

RC 8005/2021

**A LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
TRIBUNAL SUPREMO**

D^a. MARTA SANZ AMARO, (Proc. nº 670), en nombre y representación de **GREENPEACE ESPAÑA**, según tengo acreditado en las actuaciones de referencia, actuando bajo la dirección letrada de doña Laura Díaz Román, Abogada ICAM 27.094, ante la Sala comparezco y como mejor proceda en Derecho, **DIGO**

Que el día 26 de mayo de 2022 me ha sido notificada la diligencia de ordenación del 24 anterior en virtud de la cual se me confiere el plazo de treinta días para **INTERPONER RECURSO DE CASACIÓN** contra la Sentencia 510/2021, de quince de septiembre, dictada por la Sección Sexta del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el procedimiento Derechos Fundamentales 509/2020, lo que se verifica mediante el presente escrito, y conforme a lo dispuesto en el Auto de admisión de 11 de mayo de 2022, el mismo se fundamentará en los siguientes

MOTIVOS

PRIMERO.- Determinación de si a los efectos del derecho a la información reconocido en el artículo 20.1 d) de la CE, cabe incluir dentro de los límites a los que se refiere el apartado 4, los establecidos en el artículo 14.1 a), b) y h) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno –en lo sucesivo LTAIBG-, en este caso, respecto de la exportación de armas.

A) La sentencia de 15 de septiembre de 2021, infringió los artículos 20.1.d) y 20.4, 96, 10.2 CE; el artículo 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos –CEDH- y la jurisprudencia constitucional y del TEDH dictada en interpretación de dichos preceptos.

El escrito de preparación de este recurso, al denunciar la infracción de esta normativa, dejó señalado que el artículo 10.1 CEDH regula el derecho a la libertad de expresión, atendiendo a su doble vertiente como libertad de opinión y libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas. Desde esta doble perspectiva, mi representada invocó en su demanda que la jurisprudencia del TEDH ha evolucionado hasta terminar reconociendo que el derecho de acceso a la información forma parte, como derecho instrumental, del derecho a la libertad de expresión. También que las organizaciones no gubernamentales, como GREENPEACE ESPAÑA, deben ser consideradas “perros guardianes” de la sociedad --*wachdogs* en palabras del TEDH-- al canalizar las informaciones que permiten mantener debates necesarios en una sociedad democrática, realizando funciones similares a las que tradicionalmente han realizado los medios de comunicación.

Esta interpretación del artículo 10.1 CEDH fue invocada por mi mandante en su demanda, al considerar que nuestros tribunales, conforme a lo dispuesto en el artículo 96 CE y a la regla hermenéutica contenida en el artículo 10.2 CE, debían incorporar esta nueva doctrina del TEDH para definir el contenido del derecho a la libertad de comunicar y recibir libremente información veraz, reconocido en el artículo 20.1.d) CE. Por otra parte, fue esta invocación de la vulneración de un derecho fundamental, lo que motivó que la propia sentencia impugnada admitiera la necesidad de tramitar el recurso de mi mandante por la vía del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, cuando una vez admitida la conexión entre este derecho y el reconocido en el artículo 105.b) CE, afirmó que la no entrega de la información solicitada podría afectar al derecho de esta parte a “*comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*” (FJ 6º).

Sin embargo, el Tribunal de instancia afirmó también que, conforme al apartado 4 del mismo precepto constitucional, “*estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia*”. Y añade que en nuestro caso, “*encuentra sus límites precisamente en la seguridad y defensa del Estado y en los intereses económicos y comerciales recogidos en el artículo 14 de la Ley 19/2013 y la Ley 9/1968, sobre secretos oficiales*”. Con ello procedió a

desestimar el recurso planteado por mi mandante y a declarar que la resolución impugnada en la instancia era ajustada a derecho.

Es precisamente en este punto, que esta parte respetuosamente discrepa con lo afirmado por la Sala de Madrid. Una recta interpretación de lo dispuesto en el artículo 20.4 CE debería llevar a entender que, hallándonos en el ámbito del derecho a la libertad de expresión, tan solo podrían operar aquí los límites que de forma precisa establece este precepto: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

En ningún caso será posible ampliar estos supuestos a los considerados en la sentencia, pues ni la seguridad nacional, ni la defensa, ni los intereses económicos y comerciales previstos en el artículo 14.1 a), b) y h) LTAIBG, son derechos reconocidos en el Título I CE.

Como también se razonó en la demanda y en el escrito de conclusiones, la Ley 19/2013, LTAIBG, desarrolla el derecho de acceso a la información regulado en el artículo 105.b) CE, y tiene por objeto “ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento” (artículo 1).

El hecho de que el artículo 105.b) CE no se encuentre ubicado en el Título primero CE, sino en el Título cuarto, “Del Gobierno y de la Administración”, no puede suponer que al mismo se le deniegue su carácter instrumental para que pueda ser ejercitado plenamente el derecho fundamental a la libertad de expresión, en su vertiente de comunicación e información reconocido en el artículo 20.1.d) CE, en los términos establecidos por el TEDH en su jurisprudencia relativa al artículo 10 CEDH, al igual que lo hace el Comité de Derechos Humanos de la ONU y el TJUE.

B) La sentencia de 15 de septiembre de 2021, infringió también el derecho a la libertad de expresión de mi representada al vulnerar el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos –CEDH- y jurisprudencia constitucional y del TEDH dictada en interpretación de dicho precepto, así como lo establecido en el artículo 14.2 y 16 LTAIBG.

