en España» y “homologar la regulación existente en España sobre información clasificada a los estándares internacionales sobre la materia». Por lo tanto, incide en el derecho al acceso a la información pública previsto en el art. 105. b) CE, regulando en su contenido los límites del derecho al acceso en la información pública que impone la información clasificada y cuyo fundamento es la preservación de la existencia, la seguridad y la defensa del Estado de derecho para proteger al conjunto de todas y todos los españoles.

El APL modifica normas de naturaleza administrativa, concretamente la Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (en adelante LJCA), estableciendo un nuevo procedimiento para la impugnación de diligencias o directivas de clasificación, que requiere la intervención del Ministerio Fiscal y cuya competencia se residencia en la Sala



de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (art. 12 LJCA).

El texto proyectado es de evidente naturaleza administrativa, si bien su contenido está vinculado a las funciones del Ministerio Fiscal en cuanto que su incumplimiento puede incidir en la persecución penal de los delitos que puedan cometer los sujetos a los que afecta su ámbito de aplicación previsto en el art. 2 del APL (autoridades del sector público, personas físicas y personas jurídicas) y que se citan en el Capítulo III del Título XXIII del Código Penal, bajo la rúbrica «del descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la Defensa Nacional» (arts. 598 a 603), en el art. 277 CP sobre divulgación de patentes secretas en perjuicio de la defensa nacional, o los tipos previstos en el Capítulo III del Título I del Libro Segundo de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, *del Código Penal Militar*, bajo la rúbrica «de la revelación de secretos e informaciones relativas a la seguridad y defensa nacionales» (art. 26).

Es por ello que la emisión del presente informe incide en las competencias consultivas del Consejo Fiscal, expresa el parecer de dicho órgano colegiado sobre el anteproyecto y da cumplimiento al trámite preceptivo previsto en la legislación orgánica del Ministerio Fiscal.

## **2. Justificación del anteproyecto**

El presente APL tiene por objeto la modificación del actual sistema regulatorio del tratamiento de la información, buscando la creación de un marco jurídico que asegure su transparencia y acceso por parte de los ciudadanos, pero que cumpliendo con lo previsto en el art. 105. b) CE, establezca los límites de acceso en los supuestos de acceso a la información clasificada que afecten a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas, pero siempre bajo el principio de que «el secreto es la excepción y la publicidad la regla», pues como dice Norberto Bobbio «la democracia excluye como principio el secreto de estado, pero el uso de ese secreto por parte de las



instituciones de que dependen los servicios de seguridad, que actúan en el secreto, está justificado, entre otras cosas, por ser un instrumento necesario para defender, en última instancia, la democracia».

Por lo tanto, el marco regulatorio de los secretos de Estado parte de la definición de «secreto» prevista en el Diccionario de la Real Academia Española, entendido como «cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta». Lo que se oculta, por lo tanto, es la información específica que protege la seguridad nacional y la defensa, con la finalidad de evitar daños que las informaciones contenidas puedan ocasionar a los intereses protegidos.

La normativa actual sobre la materia se regula en la Ley 9/1968, de 5 de abril, *sobre Secretos Oficiales* (en adelante LSO), y el Decreto 242/1969, de 20 de febrero, *por el que se desarrollan las disposiciones de la Ley 9/1968, de 5 de abril sobre secretos oficiales y la posterior reforma operada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, por la que se modifica la Ley de 5 de abril de 1968, sobre Secretos Oficiales*, cuyo objeto era adaptar la normativa existente al contenido previsto en el art. 105. b) CE, y que las tres sentencias de 4 de abril de 1997 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo (recursos núm. 634/1996, 602/1996 y 726/1996) consideran que no contraviene nuestra Carta Magna. Igualmente, afecta a otras materias, como se puede ver en la Ley 16/1985 de 25 de junio, *del patrimonio histórico español* (art. 57), que establece el libre acceso al patrimonio documental de las instituciones públicas, aunque con dos excepciones: los documentos que afecten a materias clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales o no deban ser públicamente conocidos por disposición expresa de la ley, o bien que la difusión de su contenido pueda entrañar riesgos para la seguridad y la defensa del Estado o la averiguación de los delitos.

La propia exposición de motivos y la MAIN del anteproyecto llegan a la conclusión de la imposibilidad de la reforma de la LSO y, por ello, estiman la necesidad de acometer su actualización para adecuar el ordenamiento jurídico



español sobre información clasificada a los requerimientos propios de un Estado social y democrático de derecho y adaptarlo a los estándares internacionales en la materia.

La normativa vigente en cuanto a la información clasificada se encuentra desfasada por diversas razones. En primer lugar, su propia denominación «secretos oficiales» y «materia clasificada» no concuerdan con la actual de «información clasificada», que se articula como una excepción a la libertad de información prevista en el art. 20.1 a) CE, cuyos límites se regulan en el art. 20.4 CE y fundamentalmente respecto a la información clasificada en el art. 105. b) CE. En segundo lugar, su origen preconstitucional (pese a la adaptación prevista en la Ley 48/1978), que se percibe en su exposición de motivos al constatar la falta de regulación de las medidas protectoras de los secretos oficiales, y en particular todo lo relativo al control judicial de los secretos de estado y el acceso a los mismos. En tercer lugar, la evolución tecnológica desarrollada durante los últimos 50 años no tiene reflejo en la LSO, que en sus arts. 13 a 15 mantiene una regulación de condiciones de almacenamiento de información clasificada usuales en el momento de su aprobación (armarios-archivadores, candados, etc.), que no incluyen las actuales formas de almacenamiento en un mundo digitalizado. En cuarto lugar, la mención de autoridades competentes para declarar una información «secreta» que ya han desaparecido, como es el caso de la Junta de Jefes de Estado Mayor (art. 4 LSO). En quinto lugar, por carecer dentro de su articulado de un sistema de control judicial sobre la información que denomina «secretos de estado» y su acceso a ellos. En sexto lugar, por la falta de concordancia entre los niveles de clasificación previstos en el art. 3 LSO (secreto y reservado y los estándares internacionales vigentes en la materia). Finalmente, en séptimo lugar, por la dispersión en el desarrollo regulatorio de la materia que se concreta en la existencia de normas o instrucciones que adaptan la implementación de la legislación en los distintos ámbitos de actuación afectados por la misma.



Pese a las deficiencias mencionadas, es de destacar que durante el periodo de vigencia de la legislación actual se han aprobado normas que, incidiendo en la LSO, han permitido interpretar la misma en relación con los estándares actuales de información clasificada.

En este sentido, en materia de transparencia y acceso a la información, deben citarse, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, *de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* (en adelante LTAIBG), en cuyo art. 14 se prevén los límites del derecho de acceso a la información; y la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, *sobre reutilización de la información del sector público, que regula el uso privado de documentos en poder de Administraciones y organismos del sector público*.

Igualmente, en materia de información clasificada o secreta deben destacarse la Ley 11/2002, de 6 de mayo, *del Centro Nacional de Inteligencia*, y la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, *reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia*, cuya principal función es la de proporcionar al Gobierno la información e inteligencia necesarias para prevenir y evitar cualquier riesgo o amenaza que afecte a la independencia e integridad de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones, ya que en el art. 4 de la Ley 11/2002 le encomienda la función de «velar por el cumplimiento de la normativa relativa a la protección de la información clasificada» y cuyas «Normas de la Autoridad Nacional para la Protección de la Información clasificada» (NS/01 a NS/06) interpretan y definen la protección de la misma.

Asimismo, debemos citar la Ley 11/1995, de 11 de mayo, *reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados*, y la Ley 24/2011, de 1 de agosto, *de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad*, cuya disposición adicional quinta exige que las empresas que vayan a acceder a información clasificada con motivo de la contratación en estos ámbitos se rijan por las disposiciones que dicte la



Autoridad Nacional para la Seguridad de la Información Clasificada.

También se ha regulado el control parlamentario y el control judicial previo a la actuación del CNI. Respecto al primero, se establece en el art. 10.2 LSO, en el art 7.1 del Reglamento del Congreso y en el art. 7.1 de la Ley 11/1995, de 11 de mayo, *reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados*. Respecto al segundo baste recordar la existencia de un control que se prevé en Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, *reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia*, cuyo artículo único, punto 2, modificó el art. 127 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*, que introdujo el párrafo 4º relativo al nombramiento del Magistrado de la Sala Segunda o Tercera del Tribunal Supremo, competente para conocer de la autorización de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18.2 y 3 CE.

Finalmente, cabe destacar la totalidad de normativas comunitarias, internacionales y tratados que afectan a la materia. Así, en el ámbito europeo, el art. 3 del Convenio del Consejo de Europa de Toms, sobre el acceso a los documentos públicos; los arts. 9 y 10 de la Resolución 1551 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 19 de abril de 2007 sobre la imparcialidad de los procedimientos judiciales en los casos de espionaje o divulgación de secretos de Estado; el art. 2 de 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, que regula las clasificaciones de seguridad tras la salida de la UE del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; la Decisión (UE) 2020/2252 del Consejo, de 29 de diciembre de 2020, relativa a la firma, en nombre de la Unión, y la aplicación provisional del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra; y el Acuerdo entre la Unión Europea y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte relativo a los



procedimientos de seguridad para el intercambio y la protección de información clasificada; el instrumento de ratificación del Acuerdo sobre la Seguridad de la Información entre las Partes en el Tratado del Atlántico Norte hecho en Bruselas el 6 de marzo de 1997; y finalmente, en el ámbito de la Agencia Espacial Europea, el Instrumento de Ratificación del Acuerdo entre los Estados parte en el Convenio para el establecimiento de una Agencia Espacial Europea y la Agencia Espacial Europea para la protección y el intercambio de información clasificada, hecho en París el 19 de agosto de 2002.

