



VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL VOCAL ENRIQUE LUCAS MURILLO DE LA CUEVA AL ACUERDO DEL PLENO DE 30 DE MARZO DE 2023 RELATIVO AL INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE INFORMACIÓN CLASIFICADA AL QUE SE ADHIEREN LOS/AS VOCALES ROSER BACH FABREGÓ, JOSE MARÍA MACÍAS CASTAÑO Y VICENTE GUILARTE GUTIERREZ

I. PREVIO

1. De conformidad con el artículo 631 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, emito el presente voto particular al acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial al Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Información Clasificada (APL) al que he dado mi apoyo, pero en el que aprecio algunas carencias de las que debo dejar constancia.

2. Pero, antes de exponerlas, es preciso advertir que el informe y, por lo tanto, también, este voto particular, versan sobre un texto del APL que, al parecer ha sido modificado y sobre el que ya se ha emitido el dictamen del Consejo de Estado. Seguramente, algunas de las observaciones que formularé, responden a una redacción ya superada. No obstante, en la medida que la función consultiva de este órgano constitucional tiene como finalidad fundamental colaborar en la producción normativa aportando su opinión para que sea tenida en cuenta por el órgano proponente y, cuando son de naturaleza legislativa, por las Cámaras que han de decidir sobre ellas, estimo oportuno participar de nuevo en esa labor a través de este cauce y complementar sucintamente lo expuesto en el informe aprobado con unas breves acotaciones a los puntos que entiendo más importantes del mismo.

II. FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DEL APL

3. Creo que un informe sobre una materia tan importante como la que se proyecta regular a través del APL requiere un planteamiento general que de sentido al análisis de sus preceptos y que sea riguroso en el uso de los conceptos y categorías y de los propios términos que se empleen a ese propósito. Sin embargo, desde mi punto de vista, el epígrafe del informe dedicado, precisamente, a las consideraciones generales no cumple adecuadamente esa función. De ello se resiente, como es natural, el examen de los distintos enunciados normativos del APL y su valoración de conjunto.

4. En efecto, se echa en falta en el APL y, también, en el informe un completo encuadre constitucional del objeto de la regulación. Es decir, de la protección de la seguridad del Estado a través de la clasificación de la información sobre



determinadas materias a fin de salvaguardar su existencia, tal y como se concibe y establece en la Constitución (CE). Es decir, como Estado social y democrático de Derecho fundado en la dignidad de la persona y en los derechos inviolables que le son inherentes (10.1 CE). Un objetivo que ha de conjugarse, por lo tanto, con las funciones parlamentarias de acceso a la información en poder del Gobierno y de la Administración (artículos 109, 110 y 111 CE) y de control sobre el uso de las facultades de clasificación. Además, obviamente, esa actividad debe someterse a la fiscalización jurisdiccional del pleno sometimiento de la actividad de clasificación a la Constitución (CE) y a la ley (artículo 9.1 CE) y al carácter vinculante de los derechos del capítulo II del Título I, (artículo 53.1 CE). Más en particular, la clasificación debe conciliarse con el normal ejercicio del derecho a la información (artículo 20 CE), que no ha de verse injustificadamente mermado, pues una sociedad solo es libre cuando existe una opinión pública crítica con el ejercicio del poder y para ello, como todos sabemos, el papel de los medios de comunicación es esencial.

5. También habría que explicar la relación entre la norma proyectada y la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y muy conveniente mencionar y hacerse eco del informe emitido por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno sobre el APL. Un deslinde imprescindible por más que, la ley citada verse, principalmente, sobre el acceso a la información de las administraciones públicas y el APL sobre una actividad de clasificación que se sitúa en la órbita del Gobierno como órgano constitucional.

6. Sin embargo, el APL y el informe que lo glosa tan solo se ocupan de forma superficial de estos aspectos acudiendo a lugares comunes como el que se lee en el apartado II de la Exposición de Motivos de aquél cuando dice 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”. El problema es que esa aseveración se hace con respecto a un régimen jurídico de la clasificación que no garantiza suficientemente la evitación de lo que señala ese pasaje que no pasa de ser una mera cláusula de estilo.

