

#RET

Revista Española de la Transparencia

Núm. 10. Primer Semestre 2020

ISSN 2444-2607. Págs. 129-150



Carlos Mª Rodríguez Sánchez¹

**Oficina de Transparencia, Buen Gobierno y Participación
Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. España**

Dos ejemplos de transparencia claudicante: la protección de datos y los secretos de Estado.



RECIBIDO: 27 de febrero de 2019
ACEPTADO: 30 de enero de 2020

RESUMEN: A la transparencia le queda abrirse camino y perfilarse como derecho en términos de igualdad con otros ya reconocidos en nuestro ordenamiento. Cuando se trata de entregar a los ciudadanos documentos que constituyen información pública, muchas veces se realizan interpretaciones, se aprueban o se mantienen normas, no muy ajustadas al principio de proporcionalidad en las que, al final, acaban prevaleciendo los límites de la transparencia en detrimento del interés público que ésta representa.

El presente artículo desarrolla esta idea comentando de manera crítica supuestos en que la transparencia cede en beneficio de la protección de datos o de las materias clasificadas. Se trata de asuntos en verdad muy dispares pero en las que, a juicio del autor, se focalizan actualmente los mayores problemas que tiene planteados la transparencia para ocupar el espacio que, como derecho de profundización democrática, le corresponde: en el primer caso, por el influjo del Derecho de la Unión Europea y la entrada en vigor del nuevo Reglamento de Protección de Datos y, en el segundo supuesto, por la existencia en España de una ley sobre secretos oficiales que debería acomodarse a los tiempos actuales.

¹ Carlos-Maria Rodríguez Sánchez, Licenciado en Derecho por la Universidad de Extremadura desde 1991. Especialista en Derecho Empresarial por CEPADE (Madrid) en 2011. Juez sustituto de los Juzgados de Coria (Cáceres) y Plasencia (Cáceres) durante los años 1992-1995. Funcionario del Cuerpo Superior Especialidad Jurídica de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha desde 1996. En la actualidad ocupa el puesto de Jefe de Servicio de Acceso a la Información en la Oficina de Transparencia, Buen Gobierno y Participación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha.

PALABRAS CLAVE: Transparencia, protección de datos, materias clasificadas, subvenciones, dietas y gastos.

CONTENIDOS: 1. Planteamiento general.- 2. Transparencia y Protección de Datos. 2.1. *Ponderación en el ámbito de elaboración de las normas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).* - 2.2. *Ausencia de ponderación en el plano interpretativo por el TJUE.* - 2.3. *Repercusiones en el ordenamiento español: el Real Decreto 130/2019, de 8 de marzo.* - 3. Transparencia y materias clasificadas. - 3.1. *La obsolescencia de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales.* - 3.2. *Consecuencias prácticas: comentario a la resolución CTBG nº 342/ 2018.* - 4. Conclusiones. - Bibliografía.

Two examples of claudican transparency: the protection of data and the secrets of state.

ABSTRACT: Transparency has to make its way and outline itself as a right in terms of equality with others already recognized in our legal system. When it comes to delivering to citizens documents that constitute public information, many times interpretations are made, or norms are approved, not very close to the principle of proportionality, in which the limits to transparency end up prevailing, at the expense of the public interest that it represents.

This article develops this idea by critically commenting assumptions that transparency yields for the benefit of data protection or classified matters. These are really very different matters, but in which, in the author's opinion, the greatest problems that transparency has raised are currently focused on occupying the space that, as a right of democratic deepening, corresponds to it: in the first case, by the influence of European Union Law and the entry into force of the new Data Protection Regulation and, in the second case, by the existence in Spain of a law on official secrets that should accommodate current times.

KEYWORDS: Transparency, data protection, classified matters, subsidies, allowances and expenses.

Dos ejemplos de transparencia claudicante

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La implantación de una cultura administrativa de la transparencia parece la consecuencia inevitable de un mundo en el que las tecnologías de la información y la comunicación han modificado las formas de entender las relaciones de la sociedad con los poderes públicos y, al mismo tiempo, han permitido arrumbar los principios en que se sustentaba la Administración burocrática².

Pero si esto es, al menos, lo que la generalidad de los operadores públicos y privados sostienen hacia el exterior, un análisis más pormenorizado de nuestro ordenamiento europeo y patrio nos lleva a la preocupante conclusión de que todavía estamos lejos de desterrar definitivamente los resabios del secreto como instrumento de poder, que continúa siendo un argumento recurrente.

La transparencia, entendida desde su vertiente de derecho de acceso a la información pública de todos los ciudadanos y como elemento de profundización de los sistemas democráticos³, todavía no parece situarse en pie de igualdad respecto de otros derechos más asentados en nuestro ordenamiento jurídico, hasta el punto de que el principio general de "*máxima divulgación*", conforme al cual la información de la que disponen los poderes públicos ha de presumirse, en principio, de conocimiento general⁴ cede – con más frecuencia de la debida – por causa de una defectuosa ponderación de los límites que pueden concurrir para evitarla.

Aunque desde el positivismo se predique que las leyes creadoras de derechos constituyen configuraciones generales y abstractas de aquéllos, la dinámica de su interrelación ha de hacerse con criterios hermenéuticos que trascienden los propios textos normativos. De esta forma la sustantividad real de los derechos en el seno de un concreto ordenamiento jurídico depende de parámetros extrajurídicos tales como la realidad social del tiempo en que los derechos han de ser aplicados⁵; incluso, como observa DE VILLAMOR MORGAN-EVANS, de los propios elementos inconscientes de la personalidad del intérprete⁶. Estos dos criterios podrían eventualmente operar en contra de la transparencia, por dos razones fundamentales: por su carácter de derecho de nuevo cuño, por un lado, pero, sobre todo, por su naturaleza de "*derecho prospectivo*"⁷, a diferencia de la

² MÁRQUEZ PÉREZ, J.M: "Curso on line sobre Transparencia y Gobierno Abierto. Módulo 4". Madrid. INAP, 2018. Págs. 4 y 5.

³ GUICHOT REINA, E (Coord): "Transparencia, Acceso a la Información pública y Buen Gobierno". Tecnos, 2014. Pág. 18.

⁴ Este principio aparece citado en los apartados 89 a 93 de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de septiembre de 2006 (Claude Reyes et alt. vs Chile).

⁵ Conforme advierte expresamente el art. 3.1 del Código Civil español.

⁶ DE VILLAMOR MORGAN-EVANS, E: "*El elemento valorativo en la interpretación del Derecho*". Servicio de Publicaciones UEX. Cáceres, 2001. Págs. 13-35.

⁷ ..el derecho prospectivo es aquella disciplina jurídica que se ocupa del conjunto de procesos prospectivos, entendidos como tales el diseño, planificación, estrategia, ejecución, comprobación,

protección de datos que es un “*derecho reactivo*” frente a la potencialidad intrusiva de la informática en la esfera personal de los ciudadanos⁸. Por consiguiente, si la auténtica virtualidad de la transparencia va más allá de permitir a los ciudadanos el control directo de las decisiones políticas para convertirse en “...*agente de cambio cultural de las organizaciones públicas...*”⁹ es perfectamente razonable vaticinar que la realidad social – y probablemente la predisposición psicológica de sus intérpretes – ofrecerán resistencia a su definitiva consolidación.

En mi opinión, dos de los grandes ejemplos de nuestros días en los que puede apreciarse que el cambio cultural propuesto por la transparencia todavía está lejos de consumarse son, por un lado, desde el punto de vista activo, la protección de los datos personales y, desde la óptica omisiva, la protección de las materias clasificadas¹⁰.