Como también fue expuesto en el escrito de preparación del presente recurso, la sentencia de instancia vulneró la citada normativa al no haber **aplicado el juicio de proporcionalidad que exige tanto la LTAIBG, como la doctrina del TEDH, para imponer límites al ejercicio de un derecho fundamental.**

La doctrina general nos recuerda que ningún derecho fundamental es absoluto, ni se puede predicar su aplicación ilimitada en todo caso (véase en este sentido, por todas, la STC 254/1988, de 21 de diciembre, fundamento jurídico 3º). En este sentido, tampoco los derechos a la libertad de expresión y al acceso a una información veraz son ilimitados, sino que tienen límites establecidos en la Ley, **siempre y cuando estén orientados a salvaguardar las sociedades democráticas y los principios que las integran.**

En nuestro caso, la sentencia señaló como aplicables los límites recogidos en las letras a) b) y h) del artículo 14.1 LTAIBG, y el debate versa sobre si la mera invocación de los mismos desplaza lo establecido en el artículo 14.2 LTAIBG y 20.4 CE, así como en la jurisprudencia del TEDH sobre los criterios que deben seguirse para la imposición de límites al ejercicio de los derechos fundamentales ampliamente planteada; y si esta invocación de los mismos exime a la Administración de la obligación de llevar a cabo el juicio de proporcionalidad exigido por la LTAIBG y la doctrina del TEDH. Intereses que conforme al artículo 14.2 LTAIBG, deben ser ponderados mediante una interpretación justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección, y que en el presente caso no se ha realizado.

El artículo 14.2 LTAIBG exige que los límites que se aplican al derecho de acceso a la información pública estén justificados y sean proporcionados a su objeto y finalidad de protección, y que atiendan a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso. Esta cuestión está también íntimamente ligada a la vulneración del artículo 10.2 CEDH y la jurisprudencia que lo interpreta.

El artículo 10.2 CEDH, establece expresamente una serie de límites al ejercicio de este derecho fundamental:

“El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la

seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

El TEDH establece que **los límites a la libertad de expresión y al derecho a obtener información veraz establecidos en las leyes, deben ser proporcionales**. La imposición de un límite al derecho contemplado en el artículo 10 CEDH no puede impedir su ejercicio con carácter absoluto, sino que puede restringirlo tan sólo en aras de salvaguardar otro bien jurídico esencial (como la sociedad democrática, la seguridad nacional, etc.), previo juicio de proporcionalidad.

A lo largo de su jurisprudencia, en su función de control de los límites impuestos por los Estados al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, el Tribunal ha efectuado sistemáticamente un juicio de proporcionalidad en el que pondera los bienes jurídicos en conflicto: el TEDH efectúa un balance entre el sacrificio impuesto (el límite al ejercicio del derecho impuesto), y el beneficio obtenido de la aplicación de dicho límite.

El TEDH reconoce un amplio margen de apreciación a los Estados para establecer los límites que permite el art. 10.2 del CEDH. Ese reconocimiento implica que pueden oponerse excepciones a la obligación positiva de los poderes públicos de facilitar información solicitada por ciudadanos particulares, que excusan al Estado del cumplimiento de esa obligación positiva de dar información, sin incurrir con ello en un incumplimiento del Tratado. Dicho lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Europa está llena de matices: en el caso *Österreichische vereinigung... c. Austria*, de 28 de febrero de 2014¹, el TEDH reprochó la falta absoluta de publicidad de los pleitos contenciosos que resolvía la autoridad nacional, y declaró vulnerado el artículo 10 CEDH. El TEDH no impuso una obligación positiva al Estado de publicar, y se abstuvo de decir cómo y cuánto debería haberse publicado para no haber vulnerado el derecho de acceso a la información. Pero quedó claro en la sentencia que la autoridad tirolesa debería publicar de manera periódica algún tipo de información sobre sus decisiones, (párrafos 49 a 57).

En segundo lugar, el TEDH ha establecido una condición formal de acceso a la información a los solicitantes: la solicitud de acceso a la información debe realizarse sobre un documento o grupo de documentos determinados y concretos. El TEDH considera que el hecho de que la

¹ <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-139084>

información objeto de solicitud esté lista y disponible, debería constituir un criterio importante en la evaluación general de si la negativa a proporcionar información puede constituir una vulneración del artículo 10 CEDH. Véase la ya citada sentencia de la Gran Sala, de 8 de noviembre de 2016, en el caso *MAGYAR HELSINKI BIZOTTSÁG C. HUNGRÍA*², (párrafo 169).

Por último, el TEDH ha proyectado sus criterios clásicos para enjuiciar los límites impuestos a los derechos fundamentales, al supuesto concreto del acceso a la información pública: el principio de legalidad, supone que la restricción de un derecho individual tiene que estar prevista en una ley nacional; la injerencia en el ejercicio del derecho debe perseguir un objetivo legítimo, (“la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”, artículo 10.2 CEDH); y la medida limitativa del derecho debe ajustarse a un estricto juicio de proporcionalidad, que ha de responder a la pregunta de si la injerencia era “necesaria en una sociedad democrática”, cuestión decisiva y determinante en la mayoría de los supuestos para que el TEDH resuelva el asunto.

Los Estados pueden establecer los límites que consideren oportunos, conforme al margen de apreciación del que disfrutan. Pero en última instancia, corresponde al TEDH controlar si los criterios establecidos en la imposición de límites al derecho a la libertad de expresión, respetan la aplicación del principio de proporcionalidad fijado por el TEDH.

