

12 de agosto de 2022

Alegaciones al Anteproyecto de la Ley de Información Clasificada

Access Info Europe, organización de derechos humanos, ubicada en Madrid, especializada en la promoción y protección del derecho de acceso a la información en Europa, presenta algunos comentarios al Anteproyecto de Ley de Información Clasificada como parte de las acciones de tramitación e información pública, cuyo plazo se encuentra abierto hasta el día 12 de agosto de 2022.

Sin embargo, antes de realizar estos comentarios, queremos manifestar nuestra preocupación y descontento por realizar esta consulta con tan poco margen de tiempo y en plena temporada estival, lo que probablemente traerá consigo una bajísima participación por parte de la sociedad civil y la ciudadanía en general.

No hay ninguna causa que justifique la tramitación del Anteproyecto de Ley por el trámite de urgencia. Siendo una norma que afecte a derechos constitucionales debe contar con una amplia participación ciudadana.

Nos preocupa también que la “consulta” sea de baja calidad, sin estructura para guiar y ordenar los comentarios sobre la ley, y con solo el envío de un correo electrónico.

Hasta lo que sabemos – y viendo las reacciones de académicos, expertos en transparencia, de periodistas y de otros miembros de la sociedad civil – no se ha hecho ningún ejercicio de diseminación proactiva de la consulta. Esta laguna es especialmente inaceptable dado que España es miembro de la Alianza para el Gobierno Abierto (OGP por sus siglas en inglés) y ha hecho un compromiso internacional de mejorar la participación en la toma de decisiones pública, especialmente en temas relacionadas con información, transparencia, así como la libertad de expresión y de prensa.

Llamamos al Gobierno a ampliar el plazo hasta, al menos, la segunda semana de septiembre. Llamamos, además, a que se abra un espacio de debate entre representantes del Gobierno responsables para la redacción de la ley y expertos la sociedad civil, entre ellos las personas elegidas para participar en el grupo de trabajo sobre la reforma de la Ley de Transparencia, y representantes de las organizaciones de la prensa y de protección de alertadores, así como archiveros y expertos en memoria histórica.

Recomendamos que se coordine con la Dirección General de Gobernanza Pública, encargada de la implementación del IV Plan de Acción de Gobierno Abierto, el cual contiene múltiples compromisos relevantes, entre ellos la mejora de la Ley de Transparencia, la regulación de la protección de denunciantes, y, especialmente, el compromiso de mejorar la transparencia y la participación ciudadana en procesos de desarrollo normativo.

1. Categorías de información indeterminadas y amplias

Los artículos 3.2j), 3.3j), 3.4f) y 3.5 tienen disposiciones muy amplias que pueden llegar a incluir cualquier tipo de información dentro de estas categorías, al señalar que podrá ser clasificada como Alto Secreto, Secreto o Confidencial “Cualquier otro ámbito cuya salvaguarda requiera de un alto grado de protección”. Y en el caso del 3.5 señala que la información restringida “se aplicará a la información cuya revelación no autorizada o utilización indebida pueda ser contraria a los intereses de España en cualquiera de los ámbitos relacionados en los apartados anteriores”.

También existen disposiciones un poco más específicas pero que siguen englobando información que por sí misma no constituye una amenaza o peligro para el Estado, como aquella relacionada con Las relaciones exteriores de España o situaciones de tensión internacional y los intereses económicos o industriales de carácter estratégico.

Recomendación:

En el caso de los artículos 3.2j), 3.3j), 3.4f) eliminar esta disposición y en el caso del artículo 3.5 especificar qué tipo de información estará sujeta a esta clasificación.

Cuestionamos la necesidad de clasificar mucha información relacionada con las relaciones internacionales e intereses económicos, ya que en la Ley de Transparencia existe la posibilidad de no publicar esa información siempre y cuando se pueda demostrar que la publicación dañaría a estos intereses, y tras la realización de las pruebas de daño e interés público.

De modo general, se deberá incorporar en la normativa la obligación de realizar las pruebas de daño e interés público como requisito indispensable para la clasificación

Justificación:

Tal como señala la exposición de motivos del anteproyecto, “la información tiene valor en sí misma y resulta indispensable para el desenvolvimiento de las actividades que llevan a cabo particulares y poderes públicos. Como es sabido, el tratamiento de la información no debe quedar al margen de la eficaz labor de la Administración General del Estado, que debe velar por la existencia de un adecuado marco jurídico que asegure su transparencia y acceso por parte de los ciudadanos”. Es por esta razón que se debe ser muy específico cuando se trate de restringir el acceso a cierto tipo de información. Establecer categorías indeterminadas de información atenta contra el derecho que tienen los ciudadanos a acceder a la información.

