



Los límites al acceso a la información en España: A propósito del terrorismo

Recibido: 20/11/2017
Aceptado: 08/01/2018

RESUMEN

En el actual entorno de riesgos y amenazas en el terreno de la seguridad, hay que buscar, desde el Estado de Derecho, el equilibrio entre seguridad y libertad, que presenta renovados perfiles en el mundo digital. Como es sabido, el radicalismo islámico y el terrorismo yihadista derivado del mismo emplean de manera intensa la tecnología digital.

En este contexto, las sociedades democráticas han convertido al principio de transparencia en uno de sus rasgos esenciales, pero no con carácter absoluto sino con límites. El derecho de acceso a la información encuentra en los temas de seguridad uno de sus frenos, que necesariamente habrán de tener en cuenta las amenazas terroristas indicadas. En este trabajo se analiza la dificultad para llevar a cabo la ponderación adecuada, con base en su objeto y finalidad, en casos relacionados con el terrorismo, teniendo en cuenta que la aplicación de los límites no debe operar de manera autónoma.

PALABRAS CLAVE

Terrorismo, seguridad, transparencia, límites

ABSTRACT

In the current environment of risks and threats in the field of security we must seek, from the Rule of Law, the balance between security and freedom, which present renewed contours in the digital world. As is well known, Islamic radicalism and the jihadist terrorism derived from the former use digital technology intensively.

In this context, democratic societies have made the principle of transparency one of their essential features, not with absolute character but with limits. The right of access to information finds some limitations when it comes to security issues. Such brakes have been designed to detect terrorist threats. This paper analyzes the difficulty to carry out the appropriate weighting between security and freedom according to its object and purpose in cases related to terrorism, taking into account that the application of the limits should not operate autonomously.

KEYWORDS

Terrorism, security, transparency, limits

1. INTRODUCCIÓN

El principio de transparencia se ha convertido en un elemento nuclear de la democracia actual. Es cierto que la democracia moderna, desde su propio origen, lleva ínsita la idea de publicidad. Sin embargo, creemos que ahora estamos ante una realidad diferente, con un componente objetivo (la publicidad activa) que permite sustentar la afirmación que acabamos de realizar sobre transparencia y democracia. Además, las garantías de la aplicación de semejante principio son igualmente recientes, lo que también corrobora nuestra posición de que el principio de transparencia se ha incorporado a la categoría de democracia en la actualidad, desde finales del siglo XX. Por lo tanto, el sentido descriptivo de democracia, como diría Sartori, ha incluido la noción de transparencia, aunque en un sentido prescriptivo, o sea, ideal, podría defenderse que ya estaba incorporado (Fernández Rodríguez / Neira Barral, 2016, 91)

En líneas generales, la idea de transparencia tiene un triple contenido, con base en las diversas previsiones de derecho comparado: publicidad activa, derecho de acceso y una serie de garantías. En correlación con ello, nuestro entendimiento de la transparencia parte de esos tres contenidos básicos¹. En España, curiosamente, también parece haberse incorporado a tales contenidos el principio de buen gobierno (que en realidad es otra cosa, un modelo de conducta con una dimensión ética impropia de las categorías jurídicas). En todo caso, tras años de retraso, España se incorporó a los países que contienen una ley *ad hoc* sobre transparencia de los poderes públicos, que completase lo establecido en el art. 105.b de la Constitución y en la normativa procedimiento administrativo. Dicha ley específica de transparencia, la 19/2013, es la que tomamos de referencia de este trabajo, aunque no hay que olvidar las distintas leyes autonómicas sobre el particular (incluso, en 2006 Galicia fue la pionera en nuestro país en tener una ley de acceso, ahora ya sustituida).

El asentamiento de la "imperiosa" necesidad de transparencia está muy ligado a los desarrollos en democracia participativa, una realidad antigua pero que encuentra renovados perfiles gracias a las oportunidades ofrecidas por la sociedad digital y por la sociedad de la información. Se trata de subrayar el papel de la ciudadanía, tanto en la construcción de las políticas públicas, como en los procesos de toma de decisión y en la ejecución de tales políticas. No cabe duda que la transparencia semeja una *condictio sine qua non* para la articulación efectiva de modalidades participativas de la democracia del siglo XXI. También la noción de democracia deliberativa requiere

¹ Aunque desde un punto de vista técnico estamos hablando de categorías jurídicas diferentes: una cosa es un principio, el de transparencia, y otra un derecho subjetivo, como el derecho de acceso (Fernández Rodríguez, 2013, 23).