Sirva como ejemplo el caso *Sunday Times c. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979³, en el que la justicia inglesa prohibió la publicación de un artículo en el diario *Sunday Times* porque interfería en el derecho fundamental a la justicia imparcial de los demandantes. El TEDH falló que la prohibición de publicar el artículo constituía una violación del artículo 10.1 CEDH. Los bienes jurídicos en conflicto en este caso, eran el derecho a un proceso equitativo, del artículo 6.1 CEDH, y el derecho a la libertad de expresión y a recibir información veraz, del artículo 10.1 CEDH. El Tribunal ponderó que el caso de la talidomida preocupaba a la opinión pública, así que la gente tenía derecho a recibir una información adecuada, principio incluido en el artículo 10 CEDH: “En el presente caso, las familias de numerosas

² <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-167828>

³ [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:\[%22001-165154%22](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:[%22001-165154%22)

víctimas de la tragedia, ignorantes de las dificultades jurídicas en las que se encontraban, tenían un interés fundamental en conocer cada uno de los hechos subyacentes, así como de las posibles soluciones que planteaba el caso” (párrafo 66).

A la luz de las circunstancias concretas, el Tribunal llega al siguiente razonamiento: “A decir verdad, si el artículo del Sunday Times hubiera aparecido a su tiempo, la Distillers (empresa Farmacéutica) hubiera podido sentirse obligada a desarrollar en público y antes de cualquier juicio, sus argumentos sobre los hechos de la causa (párrafo 63), ... pero tales hechos no cesaron de salir a la opinión pública, ya que constituían el contexto de un proceso pendiente de fallo. Tratando de aclarar ciertos hechos, el artículo hubiera podido servir de freno a las controversias especulativas de personas mal informadas” (párrafo 66). El TEDH decretó que hubo una violación del artículo 10 CEDH, fundando su decisión sobre la base no solamente del interés en la buena administración de justicia, sino también el interés de la prensa de informar a la gente, y el interés de la gente de recibir dicha información.

Si hay una dimensión de la doctrina del TEDH que resulta particularmente relevante en este recurso, es la valoración sobre la existencia de una **‘necesidad social imperiosa’** de limitar el ejercicio del derecho a la libertad de información. Este concepto se asocia al juicio estricto de proporcionalidad y a la indagación sobre si el límite impuesto al derecho es o no necesario en una sociedad democrática. La noción de necesidad social imperiosa no es sinónimo de necesidad indispensable (pudiendo ser más ligera), pero tampoco al punto de identificar esa necesidad con la noción de medida admisible, útil, razonable u oportuna (asunto Gorzelik y otros c. Polonia, núm. 44158/98, de 17 de febrero de 2004⁴). Además, la existencia de esa necesidad, cuya apreciación cabe dentro del amplio margen de apreciación de que gozan los Estados, debe valorarse de modo riguroso cuando está en juego la libertad de prensa (asunto Eerikänen y otros contra Finlandia, núm. 3514/02, de 13 de marzo de 2009⁵). Si bien el TEDH no siempre se pronuncia sobre la existencia de una necesidad social imperiosa de forma expresa, si analiza el carácter pertinente y suficiente de los motivos proporcionados por las autoridades nacionales a la hora de valorar la existencia de tal necesidad (asunto Janowski contra Polonia, núm. 25716/94, de 21 de enero de 1999⁶).

En cuanto a los criterios de evaluación de los límites a la libertad de acceso a la información pública utilizados por el TEDH, el Tribunal considera que debe tenerse en cuenta la finalidad perseguida por la solicitud de información (que en ningún caso debe obedecer a intereses

4 <https://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-60003>

5 <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-91242>

6 <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-163704>

espurios); la naturaleza de las informaciones solicitadas y que estas sean de interés público; el papel del solicitante con especial atención al que desempeñan periodistas y ONGs; y la disponibilidad previa de la información (sentencia del asunto Magyar Helsinki Bizottság contra Hungría, de 8 de noviembre de 2016, p. 157).

Si aplicamos al presente caso el juicio de proporcionalidad anteriormente descrito, cabe afirmar que mi representada cumplió con la primera condición formal de acceso a la información impuesta a los solicitantes: la **solicitud de acceso a la información debe realizarse sobre un documento o grupo de documentos determinados y concretos**. En este caso, la solicitud de mi mandante, realizada al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo a través del portal de transparencia de la Administración General del Estado, estaba referida a la “copia del expediente o expedientes administrativos referidos a las autorizaciones o licencias concedidas, así como renovaciones de éstas, para la exportación a Arabia Saudí de porta-morteros Alakran 120 mm, de la empresa NTGS, desde el año 2016 a la actualidad”, por lo que la información solicitada es una información que la Administración puede facilitar sin mayor elaboración, porque ya está preparada y no es necesario “crearla”, tal y como exige la doctrina del TEDH.

En segundo lugar, se cumple con el primer requisito del juicio de proporcionalidad en la imposición de un límite al ejercicio de un derecho: el **principio de legalidad**. En el presente caso, los límites al ejercicio del derecho fundamental a recibir y comunicar libremente información veraz que se están examinando -seguridad nacional, defensa e intereses económicos y comerciales- están previstos en el artículo 14.1.a) b) y h) de la LTAIBG.

En tercer lugar, el límite impuesto debe **perseguir un interés legítimo**, que están tasados en el artículo 10.2 CEDH y son los siguientes: “la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. Encontramos por tanto, que los límites previstos en el artículo 14.1. a) y b) LTAIBG se encuentran entre los objetivos legítimos que la restricción de un derecho fundamental puede perseguir, pero no sucede lo mismo con el límite previsto en el artículo 14.1 h) de la referida ley, relativo a los intereses económicos y comerciales de la empresa.