Sin que sea nuestro propósito profundizar mucho en esta cuestión – que daría para otro artículo diferente – debemos advertir que, en relación con la protección de datos de carácter personal, el TJUE no se ha limitado, como en otros derechos fundamentales clásicos, a asumir como propios los parámetros constitucionales estatales – aderezados, como mucho, por la interpretación derivada del Convenio Europeo de Derechos Humanos – sino que ha perfilado sus propios criterios interpretativos, particularmente cuando se encuentra en juego la comunicación pública de estos datos. Podemos afirmar, por consiguiente, que cada vez es más estrecho el margen constitucional estatal en la aplicación del derecho a la protección de datos personales que obedece prácticamente a la lógica impuesta por el Derecho de la Unión Europea¹¹.

El problema, en cambio, con la protección de las materias clasificadas, es de signo diferente pues, en este caso, no es significativa la jurisprudencia del TJUE, sino que el desajuste con la transparencia es imputable específicamente al retraso en la

rectificación y control de las actividades —así como de los instrumentos y las técnicas metodológicas— que permiten al hombre a través de los órganos competentes del Estado la adecuada y oportuna anticipación a los cambios que el futuro depara a las comunidades y a sus integrantes...” FLORES MEDINA, R.J: “Derechos humanos, litigación y derecho prospectivo”. En “Derechos Humanos a debate”. Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco. N^o 3. Diciembre 2016-Marzo 2017. Pág. 48.

⁸ GUICHOT REINA, E en BALCO ESTEVE, A (Coord.): “Transparencia versus protección de datos”. *“El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo derecho administrativo”*. Actas del VI Congreso de la Asociación Española de profesores de Derecho Administrativo. Palma de Mallorca, 11 y 12 de febrero de 2011. Pág. 306.

⁹ COTINO HUESO, L en VALERO TORRIJOS, J y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M (Coord.) *“Régimen jurídico de la transparencia del sector público: del Derecho de acceso a la reutilización de la información”*. Thomas Reuters Aranzadi. Año 2014. Pág. 42.

¹⁰ Por el inmovilismo a modificar una normativa como la española de secretos oficiales, como más adelante expondremos.

¹¹ RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M: “El Tribunal de Justicia y los derechos en la sociedad de la información: privacidad y protección de datos frente a libertades informativas”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. N^o 24. Granada. Julio-Diciembre, 2015.

Dos ejemplos de transparencia claudicante

adaptación de una ley española preconstitucional: la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales.

Protección de datos y de materias clasificadas son, ciertamente, dos límites sustantivos a la transparencia muy heterogéneos, pero en los que, a mi juicio, se aprecia con mayor claridad que a la transparencia todavía le queda un trecho por recorrer para configurarse con sus debidos perfiles. En las líneas que siguen intentaremos argumentar los motivos que me conducen a realizar estas afirmaciones.

2. TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE DATOS

Como ya se ha dicho, la causa eficiente del desequilibrio que podría sufrir en España la transparencia respecto de la protección de datos parece imputable a la influencia del derecho de la Unión Europea y, en particular, a una interpretación desmesurada de lo que es el concepto de *"dato personal"* derivada de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹².

Un indicador muy gráfico del diferente plano en que se desenvuelven ambos derechos, es la relativa al diferente grado de consenso y uniformidad conseguido en la Unión por sus respectivas regulaciones.

Así, la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en lo sucesivo, RGPD), ha permitido alcanzar una tutela amplia y enormemente detallada de la protección de datos para todos los Estados miembros, en la que éstos tienen pocos y escasamente relevantes extremos que adaptar o desarrollar.

El fundamento último de esta uniformidad es una circunstancia inequívocamente ligada al mercado común: las diferencias regulatorias del tratamiento de los datos personales, fundamentalmente en el caso de los operadores económicos, *"...pueden constituir un obstáculo para el ejercicio de una serie de actividades económicas a escala comunitaria, falsear la competencia e impedir que las administraciones cumplan los cometidos que les incumben en virtud del Derecho comunitario..."*. Esta advertencia, que ya se contenía en el considerando 7 de la Directiva 95/46/CE, se reproduce en términos muy similares en el considerando 9 del vigente Reglamento (UE) 2016/679¹³.

¹² GUICHOT REINA, E en BALCO ESTEVE, A (Coord.): *"Op. Cit"*. Pág. 343.

¹³ *"...Las diferencias en el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas, en particular del derecho a la protección de los datos de carácter personal, en lo que respecta al tratamiento de dichos datos en los Estados miembros pueden impedir la libre circulación de los datos de carácter personal en la Unión. Estas diferencias pueden constituir, por lo tanto, un obstáculo al ejercicio de las actividades económicas a nivel de la Unión, falsear la competencia e impedir que las autoridades cumplan las funciones que les incumben en virtud del Derecho de la Unión. Esta diferencia en los niveles de protección se debe a la existencia de divergencias en la ejecución y*

Por el contrario, en la transparencia el único esfuerzo de aproximación se ha producido sólo a nivel de Directivas: en primer lugar, la Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente; y, tras la ratificación del Convenio de Aarhus, a la vigente Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo¹⁴.

A esta norma debe añadirse el Reglamento (CE) n 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (en lo sucesivo, Reglamento 1049/2001), norma para cuya modificación parece no haberse obtenido a fecha de hoy el necesario consenso, a pesar de encontrarse todavía instalado en las determinaciones establecidas por el Tratado de Ámsterdam respecto de las instituciones a las que se aplica¹⁵, ampliamente superadas hoy por las previsiones del Tratado de Lisboa y, concretamente, por el artículo 15.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que extiende el carácter de sujetos obligados a todas las instituciones, órganos y organismos de la Unión.

El desequilibrio regulatorio resulta patente. Las poderosas razones de naturaleza económica que han llevado a la unificación de la legislación de protección de datos tienen un peso específico mayor que los intereses de pura gobernanza democrática que, a la postre, son los implicados en la protección de la transparencia. Y es que, el déficit apreciable en todo sistema democrático de apertura, participación popular, transparencia y adecuada rendición de cuentas, se intensifica especialmente en el seno de la Unión *"...en tanto que organización política supraestatal o, si se prefiere, postestatal..."*¹⁶.

Si la esencia de las relaciones entre transparencia y protección de datos está, como es obvio, en la adecuada ponderación de los eventuales conflictos que se planteen en el caso concreto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su condición de intérprete último del derecho de la Unión, está incurriendo en una evidente contradicción, que puede tener negativas repercusiones para la transparencia en el derecho de los Estados. Así, en materia de publicidad activa, extiende la necesidad de ponderación al propio legislador europeo, a quien impone hacer un balance abstracto de los intereses regulatorios concurrentes, como presupuesto para aceptar la publicidad de determinados datos personales

aplicación de la Directiva 95/46/CE".

¹⁴ Hecho que tuvo lugar el 25 de junio de 1998. El Convenio fue elaborado en el seno de la Organización de Naciones Unidas por la Comisión Económica para Europa.

¹⁵ Conforme a la modificación que el Tratado de Ámsterdam hizo del Tratado de la Comunidad Europea, el antiguo artículo 191 A TCE pasa a ser el 255, en cuyo apartado 1º se establecen como sujetos obligados al acceso el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión.

¹⁶ PORRAS RAMÍREZ, J.M: "Los límites a la transparencia. El menguado alcance del derecho de los ciudadanos a acceder a la información en poder de las instituciones europeas". *Teoría y Realidad Constitucional*. Nº 53. UNED, 2014. Págs. 283-284.

Dos ejemplos de transparencia claudicante

impuestos por la propia norma; en cambio, se resiste a admitir este mismo criterio de ponderación en el plano aplicativo de las mismas, con motivo de la solicitud del derecho de acceso, desplazando la carga de la prueba a los propios solicitantes. A continuación se examina mediante dos ejemplos.