Sin perjuicio de lo que posteriormente se expondrá, se valoran positivamente los objetivos perseguidos por el APL en la búsqueda de un marco normativo que establezca criterios comunes en esta materia, superando la dispersión e insuficiencia de la actual regulación, y que regule la definición del objeto y ámbito de aplicación de la misma, las categorías de clasificación, la relación de las autoridades nacionales que poseen la competencia en el tratamiento de la información clasificada y los procedimientos utilizados por estas para los diferentes sistemas de clasificación de las informaciones, el régimen internacional de la información clasificada, el acceso y seguridad a la información clasificada, el acceso parlamentario y control y acceso jurisdiccional a la información clasificada y finalmente el régimen sancionador en el caso de la comisión de infracciones del APL, pero que fije con claridad y precisión la extensión de las restricciones en el acceso a la información y el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación previsto en los arts. 3 a 5 del APL, de acuerdo con los criterios constitucionales y jurisprudenciales previstos en esta materia.

### **3. Estructura y contenido del anteproyecto**

El APL consta de una exposición de motivos que se divide en cuatro secciones en las que estudia la regulación que es objeto de modificación, su encaje constitucional y las bases que sustentan el APL (primera), la normativa nacional e internacional en la materia y la justificación de la homogeneización



en la regulación para homologar nuestro ordenamiento a las reglas que rigen en otros estados y organizaciones internacionales (segunda), la estructura del APL (tercera) y, finalmente, los principios básicos que rigen en el APL (cuarta).

El APL consta de cuarenta y ocho artículos distribuidos en un título preliminar, cuatro títulos, cuatro disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

El **Título Preliminar** (arts. 1 y 2) detalla las disposiciones de carácter general, regulando el objeto de la norma estableciendo el concepto de información clasificada (art. 1) y su ámbito de aplicación (art. 2).

El **Título I** (art. 3) tiene por objeto establecer las categorías de clasificación de la información, siguiendo los estándares internacionales en la materia.

El **Título II** (arts. 4 a 19) está dedicado a la organización y funcionamiento, estableciendo su regulación en diversos capítulos: órganos competentes para la clasificación, reclasificación y desclasificación de la información (capítulo I); los procedimientos de clasificación de documentos (capítulo II), que a su vez se divide en tres secciones que regulan las disposiciones generales (primera), las relativas al procedimiento de clasificación de las categorías «secreto» y «alto secreto» (segunda), las disposiciones sobre el procedimiento de clasificación de las categorías «confidencial» y «restringido» (tercera); y los procedimientos de desclasificación y clasificación de la información (capítulo III).

El **Título III** (arts. 20 a 38) tiene por objeto regular el régimen jurídico de la información clasificada, diferenciando el acceso a la información clasificada en los arts. 20 a 24 (capítulo I); la seguridad en el tratamiento de la información clasificada en los arts. 25 a 33 (capítulo II); el régimen internacional de la información clasificada en los arts. 34 y 35 (capítulo III); el acceso parlamentario a la información clasificada en el art. 36 (capítulo IV) y



finalmente, el control y acceso jurisdiccional a la información clasificada en los arts. 37 y 38 (capítulo V).

El **Título IV** (arts. 39 a 48) tiene por objeto el régimen sancionador, estableciendo una descripción detallada de la responsabilidad (art. 39), el régimen de infracciones (arts. 40 a 41), el régimen de las sanciones (arts. 42 a 44), el régimen de prescripción (art. 45), el carácter subsidiario del procedimiento administrativo sancionador respecto del penal (art. 46), las medidas provisionales (art. 47) y el procedimiento sancionador (art. 48).

Las **disposiciones adicionales primera a cuarta** aluden a la necesidad de que la información que sea declarada «secreto» y «alto secreto» lo sea mediante ley (1ª); la correspondencia de las categorías de la ley con las establecidas en tratados internacionales (2ª), la adaptación de las categorías de la ley a los estándares de la UE, OTAN y AEE (3ª), y finalmente, la interrupción de la prescripción del derecho a reclamar responsabilidad patrimonial de la Administración (4ª).

La **disposición transitoria única** establece la regulación de los criterios de desclasificación de la información clasificada con anterioridad a la entrada en vigor del APL.

La **disposición derogatoria primera** hace referencia a la expresa derogación de la regulación anterior existente en la materia: la Ley 9/1968, de 5 de abril, *sobre secretos oficiales*; el Decreto 242/1969, de 20 de febrero, *por el que se desarrollan las disposiciones de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales*; y la posterior reforma operada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, *por la que se modifica la Ley de 5 de abril de 1968, sobre Secretos Oficiales*.

Las **disposiciones finales** modifican la Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, al crear un nuevo procedimiento para la impugnación de las diligencias o directivas de clasificación (primera); el



título competencial (segunda); desarrollo normativo mediante habilitación reglamentaria (tercera), y la entrada en vigor (cuarta).

#### **4. El anteproyecto de Ley de información clasificada**

En primer lugar, el título del APL implica un cambio sustancial respecto al previsto en la anterior legislación al sustituir el concepto «secretos oficiales» por el de «información clasificada», desplazando de este modo el objeto de la norma, que en el APL no es en sí el «secreto», entendido como un elemento legitimador de ocultación de cualquier información por razones legalmente previstas, sino la regulación de la clasificación de aquella información cuya revelación no autorizada o indebida pueda ocasionar un daño o poner en peligro la seguridad o defensa nacional. Por este motivo, las diferencias que pueden existir en la regulación de la materia en los diferentes países no se encuentran en la aceptación o no de la posibilidad de la existencia de secretos oficiales —que es algo asumido por el conjunto de las legislaciones vigentes—, sino por la manera de plasmar su regulación, tanto en lo relativo al alcance de la clasificación de la información como secreta, la competencia y procedimiento para la clasificación de la materia, los criterios seguidos en la revisión de dicha clasificación, y la posibilidad de utilizar mecanismos de control judicial y parlamentario de la misma.

En este sentido cabe citar los principios globales sobre seguridad nacional y el derecho a la información (principios de Tshwane), de 12 de junio de 2013, cuyo principio tercero refiere que las restricciones al derecho a la información por razones de seguridad nacional deben ser establecidas en una ley, al decir en su apartado a) que «La ley debe ser accesible, inequívoca y redactada de forma acotada y precisa para permitir que las personas comprendan qué información puede ser clasificada, cuál debería ser divulgada y qué actos relativos a la información pueden ser objeto de sanción» y, asimismo, establecer en el



apartado c, “la definición de la protección de un interés legítimo de seguridad nacional, que debe establecerse claramente en una ley».

En segundo lugar, el legislador ha optado por la regulación de la materia a través de una ley ordinaria, partiendo del art. 105.b) CE como principio posibilitador de un conocimiento general por parte de cualquier ciudadano de las actividades llevadas a cabo por los poderes públicos en el desarrollo de sus funciones, y afirma que dicho principio se materializa en el *derecho de acceso a la información pública*, lo cual ha motivado críticas al APL por la no utilización del instrumento legislativo de una ley orgánica en su desarrollo, dado que existe una fuerte controversia acerca de si dicho derecho ostenta o no la condición de derecho fundamental y cuál es su grado de vinculación con otros derechos fundamentales formalmente reconocidos como tales en nuestro texto constitucional, en particular con las libertades de expresión y de comunicación del art. 20.1 CE.

En este sentido, aquellos que manifiestan la necesidad de la regulación mediante ley orgánica parten de que lo que resulta afectado por el APL es el art. 20.1.d) CE, es decir el derecho fundamental a «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión».

Sin embargo, entendemos que el art. 20.1 d) CE determina el derecho a «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». Por tanto, el mismo precepto garantiza, por una parte, el derecho a informar y además el derecho a recibir información, constituyéndose ambos como derechos fundamentales, pero debe distinguirse entre el derecho a informar y el derecho a recibir información, ya que el derecho de acceso a la información no es ilimitado, dado que el contenido de dicho derecho no admite «la accesibilidad general de toda la información estatal».

Es decir; en nuestro derecho no existe una presunción de accesibilidad general de toda la información perteneciente o relativa al Gobierno o a la



Administración. La información relativa a la intimidad de las personas, la seguridad y defensa del Estado y la averiguación de los delitos no es accesible, como tampoco lo es la relativa a los datos de carácter personal, límites previstos tanto en el art. 105. b) CE, como en la LTAIBG, por lo que la opción de regulación a través de ley ordinaria puede ser utilizado por el legislador, del mismo modo que lo fue en la regulación de la LTAIBG, que regula y garantiza el acceso a la información relativa a la actividad pública (art. 1) y pone límites similares a los del APL en relación con su acceso (art. 14).

Por lo tanto, al tratarse de una regulación del ejercicio del derecho prevista en el art. 53 CE, pero no un desarrollo de un derecho fundamental, no existe obstáculo sobre su regulación mediante ley ordinaria, conforme cita la STC 142/1993, de 22 de abril, que considera *que* «el acceso a la información se enmarca más en la dimensión objetiva de los derechos» y en el «mandato constitucional de los poderes públicos facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural (art. 9.2 CE)», o la STS 875/2021, de 17 de junio, al establecer que «respecto del ejercicio de los derechos fundamentales, respetando su contenido esencial y sin desnaturalizarlos, cabe con carácter general que mediante ley ordinaria se regulen y limiten puntualmente. Esto no equivale a una legislación de desarrollo, entendiendo por tal una regulación de conjunto o que incida en elementos básicos, nucleares o consustanciales de los mismos».