En relación con el objetivo de la seguridad nacional y la defensa, resulta necesario traer a colación que el propio Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de España ha establecido (en otras denegaciones de información similares, resoluciones de 12 de mayo de 2016 -

R/0054/2016-, y 4 de diciembre de 2019 -R/0648/2019), que **no es la seguridad nacional lo que se pone en juego con la desclasificación de la información secreta, sino los intereses económicos de la empresa exportadora de armas.**

Desaparece así, por tanto, el objetivo de salvaguardar la seguridad nacional y la defensa, que según lo establecido por el citado organismo público no se ponen en riesgo con el acceso a la información comercial de las empresas exportadoras de armas. Así pues, el único objetivo que persiste para limitar el acceso a la información de mi mandante, es la protección del interés económico y comercial de la empresa NTGS.

Llegamos así al último de los requisitos establecidos por el TEDH para finalizar el juicio de proporcionalidad, necesario para saber si estamos ante la limitación legítima de un derecho fundamental: el **juicio de proporcionalidad estricto**. Toda vez que, según lo establecido por el CTBG -organismo perteneciente a la Administración General del Estado- no es la seguridad nacional lo que se pone en juego con la desclasificación de la información secreta, sino los intereses económicos de la empresa exportadora de armas, el juicio de proporcionalidad se haría entre los intereses económicos de la empresa y los derechos fundamentales en juego.

En nuestro caso, que el objetivo perseguido con la imposición del límite al ejercicio del derecho fundamental por mi mandante, es en realidad la protección del interés económico de la empresa NGTS, o los intereses comerciales de España, se pone de manifiesto en el informe del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, titulado **“Denegación información venta armas Arabia Saudí DFU 509/2020 IMPORTANCIA RELACIONES ECONÓMICAS ESPAÑA-ARABIA SAUDÍ”**, aportado como prueba por la Abogacía del Estado en su escrito de contestación a la demanda. En este informe, se citan de forma explícita las “principales operaciones ejecutadas por empresas españolas en Arabia Saudí”, con el claro objetivo de demostrar que esos intereses comerciales justifican la denegación de la información y la utilización de la normativa de secretos oficiales para alcanzar ese objetivo. Así pues, cabe afirmar que el objetivo del Gobierno es proteger la actividad comercial de la empresa exportadora de armas, y no la seguridad nacional.

El TEDH establece la necesidad de efectuar un juicio de ponderación entre los bienes jurídicos en conflicto. En el presente caso, encontramos que de una parte está el buen

funcionamiento de la actividad económica de la empresa (que, de hacerse pública la información, podría beneficiar a otras empresas potencialmente competidoras en detrimento de la empresa española NTGS). De otra parte, está el ejercicio del derecho de acceso a la información por parte de mi mandante, que es una ONG que trabaja activamente por la paz y el desarme, y que necesita acceder a la referida información para ejercer su derecho a la libertad de expresión, en el ejercicio de su función de “*watchdog*” o vigilante del poder en la sociedad.

El juicio de ponderación debería haber inclinado la balanza en favor de mi mandante, pues la información solicitada por Greenpeace España responde a un interés público innegable: la necesidad de obtener información sobre la exportación de armas y su adecuación a la legislación internacional en materia de derecho humanitario. Esta parte considera que la exportación de armas por parte de España es un asunto sobre el que el público tiene interés en ser informado, al tratarse de un tema social importante por su vinculación con la protección de los derechos humanos (asunto Magyar Helsinki Bizottság contra Hungría, pp. 161-162).

Resulta imprescindible recordar el **papel que desempeña mi mandante en el marco del control del poder público, expresado en la expresión del “*watchdog*”** al que ya se ha hecho referencia. Cabe insistir en que el TEDH atribuye a las ONGS una posición privilegiada en el acceso a la información en poder del Estado. En este sentido se expresan las SSTEDH asunto Tárzaság a Szabadságjogokért contra Hungría; Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung contra Austria y Youth Initiative for Human Rights c. Serbia, todas ellas citadas en la demanda (pág. 74).

En el presente recurso, como se ha venido argumentando en los párrafos precedentes, se pone de manifiesto el conflicto entre los bienes jurídicos protegidos ‘derecho de acceso a la información veraz’ e ‘interés económico y comercial de la empresa NTGS’, que debe resolverse en favor del primero por las razones expuestas en este epígrafe. No puede olvidarse que la finalidad de acceso a la información es controlar la legalidad de la venta de armas a terceros Estados, teniendo por objetivo último la protección del derecho a la vida e integridad física de personas que viven en terceros Estados, conforme a la legalidad internacional de la que España es signataria, por lo que en la solicitud de información requerida por mi mandante está presente el bien jurídico esencial “vida humana e integridad

física y moral”.

En cuanto al artículo 16 LTAIBG, este impone la obligación de conceder un acceso parcial a la información, previa omisión de la información afectada por el límite que sea aplicable en cada caso. La forma injustificada con que se dictó la resolución administrativa, validada por la sentencia recurrida en casación, sin que se hayan analizado los documentos concretos solicitados, ni se haya razonado sobre su posible contenido real y así decidir cuáles podrían ser objeto de un acceso parcial y cuales podrían dar lugar a algún tipo de afectación a los intereses invocados, constituye una clara vulneración de este precepto legal. Mi patrocinada ya indicó en la solicitud de información inicial, de 20 de agosto de 2020, que conforme a los criterios interpretativos del CTBG la información debía ser entregada de forma parcial, de operar algún límite de los previstos en la ley de transparencia.