Los límites al acceso a la información en España: a propósito del terrorismo

de la transparencia para su ejercicio². Como nos recuerda Martí, no hay que confundir democracia participativa con democracia deliberativa, aunque la primera alimenta a la segunda. (Martí, 2006, 14). La publicidad es un principio estructural de la democracia deliberativa, que requiere que las razones (justificaciones) de las políticas sean públicas para poder discutirse y para que sean consentidas por la ciudadanía, además de que la transparencia es precisa para exigir responsabilidad y para la rendición de cuentas (Martí, 2006, 93). A día de hoy, como hemos argumentado, "puede sostenerse que sin transparencia no hay verdadera democracia" (Fernández Rodríguez, 2013, 22). O como señala Guichot, "es difícil exagerar la importancia política y jurídica de la transparencia y el acceso a la información para el buen gobierno de una sociedad" (Guichot, 2014, 17). La transparencia tiene una primera "misión evidente", el control de la actividad del poder público y su sometimiento a la legalidad, pero también otra "finalidad de primer orden: servir de cauce de profundización en la dimensión democrática del Estado" (Moretón, 2014, 4).

La evolución y exigencias del principio jurídico-político de transparencia no pueden entenderse sin el apoyo que le ha proporcionado el mundo digital. En este sentido, es oportuno ligar transparencia y sociedad digital, conceptos que casi corren paralelos en su reciente evolución. La técnica digital es la que permite la publicidad activa tal y como ahora se concibe, y la técnica digital es la que agiliza y hace eficaz el derecho de acceso a la información.

Pero la transparencia, al igual que las posibilidades de la sociedad digital, no puede concebirse en términos absolutos sino sometidos a los límites que marcan otros intereses o valores en juego, límites que hay que interpretar y analizar de acuerdo con la realidad en que operan. Y esta realidad que nos envuelve hoy en día ofrece relevantes riesgos de seguridad, sobre todo a escala internacional, donde el terrorismo yihadista se aprovecha de la sociedad digital para expandir a todo el planeta sus campañas de terror y sus tentativas de reclutamiento y propaganda. La interpretación de los límites a la transparencia por razones de seguridad debe, por lo tanto, tener en cuenta esta situación. Se trata de aportar elementos que ayuden a resolver el gran problema de nuestra época: encontrar un adecuado equilibrio entre seguridad y libertad. Estamos ante un debate consecuencia de otro de mayor envergadura, el debate "que enfrenta a los intereses colectivos frente a los intereses individuales" (Fernández Rodríguez, 2010,10) y que posee una enorme relevancia práctica porque determina nuestro propio modo de vida y prefigura la parcela en la que se desarrolla nuestra existencia.

² Desde hace décadas se denuncia la crisis de la democracia representativa que hemos heredado, indicando algunos que está obsoleta y, lo que es peor, que está sumida en una crisis de legitimidad. Entre otros, podemos citar a Harold Laski que en 1933 publicaba su conocida obra *Democracy in crisis*, traducida al castellano por Vicente Herrero al año siguiente y publicada por Edersa. En los años sesenta y setenta del siglo XX se enfatiza dicha crisis, con movimientos sociales de protesta frente al excesivo individualismo y mercantilismo. Como reacción se proponen alternativas que actualicen la democracia y que tratan de impulsar la participación ciudadana. Una comparación entre la democracia del "mercado" (la representativa y capitalista) y la del "foro" puede verse en el artículo de de 1986 de Jon Elster, "The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory", ubicado en el libro colectivo que citamos en la bibliografía.

II. LA AMENAZA TERRORISTA Y EL USO DE LA TECNOLOGÍA DIGITAL

1. La irrupción del DAESH

Desde el fin de la Guerra Fría, los retos y amenazas emergentes han ido complicándose sobremanera, hasta alumbrar un contexto internacional que no se vislumbraba en modo alguno cuando Fukuyama hablaba del fin de la historia (Fukuyama, 1992) o Huntington del choque de civilizaciones (Huntington, 1996). Riesgos y amenazas que se pueden sintetizar en lo establecido en la nueva Estrategia de Seguridad Nacional española de 2017³, en donde se citan los conflictos armados, el terrorismo, el crimen organizado, la proliferación de armas de destrucción masiva, el espionaje, y las amenazas sobre las infraestructuras críticas; y en donde se alude a desafíos como la inestabilidad económica y financiera, la vulnerabilidad energética, los flujos emigratorios irregulares, las emergencias y catástrofes, las epidemias y pandemias, o los efectos derivados del cambio climático. Pero de toda esta panoplia de amenazas el terrorismo es quizá la más relevante, por su capacidad de afectar las bases de la democracia y por su visibilidad social y mediática.