En el mismo sentido, la jurisprudencia del TEDH en relación con el acceso a la información sobre el art. 10 CEDH, dice que aun cuando reconoce que si bien el art. 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 el 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 (Sentencia Magyar Helsinki Bizottság



v. Hungary, de 8 de noviembre de 2016). Igualmente, al establecer el concepto «previsto por ley» del art. 10.2 CEDH, dice «que 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 (Sentencia Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy V. Finland de 27 de junio de 2017)», y las STEDH de 14 de abril de 2009 (Társaság a Szabadságlogokért contra Hungría), STEDH de 28 de noviembre de 2013 (Österreichische Vereinigung Zur Erhaltung, Stärkung Und Schaffung Eines Wirtschaftlich Gesunden Land-Und Forst Wirtschaftlichen Grundbesitzes contra Austria), STEDH de 25 de junio de 2013 (Youth Initiative for Humans Rights contra Serbia), STEDH de 17 de febrero de 2015 (Guseva contra Bulgaria) y la STEDH de 8 de noviembre de 2016 (Magyar Helsinki Bizottság contra Hungría).

En nuestro país el TC ha regulado la materia considerando que «tanto la libre comunicación de información como la libertad de expresión tienen una dimensión especial en nuestro Ordenamiento en razón de su doble carácter de libertad individual y de garantía de la posibilidad de existencia de la opinión pública, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático» (SSTC 121/2002, de 20 de mayo, FJ 2; y 76/2002, de 8 de abril, FJ 2 con cita también de las SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 78/1995, de 22 de mayo).

Asimismo, el TS ha interpretado en reiteradas sentencias los criterios de la restricción del derecho de acceso a la información pública, siendo la más reciente la STS 670/2022, de 2 de junio, de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso que tras recordar la reiterada jurisprudencia en la materia manifiesta que «el derecho de acceso a la información pública no es un derecho ilimitado o absoluto, en el sentido de que garantice el acceso a toda la



información pública en cualquier materia, sino que está sometido a límites que se desarrollan en el articulado de la LTAIBG» y añade «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».

No obstante, el ATS (Sala 3ª) 7532/2022, de 11 de mayo, ha admitido el interés casacional para «si, a los efectos del derecho a la información reconocido en el artículo 20.1 d) de la CE, cabe incluir dentro de los límites a los que se refiere el apartado 4, los establecidos en el artículo 14.1 a), b) y h) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Y determinar el alcance de la calificación de determinados documentos como materia clasificada y secreta en relación con el derecho de acceso a la información».

En el mismo sentido se pronuncia la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia n.º 569/2021, de 30 de septiembre, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo n.º 417/2020, que ha dado lugar al recurso de casación n.º 373/2022.

Por ello, será necesario, como tarea ineludible, poner el foco en la calidad, la precisión, el alcance y la extensión de las restricciones que el APL acaba por plasmar en el acceso a la información manejada por los poderes públicos y, muy en especial, entrar a valorar si los distintos «ámbitos» con que se integra el contenido concreto de las diferentes categorías de clasificación que el art. 3 del APL contempla y el heterogéneo tipo de sujetos habilitados para sustraer información al conocimiento público conforme a los arts. 4 y 5 ALIC, tienen



estricto encaje en nuestro marco constitucional, interpretado también conforme a la jurisprudencia del TEDH o, por el contrario, acaban por desbordarlo.

En tercer lugar, llama la atención la utilización excesiva de las expresiones «desarrollo reglamentario», «términos reglamentariamente establecidos», «procedimiento que reglamentariamente se establezca» y «términos que reglamentariamente se estipulen» para concretar el desarrollo del presente APL (arts. 6, 7, 9, 10, 14, 15, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 32, 33, 34 y 35), creando una inseguridad jurídica en la aplicación de los preceptos del APL por no estar definidos aspectos tan importantes como el régimen de las autoridades de información clasificada, los procedimientos de clasificación y el régimen jurídico y la seguridad de la información clasificada.

Finalmente, en cuarto lugar debería establecer un catálogo de definiciones que interprete los términos utilizados en el APL, como *información, documentos, registros, datos, procesos de clasificación, revelación no autorizada, utilización indebida, seguridad pública, clasificación, desclasificación, reclasificación, necesidad de conocer o incluso el de información clasificada*, para establecer unas bases en la interpretación de los términos que evite confusión o interpretaciones erróneas.

#### **4.1 Exposición de motivos**

En cuanto al contenido de la exposición de motivos, debemos hacer referencia a los siguientes extremos:

En el apartado I, la redacción justifica la necesidad de la modificación de la regulación, incidiendo en aspectos de los que la anterior carecía, como son la adecuación a los principios establecidos en el art. 105. b) CE, y en especial, el régimen de clasificación y el establecimiento de límites temporales al carácter de la información.



En el apartado II se hace una mínima referencia a la normativa de derecho comparado con la finalidad de establecer la homogeneización del régimen jurídico previsto en el APL con la ya existente en materia de clasificación de información de organismos internaciones como puedan ser la UE, OTAN y AEE e igualmente justifica la redacción del APL con el fin de homogeneizar la dispersa regulación en materia de información clasificada que carece de sistematización.

En el apartado III se define el contenido del APL sobre el cual haremos mención en el desarrollo del informe, pero nos llama la atención que al referirse a la Autoridad Nacional para la protección de la información clasificada, se haga una referencia genérica, y no se cite la regulación actual, prevista en el art. 4 f) de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, *reguladora del Centro Nacional de Inteligencia*, que establece que su «función es la de velar por el cumplimiento de la normativa relativa a la protección de la Información Clasificada» e, igualmente, por la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, *reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia*, y el Real Decreto 421/2004, de 12 de marzo, *por el que se regula el Centro Criptológico Nacional*.

Igualmente, en el apartado IV creemos que se citan con claridad los principios que rigen en el APL, y partiendo de lo previsto en el art. 129 LPACAP, utiliza los principios de necesidad y eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, eficiencia y transparencia.

#### **4.2 Título Preliminar**

El art. 1 del APL precisa y define el objeto del régimen jurídico, estableciendo tres elementos básicos para su regulación; el concepto de información clasificada; las razones que permiten excluir el derecho del acceso a la información previsto en el art. 105. b) CE, y finalmente los procesos de clasificación, desclasificación y reclasificación de esta.



En primer lugar, se amplía el *ámbito objetivo* del APL respecto a la regulación precedente, ya que en principio la protección de la información lo era exclusivamente contra la revelación no autorizada; sin embargo, la ley amplía el mismo a la utilización indebida de la información, bajo los criterios que define en el art. 33 del APL, pero entendemos que además debería incluirse el acceso a la información, por ser el paso previo a la utilización indebida o revelación no autorizada. No obstante, y como en su momento estableció el CGPJ en su informe de 1997 sobre el Anteproyecto de 1997, se debería hablar de factores de riesgo grave y cierto, y no de una amenaza potencial sobre la seguridad y defensa nacional.

En segundo lugar, debe interpretarse el *concepto de seguridad o defensa nacional*, conforme a lo establecido en la STC 184/2016, de 3 de noviembre, según el cual se define conforme al art. 2 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, *de la defensa nacional*, que dice que «la política de defensa tiene por finalidad la protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en esta se consagran, del Estado social y democrático de derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades, y de la garantía, independencia e integridad territorial de España. Asimismo, tiene por objetivo contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacionales, en el marco de los compromisos contraídos por el Reino de España», y la *seguridad nacional* definido en el art. 3 de la Ley 36/2015, como «la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos», y conforme a la jurisprudencia del TEDH en el contexto de la divulgación de informaciones confidenciales en particular conviene aplicar con moderación los conceptos de «seguridad nacional» y de «seguridad pública», e interpretarlos de manera restrictiva, sólo cuando se haya demostrado la necesidad de impedir la publicación de dicha información para proteger la seguridad nacional y la seguridad pública (Stoll c. Suiza, de 10 de



diciembre de 2007).

En tercer lugar, debería establecerse la definición de los conceptos de *clasificación, desclasificación y reclasificación, seguridad nacional, interés legítimo y Autoridad Pública*, ya que no se establece la misma, ni en este precepto, ni en los capítulos II y III del Título II del APL que regulan su régimen, y sin embargo sí se ha incluido en el APL en los supuestos de diligencia o directiva de clasificación. Para ello, podrían ser tenidas en cuenta las definiciones ya existentes en la materia que figuran en el Acuerdo sobre seguridad de la información de la Autoridad Nacional para la protección de la información clasificada, de 3 de diciembre de 2012, que define los tres procesos de la siguiente manera:

*Por clasificación se entiende el acto formal por el cual la autoridad de clasificación asigna a una información un grado de clasificación en atención al riesgo que supone su revelación no autorizada para la seguridad y defensa del Estado o sus intereses, con la finalidad de protegerla.*

*Reclasificación es el acto formal por el cual la autoridad de clasificación modifica el grado de clasificación de una información clasificada.*

*Desclasificación es el acto formal por el cual la autoridad de clasificación retira todo grado de clasificación asignado a una información.*

Finalmente, en cuarto lugar, la derogación prevista del Reglamento de desarrollo de 24 de febrero de 1969 supone la desaparición de las definiciones a las que afecta el concepto de secreto previstas en su art. 2 (asunto, acto, documento, información y objeto), por lo que debería establecerse en el APL una definición de dichos conceptos.

El art. 2 del APL define el ámbito de aplicación subjetiva, diferenciando tres posibilidades de aplicación: el relativo a las autoridades del sector público que tratan la información clasificada y aparecen definidas en el APL; las personas



físicas y jurídicas que aparecen como habilitadas o autorizadas para el manejo de las informaciones, y las personas físicas que al amparo del art. 33 tengan conocimiento indebido de dicha información y la difundan.

Este ámbito subjetivo tiene su importancia a los efectos de determinar el régimen sancionador del presente APL. Igualmente, ha de destacarse que conforme al art. 2.3 del Anteproyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, y el propio art. 3, apartados 2 y 3 de la directiva, quedan fuera de su ámbito de aplicación las informaciones que afecten a la información clasificada.

#### **4.3. Título I: Categorías de clasificación**

El art. 3 del APL establece en su párrafo 1º los conceptos de categorías de clasificación, para después definir qué es *Alto Secreto*, *Secreto*, *Confidencial* y *Restringido* (párrafos 2º a 5º) y establecer una definición genérica de información clasificada a cualquier información que se le hayan reconocido las categorías antes citadas (párrafo 6º).