Pero la sentencia recurrida también obvia este precepto legal y da por bueno el contenido íntegro de la resolución de la Dirección General de Política Comercial, de forma totalmente acrítica, sin acceder a examinar con carácter previo el contenido de los documentos solicitados, para acceder a entregar aquéllos, de forma integral o parcial, cuya información no ponga en riesgo los bienes jurídicos “seguridad nacional y defensa”, y sin elaborar ningún juicio de proporcionalidad conforme a lo dispuesto en el artículo 10.2 CEDH y el artículo 14.2 LTAIBG, a la doctrina del TEDH, y al propio contenido del artículo 20.4 CE.

Por todo lo razonado hasta aquí, y dando cumplimiento en este punto a lo dispuesto en el artículo 92.3.b) LJCA, la sentencia que se dicte deberá casar y anular la de la Sala de Madrid de de 15 de septiembre de 2021, y tras estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto, declarar el derecho de mi representada a obtener la información solicitada en los términos en que la misma fue instada.

SEGUNDO.- Determinar el alcance de la calificación de determinados documentos como materia clasificada y secreta en relación con el derecho de acceso a la información.

El escrito de preparación del recurso invocaba también como infringida la normativa reguladora de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos del Estado –LSO-.

En este escrito, se puso de manifiesto que la Sentencia de 15 de septiembre de 2021 vulneró la LSO, al asumir que ésta impide la entrega de la documentación solicitada por Greenpeace España, cuando la realidad es que la ley de 1968 sólo señala la posibilidad de que el Consejo de Ministros pueda declarar “materia clasificada” a algunos documentos en determinados casos, pero nada dice específicamente sobre las licencias de exportación de armas a terceros Estados.

La gravedad de lo descrito en el apartado ‘Hechos’ de la demanda, justifica la necesidad de fiscalizar la actividad del Gobierno en materia de autorización del comercio de armas, al existir la sospecha fundada de que podría estar vulnerándose la legislación nacional, en materia de venta de armas y los tratados internacionales vigentes en España. Pero la referida fiscalización sólo se puede llevar a cabo mediante el acceso a la información solicitada, que ha sido denegada a mi mandante. **La barrera de acceso a la información impuesta por el Gobierno mediante la clasificación secreta, constituye un límite absoluto a la posibilidad de fiscalizar la exportación de armas por parte de cualquier actor social o institucional.** Por ello, el derecho de acceso a la información pública actúa en este caso como presupuesto indispensable para ejercer el derecho a la libertad de información, y con ello ejercer un control sobre el efectivo cumplimiento de la legislación en materia de control de venta de armas. El reconocimiento del derecho de acceso a la información es requisito *sine qua non* para ejercer el control sobre el cumplimiento de la normativa en materia de venta de armas.

Al no reconocer la sentencia recurrida el derecho de acceso a la información como derecho fundamental, asume la posibilidad de limitarlo en defensa de otros derechos. Sin embargo, la LSO tan solo permite aplicar esta normativa, que excepciona el derecho de acceso a la información pública, a **los asuntos que pongan en riesgo la seguridad y defensa del Estado.** Solo en estos casos podrá declararse una materia clasificada por el Consejo de Ministros (artículos 2 y 4 LSO).

Así, la sentencia impugnada, al validar la resolución administrativa recurrida por esta parte, impuso un límite absoluto al derecho de acceso a la información, en la forma en que se entiende por mi mandante y que ha sido expuesto a lo largo del procedimiento judicial, así como en el presente recurso: como derecho íntimamente vinculado al derecho a la

información, en la línea de lo establecido en la jurisprudencia internacional que se ha venido citando.

Debe recordarse que, de conformidad con lo previsto en la LSO, el Consejo de Ministros adoptó el **Acuerdo de 18 de marzo de 1987**, en el que se calificaron como materia clasificada, en la categoría de secreto, las actas de la Junta Interministerial Reguladora del Comercio Exterior de Armas y Explosivos, que es el organismo que existía en 1987.

En la actualidad, el órgano encargado de verificar que los permisos de exportación de armamento cumplen con lo establecido en el Tratado de Comercio de Armas, y en la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso, no es la Junta a la que se refería el Consejo de Ministros en 1987, sino la Junta Interministerial Reguladora del Comercio Exterior de Material de Defensa y de Doble Uso -- en lo sucesivo la JIMDDU-. Mi representada solicitó los expedientes administrativos referidos a las licencias concedidas para las exportaciones a Arabia Saudí de los porta-morteros Alakran 120 mm, especificando que tal expediente debía contar en todo caso con las actas de la *“reunión de la Junta Interministerial Reguladora del Comercio Exterior de Material de Defensa y de Doble Uso –JIMDDU--”*, solicitud que fue denegada por la Resolución del Director General de Política Comercial, de 15 de septiembre de 2020, en aplicación de la excepción decretada en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de marzo de 1987.

Sobre este Acuerdo del Consejo de Ministros, debe tenerse en cuenta que aun cuando la resolución de 15 de Septiembre de 2020 se refiere al mismo como un Acuerdo de 13 de marzo de 1987, la realidad es que fue adoptado el día 18, tal y como se puso de manifiesto en la copia del Acuerdo que se aportó con la demanda como documento número 1. En el documento se comprueba, además, que el organismo referido no es la JIMDDU, sino la Junta Interministerial Reguladora del Comercio Exterior de Armas y Explosivos. A pesar de ello, la Sentencia de 15 de septiembre 2021 sigue considerando que son las actas de la JIMDDU las que fueron declaradas secretas por el Gobierno.