2.1. Ponderación en el ámbito de elaboración de las normas por el TJUE

Como antecedente revelador de la prevalencia de la protección de datos en el plano normativo, hemos de citar la Sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2010¹⁷. Esta sentencia, según advertimos, no se plantea en el ámbito del derecho de acceso, sino en el de la publicidad activa, cuando dos particulares del Estado federal de Hesse (Alemania), en su condición de beneficiarios de ayudas europeas a cargo de los fondos FEAGA/FEDER, impugnaron diversas decisiones administrativa de la Agencia Federal de Agricultura y Alimentación de 27 de febrero de 2009, por las que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44 bis del Reglamento 1290/2005 (actualmente derogado por el Reglamento (UE) n.º 1306/2013), se publicaron sus respectivas identidades como perceptores de fondos en la página web de la Agencia.

La cuestión de si debía prevalecer el principio de publicidad sobre la privacidad de los datos de los perceptores, al suscitarse como cuestión prejudicial, en realidad lo que tenía por objeto era la propia legalidad del artículo 44 bis del citado Reglamento 1290/2005 y, en concreto, si el mismo constituía una lesión injustificada del derecho fundamental de protección de datos personales establecido en el artículo 8.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Pues bien, en los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia, el TJUE concluye que:

“...por lo que respecta a las personas físicas beneficiarias de ayudas del FEAGA y del FEADER, no parece que el Consejo y la Comisión hayan intentado ponderar equilibradamente, por un lado, el interés de la Unión en garantizar la transparencia de su actuación y la utilización óptima de los fondos públicos y, por otro, los derechos fundamentales consagrados en los artículos 7 y 8 de la Carta.

En efecto, nada indica que, al adoptar el artículo 44 bis del Reglamento n. 1290/2005..., el Consejo y la Comisión hayan tomado en consideración otras formas de publicación de la información relativa a los beneficiarios afectados que respetasen el objetivo perseguido por dicha publicación y, al mismo tiempo, fueran menos lesivas para el derecho de tales beneficiarios al respeto de su vida privada, en general, y a la protección de sus datos de carácter personal, en particular, tales como la limitación de la publicación de los datos nominales de dichos beneficiarios en función de los periodos durante los cuales hubieran percibido ayudas, de la frecuencia de éstas o, incluso, del tipo y magnitud de las mismas” (Considerandos 79 a 81 de la Sentencia).

¹⁷ C-92/09 (Volker und Markus Schecke GbR) y C-93/09 (Hartmut Eifert y Land Hessen) en los que participa Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung.

En esta sentencia, por consiguiente, el TJUE no admitió que el mero hecho de ser receptor de fondos públicos autorice la publicación de las respectivas identidades de los beneficiarios, incluso aunque dicha publicidad venga impuesta por una norma de rango superior en el ordenamiento jurídico europeo. Es la norma, por tanto, la que, en primer lugar, debe superar el juicio de proporcionalidad de los singulares supuestos de publicidad previstos en la misma cuando se trate de personas físicas. Y para ello, el propio TJUE apunta determinados criterios de ese juicio de proporcionalidad que sugieren, incluso, la posibilidad de excluir dicha publicidad en atención al escaso montante de las ayudas recibidas.

Sorprende esta autolimitación que el TJUE impone a las normas de la Unión que no guarda mucha coherencia con las normas que, para el tratamiento, se deducen del RGPD para los propios operadores jurídicos europeos. En efecto, si el artículo 4.2) RGPD considera tratamiento de los datos personales su “... *difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso...*” y, por otra parte, conforme al artículo 6.1 c) RGPD es lícito el tratamiento de datos personales cuando éste resulta necesario para cumplir obligaciones legales aplicables al citado responsable, parece que la legislación de transparencia de los Estados Miembros será instrumento suficiente para imponer al responsable la publicidad obligatoria de determinados datos personales y que, por tanto, esta jurisprudencia anulatoria no puede tener trascendencia fuera del ámbito de las materias susceptibles de ser enjuiciadas por el propio TJUE.

2.2. Ausencia de ponderación en el plano interpretativo por el TJUE

La que hemos llamado “*prevalencia de la protección de datos*” también la encontramos en el plano interpretativo con el ejercicio del derecho de acceso, pero en este caso imponiendo a los solicitantes exponer las razones de interés general que les llevan a pedir la comunicación de datos personales, sin considerar la ponderación de oficio por el intérprete. Como ejemplo paradigmático podemos citar la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) de 25 de septiembre de 2018¹⁸, en la que se confirma la legalidad de diversas resoluciones denegatorias del Parlamento Europeo, frente a solicitudes de información destinadas a conocer las dietas diarias, de gastos de viaje y de asistencia de los eurodiputados, planteadas por determinados periodistas y asociaciones de prensa.

En esta sentencia, muy criticada por la doctrina “*pro transparencia*”¹⁹, el Tribunal General en realidad lo único que ha hecho es acatar la restrictiva doctrina emanada del Tribunal de Justicia con motivo del recurso de casación que se planteó contra

¹⁸ Sala Quinta ampliada. Asuntos: T-639/15 a T-666/15 y T-94/16).

¹⁹ BLANES CLIMENT, M.A.: “La opacidad de las dietas de los eurodiputados y la inexistencia de mecanismos de control”. En <https://miguelangelblanes.com/2018/09/26/la-opacidad-de-las-dietas-de-los-eurodiputados-y-la-inexistencia-de-mecanismos-de-control/>. Día 26 de septiembre de 2018.

Dos ejemplos de transparencia claudicante

la sentencia dictada por aquél en el asunto *Bavarian Lager*²⁰, en la que el segundo de estos órganos sostuvo que la aplicación del Reglamento 1049/2001 no podía ser prevalente a la del Reglamento (CE) 45/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos (en lo sucesivo, Reglamento 45/2001).

En consecuencia, variando su posición inicial en la instancia de *Bavarian Lager*²¹, el TGUE argumenta ahora que al establecer el artículo 4.1 b) del Reglamento 1049/2001 como límite al acceso público *"la intimidad y la integridad de la persona, en particular de conformidad con la legislación comunitaria sobre protección de los datos personales"*, con esta remisión se está brindando en realidad un régimen reforzado de protección al titular de datos personales. Y ello obliga a aplicar, entre otros, el artículo 8 b) del Reglamento 45/2001, conforme al cual será necesario que *"...el destinatario demuestre la necesidad de que se le transmitan los datos y no existan motivos para suponer que ello pudiera perjudicar los intereses legítimos del interesado"*²².

Con esta visión unilateral, se consagra, por tanto, una prevalencia absoluta de la protección de datos sobre la transparencia, hasta el punto de que la regla general del artículo 6.1 del Reglamento 1049/2001 de que el solicitante de la información pública no está obligado a justificar su solicitud, ha de ceder sistemáticamente, según el TGUE, cuando el límite concurrente a la transparencia es el de la protección de datos, ya que *"En este contexto corresponde, en primer lugar, a quien solicita la transmisión demostrar su necesidad..."*.

Instalado en tal argumento, la supuesta ponderación entre el derecho a la transparencia y la protección de datos no es tal²³, ya que el TGUE se niega a facilitar incluso los datos personales que no afecten a la intimidad o integridad de la persona, con el argumento de que *"...la distinción que propugnan los demandantes de los datos en cuestión en función de si forman parte del ámbito privado o del ámbito público se debe claramente a una confusión entre lo que está comprendido*

²⁰ La Sentencia del TJUE de 29 de junio de 2010 llegó a la conclusión de que la Comisión había obrado correctamente al proporcionar al solicitante la información, omitiendo los datos personales existentes de aquellos que se habían opuesto a que se dieran, con el argumento de que el destinatario de la información solicitada no había justificado la necesidad de obtenerlos.

²¹ La Sentencia de instancia del TGUE fue de 8 de noviembre de 2007, y en ella se negaba que la mera existencia de datos personales pudiera impedir su difusión a terceros, en aquellos casos en que no se perjudica la intimidad o vida privada de sus titulares.