La utilización de dichas categorías de *Alto Secreto*, *Secreto*, *Confidencial* y *Restringido* busca la adecuación a los estándares internacionales en la materia, entre las que cabe destacar las previstas en la AEE, UE, OTAN o países de nuestro entorno, por ejemplo, Italia (art. 42.3 de la Ley 124/2007, de 3 de agosto, de sistema de información para la seguridad de la república y nueva disciplina del secreto) y Alemania (art. 3 del Reglamento administrativo general del Ministerio Federal del Interior de Alemania relativo a protección material de informaciones y materiales clasificadas y la organización de su protección de 31 de marzo de 2006, reformado en 2018).



No obstante, en nuestra legislación las definiciones de las categorías ya figuraban establecidas en el Acuerdo sobre seguridad de la información de la Autoridad Nacional para la protección de la información clasificada (ANPIC), de 3 de diciembre de 2012, bajo los términos de *secreto*, *reservado*, *confidencial* y *difusión limitada*, que han sido trasladados a la nueva legislación con ciertas modificaciones y que diferenciaban el concepto estricto de materias clasificadas, con dos categorías (secreto y reservado) y las materias de reserva interna no previstas en la Ley (confidencial y difusión limitada).

La regulación de la limitación al acceso a los archivos y registros administrativos en los que afecte a los conceptos de seguridad y defensa nacional y seguridad del Estado puede afectar en un sentido amplio a ámbitos de materia política, militar, científica, económica o diplomática que se citan detalladamente en cada categoría de clasificación (art. 3, apartados 2 a 4).

En este sentido, se engloba la posibilidad de la información clasificada que aparecen mencionadas en el art. 2 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, *de la Defensa Nacional*; el art. 9 (componentes fundamentales) y el art. 10 (elementos esenciales) de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, *de Seguridad Nacional* (en adelante LSN); y en el Real Decreto 1008/2017, de 1 de diciembre, *por el que se aprueba la Estrategia de Seguridad Nacional de 2017*. Como componentes fundamentales de la seguridad nacional se citan «la Defensa Nacional, la Seguridad Pública y la Acción Exterior», y como ámbitos de especial interés «la ciberseguridad, la seguridad económica y financiera, la seguridad marítima, la seguridad del espacio aéreo y ultraterrestre, la seguridad energética, la seguridad sanitaria y la preservación del medio ambiente».

Las relaciones exteriores ya formaban parte del contenido protegido por el secreto, tanto en el Decreto 242/1969 (art. 3) que habla de la «paz exterior», como otro de los bienes jurídicos protegidos por la LSO e, incluso, en el anteproyecto de 1996 aludía a los daños o riesgos que pudieran sufrir «los intereses exteriores».



En cambio, el concepto de seguridad pública del art. 3.2. e) del APL no puede ser concebido como algo distinto de la seguridad nacional, ya que la misma está incluida dentro de los componentes fundamentales de la seguridad nacional previstos en el art. 9 LSN (STC 184/2016, de 3 de noviembre), al integrarse en las competencias estatales de defensa y seguridad pública.

Por todo ello, el campo de operatividad de la clasificación de información debería ceñirse a aspectos de funcionamiento militar y, excepcionalmente, policial, político y diplomático estrictamente relacionados con una incidencia directa en los más estrictos ámbitos de seguridad y defensa del Estado al más alto nivel, sin caer en la confusión con la generalidad de los intereses del Estado y de los intereses públicos.

Pese a lo manifestado anteriormente, que permite el ámbito de aplicación en la clasificación conforme a lo previsto en el APL, también apreciamos la existencia de términos excesivamente indeterminados que debieran ser subsanados con el fin de perfilar de una manera garantista los límites de acceso al derecho de información del APL.

En primer lugar, entendemos que los apartados relativos a la *clasificación de la información* adolecen en su redacción de la utilización de cláusulas excesivamente indeterminadas, debiendo distinguirse claramente entre la existencia del riesgo y el daño efectivo de los bienes dignos de protección. Así, podemos citar como ejemplos: la propia definición de «extremadamente grave» o «grave» del perjuicio a los intereses de España en la clasificación de «alto secreto» y «secreto», que en otras legislaciones como la alemana se definen con mayor concreción. La diferencia entre el art. 3.2 j) y 3.3, j) del APL respecto a la clasificación de «alto secreto» y «secreto» al hablar de cualquier otro ámbito cuya salvaguarda requiere de la más alta clasificación; el art. 3.4 f) del APL cuando dice «cualquier otro ámbito que pueda causar una amenaza o perjuicio leve a los intereses de España»; o el art. 3.5 sobre el mismo concepto de información «restringida» al hablar de «contrario a los intereses de España



en cualquiera de los ámbitos relacionados con los apartados anteriores». Es cierto que el contenido de dichas cláusulas figuraban en el Acuerdo de seguridad de la información de la ANPIC, de 3 de diciembre de 2012, pero deben ser modificadas al suponer todas ellas una técnica legislativa indirecta de remisión indeterminada que no es la más adecuada a la materia tratada, por lo que deben utilizarse categorías cerradas que no dejen lugar a interpretaciones arbitrarias, lo cual podría conseguirse estableciendo criterios de interpretación que permitan determinar la necesidad y proporcionalidad de las clasificaciones.

En segundo lugar, debe perfilarse una regulación que sea congruente con la ponderación de los elementos de la clasificación de la información que se expresan en la exposición de motivos del APL. La LTAIBG, al igual que el APL en su art. 14.1, establece límites al derecho a la información en sus apartados a), b) y h), que son coincidentes con los previstos en el APL, por lo que debiera armonizarse la interpretación de ambas normativas con el fin de evitar que la amplitud e indeterminación de la configuración de los supuestos de clasificación previstos en el APL pueda acabar con la aplicación de los principios previstos en la LTAIBG, que permiten el acceso a la información pública.

En tal sentido destaca el Criterio Interpretativo Nº 2 del año 2015, aprobado por CTBG, que ha delimitado los límites del derecho al acceso a la información previstos en el art.14 LTAIBG, para supuestos que son objeto del APL, en el siguiente sentido:

*Los límites a que se refiere el artículo 14 de la LTAIBG, a diferencia de los relativos a la protección de los datos de carácter personal, no se aplican directamente, sino que de acuerdo con la literalidad del texto del número 1 del mismo, “podrán” ser aplicados.*

*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 con 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.*

Finalmente, en relación con el acceso a la información cabe recordar la jurisprudencia en materia de transparencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, entre otras las SSTS 3530/2017, de 16 de octubre; 1558/2020, de 11 de junio; 306/2020, de 3 de marzo; y 574/2021, de 2 de junio, según la cual «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».

#### **4.4 Título II. Órganos competentes y procedimientos**

La estructura del presente título menciona los órganos competentes para la clasificación, reclasificación y desclasificación de la información (capítulo I); los procedimientos de clasificación de documentos (capítulo II), que a su vez se divide en tres secciones que regulan las disposiciones generales (primera), las relativas al procedimiento de clasificación de las categorías «secreto» y «alto secreto» (segunda), las disposiciones sobre el procedimiento de clasificación de las categorías «confidencial» y «restringido» (tercera); y los procedimientos de desclasificación y clasificación de la información (capítulo III).

El art. 4 del APL se refiere a las autoridades de clasificación, reclasificación y desclasificación de la información, estableciendo un diferente ámbito de competencia para dichas actividades en función de las categorías de información.

Así, en el supuesto de «alto secreto» y «secreto» se establece que sea por ley, de modo exclusivo por el Consejo de Ministros y sin posibilidad de delegación, siguiendo los criterios establecidos en una reciente proposición de ley de reforma de la LSO a propuesta del PNV presentada en el Congreso en el año



2020 y que es acorde con la relevancia de la información clasificada.

En cambio, para los supuestos de información «confidencial» y «restringida» se produce un incremento del número y condición de las autoridades con competencia para realizar operaciones de clasificación de información, que incluso en el art. 4.2 llega a habilitar a las autoridades autonómicas competentes en materia de policía, en aquellas comunidades autónomas que hayan asumido estatutariamente competencias para la creación de Cuerpos de Policía (Mossos d'Esquadra, Ertzaina, Policía Foral Navarra y Policía Canaria).

En este punto, es necesario diferenciar dos términos similares, pero con significados diferentes, ya que una cosa es «calificar», es decir, la atribución a una persona o cosa cierta cualidad o propiedad, y otra distinta es «clasificar», es decir, ordenar o dividir un conjunto de elementos en clases a partir de un criterio determinado, por lo que en realidad en el art. 2 se clasifican las categorías de información, mientras que la función de calificar conforme a dichas categorías se atribuye a los órganos de acuerdo con los criterios del art. 4 y ss del APL.

Entendemos que el camino emprendido es inverso al que establecía la regulación precedente, cuya creación obedeció precisamente a la finalidad de limitar las autoridades con competencia para dichas actividades clasificatorias, ya que lo que debe primar para la clasificación es la apreciación objetiva de las circunstancias que pueden afectar a la seguridad del Estado y no la voluntad del órgano al que se atribuye la competencia para clasificar.

Sin embargo, en el APL parece primar la competencia para *calificar* y por ello se amplía a lo largo de órganos 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, y es contrario a los fines que pretende la norma, partiendo del hecho de que el art. 97.3 CE otorga al Gobierno la dirección de la política interior y exterior en la que se engloba la información clasificada, lo que puede dar lugar a difuminar la política de secretos de Estado, pudiendo crear compartimentos estancos entre diversos organismos difícilmente controlables que pueden imposibilitar el acceso a la misma, devaluar las categorías «confidencial» y «restringida» por el exceso de información clasificada generada a la vista de la heterogeneidad de los órganos con capacidad clasificatoria, y, asimismo, porque existe un riesgo de que surjan interpretaciones o aplicaciones discordantes en la materia.