Así pues, el problema no reside tanto en los preceptos de la LSO como en el Acuerdo de 18 de marzo de 1987, que al ser aplicado a las actas de la JIMDDU, los desarrolla de modo incompatible con la Constitución. La solución por la que esta parte aboga es que se haga una

lectura de los artículos 2 y 4 LSO que sea compatible con el art. 20.1.d CE en conexión con el art. 105 CE, entendidos a la luz de lo dispuesto por el TEDH en aplicación del art. 10.2 CEDH.

Para ello, es necesario aplicar el juicio de proporcionalidad que exige el TEDH en su doctrina, para poder aplicar un límite al ejercicio de un derecho fundamental.

En primer lugar, cabe examinar la **conurrencia del principio de legalidad**, conforme al cual el límite al ejercicio del derecho fundamental debe estar previsto en una Ley. El límite impuesto por la Dirección General de Política Comercial a mi mandante, con la denegación del acceso a la información solicitada, proviene de la aplicación que el Gobierno hace de la LSO, pues la referida ley no contempla expresamente el carácter secreto de las autorizaciones de exportación de armas. Fue el Consejo de Ministros el que adoptó un Acuerdo en 1987, que declaró materia clasificada en la categoría de secreto todas las actas de la Junta Interministerial Reguladora del Comercio Exterior de Armas y Explosivos.

Aún cuando se aceptara que el TEDH no formula una definición formalista de la exigencia del principio de legalidad, **lo que no puede aceptarse es que un Acuerdo adoptado en el año 1987, para un organismo diferente al existente en la actualidad, y en un contexto histórico y social totalmente distinto del actual, pudiera dar cobertura a la exigencia de previsión legal requerida por el TEDH.**

La sentencia recurrida asume que la mera invocación de la presencia de una materia clasificada con la calificación de “secreta”, exime a la Administración -o al órgano judicial- de analizar si realmente nos encontramos ante un secreto oficial, cuya protección merezca limitar por completo el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, sin llevar a cabo el juicio de proporcionalidad exigido por la jurisprudencia del TEDH. En el presente caso, la sentencia *a quo* ni siquiera ha considerado adecuadamente la fecha y el organismo al que se refería el Acuerdo del Consejo de Ministros, que en el año 1987 calificó como secretas las actas de la Junta Interministerial Reguladora del Comercio Exterior de Armas y Explosivos.

La Sentencia recurrida, asume acríticamente los argumentos de la resolución de 15 de septiembre de 2020, sin reparar siquiera en los claros errores de aquella, que esta parte

acreditó debidamente. De este modo, en el FJ 6º se limitó a señalar:

“En cuanto a las actas de la Junta Interministerial Reguladora del Comercio Exterior de Material de Defensa y Doble Uso, debe tenerse en cuenta que por Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de marzo de 1987 se declaró materia clasificada con la calificación de secreto a dichas actas y como tales constituyen documentación clasificada de acuerdo al artículo 4 de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales”.

Lo que lleva al Tribunal de instancia a concluir, un poco más adelante en el mismo fundamento:

“Luego, en el presente caso, la Administración no ha vulnerado el derecho invocado por la recurrente (artículo 20.1.d) ya que se trata de información que contiene datos de terceros ajenos a ella, además de ser materia reservada conforme a la Ley 19/2013 y la Ley 9/1968 sobre secretos oficiales, por lo que procede en este caso la desestimación del recurso”.

La sentencia impugnada no tuvo ni siquiera en cuenta que esta parte acreditó que, el supuesto Acuerdo del Consejo de Ministros, de 13 de marzo de 1987 –al que también se refería la resolución administrativa- en realidad era de 18 de marzo de 1987, y que las actas que fueron declaradas materia clasificada con la calificación de secretas, no eran las actas de la JIMDDU, sino del organismo que en el año 1987 tenía encomendadas las competencias en materia de autorización del comercio de armas. Como también se alegó en la demanda, se trataba de organismos diferentes, en una realidad social muy distinta. La realidad de entonces estaba marcada por un grave problema de terrorismo, y la de hoy lo está por los compromisos internacionales asumidos por España en relación con el comercio de armas (incorporados al derecho interno español), que establecen especiales obligaciones de controlar las exportaciones de armas para que no se utilicen para cometer violaciones graves del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos.

En el paradigma normativo actual, no es posible denegar los expedientes solicitados por mi mandante sin haber acreditado que la información solicitada podría afectar a la seguridad del Estado, a la defensa nacional, a la paz exterior o al orden constitucional. Tampoco cabe que la mera invocación taumatúrgica de un Acuerdo del Consejo de Ministros, del que no se conocía ni la fecha, ni el órgano cuyas actas fueron declaradas secretas, pueda ser suficiente para denegar el acceso a la documentación solicitada, cuando lo que se pone en riesgo es el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de la recurrente. Menos todavía se puede

aceptar, que dentro de este nuevo orden establecido por el TCA del que España es signataria, los intereses económicos y comerciales de las empresas exportadoras de armas puedan ser protegidos a través de las potestades que la Ley de Secretos Oficiales pone en manos de la Administración, para que ésta proteja la seguridad del Estado o la defensa nacional.