Las democracias se enfrentan al terrorismo desde hace décadas, habiendo vivido momentos de singular tensión en su lucha contra grupos movidos por ideología de extrema izquierda o extrema derecha o por nacionalismos radicales. Es obvio que tal realidad no la podemos desconocer. Sin embargo, el terrorismo yihadista presenta unas características diferentes y en gran parte novedosas, mostrando en los últimos años una relevante y real amenaza para la calidad de nuestras democracias, incluso para su propia subsistencia. Y ello ha sido debido en gran parte al DAESH (también conocido como Estado Islámico), que ha superado en influencia a organizaciones tan relevantes como Al Qaeda⁴. El Estado Islámico es "una nueva especie: una organización capaz de generar inmensos ingresos, que actúa al modo de una multinacional de la violencia" (Napoleoni, 2015, 23). La pérdida de control en los territorios de Siria e Iraq, a finales de 2017, redefinirá las relaciones entre los grupos yihadistas y abocará de momento al DAESH a su califato digital (y a buscar otros lugares donde asentarse e implantar la sharía, como Libia, sur de Filipinas, o el Sahel).

La diferencia cualitativa de este grupo yihadista del DAESH se basa en dos puntos esenciales: por un lado, haber podido establecer durante al menos tres años una base territorial importante, que se calificó de califato y que pretendía actuar como un Estado⁵; y por otro lado, el sofisticado uso de la tecnología digital en sus labores de propaganda. Esta base territorial permitió a DAESH adquirir una fuerza inusitada, con enorme capacidad de reclutamiento por gran parte del mundo, financiación heterogénea

³ Esta estrategia se aprueba por Real Decreto 1008/2017, de 1 de diciembre, de la Presidencia del Gobierno

⁴ El DAESH nace al escindirse de la red Al Qaeda en Iraq y se fortalece aprovechando el caos de la postguerra iraquí y los errores de cálculo cometidos por los estadounidenses en el pasado.

⁵ Ello tuvo una transcendencia simbólica relevante, pues el califa es la cabeza en lo espiritual y en lo terrenal. Al considerarse descendiente de Mahoma, dicho califato se conectaba con la dorada época medieval del siglo VII, que en un desnortado imaginario se concibe como una sociedad idílica y perfecta.

Los límites al acceso a la información en España: a propósito del terrorismo

y el citado empleo de la tecnología digital para labores de propaganda y/o captación. También su base territorial le permitió organizar ataques en Europa, o convertirse en inspirador de radicales islamistas europeos que daban el salto al terrorismo para atacar en el Viejo Continente.

La profesionalidad de esta labor de propaganda es indiscutible, con vídeos estilo hollywoodiense inspirados en conocidos videojuegos y exitosas películas. Ahí radicó en gran parte el éxito de su reclutamiento, que casi resulta sorprendente. Como indica Lesaca, la narrativa *transmedia* de DAESH "aplicó al campo del terrorismo las técnicas más avanzadas de elaboración de guiones de las series de ficción y sagas de películas occidentales como *Juego de Tronos* o *Star Wars*", donde encontramos múltiples personajes y diversos escenarios (Lesaca, 2017, 71). Tras la pérdida del territorio, no renunciará en modo alguno a esta violencia como espectáculo ni al uso intensivo del mundo digital que tan buenos réditos le ha reportado. Es cierto que el terrorismo sin publicidad no tienen sentido, pero en el caso del DAESH ello adquiere unos niveles nunca conocidos hasta el momento.

Lo que estamos comentando evidencia las contradicciones de la sociedad digital. Es decir, los elementos positivos de la misma en términos, por ejemplo, de libertad de expresión y posibilidades de participación, se topan al mismo tiempo con aspectos negativos, como este de la propaganda yihadista o, en general, del radicalismo. Es un tema difícil de afrontar habida cuenta la naturaleza de Internet, con arquitectura de red, la facilidad de emplear el anonimato y la dificultad de establecer controles efectivos. Sin duda, uno de los temas pendientes en la lucha contra el terrorismo es evitar el empleo de canales o redes digitales para publicar vídeos y proclamas terroristas. Es hasta cierto punto sorprendente cómo todavía no hemos sido capaces de controlar, entre otros, *twitter*, *facebook* o *telegram*, que siguen usándose como medios de expandir esta ideología⁶.