²² No me resulta posible, ni en este caso ni en los sucesivos, circunscribir adecuadamente la cita literal de la sentencia porque, al menos en la versión que he manejado de InfoCuria, aquella se transcribe sin subdivisiones en el texto que permitan su adecuada acotación.

²³ RAMS RAMOS, L: "Tratamiento y acceso público a documentos oficiales". En PIÑAR MAÑAS, J.L. (Dir): *"Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad"*. Madrid, 2016. Ed. Reus. Págs. 601-619.

en los datos personales y lo que está comprendido en la intimidad, porque los conceptos... no se confunden...".

Es evidente, sin embargo, que no todos los datos personales debieran ser susceptibles del mismo tipo de prohibición de acceso. El propio RGPD ya advierte que *"El derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad"*²⁴.

Pues bien, la normativa vigente – que no ha sido, por cierto, aplicada por el Tribunal – presupone ya la existencia de matices, de modo que los datos personales puedan proporcionarse cuando exista un interés público prevalente en su conocimiento y llama *"a mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales"* entre los que el artículo 42 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea cita, no lo olvidemos, el de *"...acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión"*, derecho que, a su vez, está previsto con carácter general en el artículo 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, desarrollado, como ya hemos señalado, por el Reglamento 1049/2001.

Para el TGUE no es suficiente tampoco la voluntad de los peticionarios de promover un debate público sobre estas cuestiones – lo que hubiera introducido en el debate el posible ejercicio del derecho fundamental a comunicar información a los ciudadanos en el sentido del artículo 11 de la Carta – y reinterpreta este argumento como una pretensión dirigida exclusivamente a denunciar las carencias de mecanismos de control de estos gastos, debate éste que considera ajeno al objeto del procedimiento de acceso.

1.3. Repercusiones en el ordenamiento español: el Real Decreto 130/2019, de 8 de marzo.

Con una cierta preocupación advierto que este desequilibrio entre el derecho a la transparencia y el de la protección de datos presente en la jurisprudencia europea, está también extrapolándose peligrosamente al ordenamiento jurídico español. La influencia del RGPD ha sido, en efecto, un argumento clave para la aprobación del Real Decreto 130/2019, de 8 de marzo, por el que se regula la Base de Datos Nacional de Subvenciones (BDNS) y la publicidad de las subvenciones y demás ayudas públicas (en adelante, el RD).

Desde la misma exposición de motivos, se deja bien clara la escora del RD hacia lo que sería una transparencia *"... puesta en relación con el derecho de los ciudadanos a la protección de sus datos personales, tal y como se regula en el Reglamento (UE) n^o 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016..."*. Este argumento es el que sirve al RD para, entre otras cuestiones, acortar *"... el periodo*

²⁴ Considerando 4^o.

Dos ejemplos de transparencia claudicante

de permanencia de la publicidad de las subvenciones dirigidas a personas físicas de cuatro años a uno, en la manera establecida en el cuerpo de esta norma a partir del año de concesión, plazo que se considera el necesario para los fines del tratamiento de dichos datos personales conforme al artículo 5.1.e) del RGPD”.

Es claro, por tanto, que el acortamiento del plazo de publicidad de las subvenciones en la Base de Datos Nacional resulta ajeno a los fines e intereses de la transparencia, pues el propio legislador lo justifica unilateralmente en que resulta necesario para *“los fines del tratamiento...del RGPD”*. En estos términos, difícilmente puede sostenerse que el resultado normativo haya ponderado adecuadamente la perspectiva de ambos derechos.

Pero lo más grave de todo es el hecho de que, pese a reconocerse que la regulación de esta materia afecta al ámbito de la transparencia – pues la BDNS es reconocida expresamente como instrumento para promover dicho principio en el ámbito subvencional, conforme al artículo 20.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones – ²⁵ parece no haberse intentado recabar siquiera el informe del Consejo Estatal de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante, CTBG).

Es significativo al respecto que, en el penúltimo párrafo de su Exposición de motivos, se limite a advertir simplemente que *“Este real decreto se ha sometido al previo informe de la Agencia Española de Protección de Datos y de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia...”*. Si, en efecto, resultase que no consta la solicitud de informe al CTBG para su aprobación, teniendo en cuenta el carácter preceptivo que impone a este trámite el artículo 38.1 c) de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIPBG), habría que concluir necesariamente que el RD es nulo de pleno derecho, por imperativo del artículo 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas²⁶.

3.- TRANSPARENCIA Y MATERIAS CLASIFICADAS

3.1. La obsolescencia de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales

La cuestión de las materias clasificadas constituye a día de hoy también un ámbito en el que la transparencia dista mucho de haber ganado terreno. En el caso de

²⁵ Y, en efecto, así lo confirma igualmente el RD 130/2019 desde el párrafo segundo de su Exposición de motivos, al advertir que: *“La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, impuso la publicidad obligatoria de todas las subvenciones y demás ayudas públicas; el modelo de publicidad se ha instrumentado a partir de la Base de Datos Nacional de Subvenciones para dar respuesta a una doble finalidad: mostrar a través de un único punto de información la totalidad de las subvenciones y ayudas públicas concedidas por todas las Administraciones públicas y reforzar la integridad del contenido de la base de datos”*.

²⁶ En el Portal de Transparencia de la AGE no me ha sido posible encontrar información sobre los documentos que obran en el expediente de elaboración de la disposición general (salvo error u omisión, por mi parte). En cualquier caso, en la página de informes del CTBG no figura dicho informe. Véase al respecto: www.consejodetransparencia.es/

España, por la resistencia a modificar la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales (LSO), particularmente en el sentido de abrir la posibilidad de la denominada revisión "*in camera*", es decir, de ampliar los órganos que tienen la capacidad de acceder a la documentación de naturaleza secreta o reservada.

En Estados Unidos la cuestión resultó enormemente problemática cuando se planteó sólo siete años después de la entrada en vigor de la "*Freedom of Information Act*" (FOIA, en lo sucesivo)²⁷. En concreto, con la reforma operada en FOIA por la denominada "*Privacy Act*", de 1974²⁸. Esta norma, tras el escándalo del Watergate, pretendió reforzar el control judicial de la información clasificada por Orden Ejecutiva dictada por razones de defensa nacional o de política exterior²⁹.

Con anterioridad a la reforma, ante la negativa a proporcionar información sobre materias reservadas por parte de las agencias federales, FOIA sólo permitía al juez verificar la existencia de la Orden Ejecutiva de "*clasificación*" y aplicar la concurrencia del límite de acceso previsto en la redacción originaria de la sección 552 (b) (1) del United States Code (USC), enjuiciando simplemente la razonabilidad de la justificación ofrecida por la Administración para dicha clasificación, pero sin posibilidad de acceder de forma material al contenido de la información clasificada. A partir de la *Privacy Act*, sin embargo, el texto del precepto que regulaba el límite cambió sustancialmente la redacción, exigiendo que la clasificación de la Orden Ejecutiva se hubiera realizado adecuadamente³⁰, lo que daría pie, por consiguiente, a la posibilidad de la denominada "*in camera review*" judicial³¹.