En cuanto a los demás requisitos exigidos por el TEDH para superar el juicio de proporcionalidad -aplicable cuando se pretende limitar el ejercicio de un derecho fundamental- debe tenerse en cuenta que el TEDH también establece que los límites a la libertad de expresión y al derecho a obtener información veraz establecidos en las leyes, deben ser proporcionales. La imposición de un límite al derecho contemplado en el artículo 10 CEDH no puede impedir su ejercicio con carácter absoluto, sino que puede restringirse tan sólo en aras de salvaguardar otro bien jurídico esencial (como la sociedad democrática, la seguridad nacional, etc.), previo juicio de proporcionalidad.

La sentencia impugnada, al confirmar la resolución por la que la Administración viene a entender que las potestades especiales que le otorga la Ley de Secretos Oficiales pueden servir para proteger los intereses económicos de las empresas exportadoras de armas, o los intereses económicos del Estado, vulnera el derecho fundamental a la libertad de expresión e información de mi mandante en los términos que fueron expuestos en el motivo anterior.

Por ello, es necesario contar con una interpretación de la Ley de Secretos Oficiales que determine si las potestades conferidas en dicha norma para la salvaguarda de “la seguridad del Estado”, o de “la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional”, pueden ser utilizadas para preservar los “intereses económicos y comerciales” de las empresas dedicadas al comercio de armas. Y ello en los términos que plantea la sentencia impugnada, que considera ajustada a derecho la decisión administrativa de denegar la información contenida en las actas de la JIMDDU --por entender que las mismas son materia clasificada con la calificación de secretas-- y que el conocimiento de dichas actas por mi representada pudiera suponer un perjuicio para los intereses económicos y comerciales.

Como se ha constatado en los apartados precedentes -en relación con el análisis de los límites previstos en el artículo 14 LTAIBG- facilitar a mi mandante la información relativa a la exportación de armas no pone en entredicho la seguridad nacional, según refiere el organismo público CTBG. La propia demandada en su escrito de contestación a la demanda,

de forma explícita planteaba que en realidad eran los intereses económicos y comerciales de la empresa NTGS, o incluso los intereses comerciales del Estado, los que se pretendía proteger con la denegación de la información solicitada. La sentencia impugnada, al validar la actuación administrativa, asume que para proteger tales objetivos económicos y comerciales pueda ser empleada la normativa sobre secretos oficiales.

Y esto lo hace, además, sin llevar a cabo el preceptivo juicio de proporcionalidad. En nuestro caso, se trataba de ponderar el bien jurídico protegido “**interés económico y comercial de la empresa NTGS**” y el ejercicio del derecho fundamental de acceder a la información solicitada, regulado en el artículo 105 CE en conexión con el artículo 201.d) CE, por parte de Greenpeace España. Para llevar a cabo este juicio de proporcionalidad estricto, la Sala de Madrid hubiera debido analizar si la injerencia en el ejercicio del derecho fundamental era “**necesaria en una sociedad democrática**”.

El referido juicio de ponderación, en el presente caso, debería haber inclinado la balanza en favor de mi mandante, cuya finalidad es ejercer su libertad de expresión para cumplir con sus fines estatutarios - trabajar activamente por la paz y el desarme, en su función reconocida por la doctrina del TEDH de “*watchdog*” o vigilante del poder en la sociedad- y necesita para ello acceder a la información pública denegada. Tras la investigación efectuada y publicada en el año 2020 (pág. 15 y ss. de la demanda), considera esta parte que el suministro de la información solicitada hubiera permitido a mi mandante comprobar si desde España se pudieran estar exportando armas a Arabia Saudí, en contra de la normativa española e internacional sobre venta de armas. Ello puede estar provocando que se cometan **graves violaciones de derechos humanos contra la población de Yemen** en los términos que fueron explicados a lo largo del procedimiento contencioso administrativo. De este modo, no sólo se estaría violando la legalidad nacional e internacional en materia de comercio de armas, sino que se podría estar poniendo en peligro la vida de miles de ciudadanos yemeníes, siendo la vida el bien jurídico máspreciado de nuestro ordenamiento jurídico.

La finalidad de mi mandante no es otra que tener acceso a la información de que dispone una autoridad pública, para ejercer la libertad de recibir y comunicar información sin que exista ningún otro interés espurio, (en aplicación del criterio contenido en Magyar Helsinki Bizottság contra Hungría, de 8 de noviembre de 2016, p. 158). El acceso a la información solicitada es un elemento esencial del ejercicio del derecho a la libertad de información de

Greenpeace España (art. 20.1.d CE en conexión con el art. 105 CE, leídos ambos a la luz del art. 10.2 CEDH), porque la recopilación de la información solicitada supone una etapa preparatoria importante en el ejercicio de las actividades de la ONG, tendentes a abrir un debate público sobre el control de la venta de armas a países en conflicto por parte de empresas españolas. El acceso a la información solicitada por mi mandante, podría demostrar lo que hasta la fecha es sólo una sospecha o incluso un “secreto a voces”: que se están vendiendo armas en contra de lo previsto en la legalidad nacional e internacional (en este sentido aplicamos lo previsto en la STEDH de 14 de julio de 2009, caso Társaság a Szabadságjogokért contra Hungría, P. 27-28).

Así pues, cabe afirmar que **la finalidad perseguida** con la limitación del derecho de acceso a la información de mi mandante, **de proteger el interés económico y comercial de la empresa NTGS**, no sólo **no es “necesario en una sociedad democrática”** (en contraposición a la garantía de acceder a una información veraz por la ciudadanía, para formarse opiniones sólidas en un Estado democrático), sino que **puede considerarse espuria** frente a los bienes jurídicos ponderados, libertad de expresión y derecho a la vida.