7. No comparto lo que el informe señala sobre la contraposición entre publicidad y secreto en un rápido repaso de diversos preceptos constitucionales del que no se extrae ninguna conclusión. Tampoco me parece acertada la mención del párrafo 9 a la prohibición de las asociaciones secretas del artículo 22 CE que nada tiene que ver con el principio de publicidad en el ámbito institucional o público; o la del párrafo 11 al artículo 80 CE, ya que ese precepto solo se refiere a las sesiones plenarias de las Cámaras que forman las Cortes Generales. Discrepo, asimismo, del párrafo 14 en cuanto



invierte los términos de la cuestión al decir que “la seguridad nacional aparece como título idóneo para justificar restricciones y modulaciones al ejercicio de algunos derechos fundamentales”, según el CEDH. Conviene precisar al respecto, que, aunque, bajo determinadas circunstancias y condiciones, esos derechos y, más específicamente, la libertad de expresión y el derecho a la información puedan encontrar en la seguridad nacional un límite para su pleno ejercicio, eso no autoriza a afirmar que esta última sea un título (o presupuesto) para la determinación del alcance de aquellas libertades. Las mismas SSTEDH que se citan en ese párrafo y el artículo 10.1 CE conciben los derechos como fundamento del orden jurídico y de la paz social y, por lo tanto, también de la seguridad nacional, que, insisto, podrá actuar circunstancialmente de límite de aquellos, pero como excepción, no como regla. Por fin, el párrafo 16 coloca el derecho de acceso del artículo 105 b) CE, que no es un derecho fundamental, en el mismo plano que el derecho a la información del artículo 20 CE, que sí lo es, y cuenta con una jurisprudencia constitucional que asumió tempranamente, siguiendo la doctrina clásica de la Corte Suprema de los Estados Unidos, su posición preferente en un sistema democrático, si bien, obviamente, admite excepciones.

8. Pero, dejando a un lado los detalles, lo sustancial de este apartado tendría que ser dejar bien claro que la publicidad es un elemento crucial en un sistema democrático. La información en general y la que se refiera a los asuntos públicos, en particular, constituyen un bien del máximo valor, debe ser objeto de conocimiento general, salvo que concurran razones fundadas y contrastables que lleven a concluir racionalmente que, de no restringirse el acceso a las mismas, se pueda poner en riesgo grave y cierto las condiciones de existencia y continuidad del Estado y, en definitiva, la seguridad de este. Ahora bien, el contrapunto necesario de tal restricción ha de ser el establecimiento de requisitos, procedimientos y garantías que aseguren que la clasificación de esa información responda exclusivamente a esa finalidad, que se ejerza con arreglo al principio de proporcionalidad y que todas las decisiones que se adopten y las actividades que se desarrollen a su amparo puedan ser objeto de efectivo control, parlamentario y jurisdiccional y, en su caso de exigencia de responsabilidades por los excesos en los que se pudiera incurrir.

9. Debe quedar claro, en todo caso, que el bien jurídico a proteger no son los “secretos de Estado”, como dice el apartado IV.i) del informe en diversos párrafos, sino la **seguridad del Estado**, concepto este que no se delimita suficientemente ni en el APL ni en el informe. Observación que hago siendo consciente de la dificultad de la tarea y de que no es posible llegar a una definición exacta. Sí creo, sin embargo, que, por mucho que haya que recurrir a conceptos jurídicos indeterminados, puede hacerse un mayor esfuerzo para, al menos, alcanzar una certeza negativa acerca de lo que no puede



cobijarse bajo esa protección, de modo tal que la seguridad del Estado se convierta en un insondable agujero negro exento de control.

10. En esa labor de depuración, que ni el APL ni el informe abordan de forma directa, es necesario tener en consideración la STC 184/2016, sobre la Ley 36/2015 de Seguridad Nacional, pues, aun cuando se ocupa de esta como materia competencial, da unas pautas que son de utilidad para el examen del APL. Por ejemplo, que la seguridad nacional forma parte de la materia de seguridad, pero no se identifica ni confunde con la seguridad pública a la que alude el artículo 149.1.29º CE, pues esta última sólo está referida a las funciones y competencias de policía sobre la seguridad ciudadana en consonancia con el artículo 104.1 CE, ni, tampoco, con la protección civil. Resulta, igualmente, necesario, tener en cuenta, también, el título del artículo 149.1.4º CE (defensa) en su relación con el artículo 8 CE e, incluso, del 149.1.3º CE (relaciones internacionales).

11. Pero, como vengo señalando, la identificación del objeto de la protección del APL brilla por su ausencia en el informe que, tampoco, se pregunta por ni analiza los criterios a emplear para calificar y graduar la amenaza o riesgo que pueda representar para la seguridad nacional el conocimiento de la información que se pretenda clasificar y el correlativo alcance de la clasificación que se les aplique, incluida la duración de esta. Ese olvido y la renuncia a unos parámetros mínimamente definidos a los que deba sujetarse la clasificación abren la puerta a que la invocación de la seguridad nacional se proyecte sobre cuestiones de mera seguridad pública o ciudadana, que, como antes decía, han de quedar fuera del ámbito de protección de aquella, y a que las atribuciones sobre la clasificación de materias se extiendan indebidamente a las autoridades militares y policiales. Pero lo más grave y preocupante es que la falta de una referencia mínimamente clara, positiva y negativa, sobre la extensión y los límites de la seguridad nacional y de unos criterios objetivos sobre la gradación o modulación de la actividad de clasificación destinada a protegerla dificulta, si no impide, la posibilidad misma de su control que puede terminar siendo un empeño ilusorio.