El escándalo fue mayúsculo: Antonin Scalia escribía sobre este hecho calificándolo como el "*...Taj Mahal de la doctrina de las consecuencias imprevistas; la Capilla Sixtina de la ignorancia del análisis coste-beneficio...*"³². Y el propio Gerald Ford llegó

²⁷ El texto actual de esta norma, que entró en vigor el 5 de junio de 1967, se puede consultar en el Capítulo 5, Subcapítulo II, sección 552, del "*United States Code*" (USC). El USC constituye una recopilación oficial de las normas generales y permanentes de ámbito federal cuya redacción se va consolidando con las diferentes modificaciones operadas. En su edición principal se publica cada seis años (sin perjuicio de sus revisiones anuales) por la denominada "*Office of the Law Revision Counsel*" del Congreso y que, por ello, no goza de tan plenos efectos probatorios como los que se derivan de la publicación en el "*United States Statutes at Large*", que publica el texto literal de las leyes inmediatamente después de su aprobación por el Congreso pero que, sin embargo, por no realizar labor alguna de consolidación del texto, dificulta conocer su contenido vigente. Al USC puede accederse en: <https://www.govinfo.gov/app/collection/uscode>.

²⁸ Capítulo 5, Subcapítulo II, sección 552 a) USC.

²⁹ En efecto, el texto original de FOIA era literalmente: "(b) This section does not apply to matters that are (1) specifically required by Executive order to be kept secret in the interest of the national defense or foreign policy".

³⁰ La redacción vigente del precepto anterior, que trae causa de la "*Privacy Act*" es: "This section does not apply to matters that are (1) (A) specifically authorized under criteria established by an Executive order to be kept secret in the interest of national defense or foreign policy and (B) are in fact properly classified pursuant to such Executive order".

³¹ Es decir que el juez pudiera revisar los fundamentos de la orden ejecutiva accediendo al contenido de la información clasificada, sin presencia de las partes. La "*in camera review*", sin embargo, sigue siendo una práctica a la que sólo se debe recurrir en casos excepcionales.

³² SCALIA, A: "The Freedom of Information has no clothes". *AEI Journal on Government and Society*.

Dos ejemplos de transparencia claudicante

a vetar la reforma con el argumento de que “...los tribunales no deberían ser forzados a revisar con parámetros equivalentes a la decisión inicial de clasificación, en áreas sensibles y complejas en las que no tienen una particular pericia...”³³. Obsérvese que en estas consideraciones el elitismo gubernamental va más allá de la interpretación tradicional del mismo (la simple presunción de incapacidad del pueblo para tomar decisiones políticas), considerando imbuidos de esta misma ignorancia a los integrantes del propio poder judicial³⁴.

En Estados Unidos la denominada “*in camera review*”, sin embargo, tiene carácter excepcional pues, como ha puesto de manifiesto la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia: “*In rare cases, an agency’s silence on such a matter would merit a remand, requiring the district court to review the documents in camera...*”. Su ejercicio, por tanto, sólo procede cuando la Corte carece de criterios para determinar si la clasificación se ha hecho según las instrucciones de clasificación del órgano competente para realizarla³⁵.

La atribución de esta potestad es enormemente más complicada en el caso de los órganos jurisdiccionales españoles que, a diferencia de los estadounidenses, carecen de la posibilidad de efectuar un control de constitucionalidad de las leyes en un sistema concentrado de constitucionalidad. En realidad, la atribución a los jueces españoles de una potestad similar a la “*in camera review*”, carece de cobertura legal, ya que la LSO, establece, por una parte, que “*Solamente podrán tener conocimiento de las materias clasificadas los órganos y las personas debidamente facultadas para ello y con las formalidades y limitaciones que en cada caso se determinen*”³⁶ y, por otra, cita exclusivamente al Congreso de los Diputados y al Senado como los únicos órganos que podrán tener siempre acceso a las

Regulation. Marzo-Abril, 1982. Pág. 15.

³³ “... I am prepared to accept those aspects of the provision which would enable courts to inspect classified documents and review the justification for their classification. However, the courts should not be forced to make what amounts to the initial classification decision in sensitive and complex areas where they have no particular expertise...”. Disponible en: <https://nsarchive2.gwu.edu//NSAEPP/NSAEPP142/index.htm>

³⁴ Sin embargo, con preocupación y alarma nos hemos dado cuenta de que, cuando se han destapado en el mundo esos presuntamente inconfesables secretos que los Estados guardaban en la caja negra de las materias clasificadas, en una buena parte de los casos, se trataba de informaciones que descubrían historias de corrupción, de espionaje o, lo que es más grave aún: constituían auténticas vulneraciones de los derechos humanos por parte de diversos países y sus dirigentes.

Téngase en cuenta, por ejemplo, el escándalo de “Wikileaks”, que comenzó a filtrar documentos a partir del año 2007 poniendo de manifiesto, por un lado, una política nefasta de gestión documental, al reconocer el gobierno estadounidense que más de tres millones de funcionarios estaban autorizados al acceso a esos documentos que habían sido objeto de difusión ilegal; en cuanto a su contenido, constituían en muchos casos prácticas de espionaje con vulneración de los derechos humanos de los afectados o simples cotilleos destinados al chantaje y la extorsión.

³⁵ SOTO LOSTAL, S.A.: “Comentarios a la legislación española sobre secretos oficiales a la vista de la Sentencia de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia (EEUU) de 21 de mayo de 2013. “*Revista Española de Derecho Constitucional*”. Nº 111. Septiembre-diciembre de 2017. Pág. 386.

³⁶ Art. Octavo, letra A) LSO. Hay que advertir, sin embargo, que ese control judicial ya se intentó establecer a través del Anteproyecto de Ley Orgánica de Secretos de Estado realizado en 1996, incluyendo tal previsión en su art. 8.1.

materias clasificadas “... en la forma que determinen los respectivos Reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas”³⁷.

La reforma operada en esta norma por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, suprimió del artículo 10.2 LSO el inciso según el cual “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”. La justificación que dio el senador encargado de defender ante el Pleno el Dictamen de la Comisión fue que “Con la modificación que se introduce ahora nada impedirá que las declaraciones en relación con los secretos oficiales puedan ser enjuiciadas por los Tribunales de lo Contencioso y enervado, por tanto, el actuar incorrecto de la Administración Pública”³⁸.

Pero, no obstante, el silencio de la LSO sobre la posibilidad del control judicial del acto clasificatorio sigue siendo problemático, ya que traslada la tensión entre la “publicidad” y el “secreto” a un plano constitucional, ajeno por tanto a la jurisdicción contencioso-administrativa. Y es que, en efecto, cualquier asunto que verse sobre la desclasificación de documentos solicitada por la autoridad judicial, exige una ponderación entre el eventual carácter político de la función atribuida al Consejo de Ministros en la clasificación para el mantenimiento de la integridad de bienes constitucionales, como pueden ser la defensa o la seguridad del Estado, por una parte, y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por otra³⁹. El ejemplo más significativo de estas fricciones se produjo en la instrucción de la causa sobre la denominada “guerra sucia contra ETA”, en la que se indagaba la presunta financiación de los denominados “Grupos Antiterroristas de Liberación” con cargo a fondos estatales reservados.

El caso se originó de esta manera⁴⁰. El Juzgado de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional reclamó, hasta por siete veces, información sobre determinados altos cargos del Ministerio del Interior, información que le fue denegada por el Director del CESID por el carácter clasificado de la misma. Ante esta reiteración, el Ministerio de Defensa formuló un requerimiento a dicho Juzgado para que desistiese de su actuación, negando a la autoridad judicial la competencia para conocer sobre las materias clasificadas, que, sin embargo, se contestó con un Auto de 2 de noviembre de 1995, en el que el órgano jurisdiccional inadmitía a trámite el conflicto de jurisdicción planteado por el Ministerio. Ante esta decisión el Ministro de Defensa acude al Tribunal de Conflictos alegando la extralimitación

³⁷ Art. 10.Dos LSO.

³⁸ Discurso pronunciado por Sebastián Martín Retortillo en su defensa del Dictamen de la Comisión ante el Pleno, el 20 de junio de 1979.