2. La problemática del control de contenidos

El terrorismo yihadista es el ejemplo más patente de la lucha contra los contenidos ilícitos (contenidos ilegales) y/o nocivos (inadecuados para ciertas personas) en la sociedad digital. Como ya hemos defendido, está claro que Internet no puede ser un espacio sin ningún control ni regulación. Los poderes públicos, junto a la garantía del acceso de calidad, deben asegurar que la red no se convierte en un espacio anárquico donde reine el delito. Hemos sostenido en otro lugar que debe existir una normativa heterogénea, en la que "la regulación tiene que ser tanto de índole nacional como internacional, y a partir de la noción de libertad, complementada por las de seguridad y responsabilidad" (Fernández Rodríguez, 2004, 160). A ello habría que sumar la idea de

⁶ La Unión Europea tiene políticas específicas para combatir el extremismo desde Internet, como el plan de acción para luchar contra el contenido terrorista en línea, aprobado el 17 de julio de 2017 por el denominado "Foro de Internet de la UE", integrado por Europol, gobiernos y algunas plataformas tecnológicas. También Europol tiene una Unidad de Notificación de Contenidos en Internet, que rastrea la web en busca de contenidos terroristas en línea.

corregulación, entre los poderes públicos y la industria y los usuarios (autorregulación). De todos modos, el control de contenidos parece que debe formar parte de las competencias de la regulación pública.

Está claro, como dice el art. 8.1.a) de la Ley española 34/2002, de servicios de sociedad de la información, que un determinado servicio de este tipo que atente contra "la salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional" debe dar lugar a que los órganos competentes actúen para adoptar las medidas necesarias que interrumpan la prestación del servicio o para retirar los datos que vulneran dichos principios.

Asimismo, el control de contenidos en Internet tiene que rechazar limitaciones específicas, es decir, aquellas que prohíban la difusión de un material al que se puede acceder sin restricciones por otros medios. No se puede prohibir en la Red lo que está permitido fuera de la misma.

En fin, la forma de regular los contenidos en Internet, y de resolver la problemática de los contenidos ilícitos y nocivos, es uno de los puntos nucleares que en la actualidad presenta el proceso de búsqueda de equilibrio entre seguridad y libertad. Un proceso dinámico, que va cambiando en función de las percepciones de la opinión pública y de los propios operadores jurídicos, pero que resulta imprescindible afrontar para aportar soluciones a los actuales riesgos de seguridad que afectan a las democracias y a las sociedades digitales.

III. LOS LÍMITES POR RAZONES DE SEGURIDAD

1. Planteamiento general

Las razones de seguridad son una de las razones habitualmente esgrimidas para limitar los derechos, lo cual suele estar previsto en el derecho positivo. Son múltiples las normas que citan la seguridad como justificación de posibles restricciones, también en el ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos. Sirvan ahora como ejemplo los arts. 8, 10 y 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, donde se habla de la protección de la seguridad nacional, de la seguridad pública, de la defensa del orden y de la prevención del delito; el art. 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que alude a las exigencias del orden público en las limitaciones establecidas por ley para el ejercicio de los derechos. En principio, estas posiciones son totalmente lógicas porque sólo una comunidad que vive segura puede ser verdaderamente libre y ejercer con eficacia sus derechos.

Sin embargo, no podemos desconocer que alegar razones de seguridad para limitar la libertad en general, o ciertos derechos en particular, a veces carece de justificación y oculta motivaciones en exceso restrictivas. Como ya hemos afirmado, "ello puede estar justificado o no en función de cómo se implemente y articule" (Fernández Ro-