La consecuencia de la aplicación de este límite por el que se impide tanto a la sociedad civil, como al resto de Poderes del Estado, conocer las razones de la JIMDDU para autorizar o denegar cualquier exportación de armas, supone el establecimiento de un espacio de impunidad del poder en esta materia, totalmente incompatible con un Estado de Derecho, máxime si con ello se pudiera estar validando que las autorizaciones de exportación de armas que actualmente está concediendo la JIMDDU, pudieran violar la normativa citada sobre comercio de armas, o sobre derecho internacional humanitario. En los términos en que mi representada considera que está sucediendo, y quedó demostrado con el resultado de las investigaciones publicadas en el diario.es, de fecha 20 de agosto de 2020, así como 11, 12 y 13 de Mayo de 2021, aportadas a los autos.

Por último, también en España el Tribunal Supremo impuso límites y excepciones a la imposición de límites al derecho de acceso a la información, en las **sentencias nº 2359/1997, 2391/1997 y 2389/1997, de 4 de abril de 1997, referidas al caso GAL**, expuestas detalladamente en el cuerpo de la demanda (págs. 62 Y SS.)

En aquel caso, tras realizar un minucioso juicio de ponderación, el TS accedió a desclasificar los documentos solicitados por la parte denunciante, al entender que la afección a la

seguridad del Estado chocaba en aquel caso con otros bienes jurídicos merecedores de una más alta consideración. El TS considera en esta jurisprudencia, que tratándose del buen curso de varios sumarios por asesinato, no había buenas razones por las que la mera seguridad interna del Estado debiera prevalecer sobre la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, cuando esta última servía para proceder contra atentados contra la vida, que es un derecho fundamental recogido en el artículo 15 CE. Por tanto, esta jurisprudencia es proclive a desclasificar documentos cuando, tras la realización de un juicio de ponderación, se concluye que prevalece la protección de los derechos fundamentales, cuando la publicidad de la información reservada no constituya un riesgo real para la seguridad, y sí un mecanismo idóneo para encubrir actos ilegales del Estado.

Por ello, a pesar de que en las referidas SSTTS de 4 de abril de 1997, el juicio de ponderación se efectúa entre el secreto de Estado y los artículos 24 y 15 CE, y no el artículo 20.1.d) CE como en el presente caso, constituye un precedente del máximo interés para el objeto de este recurso, por tratarse del único caso en que el TS ordenó la desclasificación de documentos tras la elaboración de un juicio de ponderación con los derechos fundamentales afectados por el referido secreto.

La resolución impugnada en el presente recurso de casación, mantiene el *statu quo* de 1987, cuando el concepto de seguridad del Estado era muy distinto al actual, como acredita la jurisprudencia sentada por las sentencias de 1997 del caso GAL. Las premisas de las que parte la sentencia recurrida se alejan de la realidad social del año 2022, en la que los verdaderos peligros para una sociedad democrática se encuentran en la propagación de las “noticias falsas” y en la desinformación, (aunque también en el abuso de poder que utilice los secretos de Estado para vulnerar la legalidad vigente). Para combatir todo ello, el ordenamiento jurídico ha previsto una nueva normativa de transparencia, en la que el acceso a la información pública cumple una relevante función. Baste aquí recordar la Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publicó el Procedimiento de actuación contra la desinformación–BOE 5-11-2020-, que con rotundidad afirma que el acceso a la información veraz y diversa es uno de los pilares que sustentan las sociedades democráticas.

Conforme a lo hasta aquí referido, la cuestión planteada en el Auto de Admisión sobre la determinación del alcance de la calificación de determinados documentos como materia clasificada y secreta en relación con el derecho de acceso a la información, deberá ser

resuelta en el sentido de entender que no cabe en nuestro ordenamiento jurídico el establecimiento de un espacio de impunidad en el que la mera mención de la existencia de una materia clasificada, autorice sin más la denegación automática de la información solicitada. Muy al contrario, la

presencia de información clasificada en la solicitud de información debería provocar, en primer lugar, la verificación de que tal calificación de secreta realmente merece serlo, en atención a los bienes jurídicos que pudieran verse realmente afectados. En nuestro caso, el examen del Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de marzo de 1987, hubiera permitido entender que el mismo no está referido a la JIMDDU, sino al organismo existente en aquella fecha, debiendo entonces la Administración proceder a facilitar la información solicitada por mi mandante, conforme a lo dispuesto en la legislación ordinaria de transparencia. Pero lo que en ningún caso resulta posible, es valerse de la normativa de secretos oficiales para alcanzar fines distintos a los previstos en la propia Ley, que justifican la aplicación de esta normativa excepcional.

Por todo ello,

A LA SALA SOLICITO Que, teniendo por presentado en tiempo y forma este escrito, acuerde tener por **INTERPUESTO EL RECURSO DE CASACIÓN** contra la Sentencia 510/2021, de 15 de septiembre de 2021, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid –Sección 6ª- en el Procedimiento de Derechos Fundamentales 417/2020, por la que se desestimó el recurso contencioso administrativo formulado por esta parte contra la Resolución de 15 de septiembre de 2020, y previos los trámites oportunos, dicte en su día sentencia estimatoria por la que la case y anule, y con estimación del recurso contencioso administrativo, anule también la Resolución administrativa impugnada y declare el derecho de esta parte a obtener la información solicitada.

En Madrid, a 6 de julio de 2022

El presente escrito tiene 49.752 caracteres con espacio, lo que se certifica.