³⁹ GARRIDO CUENCA, N: “El episodio judicial de la desclasificación de los papeles del CESID: las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997. Paradojas y paralogismos de un conflicto entre la función de gobierno y el derecho a la tutela judicial efectiva”. *Revista de Administración Pública*. Nº 143. Madrid. Mayo-agosto 1997. Págs. 243-252

⁴⁰ GARRIDO CUENCA, N: “Op. Cit”. Págs. 229-235.

Dos ejemplos de transparencia claudicante

competencial en que había incurrido el juez de instrucción, al amparo de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales.

Por Auto de 14 de noviembre de 1995, el Tribunal de Conflictos declara la improcedencia del Auto de 2 de noviembre, por considerar que el juez instructor sólo podía haber afirmado o declinado su competencia, pero que carecía de atribuciones para inadmitirla, ya que ésta correspondía al propio Tribunal. Afirmaba igualmente que reconocer al Consejo de Ministros la decisión de clasificación, no era en absoluto sinónimo de creación de espacios de impunidad, sino que únicamente permitía modular la utilización de determinados medios probatorios. En consecuencia, confirma la competencia controvertida en favor del poder ejecutivo, por entrar dentro de las funciones directivas o de gobierno del Consejo de Ministros. Y al plantearse posteriormente por la acusación recurso de inconstitucionalidad por una supuesta lesión del derecho reconocido en el artículo 24.2 CE a “...utilizar los medios de prueba pertinente para su defensa...”⁴¹, el Tribunal Constitucional la inadmitió mediante providencia de 20 de mayo de 1996, entendiendo que la presunta lesión constitucional invocada sólo podría producirse, en su caso, a partir de la solicitud de desclasificación al Consejo de Ministros y la negativa de éste a la pretensión.

Esta es la vía que inmediatamente utilizó el Juez de Instrucción. La desclasificación se denegó el 2 de agosto de 1996 por el Gobierno de turno⁴², y es entonces cuando el abogado de la acusación particular decide interponer diversos recursos ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo que, tras ser admitidos, al acordarse en fase de prueba documental la solicitud de los documentos clasificados, provocó la decisión sin precedentes del citado Tribunal de reservar a los magistrados que componían la Sala – y ausentes las acusaciones – un examen “*in camera*” de los citados documentos. Y, en fin, en las tres sentencias dictadas por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo 4 de abril de 1997, en ningún momento se cuestionó la constitucionalidad de la LSO.

En el marco, sin embargo, de un Estado social y democrático de Derecho previsto en el artículo 1 CE se deberían replantear los términos en los que está configurada la LSO. No parece que debiera existir reticencia alguna en la posibilidad del control jurisdiccional de los actos clasificatorios⁴³ pero, en particular, debiera darse la

⁴¹ Conviene advertir que, según la jurisprudencia constitucional, en lo que respecta a la aplicación del artículo 24.2 CE, específicamente referido a “...utilizar los medios de prueba pertinente para su defensa...” no protege sólo a los que son objeto de una acción penal en su contra, sino también a quienes, mediante la querrela, ejercitan la acción penal en perjuicio de quienes consideran responsables de actos delictivos (SSTC 89/1986, de 1 de julio y 41/1997, de 10 de marzo).

⁴² El Gobierno del PP, presidido por José M^a. Aznar que, sin embargo, en la oposición mantuvo la postura contraria al patrocinar la desclasificación.

⁴³ De hecho, el Auto 19/201353, de 8 de mayo, de la Audiencia Nacional (relativo a la solicitud de extradición de un empleado de banca por filtración de información sobre datos de cuentas bancarias privadas de clientes, en la que se pone de manifiesto la posible comisión de delitos contra la

posibilidad de que, sin necesidad de acto formal de sentido contrario, el transcurso del tiempo permitiera la desclasificación automática de la información sujeta a este límite, lo que hoy resulta imposible a la vista del artículo 7 LSO según el cual "*La cancelación de cualquiera de las calificaciones previstas en el artículo tercero de esta Ley será dispuesta por el órgano que hizo la respectiva declaración*"⁴⁴.

Estas modificaciones resultan absolutamente claves para que funcione adecuadamente nuestro sistema legal de transparencia, en el que el artículo 14 LTAIPBG sigue manteniendo como límites bienes jurídicos directamente ligados a las materias secretas o reservadas⁴⁵.

3.2. Consecuencias prácticas: comentario a la resolución CTBG N^o 342/2018

En cualquier caso, con independencia de las modificaciones que debieran plantearse "*de lege ferenda*", los Ministerios a quienes corresponde aplicar los límites derivados de la información clasificada deberían, al menos, respetar las mínimas reglas de tramitación del procedimiento previsto para el acceso en la LTAIPBG. No hay que confundir, en efecto, la imposibilidad de suministrar información con la relajación más absoluta de los principios y garantías que han de reconocerse a todo solicitante de información pública. Y mucho menos, que esta falta de respeto al procedimiento sea excusada por el CTBG.

Como ejemplo paradigmático de lo anteriormente afirmado comentaremos la Resolución CTBG n^o 342/2018, de 3 de septiembre.

Los hechos son los siguientes: un ciudadano solicita al Ministerio de Defensa, el 21 de marzo de 2018, al amparo de la LTAIPBG, una relación de contratos de compraventa de cualquier tipo de armamento, con sus relativos importes y países de destino. El Ministerio, dicta una primera Resolución el 23 de abril de ese mismo año, emitida cuando ha transcurrido más del mes desde la fecha de la presentación de la solicitud de información pública ante el Ministerio. Esa resolución, además, no es de fondo, sino que se limita a acordar una prórroga del plazo máximo para resolver.

Jurídicamente, la cuestión plantea la siguiente alternativa: si se admite que el Ministerio era el órgano competente para resolver, la resolución en esa fecha sería

Hacienda Pública), afirma que sobre la actividad clasificatoria y desclasificatoria del Gobierno debe permitirse el control judicial.

⁴⁴ REY MARTÍNEZ, F: "Derecho de acceso a la información y secretos oficiales en el ordenamiento español". *Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomico*. N^o 5. Junio, 2013. Pág. 201.

⁴⁵ En la XII Legislatura el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) presentó, el 7 de septiembre de 2016, una Proposición de ley de reforma de la Ley 9/1968 (publicada en el BOCD n^o 32-1, de 16 de septiembre de 2016). La iniciativa se refiere exclusivamente a los plazos de desclasificación automática, que serían de 25 años en las materias consideradas "secretas" y de 10 años para las calificadas como "reservadas". El Consejo de Ministros podría disponer de manera excepcional y motivada la prórroga por otros 10 años de la calificación exclusiva de las materias "secretas".

Dos ejemplos de transparencia claudicante

extemporánea⁴⁶. Pero es que, además, teniendo en cuenta que ni siquiera se dictó resolución de fondo, sino que la comunicación del día 23 de abril acordaba simplemente una prórroga del plazo para resolver, parece que no resultaba posible prorrogar un plazo ya vencido.

Y es aquí donde empiezan los desatinos. Para evitar la producción del silencio interpreta el Ministerio que sólo a partir del 2 de abril *"...se determinó que la competencia correspondía a la Dirección General de Asuntos Económicos..."*. Se confunde así interesadamente *"...el titular del órgano administrativo o entidad que posea la información..."*, previsto en el artículo 17.1 LTAIPBG como simplemente aquél a quien ha de ir dirigida la solicitud, con el *"órgano competente para resolver"*, que es el único con capacidad para determinar el *"dies a quo"* del cómputo del plazo máximo en el procedimiento, conforme al artículo 20.1 LTAIPBG. Lisa y llanamente, el Ministerio pretende que la mera reasignación interna de sus competencias se oponga de la forma más descarada frente al ciudadano para ocultar la evidente extemporaneidad de la prórroga del plazo inicial, pues quien acabó asumiendo la competencia de resolución, el 5 de junio de 2018, fue el propio Ministerio.