Finalmente, respecto a la habilitación otorgada para clasificar documentos a las autoridades autonómicas competentes en materia de policía en aquellas comunidades autónomas que hayan asumido estatutariamente competencias para la creación de Cuerpos de Policía, su inclusión en el APL podría suponer una invasión de una competencia exclusiva del Estado, prevista en el art. 149.1.4ª CE (Defensa y Fuerzas Armadas) y 29ª (Seguridad Pública) al incluir órganos de clasificación que carecen de competencia en los ámbitos de actuación prevista en el APL (seguridad y defensa nacional), por lo que procedería la supresión del apartado o del art. 4.2 del APL.

El art. 5 regula las facultades de las autoridades de clasificación en función de los instrumentos utilizados para clasificar la información: propuestas (a y b), diligencias (c), operaciones realizadas (d), reclasificación (e) y desclasificación (f); y, por último, establece instrucciones para la clasificación de la información de manera adecuada.



Entendemos que el apartado h) —posibilidad de delegar la capacidad de clasificación— es contraria a la transparencia, ya que la multiplicación de autoridades con capacidad de clasificación desborda la posibilidad de controlar adecuadamente los criterios que sustentan sus decisiones, pudiendo con ello producirse un elevado nivel de opacidad contrario al derecho de acceso a la información pública y rompe con lo establecido en el art. 5 de la LSO.

El art. 6 del APL crea la «Autoridad Nacional para la protección de la información clasificada», entendida como la autoridad responsable para la protección y tratamiento de la información clasificada dentro de las categorías de «alto secreto», «secreto» y «confidencial», englobándola dentro del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, lo cual se considera en principio correcto, ya que «el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado» (art. 97 CE), como ya habían expresado las sentencias de 4 de abril de 1997 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en los recursos núm. 634/1996, 602/1996 y 726/1996.

Asimismo, el organismo citado en el APL sustituye a la Oficina Nacional de Seguridad (ONS), que desarrollaba las funciones previstas en el art. 4.f) de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, *reguladora del CNI*, y que con anterioridad estaba englobada en el CNI y recaía en el Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia (SEDCNI), con un catálogo de funciones similares a las previstas en la actual regulación, con excepción de aquellas relativas a la regulación de autoridades de clasificación previstas en los apartados e) y f).

Por lo tanto, la mayor parte de los problemas surgen por el hecho de la necesidad de que el desarrollo reglamentario preexistente en la anterior regulación (normas que se encontraban en la vinculación de la ANPIC al Ministerio de Defensa) sea modificado para ser desarrollado reglamentariamente dentro del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática.



El art. 7 del APL crea la Unidad de Información Clasificada, con la finalidad de instaurar un órgano competente para la realización de los procedimientos de clasificación, reclasificación y desclasificación, dotados de medios y recursos necesarios y cuyo personal debe contar con habilitación de seguridad de la categoría de «alto secreto» y que sustituye a los antiguos servicios de protección de información clasificada (SPIC) que preveía la normativa de la Autoridad Delegada para la Seguridad de la Información clasificada.

El Capítulo II regula los procedimientos de clasificación de documentos y se divide en tres secciones que regulan las disposiciones generales (primera), las relativas al procedimiento de clasificación de las categorías «secreto» y «alto secreto» (segunda) y las disposiciones sobre el procedimiento de clasificación de las categorías «confidencial» y «restringido» (tercera). En este punto, la reiterada remisión al desarrollo reglamentario de la materia crea un panorama de inseguridad en la aplicación de la normativa del APL mientras no se lleve a cabo la aprobación del reglamento y carece de elementos que permitan concluir que existe necesidad o proporcionalidad en la memoria justificativa, prevista en los arts. 10.2 y 13.2 del APL.

El art. 8 al hablar de *procedimientos de clasificación* menciona la obligatoriedad de sometimiento a las normas establecidas en el presente capítulo en los supuestos de clasificación de «alto secreto» y «secreto».

El art. 9 del APL regula las definiciones que operan en la materia de clasificación, distinguiendo los conceptos de diligencias, directivas y marcado como básicas en la clasificación de los documentos, y la necesidad de incluir un sello que identifique la categoría de clasificación, pero falta en la regulación una referencia a la necesidad de motivar en las mismas el perjuicio que pudiera causar su divulgación.

El art. 10 del APL se dedica con exclusividad al procedimiento de clasificación de las categorías de alto secreto y secreto, cuya tramitación únicamente será de



oficio en el seno de las autoridades establecidas (persona titular del Ministerio de la Presidencia o Autoridades Independientes), con memoria justificativa y posibilidad de aprobación o rechazo.

Los arts. 11 a 15 del APL establecen el procedimiento de clasificación de las categorías de confidencial o restringido, cuya tramitación únicamente será de oficio o mediante petición razonada de autoridad o funcionario, con distinto régimen de inicio (arts. 11 a 13), posterior tramitación (art. 14) y resolución (art. 15), pero que en todo caso está pendiente de desarrollo reglamentario posterior, siendo especialmente llamativa la inexistencia de un procedimiento de tramitación en la regulación propuesta (art. 14).

El art. 16 del APL desarrolla el proceso de desclasificación de la información, que es quizás una de las mayores novedades que establece el APL. La desclasificación carecía de regulación de límites temporales en la LSO, por lo que en la práctica se recurrió a la utilización del control parlamentario y judicial como vía para desclasificar los documentos.

El APL trata de buscar una homogeneidad relativa con la normativa de derecho comparado en las que se establece el sistema de desclasificación automática de la información clasificada, utilizando como criterio el tipo de información clasificada afectada (con mayor o menor plazo para su apreciación en función de la calificación efectuada), y sin que los plazos aplicados en cada país sean idénticos.

Si bien es cierto que lo más relevante es el procedimiento de desclasificación automático por el transcurso del plazo establecido, debe establecerse una comparación con los plazos fijados a tal fin en el derecho comparado que oscila entre los 15 años de Italia (art. 42 de la Ley 124, de 3 de Agosto de 2007), los 25, 50 o 75 años en función del tipo de información afectada en EE. UU (Sección 1.5 *Executive Order 13526* de 29 de diciembre de 2009), los 30 años de Reino Unido (*Constitution Reform and Governance Act 2010*) y Alemania



(Sección 19 de la VSA, con plazos modificados en 2018) y los 50 años de Francia (*Arrêt du 30 de novembre de 2011 portant approbation de l'instruction générale interministérielle N.º 1300 sur la protection du secret de la défense nationale*).

Siguiendo esta senda, el APL establece como plazos de desclasificación de manera obligatoria: 50 años para alto secreto, pudiendo de manera excepcional y motivada prorrogarse por 15 años más; 40 años para secreto, pudiendo de manera excepcional y motivada prorrogarse por 10 años más; entre 7 y 10 años para información confidencial no prorrogables; y entre 4 y 6 años para información restringida no prorrogable, que consideramos a todas luces excesivos en los dos primeros supuestos.

La razón por la que entendemos que el plazo establecido debe ser inferior no se encuentra en la legislación comparada, sino en los previos proyectos legislativos que han intentado modificar la LSO. En primer lugar, el presentado en el año 1997, que establecía plazos inferiores para la desclasificación automática del alto secreto y secreto (25 años), y el de reservado (10 años); y en segundo lugar la propuesta presentada el 17 de enero de 2020 que modificaba el art. 4 LSO en el sentido de considerar que «procede ahora abordar, como parte del proceso evolutivo natural de toda regulación, su adaptación a la sensibilidad social vigente respecto al valor de la transparencia, consustancial al principio democrático que fundamenta y rige nuestra sociedad. Por ello, se incorpora la obligación de que en toda clasificación de una materia se establezca el plazo de su vigencia, no pudiendo superar los veinticinco años para materias calificadas secretas y los diez años para las reservadas, salvo que el Consejo de Ministros disponga su prórroga excepcional y motivada, en el exclusivo caso de las materias secretas, por un nuevo periodo máximo de diez años». De esta manera, entendemos que se pondera en su justa medida la relación entre el derecho de acceso a la información pública y la preservación de la seguridad y defensa nacional como intereses esenciales del Estado, sin que se produzca un sacrificio excesivo de los derechos constitucionales previstos en los arts. 20 y



105. b) CE.

Consideramos que dicho plazo es el más adecuado en relación con las materias declaradas «alto secreto» y «secreto», mientras que el régimen de «confidencial» y «restringido» es menos gravoso el previsto en el APL.

Finalmente, la desclasificación debería no ser un mero acto formal, sino que, una vez realizada la misma, debería conducir a la consulta o la revisión que permita acceder a una información que esté identificada y ordenada, de tal modo que pueda determinarse la necesidad que dio lugar a la clasificación previa.

El art. 17 del APL desarrolla el proceso de revisión periódica de la información clasificada, lo que no supone una novedad respecto a la regulación precedente, ya que se preveía en el art. 3.IV del Decreto 242/1969.

El art. 18 del APL regula el proceso de reclasificación de la información, siempre bajo las premisas de la competencia de la autoridad de clasificación (1º), la desclasificación posterior pasará a regirse por los plazos de la nueva clasificación otorgada (2º), salvo que la nueva reclasificación esté condicionada a la producción de un hecho específico, supuesto ya previsto en el art. 3.III del Decreto 242/1969 (3º). Es necesaria una regulación de la reclasificación que aclare el concepto de modificación de circunstancias previstas en el presente precepto, ya que la reclasificación puede dar lugar a la asignación de una categoría con mayores plazos de desclasificación de la inicialmente prevista.

El art. 19 del APL desarrolla la prohibición de nueva clasificación y excepciones, siendo el criterio general la no reclasificación de la información, y la excepción la nueva clasificación.