España ha firmado y está en proceso de ratificar el Convenio de Tromsø, un convenio que dice claramente que el derecho a solicitar información aplica a toda la información en manos de entidades públicas, incluyendo información contenida en los archivos, y que la única base para denegar el acceso a la información es tras de una ponderación entre el daño que pueda causar la publicación de la información y el interés público en conocer la información. Los estándares del Convenio de Tromsø, han sido incluidos en la Ley de Transparencia española y deben ser respetados en la nueva Ley de Información Clasificada.

2. Sancionar clasificación indebida

La futura Ley de Información Clasificada debe contener mecanismos para asegurar que no haya una clasificación excesiva de la información y, además, sancionar la clasificación indebida de la información, especialmente cuando esa información pueda revelar infracciones al ordenamiento, tal y como, mala administración o corrupción.

Recomendación

Incluir en el anteproyecto procedimientos de supervisión independiente que permitan verificar que la clasificación sea realizada correctamente, con revisiones periódicas posteriores a la clasificación, y con auditorías aleatorias de la información clasificada.

Incluir sanciones para abusos, tal y como clasificar información porque su publicación pudiera revelar, por ejemplo, ilegalidades, corrupción, o simplemente hechos políticamente inconvenientes.

Justificación

Las recomendaciones de la OTAN sobre clasificación hacen énfasis en la importancia sobre no hacer clasificaciones innecesarias ni clasificar excesivamente información porque con esta práctica se corre el riesgo de minar al sistema de clasificación, ya que cuando hay mucha información clasificada es muy difícil asegurar la protección de los verdaderos secretos.

3. Vigilar la modificación de la clasificación

Según el artículo 5e) las autoridades de clasificación tendrán la facultad de “Modificar la categoría de clasificación de la información o cualquier circunstancia en relación con la clasificación de la información y, en particular, su plazo de vigencia”. Lo que puede traer consigo que se si se le asigna una categoría superior se tenga que esperar más tiempo para acceder a la información, tal como lo señala el artículo 18.

Recomendación:

Se debe establecer un procedimiento riguroso en aquellos casos en que la categoría de la información pretenda ser mayor y con la debida justificación, además de la consulta con organismos y personas vinculadas.

Justificación:

Si no se regula la reclasificación de la información de forma específica se corre el riesgo que se utilice constantemente este mecanismo para evitar el acceso a la información de forma arbitraria e injustificada.

4. Limitar la posibilidad de clasificar nuevamente la información

El artículo 19 señala que “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”.

Recomendación:

Aclarar cuál es el procedimiento para revisar la reclasificación de información desclasificada, estableciendo una revisión independiente de esa nueva clasificación para asegurar que ha sido verdaderamente necesaria.

Especificar que si la información desclasificada que ha sido compartida de manera pública – por ejemplo, la información ha sido compartida con un periodista tras su desclasificación u obtenida por una ONG entre los documentos entregados en la respuesta a una solicitud de acceso a la información – nunca puede ser reclasificada ni se puede sancionar la diseminación y/o publicación de esa información.

Justificación:

En un buen sistema de clasificación de información, con todos los controles necesarios, y con un sistema de desclasificación riguroso y bien aplicado, los casos en que se considere necesaria una clasificar nuevamente una información deben de ser extremadamente inusuales.

De todos modos, una vez que una información sea de dominio público, la ley debe aclarar que esa información no debería volver a clasificarse bajo ninguna circunstancia, ya que esto pondría en grave riesgo la libertad de expresión y el libre flujo de la información en la sociedad.

5. Autoridad Nacional para la Protección de la Información Clasificada

El artículo 6 señala que se creará una autoridad responsable de la protección y tratamiento de toda la información clasificada de origen nacional y que será ejercida por el Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. Sin embargo, no señala si habrá otros representantes de organismos públicos en su composición.

Recomendación:

Incluir a representantes de organismos relevantes, como el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en la composición de la Autoridad Nacional o, al menos, señalar al Consejo de Transparencia como uno de los organismos habilitados para acceder a la información, especialmente en aquellos casos en donde la información sea objeto de una solicitud de acceso a la información, así como asesorar sobre la correcta clasificación de la información.