La prórroga por otra parte no tenía fundamento legal, ya que la posibilidad de acordarla está condicionada a que la haga necesaria *"...el volumen o la complejidad de la información..."*⁴⁷; mientras que el Ministerio la amparó literalmente en la circunstancia de *"...que la información solicitada no se encuentra disponible en este centro directivo, siendo necesario solicitarla al organismo competente"*.

El CTBG, en su Resolución 342/2018, como no podía ser de otra forma a la vista de manipulaciones tan groseras, desenmascara sin muchas dificultades los defectos formales en que ha incurrido el Ministerio. Y así, respecto del retraso en la resolución, tras recordar que el solicitante había utilizado adecuadamente el Portal de Transparencia como canal *"...a través del cual los ciudadanos pueden dirigir sus solicitudes de acceso a la información a los organismos competentes..."*, afirma su incapacidad para comprender *"...el retraso en la tramitación de la solicitud, máxime cuando la misma identificaba claramente que su objeto era contratos y, por lo tanto, información de carácter económico"*. Y, tras recordar su propia doctrina sobre los supuestos de hecho que justifican la ampliación, concluye taxativamente que aquéllos *"...no se dan en el caso que nos ocupa, en el que entendemos incorrecta la ampliación del plazo máximo para resolver realizada"*.

Por otra parte, las manipulaciones procedimentales del Ministerio no se limitaron a la tramitación de la solicitud sino que se extendieron también en su comparecencia ante el CTBG. En efecto, sólo llegó a emitirse resolución desestimatoria sobre el fondo cuando el particular ya había acudido a la reclamación, y esta resolución no constituyó, a todas luces, más que un intento de maquillar los palmarios

⁴⁶ Por virtud del artículo 20.1 LTAIPBG.

⁴⁷ Artículo 20.1, párrafo segundo, LTAIPBG.

incumplimientos formales del Ministerio, como lo demuestra la sospechosa datación de aquélla el día 5 de junio de 2018 que, casualmente, era el mismo día en el que el particular había acudido al órgano estatal garante de la transparencia. Esto en sí mismo, constituye una prueba de que, como afirma con datos empíricos el profesor MARTÍN DELGADO, los órganos administrativos utilizan el silencio negativo como *"... estrategia para ganar tiempo, de tal modo que en un número muy relevante de supuestos no actúan hasta que el organismo les da traslado de la reclamación..."*⁴⁸.

Por si esto no fuera suficiente, el CTBG llegó a tener noticia sobre la anterior resolución exclusivamente por habérsela hecho llegar el particular en un escrito complementario fechado el día 14 de junio. El Ministerio, en efecto, no se dignó en informar al CTBG de este hecho ni siquiera en la fase de alegaciones que siempre ofrece aquél, lo que lleva a este órgano a reprocharle su falta de colaboración en los más amargos términos⁴⁹.

La tramitación de un procedimiento administrativo como el aquí expuesto, con tan notorio desprecio a la aplicación de la normativa de transparencia refleja, como mínimo, una actitud contraria a los principios de buen gobierno desarrollados en el Título II LTAIPBG, lo que evidencia la necesidad de tipificar expresamente estas conductas como constitutivas de infracción disciplinaria de los altos cargos – muy probablemente corresponsables de todas estas groseras manipulaciones procedimentales – que difícilmente podría tener ahora cabida en las conductas típicas previstas en el artículo 28 LTAIPBG.

A partir de aquí, entramos en las críticas de que es susceptible la propia decisión sobre el fondo de la Resolución 342/2018 por el órgano estatal garante de la transparencia, imputable ya ciertamente – pero no de modo exclusivo – a la defectuosa regulación de las materias clasificadas en nuestro ordenamiento jurídico.

Omitiendo informar sobre el contenido de la resolución desestimatoria, el Ministerio simplemente había comunicado al CTBG, en respuesta a su solicitud de alegaciones, que la petición de información no era atendible por resultar ésta clasificada en virtud de diversos Acuerdos del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 y de 17 de marzo y 29 de julio de 1994, que proclamaron como materia reservada *"...La producción, adquisición, suministros y transportes de armamento, munición y material bélico"*. Entiende, en consecuencia, que concurre el límite del artículo 14.1 a) LTAIPBG, pues en su opinión *"...se pondrían de manifiesto y*

⁴⁸ MARTÍN DELGADO, I en DIEZ SASTRE, S (Dir): "Informe sobre la Justicia Administrativa 2019". *Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa UAM*. Julio, 2019. Pág. 302.

⁴⁹ En el penúltimo párrafo del FJ 4º de la Resolución 342/2018, se dice literalmente: "En el caso que nos ocupa, tal y como se deriva de la resolución finalmente dictada – que, por otro lado, es aportada por el reclamante y no por la Administración en su escrito de alegaciones a pesar de que el requerimiento de alegaciones indica que deberá aportarse toda documentación en la que se fundamenten las mismas ...".

Dos ejemplos de transparencia claudicante

se harían públicas las distintas capacidades militares de España, con el consiguiente perjuicio potencial que supondría la divulgación de esta información”.

Estas consideraciones llevan al CTBG a afirmar que *“...tan solo se hace una mención al límite que se considera de aplicación sin desarrollar los argumentos en base a los cuales se justifica tal apreciación... Esta respuesta es, a todas luces, contraria a la interpretación administrativa y jurisprudencial de los límites al acceso que se ha desarrollado previamente”⁵⁰.*

En efecto, lo que está insinuando el CTBG en este último caso, es que, los citados Acuerdos suponían, lisa y llanamente, la exclusión de materias completas del principio de transparencia, algo que se opone frontalmente a la doctrina consolidada del propio órgano de garantía, en la que reiteradamente se sostiene que la aplicación de los límites del acceso previstos en el artículo 14 LTAIPBG no opera *“...ni automáticamente a favor de la denegación ni absolutamente en relación a los contenidos”* y que, en consecuencia, *“...su aplicación no será en ningún caso automática: antes al contrario deberá analizarse si la petición de información supone un perjuicio (test del daño) concreto, definido y evaluable...”* porque, de lo contrario, *“...se estaría excluyendo un bloque completo de información”* (apartado V del CI 002/2015, de 24 de junio de 2015).

Pero, llamativamente, a partir de aquí, el CTBG va reconstruyendo una respuesta desestimatoria al ciudadano que la propia Administración no se había molestado en perfilar en sus aspectos jurídicos más básicos. Y, de esta manera, al analizar el fondo de la solicitud, el CTBG, respecto de la relación de contratos de armamento vendidos por España, recuerda que sustancialmente esta información ya era objeto de publicidad activa y, supliendo un deber que nuevamente era exigible al Ministerio⁵¹, indica al particular, por primera vez, el “link” donde podía obtenerla.

En relación, sin embargo, con los contratos de adquisición de armamento, el CTBG no tiene empacho alguno al desestimar la solicitud del particular sobre la base de que: *“...comparte la apreciación de que la identificación del material de defensa que es adquirido por nuestro país... indica las carencias que en esta materia tiene nuestro país y que intentan ser suplidas precisamente mediante la compra de material...”*.

El argumento es, a mi juicio, de escaso rigor, pues la actual política de defensa del Estado español no se fundamenta exclusivamente en las decisiones nacionales, sino que tiene particular reflejo en los compromisos internacionales asumidos en el seno de la Organización del Tratado del Atlántico Norte o en el marco de la propia política exterior y de seguridad de la Unión Europea. Por consiguiente, resulta simplista que la adquisición de armamento se relacione estrictamente con las

⁵⁰ FJ 4º in fine de la Resolución 342/2018.