Por ello, es necesario regular de forma clara el procedimiento para la nueva clasificación, las concretas razones que fundamentan la misma y las posibles



consecuencias derivadas del hecho de haber compartido de manera pública una información desclasificada que vuelve a ser clasificada, dependiendo del grado de clasificación que le sea conferido.

No obstante, la jurisprudencia del TEDH plantea problemas en los supuestos en cuanto a la justificación de la necesidad de impedir la difusión de las informaciones que ya han perdido su carácter confidencial (*Asunto Weber c Suiza, de 22 de mayo de 1990*) o se han hecho públicas (*Asunto Sunday Times c Reino Unido, de 26 de noviembre de 1991*).

#### **4.5 Título III: Régimen jurídico de la información clasificada**

EL presente título, cuyo objeto es el régimen jurídico de la información clasificada, se divide en cinco capítulos que versan sobre la regulación del acceso a la información clasificada en los arts. 20 a 24 (capítulo primero); la seguridad en el tratamiento de la información clasificada en los arts. 25 a 33 (capítulo segundo); el régimen internacional de la información clasificada en los arts. 34 y 35 (capítulo tercero); el acceso parlamentario a la información clasificada en el art. 36 (capítulo cuarto); y el control y acceso jurisdiccional a la información clasificada en los arts. 37 y 38 (capítulo quinto).

El art. 20 del APL, que regula la necesidad de conocer el procedimiento de acceso, parte de un defecto inicial que es establecer una definición de «necesidad de conocer» para comprender el significado de esta. En este sentido, hemos de recurrir a las normas de la ANPIC de 2012, que la definen como «la determinación positiva por la que se confirma que un posible destinatario requiere el acceso a, el conocimiento de, o la posesión de información para desempeñar servicios, tareas o cometidos oficiales». Por lo tanto, es evidente que la necesidad de conocer solamente puede darse por los motivos expresados en el párrafo primero.



Igualmente, consideramos que debiera aclararse la cláusula c) del apartado 2 (en los demás supuestos específicos que se contemplan en esta ley) por su carácter abierto y excesivamente indefinido.

Una vez establecida la «necesidad de conocer» y el «acceso a la información», los preceptos posteriores desarrollan el régimen relativo al acceso a la información clasificada como «alto secreto», «secreto» y «confidencial», distinguiendo el acceso de las personas físicas al hablar de habilitación personal de seguridad (art. 21), y el relativo a las empresas y establecimientos mediante las habilitaciones de seguridad de empresa y establecimiento (art. 22), reproduciendo en parte las Normas NS/02 y NS/06 de la ANPIC para la protección de la información clasificada de 2012 antes citadas, que definen los conceptos previstos en ambos preceptos.

El art. 23 del APL regula el régimen de acceso a la información calificada como «restringida», mediante el sistema de autorización de la autoridad clasificatoria y dejando su regulación diferida a un posterior desarrollo reglamentario, sin que contemple, en relación con ningún tipo de solicitante de acceso, un específico régimen o procedimiento de reclamación o impugnación sobre las decisiones de rechazo de la solicitud de acceso. No existen, pues, disposiciones similares a las de los arts. 20.5 y 24 LTAIBG, que posibilitan a cualquier persona acudir directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de interposición de una reclamación potestativa ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

El art. 24 del APL, al hablar del deber de confidencialidad y concienciación de seguridad, vuelve a recaer en el defecto de no establecer la definición de ambos términos, ya que la confidencialidad es el «aseguramiento de que la información clasificada es accesible solo para aquellos autorizados a tener acceso», y cuando hablamos de seguridad, no sabemos a qué ámbito de seguridad se refiere el precepto, ya que la seguridad puede afectar a ámbitos distintos como la información, al personal que accede a la misma, a los sistemas de



información y comunicaciones, etc.

Respecto a la seguridad en el tratamiento de la información clasificada en los arts. 25 a 33 (capítulo segundo), que en todo caso depende del oportuno desarrollo reglamentario que complemente el contenido previsto en el APL, cabe hacer mención a los siguientes preceptos.

El art. 25 del APL detalla los «registros de la información clasificada» que centraliza en la nueva Autoridad Nacional para la protección de la información clasificada, y que detalla en dos aspectos: por un lado, los relativos a diligencias, directivas de clasificación y seguridad”, sin que (quizá por omisión involuntaria) establezca a qué tipo de categorías se refieren los mismos, aunque parece referirse a alto secreto, secreto y confidencial, ya que en el segundo apartado cita la categoría «restringido» sobre las mismas materias. Estos registros deben tener en cuenta en su desarrollo lo previsto actualmente en el apartado 4 de seguridad de la información de las Normas de la ANPIC de 2012 a las que nos hemos referido con anterioridad.

El art. 26 del APL, al definir la protección y custodia de la información clasificada, y el art. 27 del APL, al definir la consulta, traslado y transmisión de la información clasificada, modifica las previsiones del art. 11 LSO, adaptando la misma a los nuevos tipos de formatos en que puede estar incorporada la información (formato electrónico), obligando a adoptar medidas de seguridad que prevén registrar el control de estas (párrafos cuarto y quinto).

El art. 28 del APL, al hacer referencia a los supuestos en los que la información quede comprometida, no da una definición de lo que debe entenderse por «información comprometida» o «persona no autorizada» que permitan perfilar la definición del precepto y que son importantes para concretarlo.

El art. 29 del APL establece la protección de la información clasificada bajo distintas categorías, con reglas para su protección, tanto en lo relativo a la



clasificación y marcado, como las reglas de acceso que afectan a la parte de la información clasificada a la que se quiere acceder.

El art. 30 del APL regula la protección equivalente y destrucción de la información complementaria, confiriendo la misma protección a la documentación previa que se genera con anterioridad a la clasificación, con posibilidad de destrucción posterior (1º y 2º), y estableciendo limitaciones a la posibilidad de destrucción, cuando se trate de información, o bien vinculada a asuntos sobre los que existan diligencias judiciales o fiscales (3º), o aquellas cuya materia verse sobre persecución de violaciones de derechos humanos o crímenes de guerra y resulte esencial a los fines de prevenir, investigar, enjuiciar o sancionar abusos (4º).

El problema respecto a la destrucción de la información complementaria y la información clasificada parte de la existencia de la normativa en materia de archivos de la Administración, que se encuentra en el Real Decreto 1164/2002, de 8 de noviembre, *por el que se regula la conservación del patrimonio documental con valor histórico, el control de la eliminación de otros documentos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos y la conservación de documentos administrativos en soporte distinto al original*, y en especial su disposición adicional tercera referente a la conservación o eliminación de documentos desclasificados conforme a la Ley de Secretos Oficiales, que establece que «una vez desclasificados los documentos administrativos que hayan sido objeto de calificación conforme a la Ley 9/1968, de 5 de abril, modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre de Secretos Oficiales, este Real Decreto será de aplicación a tales documentos en lo que se refiere a su posible eliminación o a su conservación en soporte distinto al original».

El art. 31 del APL fija el archivo y digitalización de la información. Si bien es cierto que remite el archivo de la información física o digitalizada al momento en que la información es desclasificada, y lo hace conforme a la regulación prevista



en el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, *por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso*, nada se dice en el supuesto de cuáles deben ser las normas relativas a la gestión de archivos cuando se refiere a la información clasificada, ya que en todo caso, conforme al art. 27.1 del RD 1708/2011, «los documentos clasificados de conformidad con lo previsto en la normativa sobre secretos oficiales del Estado estarán excluidos de la consulta pública, sin que pueda concederse autorización para el acceso en tanto no recaiga una decisión de desclasificación por el órgano competente para realizarla».

El art. 32 del APL desarrolla las actuaciones en caso de amenazas a la seguridad de la información clasificada y regula las medidas necesarias en los supuestos de estados de sitio o grave amenaza para la defensa nacional, que pueden llegar a la puesta a salvo de la misma o la destrucción en caso de imposibilidad.

El art. 33 del APL desarrolla el conocimiento indebido de información clasificada, pecando de indefinición en los conceptos «necesidad de conocer», «reserva» y «divulgación pública». Asimismo, menciona dos tipos de sujetos: las personas físicas y jurídicas (párrafo 1º) y la autoridad o funcionario público (párrafo 2º), con distinto origen del conocimiento de la información. Dicha regulación ya estaba prevista en la LSO, pues en su art. 6 lo establecía para funcionario civil o militar, entendido como un deber genérico de reserva, mientras que en el art. 9.1 LSO se refería a «persona» a cuyo conocimiento o poder llegue cualquier materia clasificada, siempre que le conste esta condición, mientras que en la nueva regulación desaparece ese matiz, y se castiga el simple acceso con independencia del conocimiento de su carácter. El párrafo tercero debería modificarse, añadiéndose al párrafo la expresión «sin perjuicio de lo establecido en el art. 46 de esta ley».



Respecto al régimen internacional de la información clasificada, el art. 34 del APL regula los supuestos de transmisión a terceros Estados y otros países, mientras que el art. 35 del APL se refiere a la recepción por las autoridades españolas de información de otros Estados o terceros países en los que no puede operar la posibilidad de desclasificación, revisión, reclasificación por no ser las autoridades españolas titulares de la información clasificada.

El Capítulo IV, relativo al acceso parlamentario a la información clasificada, regula en el art. 36 lo que ya se preveía en el art. 10.2 LSO, según el cual «las limitaciones derivadas de la declaración de materias clasificadas no afectan al Congreso de los Diputados ni al Senado, que tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen, en la forma que determinen los respectivos Reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas».