12. Por todo lo anterior, el informe debería haber expresado un juicio negativo sin ambages al APL en lugar de entrar en el detalle de una regulación que, como digo, no está debidamente fundamentada y extiende de manera injustificada un régimen jurídico extraordinario a un sinfín de materias que se superponen unas a otras y a la intervención de una pléyade de autoridades cuya relación con la seguridad nacional es, en su mayoría, muy cuestionable.

III. RANGO NORMATIVO

13. Aunque estoy de acuerdo en que el rango de la regulación proyectada es el de ley ordinaria, no comparto el acercamiento que se hace a esta cuestión



y, desde luego, suprimiría la mención al “secreto de Estado” en todo el informe. En mi opinión, si se habla del rango será porque puede haber dudas sobre la existencia de reserva o reservas de ley orgánica. Ahora bien, en este caso no parece que estemos ante ninguno de los supuestos que contempla la CE, ya que el APL no desarrolla ningún derecho fundamental ni de manera general ni específica y la limitación que puede implicar para el ejercicio del artículo 20 CE, tampoco, puede considerarse sujeta a dicha reserva a la luz de la doctrina constitucional al respecto. Finalmente, el APL no desarrolla el artículo 8 CE o el 104.1 CE. En cuanto a la explicación sobre el alcance de la mencionada reserva debería sustentarse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y no, como hace el informe, en la del Tribunal Supremo. Y no porque esta sea equivocada sino porque lo que hace es aplicar la de aquél.

IV. TÍTULOS COMPETENCIALES

14. Me remito a lo apuntado sobre la STC 184/2016, la materia competencial genérica de seguridad y la más específica de seguridad nacional.

V. NATURALEZA DE LA CLASIFICACIÓN Y AUTORIDADES COMPETENTES

15. La protección de la seguridad del Estado, entendida en el sentido estricto que se ha visto que corresponde a ese concepto, no es como se empeña en reiterar el APL una actividad de la Administración General. A mi juicio, se trata de una atribución del Gobierno como órgano constitucional que deriva directamente del artículo 97 CE. Por otra parte, aunque sea algo notorio, no está de más insistir en que el hecho de que el Consejo de Ministros tenga atribuidas funciones administrativas y adopte resoluciones que culminan procedimientos de esa naturaleza, no debe conducir a la equivocada conclusión de que cuando interviene en la clasificación lo hace como órgano de la Administración. El Gobierno es, ante todo un órgano constitucional que, como dice el artículo 97 CE “dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado” y no se identifica ni con la primera ni con la segunda.

16. El corolario de la reserva al Gobierno de la función clasificatoria es la exclusión de las autoridades administrativas, militares y policiales de la decisión de clasificación que siempre ha de ser, como decía, estrictamente gubernamental, sin perjuicio de que puedan intervenir en las fases previas a la clasificación, desclasificación y reclasificación, pero nunca acordarla.

17. Debe quedar bien claro en todo caso que el hecho de que la clasificación sea una competencia gubernamental y no administrativa no quiere decir que esté exenta de legalidad y control. Recordemos que, por imperativo



constitucional, el Gobierno ha de ejercer las funciones que enuncia el repetido artículo 97 CE, “acuerdo con la Constitución y las leyes”, tal y como resulta, por otro lado, del artículo 9.1 y 3 CE, sin olvidar, tampoco, como se dijo, su vinculación a los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I CE (artículo 53 CE).

18. De ahí que la actuación clasificatoria del Gobierno sea revisable por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y no solo en sus elementos reglados, pues ha de abarcar, también, la comprobación de la existencia del supuesto de hecho habilitante para la clasificación, la suficiencia de la motivación en la que se haya sustentado en cada caso concreto y, por descontado, su afección a los derechos y libertades. Además, el control judicial debe tener en cuenta en todo momento el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, que excluye cualquier decisión que carezca de un fundamento objetivo, así como el de proporcionalidad. Lo que se dice en el párrafo 38 del informe debería partir de esas premisas. En cuanto al párrafo 42, incurre en contradicción con el 39 al fundamentar el control judicial de la actividad clasificatoria en preceptos constitucionales que se refieren a la Administración que, tal y como he sostenido, no puede ejercer ese tipo de atribuciones.

VI. CONTROL PARLAMENTARIO

19. Es necesario distinguir entre la actividad parlamentaria de información y la de control. La primera o, más bien, las iniciativas destinadas a obtenerla (solicitudes de información, de comparecencia para informar, ya sea en Comisiones ordinarias o de investigación, e, incluso, las preguntas en sus diversas modalidades) sirven para conocer la actividad del Gobierno y la Administración y formarse una opinión acerca de sus decisiones y sus omisiones. La segunda, la de control, consiste en un contraste entre lo que se supone que el Gobierno iba o debía hacer y lo que hace. Escrutinio del que resulta un juicio, positivo o negativo, sobre esa actividad a la vista de lo que se sabe sobre ella que se suele servir a ese fin de las interpelaciones de las que pueden derivarse mociones en las que la Cámara manifieste su criterio al respecto.