⁵¹ Inicio del FJ 6º de la Resolución 342/2018. En efecto, conforme al artículo 22.3 LTAIPBG: “Si la información ya ha sido publicada, la resolución podrá limitarse a indicar al solicitante cómo puede acceder a ella”.

carencias armamentísticas de España ya que aquella podría derivarse de las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país. Dando por buena esta explicación, por tanto, el CTBG renuncia a conocer con certeza el concreto límite aplicable al acceso (que podría ser perfectamente el del artículo 14.1 c) LTAIPBG) y se opta por la solución fácil de aceptar la exclusión genérica de asuntos, interpretación que él mismo considera incompatible con el principio de transparencia⁵².

Terminamos este asunto con dos últimas precisiones. En primer lugar, el supuesto aquí relatado nos demuestra que, en España estamos todavía muy lejos de asumir – y mucho más en sede administrativa de los órganos de garantía de la transparencia – el *“in camera review”* que sería una solución ideal, aunque no generalizable, para realizar un tratamiento debidamente ponderado entre la transparencia y las materias clasificadas.

Y, por último, hay que recordar que este tipo de resoluciones del CTBG son especialmente relevantes porque, al estar implicada una competencia exclusiva del Estado (la del artículo 149.1.4^o CE, sobre defensa y fuerzas armadas), ningún órgano independiente autonómico de garantía de la transparencia podría enfrentarse a la resolución de una solicitud con parecido objeto y, por tanto, emanar *“doctrina de contraste”* susceptible de cuestionar interpretaciones tan unilaterales y sesgadas como las de la Resolución del CTBG que se acaba de comentar.

4. CONCLUSIONES

De lo hasta ahora dicho se puede concluir que el gran peligro para la transparencia es su naturaleza de derecho prospectivo, es decir, de derecho cuya definitiva implantación exige un cambio sustancial de las relaciones entre los poderes públicos y la ciudadanía, cambio que, en la medida en que esté más o menos lejos de producirse, sitúa a la transparencia en una precaria situación con derechos de naturaleza reactiva, como la protección de datos o los secretos de estado.

En el ámbito de la Unión Europea el derecho a la protección de datos personales se ha configurado con una fisonomía propia, que deja a los Estados Miembros escaso margen regulatorio, de modo que las interpretaciones jurisprudenciales de este derecho, en particular cuando está en juego la publicidad de los datos, acaban delimitando en el plano nacional los límites del derecho a la transparencia.

Conforme a las sentencias analizadas del TJUE y el TGUE, el legislador europeo, antes de aprobar una norma que imponga la publicidad de determinados datos personales, debe ponderar las circunstancias concurrentes para que la norma no

⁵² Es decir, el límite derivado de *“La defensa”* o las *“Relaciones exteriores”*, de las letras b) y c) del artículo 14.1 LTAIPBG.

Dos ejemplos de transparencia claudicante

sea anulada. En cambio, cuando esta labor se plantea en el ámbito del derecho de acceso son los solicitantes del mismo quienes tienen la carga de justificar las razones por las que debe prevalecer el principio de transparencia, con derogación expresa de la regla general del artículo 6.1 del Reglamento 1049/2001, según la cual el solicitante de la información pública no está obligado a justificar su solicitud.

Es necesario un consenso que permita la definitiva modificación del Reglamento 1049/2001 en el sentido del Tratado de Lisboa, aprovechando la entrada en vigor del RGPD para conformar un sistema de protección de datos más respetuoso con la necesaria publicidad de determinados datos personales, basado en la justa ponderación de los intereses concurrentes del caso concreto.

En España hay que replantear de nuevo el desarrollo regulatorio de la Base de Datos Nacional de Subvenciones, permitiendo que en la norma resultante informe el CTBG estatal.

De la misma forma debe abordarse una modificación de la LSO que compagine mejor las tensiones entre la transparencia y los secretos de estado. Particularmente en lo que respecta al reconocimiento expreso del control jurisdiccional de los actos de clasificación, con eventual posibilidad del *"in camera review"* y la desclasificación automática de las informaciones por el transcurso de plazos razonables.

Con independencia de que el CTBG tenga grandes limitaciones legales cuando se enfrenta a reclamaciones sobre el acceso a materias clasificadas, no puede dejar de apreciar los incumplimientos formales en que incurra el correspondiente Ministerio y órgano público. En este sentido sería deseable que la labor obstructiva de los procedimientos de acceso estuviera específicamente tipificada en la Ley de transparencia como "infracción disciplinaria de buen gobierno" para abarcar la responsabilidad del alto cargo implicado en cualesquiera maquinaciones procedimentales encaminadas a perturbar el derecho de acceso.

BIBLIOGRAFÍA

BLANES CLIMENT, M.A.: "La opacidad de las dietas de los eurodiputados y la inexistencia de mecanismos de control" (26-9-2018). En: <https://miguelangelblanes.com/2018/09/26/la-opacidad-de-las-dietas-de-los-eurodiputados-y-la-inexistencia-de-mecanismos-de-control/>

COTINO HUESO, L en VALERO TORRIJOS, J y FERNÁNDEZ SALMERÓN (Coord.). *"Régimen jurídico de la transparencia del sector público: del Derecho de acceso a la reutilización de la información"*. Thomson Reuters Aranzadi. Año 2014.

DE VILLAMOR MORGAN-EVANS, E: *"El elemento valorativo en la interpretación del Derecho"*. Cáceres, 2001.

- FLORES MEDINA, R. J: "Derechos humanos, litigación y derecho prospectivo". En *"Derechos Humanos a debate"*. Comisión estatal de Derechos Humanos de Jalisco. N^o 3. Diciembre 2016-Marzo 2017.
- GARRIDO CUENCA, N: "El episodio judicial de la desclasificación de los papeles del CESID: las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997. Paradojas y paralogismos de un conflicto entre la función de gobierno y el derecho a la tutela judicial efectiva". *Revista de Administración Pública*. N^o 143. Madrid. Mayo-agosto 1997.
- GUICHOT, E en BLANCO ESTEVE, A (Coord). "Transparencia versus protección de datos". *"El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo derecho administrativo"*. Actas del VI Congreso de la Asociación Española de profesores de Derecho Administrativo. Palma de Mallorca, 11 y 12 de febrero de 2011.
- GUICHOT, E (Coord): *"Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno"*. Técnos, 2014.
- MARTÍN DELGADO, I, en DIEZ SASTRE, S (Dir): "Informe sobre la Justicia Administrativa 2019". *Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa UAM*. Julio, 2019. Pág. 302.
- MÁRQUEZ PÉREZ, J.M: *"Curso on line sobre Transparencia y Gobierno Abierto. Módulo 4"*. INAP, 2018.
- PORRAS RAMÍREZ, J.M: "Los límites a la transparencia. El menguado alcance del derecho de los ciudadanos a acceder a la información en poder de las instituciones europeas". *Teoría y Realidad Constitucional*, n^o 53. UNED, 2014.
- RAMS RAMOS, L: "Tratamiento y acceso público a documentos oficiales". En PIÑAR MAÑAS, J.L (Dir): *"Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad"*. Madrid, 2016. Ed. Reus. Págs. 601-619.
- REY MARTÍNEZ, F: "Derecho de acceso a la información y secretos oficiales en el ordenamiento español". *Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico*. N^o 5. Junio, 2013. Págs. 192-201.
- RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M: "El Tribunal de Justicia y los derechos en la sociedad de la información: privacidad y protección de datos frente a libertades informativas". *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. N^o 24. Granada. Julio-Diciembre, 2015.
- SCALIA, A: "The Freedom of Information has no clothes". *AEI Journal on Government and Society. Regulation*. March-April, 1982.
- SOTO LOSTAL, S.A.: "Comentarios a la legislación española sobre secretos oficiales a la vista de la Sentencia de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia (EEUU), de 21 de mayo de 2013". *"Revista Española de Derecho Constitucional"*. N^o 111. Septiembre- Diciembre de 2017.