Justificación:

Es absolutamente necesario que se incluya al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ya que se trata de información y la posibilidad de acceder a ella.

6. Registros de Diligencias, Directrices y Habilitaciones

El artículo 25 señala que “La Autoridad Nacional para la protección de la información clasificada es la autoridad responsable del Registro de Diligencias de clasificación, Registro de Directivas de clasificación y Registro de Seguridad, en el que se inscribirán las Habilitaciones Personales de Seguridad, las Habilitaciones de Seguridad de empresa y las Habilitaciones de Seguridad”. De lo que se deduce que habrá varios registros, sin embargo, no se señala que datos contendrán dichos registros y si serán públicos.

Recomendación:

Establecer el carácter público de estos registros y que su acceso estará regulado conforme a la Ley de Transparencia.

Crear un registro de información clasificada que contenga datos básicos que permita conocer sobre la clasificación e impida la desaparición de la información.

Estudiar las buenas prácticas europeas en cuanto a la transparencia sobre la existencia de información clasificada pero susceptible a solicitudes de acceso. Por ejemplo, en el registro de documentos del Consejo de la Unión Europea, se publican los títulos de información de circulación “limitada” sin publicar el documento. Luego se puede solicitar el documento y, al recibir la solicitud, se revisa la clasificación, con una prueba de daño y de interés público.

Justificación:

Dado que el contenido del anteproyecto no contempla la creación de un registro de la información clasificada, estos registros contemplados permitirán tener información relevante sobre quiénes solicitan la clasificación de la información y quiénes han tenido acceso a ella. Sin embargo, sería muy útil crear un registro, a modo de catálogo, que permita conocer la clasificación de información, la categoría, plazo de clasificación y la justificación que llevo a la clasificación.

7. Solicitudes de Acceso a la Información Clasificada

El anteproyecto de ley información clasificada no hace referencia a la Ley de Transparencia ni contempla la probabilidad de que muchas solicitudes para acceso a la información vayan a incluir, dentro del alcance de la solicitud, información clasificada.

El anteproyecto tampoco define el papel del Consejo de Transparencia en la gestión de la información clasificada.

Recomendación:

Incluir referencias explícitas, así como una clara articulación con la Ley de Transparencia, asegurando incluir procedimientos para la tramitación de solicitudes que engloben información clasificada.

Modificar el anteproyecto para asegurar que cualquier persona pueda recurrir una solicitud denegada por motivos de la clasificación de la información directamente al Consejo de Transparencia, tal y como con otras solicitudes, y siempre con la posibilidad de acudir directamente a los tribunales o después de reclamar por el Consejo de Transparencia..

Establecer claramente el papel del Consejo de Transparencia y sobre todo que sus altos cargos tengan la autorización necesaria para revisar información clasificada, así como la posibilidad de recomendar la desclasificación.

Justificación

Es importante que el Consejo de Transparencia tenga la capacidad de inspeccionar y opinar sobre la clasificación, ya que muchas solicitudes van a abarcar información clasificada.

Es imprescindible que los ciudadanos tengan la posibilidad de recurrir de manera gratuita y sencilla a una entidad de revisión, ya que ir a los tribunales requiere tener recursos económicos, además del tiempo que esto conlleva para el ciudadano que desee acceder a la información.

Recomendamos mirar las buenas prácticas de otros países, tal y como se ha demostrado por varios casos que se han llevado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde la información en cuestión ha sido clasificada, pero el solicitante pudo contar con la opinión de un órgano garante del derecho de acceso a la información, tal y como un Comisionado o una Comisión de Información.

8. Solo pueden impugnar la clasificación aquellas personas afectadas

El artículo 37 señala “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”.

De igual manera, conforme a la Disposición Transitoria Única, solo podrán solicitar la desclasificación de información clasificada conforme a la Ley de Secretos Oficiales aquellas personas directamente afectadas.

Recomendación:

En línea con las recomendaciones en el punto 5, establecer la posibilidad de impugnar la clasificación, así como, solicitar la desclasificación a cualquier persona sin necesidad de demostrar un interés.

Justificación:

Poder acceder a la información generada o recibida por autoridades públicas es un derecho de todos los ciudadanos y no debe limitarse a personas que deban demostrar una afectación directa, ya que esto va en contra de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y la libertad de información.

9. Períodos extensos de clasificación

El artículo 16 señala los extensos períodos de clasificación dependiendo de la categoría, Alto Secreto: 50 años + 15 años de prórroga, Secreto: 40 años + 10 años de prórroga, Confidencial: 7 – 10 años sin prórroga y Restringida: 4 – 6 años sin prórroga.