20. La clasificación de una materia o de un asunto no puede limitar el derecho de los miembros de las Cámaras a acceder a ella y, por consiguiente, a ejercer su función representativa. Un derecho que forma parte, según abundantísima jurisprudencia constitucional, de su *ius in officium* que se integra en el derecho fundamental del artículo 23.2 CE, de participación en los asuntos públicos a través de representantes, e implica el derecho a ejercer en su plenitud y sin trabas indebidas las funciones parlamentarias, entre las que está, como se ha dicho, la de obtener información, incluso documentos, del Gobierno y la Administración, en los términos que prevean los reglamentos parlamentarios.



21. En definitiva, el papel de las Cámaras con respecto a las materias clasificadas exige el acceso a la información para, a la vista de esta, desplegar, si lo estiman necesario, la de control sobre la clasificación y el contenido de lo clasificado y, en última instancia, exigir la responsabilidad política del Gobierno. No obsta a estas afirmaciones de principio que ese acceso se realice bajo las condiciones que sean apropiadas para que no se frustre innecesariamente la protección que confiere la clasificación. Es decir, la forma de acceso debe ser coherente con la garantía a la que sirve la clasificación, pero no se puede negar ni impedir a las Cámaras.

22. Este importante aspecto para un Estado democrático es abordado por el informe en los párrafos 87 y siguientes partiendo de la todavía vigente Ley de Secretos Oficiales de 1968 cuyo artículo 10.2, en la redacción que le dio la Ley de 11 de octubre de 1978, dispone que "la declaración de "materias clasificadas" no afectará al Congreso de los Diputados ni al Senado, que tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen, en la forma que determinen los respectivos reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas." A continuación, el informe expone las vicisitudes de las Resoluciones de la Presidencia sobre acceso por el Congreso de los Diputados a secretos oficiales de 18 de diciembre de 1986, de 2 de junio de 1992 y de 11 de mayo de 2004, que ha sido recientemente modificada por la Resolución de 26 de abril de 2022, y pone de manifiesto que no existe previsión alguna de que el Senado tenga acceso a dicha información, a pesar de lo establecido por el legislador en 1978. Señala, también, el limitado alcance de lo establecido en el artículo 7 de la Ley 11/1995, de 11 de mayo, y en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.

23. Comparto las observaciones que allí se hacen, pero, en mi opinión, se quedan cortas ya que lo que procede es que esta cuestión se afronte y resuelva a través de los Reglamentos de las Cámaras que integran las Cortes Generales, de ambas. Si en su momento no hubo más remedio que acudir a una Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados para salir al paso del problema entonces planteado, no hay razón alguna que justifique que transcurridos más de 30 años desde que se aprobó, la regulación de una cuestión tan relevante no se haya plasmado en los mencionados Reglamentos parlamentarios y que no se restrinja ni a los "fondos reservados" ni a la actividad del CNI, sino que contemple todas las materias clasificadas y todas las cautelas que se estimen necesarias para que se conjugue armónicamente el derecho al acceso a la información clasificada con la finalidad de la clasificación de modo que no se ponga en riesgo la seguridad del Estado objeto de protección.



VII. DURACIÓN DE LA CLASIFICACIÓN

24. La Exposición de Motivos destaca que por vez primera se establece un plazo máximo de duración de la clasificación, pero tan extraordinaria noticia no va seguida de la explicación del motivo por el que pueda llegar, nada menos, que hasta los 50 años.

25. Este es un aspecto esencial de la regulación que no puede eludirse bajo ningún concepto. No en vano, si la clasificación es una limitación extraordinaria al público conocimiento de cuestiones que tienen que ver con la acción de los poderes públicos que se justifica por la existencia de una amenaza o riesgo grave a la seguridad del Estado, lo lógico es que decaiga y se levante en cuanto el peligro desaparezca. Ha de ser la continuidad de este con respecto a cada concreta información lo que permitirá mantener la clasificación, siendo muy discutible que se pueda alargar a períodos tan extensos.

26. Sea como fuere, no nos corresponde a nosotros determinar la duración de la clasificación sino a quien la quiere establecer y esa justificación, como advierte el informe, no se ha proporcionado ni en la exposición de Motivos ni en la MAIN que lo acompaña. Una mala señal.

Madrid, a 3 de abril de 2023

LOS/AS VOCALES

Enrique Lucas Murillo de la Cueva

Roser Bach Fabregó

José María Macías Castaño

Vicente Guilarte Gutiérrez