Como consecuencia de ello, el control parlamentario se ejerce a través de las comisiones y grupos parlamentarios y no individualmente por los diputados; ya estaba previsto en el art 7.1 del Reglamento del Congreso —en adelante RCD— y sometido al deber de no divulgar las actuaciones al ser secretas (art. 16). Se introduce ahora en el APL mencionando el art. 7.1 de la Ley 11/1995, de 11 de mayo, *reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados*, según el cual «prevé que el control de los créditos destinados a gastos reservados se realizará por medio de una Comisión permanente integrada por el Presidente del Congreso, que la presidirá y por aquellos diputados que, de conformidad con la normativa parlamentaria, tengan acceso a secretos oficiales», lo que supone dar virtualidad a lo establecido en el art. 66 CE, y conlleva el deber de reserva de los parlamentarios, de conformidad con el art. 16 del RCD.

Por último, se echa en falta una mención a la posibilidad de acceso del Defensor del Pueblo a todos los documentos que considere necesarios para el desarrollo de su función, incluidos aquellos clasificados con el carácter de secretos, que prevé el art. 22.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, *de/*



*Defensor del Pueblo* (en adelante LODP), y que conforme al párrafo 3º del citado precepto permite al mismo poner en conocimiento la negativa al acceso a dicha información a la Comisión Mixta Congreso-Senado del art. 2 de la LODP.

El control y acceso jurisdiccional a la información clasificada se regula en el Capítulo V, tanto en lo que hace referencia al control jurisdiccional de la clasificación como a la regulación del procedimiento para el acceso a la información clasificada en el marco de un proceso jurisdiccional.

El art. 37 del APL regula el control jurisdiccional de la clasificación, que supone un control de verificación de la regularidad formal del acto de clasificación (diligencia o directiva) y que el contenido del documento clasificado incida de forma efectiva sobre la seguridad o la defensa del Estado. Ello implica la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos (art 9.3), el control de los tribunales sobre la potestad reglamentaria y legalidad de la actuación administrativa (art. 106 CE) y la sujeción de la actividad de los poderes públicos a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE).

Su legitimación se limita exclusivamente a la persona directamente afectada por su contenido o que acredite un derecho o interés legítimo, y su regulación se establece a través de un recurso contencioso-administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, cuya tramitación se regula en la disposición final primera del APL, sobre cuyo contenido nos referiremos posteriormente. Precisamente, la atribución de la competencia al Tribunal Supremo resulta positiva, en tanto en cuanto es la máxima instancia en la materia a la hora de fiscalizar la regularidad de las decisiones adoptadas por las autoridades en materia de clasificación, pero la necesidad de actuación con representación prevista por la LJCA puede disuadir la interposición de los oportunos recursos por el coste económico de los procedimientos.



El art. 38 del APL se ciñe al acceso del empleo de materiales clasificados en un proceso jurisdiccional y su inclusión en el APL merece una respuesta positiva. El APL sigue los criterios previstos en las sentencias de 4 de abril de 1997 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo (recursos núm. 634/1996, 602/1996 y 726/1996), que residenciaban el control judicial en la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo cuando las solicitudes de desclasificación hubieran sido denegadas por el Consejo de Ministros, y crea un procedimiento en el que regula el modo de acceso por un órgano jurisdiccional competente a la información clasificada necesaria para el desarrollo de las actuaciones o la resolución del asunto.

Respecto a la intervención del Ministerio Fiscal, sorprende que no sea parte desde el inicio del procedimiento y simplemente se le cite en el momento final del mismo en el que se decide sobre la remisión de la información al órgano correspondiente.

Aunque dicha solución sigue la senda de la jurisprudencia antes citada, se plantean varios problemas. El primero es el mencionado por los votos particulares de las sentencias precitadas que planteaban la dificultad de que un magistrado de lo contencioso-administrativo pueda ponderar la pertinencia de la prueba penal cuando el conflicto surge entre una investigación penal y una información clasificada. El segundo cuestionaba el número de componentes que deben formar la sala y si estos pueden pertenecer a distintos órdenes jurisdiccionales al afectar a competencias reconocidas por la ley a los jueces y tribunales de los órdenes penal y contencioso-administrativo, por lo que podría establecerse una sala de desclasificación de carácter mixto que englobara magistrados del Tribunal Supremo de ambos órdenes jurisdiccionales.

#### **4.6 Título IV: Régimen sancionador**

El presente título tiene por objeto el régimen sancionador, estableciendo una descripción detallada de la responsabilidad (art. 39), el régimen de infracciones



(arts. 40 a 41), el régimen de las sanciones (arts. 42 a 44), el régimen de prescripción (art. 45), el carácter subsidiario del procedimiento administrativo sancionador respecto del penal (art. 46), las medidas provisionales (art. 47) y el procedimiento sancionador (art. 48).

La principal crítica que debe hacerse al régimen sancionador parte del hecho de la falta de explicación a lo largo de la exposición de motivos de cuáles son las razones de proporcionalidad o ponderación en la regulación de las sanciones previstas, ya que únicamente desarrolla una mera descripción del régimen sancionador, que incluye motivos heterogéneos a los que establece un mismo régimen sancionatorio, y que afecta entre otros aspectos a la responsabilidad subsidiaria y solidaria que se establece en el art. 39 del APL, los concretos tipos sancionatorios diseñados en el art. 41 del APL, la naturaleza y cuantía o duración de las sanciones principales y accesorias de los arts. 42 y 44 del APL, los criterios de graduación del art. 44 del APL, los plazos de prescripción del art. 45 del APL y hasta los detalles de instrucción, tramitación y resolución del procedimiento sancionador del art. 48 del APL.

El TEDH viene estableciendo, aunque en materia de seguridad nacional y en los asuntos relativos a sanciones penales por la divulgación de información militar clasificada debe dejarse cierto margen de apreciación a las autoridades nacionales (*Hadjianastassiou c. Grecia*), la posibilidad de vulneración del art. 10 CEDH por la falta de proporcionalidad entre la sanción impuesta y la pena en un procedimiento penal.

Asimismo, en cuanto a las personas físicas y en lo que se refiere a la divulgación de información clasificada, se plantea el problema de la revelación llevada a cabo por periodistas de información confidencial o información relacionada con la seguridad nacional, que conforme a la jurisprudencia del TEDH debe basarse en la existencia de varios criterios como son la evaluación de los intereses en juego, el comportamiento de los demandantes, el modo en el que el periodista obtuvo la información confidencial (medios ilegales), la forma



de las publicaciones, el control ejercido por los tribunales y la proporcionalidad de la sanción impuesta (*Asunto Stoll c. Suiza de 10 de diciembre de 2007 y Girleau c. Rumania de 26 de junio de 2018*), por lo que no se puede confundir la protección de la seguridad nacional de la protección de la confidencialidad. La información se apreció corta, objetiva y justa, confirmada por fuentes no confidenciales, sin que la interferencia fuera necesaria para la seguridad nacional y la defensa (*Asunto The Observer c Reino Unido de 26 de noviembre de 1991*).

El art. 39 del APL establece los criterios para determinar la responsabilidad en el régimen sancionador, distinguiendo los supuestos de responsabilidad de la persona física (acción u omisión) con independencia de la infracción tipificada (párrafo 1º); de las personas jurídicas en los supuestos de infracciones graves o muy graves de las que responden sus órganos rectores pero solo a título de conducta dolosa o negligente (párrafo 2º); y, finalmente, los supuestos de responsabilidad solidaria en caso de no poder determinar el grado de participación de cada una de ellas a las que imputa una responsabilidad solidaria de las sanciones e infracciones cometidas (párrafo 3º).

Desde el punto de vista del derecho sancionador, entendemos que la responsabilidad solidaria prevista en el párrafo 3º, a la vista de la cuantía de las sanciones y su tipificación, no cumple con los criterios de proporcionalidad que debe alumbrar el derecho sancionador.

Los arts. 40 a 41 del APL regulan las infracciones, estableciendo su clasificación (art. 40), y definiendo las mismas como muy graves, graves o leves (art. 41), detallando las mismas en función del tipo de información clasificada en los párrafos a) (alto secreto y secreto), b) (confidencial) y c) (restringido), sobre la base de un total de trece conductas idénticas en los tres supuestos.

La conducta que plantea mayores problemas es la establecida en el párrafo b) de los apartados 1, 2 y 3 del precepto (*La difusión, por cualquier medio, de*



*información clasificada ... a la que se haya tenido acceso fortuito, sin necesidad de conocer*). En este sentido, debiera regularse la difícil convivencia de esta sanción en los supuestos de divulgación por periodistas de informaciones clasificadas que sean de interés público y general a la vista de la jurisprudencia del TEDH y TC que hemos mencionado anteriormente, que excluye la sanción de la divulgación periodística en los supuestos de aplicación de los criterios jurisprudenciales antes mencionados.

Asimismo, la conducta del apartado k) sobre entrega a potencias extranjeras de información clasificada en la categoría de alto secreto o secreto, plantea problemas de subsidiariedad en su aplicación al estar igualmente prevista en el art. 584 CP.

Finalmente, en los apartados m) y n) se equipara a efectos sancionatorios el marcado *a sabiendas* con el marcado *erróneo*, otorgándoles la misma calificación.

El art. 42 del APL desarrolla las sanciones, que se consideran excesivamente elevadas, pues parten de los 50.000 a 3.000.000 de euros y pueden provocar el *chilling effect*, es decir, existe el riesgo de que los castigos impuestos por la autoridad nacional sean capaces de desincentivar el ejercicio de derechos fundamentales (*STEDH Bladet Tromsaa and Sten c Noruega de 20 de mayo de 1999*), y que superan las establecidas en el art. 62 de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, *de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales*, que protege datos tan sensibles como aquellos que se refieren a la protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública (art.1) y cuya cuantía en el supuesto de sanciones muy graves alcanza 1.000.000 de euros. No obstante, aunque en cierto modo mitiga la sanción a imponer en base al carácter doloso o no doloso de la conducta, lo que lleva a la imposición de sanciones económicas (dolo) o apercibimiento (no dolosas), sigue considerándose excesiva la posibilidad de



sancionar económicamente una conducta no dolosa, por la existencia de una infracción previa sancionada mediante resolución administrativa firme por cualquier otra sanción previa.