Recomendación:

Establecer un sistema de control y ponderación sobre la determinación de los plazos, para evitar que se establezcan siempre los máximos, los cuales deberán aplicarse de forma limitada.

Justificación:

Cabe destacar que el simple hecho de clasificar una información dentro de una categoría no significa que se aplique de forma automática el plazo máximo de esa categoría, sino que dependerá de cada caso en particular, un sistema de control y ponderación permitirá que se haga adecuadamente, así como, que se hagan revisiones regulares para determinar si aún persiste la condición que trajo consigo la clasificación de la información.

10. Destrucción de la información

El artículo 30 señala que se deberá destruir aquella información de carácter complementario, salvo algunas excepciones.

“1. Los borradores, copias previas, anotaciones, grabaciones en soportes físicos o informáticos, así como cualquier otra información adicional que se pueda haber generado con anterioridad a la clasificación de la información, cualquier que sea su formato, tendrán también la consideración de información clasificada y deberán ser destruidos con la mayor brevedad posible y de acuerdo con el procedimiento que se establezca reglamentariamente.

2. Mientras no se produzca la destrucción de la información complementaria prevista en el apartado anterior, recibirán la protección adecuada conforme a su categoría de clasificación, aunque no estén marcados.

3. No resultará preciso destruir aquellos materiales vinculados a asuntos sobre los que existan diligencias judiciales o fiscales en curso.

4. No podrá ser destruida aquella información o material que previamente haya sido utilizado para perseguir violaciones de derechos humanos o crímenes de lesa humanidad por alguna institución nacional o internacional, y/o que resulte esencial para prevenir, investigar, enjuiciar y sancionar abusos.

Recomendación:

Eliminar la disposición de destrucción de información considerada de carácter auxiliar y darle la misma protección que la otorgada a la derivada de ella.

Justificación:

En la práctica, con la Ley de Transparencia, se ha podido verificar con los llamados documentos “auxiliares o complementarios” información relevante en la toma de decisiones. Por ende, se desaconseja la destrucción de información y se promueve su protección.

Las normas sobre la destrucción de cualquier información deben estar contenidas en las leyes sobre gestionar y archivar documentos públicos, con los mismos criterios aplicados a todo tipo de información, y aprovechando las posibilidades actuales de digitalizar, ordenar y almacenar mucha más información.

Cuando sea necesaria, las personas encargadas de los archivos deben tener el rango suficiente de autorización de seguridad para poder gestionar los documentos más sensibles.

11. Multas que pueden afectar al ejercicio de otros derechos

El artículo 42 señala sanciones pecuniarias excesivas entre los 50.000 y 3 millones de euros dependiendo de la gravedad de la infracción, que pueden afectar al ejercicio de otros derechos.

- a) En el caso de infracciones muy graves, se aplicará una multa de 1.000.001 a 3.000.000 de euros.
- b) En el caso de infracciones graves se aplicará una multa de 50.001 a 1.000.000 de euros.
- c) En el caso de infracciones leves se apercibirá o se aplicará una multa de hasta 50.000 euros. El apercibimiento solo se impondrá si no hubiera mediado dolo y en los últimos dos años el responsable no hubiera sido sancionado, mediante resolución administrativa firme, por la comisión de cualquiera de las infracciones previstas en esta Ley.

Recomendación:

La ley debe establecer que la divulgación – una divulgación de manera interna o externa a las administraciones públicas - de información clasificada, sea cual sea su clasificación, esté protegida en ciertos supuestos, entre ellos, cuando la información revele ciertos actos indebidos que hayan sido cometidos, se estén cometiendo o posiblemente vayan a producirse, especialmente:

- a. delitos penales;
- b. violaciones de los derechos humanos;
- c. violaciones de la ley humanitaria internacional;
- d. corrupción;
- e. riesgos para la salud y la seguridad pública;
- f. riesgos para el medioambiente;
- g. abuso de la función pública;
- h. errores judiciales;
- i. gestión indebida o desperdicio significativo de recursos;

- j. represalias por la difusión de las anteriores categorías de irregularidades; y
- k. ocultamiento deliberado de asuntos comprendidos en alguna de las categorías anteriores.