El art. 43 del APL desarrolla las sanciones accesorias, que afectan a la prohibición de contratación (a y b), la separación de servicios en el caso de funcionarios (c) y la suspensión de funciones del personal laboral (d), en función de cuáles son los sujetos que han cometido las infracciones previstas (personas jurídicas (empresas o establecimientos), funcionarios o personal laboral).

El art. 44 del APL regula los criterios de graduación de las sanciones mediante los previstos en el art. 29 LRJSP a los que añade criterios específicos que permiten bien incrementar la misma (relevancia de la información clasificada), bien mitigarla (reparación, cese de la actividad infractora y colaboración activa). En este sentido, debe denunciarse el desbordamiento de los conceptos de seguridad y defensa nacional que certifica la redacción del art. 44.a) del APL, en la medida en que, como criterio de graduación, la relevancia de la información clasificada puede evaluarse en función de la afectación *en particular* —que no exclusivamente— a la *seguridad o la defensa nacional*, lo que supone un reconocimiento de que materias que no afecten a dichos conceptos y límites constitucionales pueden ser clasificadas como secretas y dar lugar a sanciones extraordinariamente elevadas con tal de que su divulgación, acceso o empleo indebido puedan perjudicar los simples intereses de España.

El art. 45 del APL desarrolla la prescripción de infracciones y sanciones, y aunque se remite a los criterios del art. 30 LRJSP, establece unos plazos superiores en cuanto a las infracciones, que pasan de 3 años a 5 años (muy graves), de 2 años a 3 años (graves) y de 6 meses a 1 año (leves), mientras que se mantienen las mismas previstas en la LRJSP para las sanciones, sin que se alcance a explicar el diferente régimen establecido para ambas.



El art. 46 del APL hace referencia al carácter subsidiario del procedimiento administrativo sancionador respecto del penal, en cuyo párrafo primero establece la prohibición de *non bis in ídem*, que aparece reflejado en la jurisprudencia europea (STEDH *Caso Goulandris y Vardinogianni c Grecia*, de 16 de junio de 2022) y del TC (STC 27/1981, de 20 de julio).

En los párrafos 2º, 3º y 4º se regula la comunicación a la autoridad judicial o Ministerio Fiscal de la posibilidad de que los hechos sean constitutivos de infracción penal, la resolución adoptada en sentido positivo y negativo respecto a la existencia de infracción penal y la tramitación que corresponde, y el mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas.

El art. 47 del APL hace referencia a las medidas provisionales que pueden dar lugar al cese de la actividad infractora, de conformidad con lo establecido en el párrafo 3º del art. 56 LPACAP.

El art. 48 del APL establece el procedimiento sancionador por remisión a las normas establecidas en la LPACAP (arts. 53 a 95), adaptadas al ámbito subjetivo de la autoridad de clasificación, pero sin determinar quiénes son los órganos competentes para su instrucción y la posterior resolución dentro de la autoridad de clasificación competente para la tramitación del procedimiento sancionador.

#### **4.7 Disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales**

La **disposición adicional primera**, bajo el epígrafe «Información clasificada con carácter general por una norma», permite la aplicación de la normativa del APL en todas aquellas normas sectoriales que incluyen la calificación de las mismas como *alto secreto* o *secreto*.



Las **disposiciones adicionales segunda y tercera** hacen referencia a las correspondencias en categorías de clasificación, tanto en relación con la normativa interna (2ª), como de la UE, OTAN y AEA (3ª).

La **disposición adicional cuarta** fija como plazo de cómputo para reanudar la posibilidad de prescripción del derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial el día hábil siguiente a la fecha de la desclasificación de la información.

La **disposición transitoria única** establece un procedimiento de desclasificación con reglas diferentes a las previstas en los arts. 16 y siguientes del APL para toda la información que haya sido clasificada según la LSO.

En primer lugar, la desclasificación no es automática, sino a petición de parte directamente afectada y de oficio, pero en este caso de modo potestativo y no preceptivo, con una legitimación limitada exclusivamente a la petición de la persona directamente afectada (párrafo 4º) y ampliando el periodo de clasificación de la información si su desclasificación puede poner en peligro la seguridad o la defensa nacional, sin establecer reglas, o bien para desclasificar de modo automático o progresivo, como establece el art. 16 del APL para la información clasificada a la entrada en vigor de la misma.

Entendemos que no cabe duda respecto a la aplicación automática de los plazos establecidos en relación con las clasificaciones realizadas tras la entrada en vigor del APL, pero en los supuestos en los que la información ya estaba clasificada antes de la entrada en vigor del APL la regulación es imprecisa, ya que no regula ni los criterios respecto al plazo inicial que rige para su clasificación, una vez que la nueva norma entra en vigor ( la disposición derogatoria afecta a toda la normativa anterior), ni cuáles son los plazos aplicables a las mismas después de la entrada en vigor del APL, ni prevé la posibilidad de recurso alguno para controlar jurisdiccionalmente el documento clasificatorio, como prevé el art. 37 del APL respecto a las actuales



diligencias o directivas de clasificación, por lo que debe establecerse un procedimiento claro y definido para esa desclasificación, ya que en caso contrario, se perpetuaría el régimen de la LSO que carecía de procedimiento de desclasificación alguno.

En este sentido, la regulación podría inspirarse en la Sección 19 de su VSA de 10 de agosto de 2018 (*Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum materiellen Geheimschutz (Verschlussachenanweisung - VSA)*), que establece periodos de desclasificación progresiva en función de la antigüedad de la clasificación efectuada, lo que permite adaptar la desclasificación de modo más ajustado a la importancia o antigüedad de la información, estableciendo tres periodos (años 1949 a 1959, 1960 a 1994 y posteriores a 1995) con diferente fecha de inicio del cómputo (31 diciembre 2012, finales de 2013 y 30 años desde la fecha de clasificación).

La **disposición derogatoria única** delimita el ámbito estricto al que afecta la entrada en vigor del APL, sin establecer cláusula expresa que aumente el ámbito de derogación (cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan o resulten incompatibles con lo dispuesto en la presente ley). Por ello, debe plantearse el problema de la regulación prevista en el Acuerdo sobre seguridad de la información de ANPIC, de 3 de diciembre de 2012, respecto a las previsiones del art. 6 del APL (Autoridad Nacional para la protección de la información clasificada) o del art. 7 del APL (Unidad de información Clasificada).

La **disposición final primera** determina la modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, con el fin de crear un nuevo procedimiento para la impugnación de las diligencias o directivas de clasificación que se realicen conforme a la información clasificada, sin especificar en su párrafo 1º si afecta únicamente a diligencias o directivas de Clasificación realizadas conforme al APL, o incluye las realizadas conforme a la LSO.



La modificación se basa en dos preceptos; el primero en el que se modifica el actual art. 12 LJCA, creando la letra d) en el apartado 1), para residenciar la competencia del procedimiento dentro de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; y el segundo, creando un nuevo procedimiento cuyo objeto es la impugnación de las diligencias o directivas de clasificación.

No se prevé la posibilidad de impugnación potestativa en vía administrativa previa de reposición o alzada, lo que obliga al recurrente a acudir a la vía judicial con la utilización de preceptiva defensa y representación conforme a lo establecido en el art. 23 LJCA. Igualmente, no se prevé en qué título debería ubicarse por sistemática, aunque en principio sería un procedimiento especial, que debería englobarse en el Capítulo VI del Título V, referido a los procedimientos especiales en un nuevo art. 127 sexies.

Se prevé la intervención del Ministerio Fiscal basada en la legitimación que le confiere el art 17.f) LJCA, basada en su función constitucional de velar por el interés público, la aplicación de la ley y la defensa de los derechos de los ciudadanos prevista en el art. 124 CE, pero debe detallarse su intervención en las diferentes fases del procedimiento previstas en los párrafos 3º y 5º de la DF 1ª, del mismo modo que se hace en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales al regular la admisión (art. 117), traslado de la demanda y contestación (art. 119).

Por ello, la escueta y simple atribución al Ministerio Fiscal de la condición de parte deja a la libre interpretación cuál es exactamente su papel y el contenido y alcance de su intervención en el procedimiento, lo que presenta el riesgo de erigirse en una fuente de tensiones y conflictos hermenéuticos que la nueva norma debiera evitar. Si hubiera que expresar en términos básicos la cuestión, lo más necesitado de aclaración es específicamente si, en lo que atañe al Ministerio Fiscal, ha de intervenir en el procedimiento en igualdad o paridad de condiciones con el recurrente o en una posición parangonable a la de las



autoridades judiciales que lo resuelven dentro, claro está, de las respectivas funciones que el ordenamiento constitucional, orgánico y ordinario diferenciadamente atribuye.

La **disposición final segunda** fija el título competencial del Estado al amparo de lo establecido en los arts. 149.1.3º, 4º, 6º y 29º CE, cuyas consecuencias afectan a alguno de los preceptos mencionados en este informe.

La **disposición final tercera** fija la habilitación para desarrollo reglamentario, al que reiteradamente se refiere el contenido del APL y que debe ser desarrollado en el ámbito del Ministerio al que se atribuye la competencia en la materia.

La **disposición final cuarta** respecto a la entrada en vigor establece que la misma será en el plazo de 6 meses desde la publicación en el BOE.

Entendemos que debería establecerse una previsión superior de tiempo para el supuesto de que en la fecha prevista no se hubiera podido desarrollar reglamentariamente el contenido del presente APL para así poder evitar la imposibilidad de una aplicación del mismo por falta de normas de desarrollo o, en su caso, y dado que algunas de las normas de desarrollo ya existen (Acuerdo sobre seguridad de la información de ANPIC, de 3 de diciembre de 2012), mantengan su vigencia hasta la redacción de las nuevas.

Madrid, a 3 de febrero de 2023  
EL PRESIDENTE DEL CONSEJO FISCAL

Fdo.: Álvaro García Ortiz