Esta protección de persecuciones criminales, sanciones, y otras represalias debe aplicarse a personas físicas, así como, jurídicas, dentro o fuera de la administración pública, cuando la persona que difunda la información haya tenido motivos razonables para suponer que esta estaba relacionada con una de las categorías protegidas.

La futura ley debe estar en línea con la Directiva de la UE sobre la protección de informantes (alertadores) y su futura transposición al marco legal español.

La ley debe establecer una protección específica para las personas que ejerzan sus derechos de libertad de expresión y de información, incluyendo a los periodistas y representantes de las organizaciones de la sociedad civil, en línea con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Justificación:

La Ley de Información Clasificada tiene que tomar en cuenta otros derechos y, especialmente el derecho a la libertad de expresión, así como a las normas de la Unión Europea, la jurisprudencia de la TEDH y los estándares internacionales.

Son especialmente relevantes los Principios de Tshwane (2013), desarrollados por más de 500 expertos procedentes de más de 70 países en 14 reuniones celebradas por todo el mundo, con la ayuda de los siguientes expertos:

- el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión,
- el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo,
- la Relatora Especial de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información (ACHPR),
- la Relatora Especial de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y
- La Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la libertad de los medios.

Se adjuntan estos principios como un anexo a estas alegaciones.

12. No es una ley orgánica

En el preámbulo de la ley se destaca la necesidad de asegurar la transparencia y el acceso por parte de los ciudadanos a la información, con limitaciones en aquellos casos que puedan afectar a la seguridad y la defensa nacional. Del mismo modo, destaca la importancia de la información para el desenvolvimiento de todos los actores sociales, tanto así, que la propia ley limita por un tiempo determinado su acceso, reconociendo de esta forma el derecho a saber de la ciudadanía en general.

Recomendación:

La Información Clasificada debe ser regulada por una Ley Orgánica en lugar de por una ley ordinaria.

Justificación:

Todo lo anteriormente expresado deja claro la vinculación con el derecho fundamental a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, regulado en el artículo 20.1d) de la Constitución.

13. No hay homologación de plazos ni desclasificación automática para la información clasificada anteriormente

La Disposición Transitoria Única señala un procedimiento de desclasificación distinto para la información que haya sido clasificada según la Ley de Secretos Oficiales, estableciendo que solo podrá hacerse de oficio o a petición de una persona afectada, y limitándose a aquellos documentos que sirvan para satisfacer la pretensión de la persona interesada.

Recomendación:

Al momento de reclasificar los documentos conforme a las nuevas categorías, computar el tiempo transcurrido desde la clasificación inicial y establecer la desclasificación automática, tal y como lo contempla el artículo 16.

En cuanto a la información clasificada hace más de 50 años, el Gobierno debe establecer un procedimiento para su desclasificación, con un proceso definido y un plan de acción para la desclasificación de oficio. Deben estudiar la posibilidad de desclasificar mucha información con valor histórico, así como establecer procedimientos específicos para información particularmente sensible.

Debe establecerse prioridad para la desclasificación de aquella información solicitada por cualquier persona, sin que tenga que justificar la solicitud ni de demostrar un interés.

Justificación:

Si la propia ley establece un sistema de homologación de categorías de información clasificada entre la ley de secretos oficiales y la ley de información clasificada, no existe ninguna razón para que al hacer esta homologación se comiencen a computar los plazos.

En línea con el compromiso del Gobierno con la Memoria Democrática, deben establecerse procesos para abrir los archivos históricos.

Cabe destacar que, según el Comité de Derechos Humanos de la ONU, el derecho de acceso a la información aplica a toda información en manos de toda entidad pública. El Convenio de Tromsø especifica que el acceso a la información aplica también a los archivos. Una vez que caduquen los motivos para su clasificación, la información debe estar disponible al público.

14. Se permite la clasificación relacionada con delitos graves, corrupción, fraude o contra derechos humanos

El artículo 3.4e) señala que podrá clasificarse como información confidencial “La prevención, detección e investigación de delitos”. Al igual que se mencionó en el punto 1, este tipo de categorías tan amplias permiten que impida el acceso a mucha información sin ningún tipo de salvedad.

Recomendación:

Establecer la prohibición de clasificar información relacionada con delitos graves, corrupción, fraude o contra derechos humanos.

Justificación:

La clasificación de este tipo de información puede llevar consigo a la impunidad o a la prescripción conforme al tiempo que se encuentre como información clasificada.

Para más información, por favor, póngase en contacto con

Helen Darbshire, Executive Director | Access Info Europe

helen@access-info.org +34 667 685 319