Los límites al acceso a la información en España: a propósito del terrorismo

dríguez, 2010, 14). Así las cosas, cuando se produce una emergencia de seguridad relevante los argumentos se endurecen y se reclama por parte de sectores de la opinión pública la concentración del poder. Ello se puede traducir en diversos problemas, como la afección desproporcionada de ciertos derechos (por ejemplo, la libertad de circulación, la intimidad o el secreto de las comunicaciones)⁷, situarse en aquello que desean los propios terroristas⁸, la expansión del Ejecutivo, el crecimiento de populismos, o el carácter permanente de medidas excepcionales. Estos ejemplos, que no agotan el tema, llevan a la clave de toda esta cuestión: la respuesta a los desafíos de la seguridad debe venir de la búsqueda de un equilibrio desde la razonabilidad y la proporcionalidad (Fernández Rodríguez, 2010: 16). Bien es cierto que a nivel teórico resulta imposible dar una respuesta general y definitiva, con capacidad para derivar, vía método deductivo, las respuestas concretas a toda la panoplia que la realidad ofrece. Se pueden elaborar variables para esgrimir en la ponderación libertad-seguridad, pero la solución última adecuada y equilibrada (o sea, justa) sólo vendrá casuísticamente, es decir, en el análisis de los concretos casos que haya que afrontar, no siendo posible llegar a soluciones perfiladas totalmente a nivel teórico-abstracto (caso concretos como los controles en los aeropuertos o la vestimenta). También el acceso a la información requerirá una actuación casuística.

2. Los límites al acceso a la información

Como es sabido, no hay derechos absolutos, sino que todos se encuentran sometidos a límites, que en gran parte surgen de la necesidad de cohonestarlos con otros derechos e intereses públicos. El tema resulta de gran relevancia práctica, y solo afrontándolo debidamente se logra una regulación social eficaz⁹. Podemos afirmar que todos los casos del Derecho Comparado y del Derecho Internacional se prevén límites a la transparencia y al acceso a la información, con listas exhaustivas y cerradas¹⁰.

⁷ Es decir, restricciones de derechos que no superan el método escalonado de análisis del principio de proporcionalidad.

⁸ Señala Sansó-Rubert que los terroristas quieren conseguir una sociedad en estadio de agobio, con miedo, para que reaccionen contra su propio gobierno. Este es el modelo mental del terrorista: "Bajo este planteamiento, el recorte de libertades a la población para protegerla de la acción terrorista, es precisamente uno de sus objetivos estratégicos" (Sansó-Rubert, 2004, 97).

⁹ Aunque en España el acceso a la información no se ha configurado legalmente como un derecho fundamental, a diferencia de otros lugares, sí se puede tener en cuenta en su análisis la relevante doctrina sobre los límites de los derechos fundamentales. Sin poder entrar ahora en más detalles, un límite a un derecho es una reducción exterior de su contenido. Así, los límites propiamente dichos serían los externos, que deben respetar el contenido esencial del derecho de que se trate. Diferente a ello es la delimitación que se hace de un derecho fundamental (fijando titularidad, objeto o contenido), por lo que los denominados límites internos serían más bien delimitación del derecho. Vid. Brage Camazano, 2004. Como afirma De Asis Roig, "los derechos limitan la actuación del poder, pero al mismo tiempo requieren de ella (esta es la perspectiva de la delimitación) para poder proyectar todo su significado" (De Asis Roig, 2000, 136). Si se adopta una visión antipositivista, la forma de enfocar esta cuestión cambia pues habrá derechos al margen de los que regula la ley, como "derechos morales" (Dworkin, 1984) o un orden objetivo y exigencias de justicia general (Zagrebelsky, 1995, 93 y ss.).

El Consejo de Estado, en su Informe 707/2012, decía que las materias que se excepcionaban en el art. 9 del proyecto de la ley de transparencia eran, en puridad, auténticos límites al ejercicio del derecho de acceso (esas excepciones ahora son los cinco primeros límites que establece el actual art. 14 de la Ley 19/2013). Acto seguido, el Consejo de Estado sugería esta redacción para aquel artículo: "No tendrá la consideración de información pública que pueda ser objeto del derecho de acceso regulado en esta Ley aquella cuyo conocimiento perjudique" a esos cinco ámbitos (apartado V.f Informe 707/2012). Por lo tanto, en esta propuesta el Consejo de Estado abogaba por actuar en el plano de la delimitación del derecho de acceso, no, por lo tanto, con la técnica de los límites. Sin embargo, alternativamente también aludía a la posibilidad de regular dichos ámbitos como límites, lo que finalmente sucedió en la ley aprobada. De este modo, no se hace una descripción negativa del derecho de acceso, referida a los ámbitos no incluidos, como dice Rebollo Delgado, en el principio de confidencialidad, sino que se efectúa un reconocimiento genérico del derecho de acceso, y con posterioridad, se señalan "posibles circunstancias que pueden constituirse en un límite concreto de aquél" (en Troncoso, 2017, 784).

¹⁰ En castellano puede verse el trabajo realizado por el Instituto Nacional de Administración Pública, acerca de la normativa comparada en materia de derecho de acceso (INAP, 2016, 61-85). El Derecho Comparado es sumamente útil pues, como sostienen Häberle, es un principio de interpretación constitucional (un "quinto" método de interpretación) (Häberle, 2010).

JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

Así lo hace también la normativa española. La Constitución, en su art. 105.b, reconoce el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, "salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas". Y los artículos 14 y 15 de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, establecen diversos límites al acceso a la información. En virtud del primero, el "derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: a) La seguridad nacional. b) La defensa. c) Las relaciones exteriores. d) La seguridad pública. e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios. f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva. g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control. h) Los intereses económicos y comerciales. i) La política económica y monetaria. j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial. k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión. l) La protección del medio ambiente". Como se ve, una larga lista, aunque muy similar a lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa sobre Acceso a los Documentos Públicos (firmado en Tromsø en 2009). La dicción literal de este precepto es relevante pues determina que estos límites no se aplican necesariamente sino de manera potestativa ("podrá"). Estos límites también funcionan en la publicidad activa (art. 5.3 Ley 19/2013). Por su parte, la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común a las administraciones públicas, al regular los derechos de las personas en sus relaciones con dichas administraciones, regula el derecho "al acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto" en la Ley de transparencia y en el resto del ordenamiento jurídico. Sea como fuere, la regulación de los límites previstos les da una dimensión extensa, lo que tal vez denote una preconcepción limitada del derecho de acceso, que contrasta con la visión amplia del mismo, por ejemplo, del citado Convenio del Consejo de Europa¹¹. Ante esta situación, la alternativa en España no puede ser otra que abogar por una interpretación estricta de los límites. En este sentido, Rebollo Delgado considera los límites como conceptos jurídicos indeterminados, lo que los atenúa en su interpretación, "perdiendo de esta forma su carácter expansivo" (en Troncoso, 2017, 782). En este línea, también se puede aludir a la propia "limitación de la limitabilidad de los derechos" de la que habla Böckenförde y que la concreta en el principio de proporcionalidad (Böckenförde, 1993, 101-102).

Debemos tener en cuenta que la aplicación de los citados límites de la Ley 19/2013 no debe funcionar de manera automática. Así lo señala el criterio interpretativo CI 002/2015, del Consejo de Transparencia y la Agencia Española de Protección de Datos, donde se lee que "los límites no operan ni automáticamente a favor de la denegación ni absolutamente en relación a los contenidos", y que "su aplicación no será en ningún caso automática".

¹¹ Al final de su preámbulo se puede leer que "todos los documentos públicos son en principio públicos y solamente pueden ser retenidos para proteger otros derechos e intereses legítimos"; lo que evidencia que el acceso es la regla general. De todos modos, también el preámbulo de la Ley española 19/2013 insiste en que se "configura de forma amplia del derecho de acceso", lo que no se refleja con tanta claridad en el articulado. El Convenio del Consejo de Europa, por su parte, alude en su art. 3.3 a la posibilidad de fijar una limitación temporal a los límites, lo que no se ha incorporado a la normativa española.

Los límites al acceso a la información en España: a propósito del terrorismo

Tampoco se deberían aplicar límites por materias, o sea, establecer que toda la información de una determinada materia queda excluida del conocimiento público. Lo que hay que hacer es emplear un "test del daño", para analizar si la información solicitada provoca o no un perjuicio efectivo, concreto y evaluable a una de las categorías de la lista de límites; y un "test del interés público" (ponderación) para discernir si a pesar de todo existe un interés que justifique la publicación. Como afirma Cotino, más allá del abultado listado de límites, "lo más importante son las pautas para la ponderación de esos límites y el derecho de acceso" (Cotino, 2015, 240).

En este análisis hay que actuar, como dice la ley, de manera "proporcionada" al objeto y finalidad de protección, con base en las circunstancias del caso concreto, que pueden determinar que concurre un interés superior, tanto público como privado, que justifique el acceso (art. 14.2 Ley 19/2013). De esta forma, apunta Guichot, las restricciones tienen que tener "el mínimo alcance necesario, lo que se conecta con el principio de acceso parcial" del art. 16 (Guichot, 2014, 112).

En efecto, en los casos en que la aplicación de alguno de los límites previstos en el artículo 14 no afecte a la totalidad de la información, el art. 16 de la Ley 19/2013 prevé que "se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido". Estamos, así, ante un nuevo límite, esta vez para proporcionar el acceso parcial: la conservación del sentido de la información proporcionada. Si esta queda distorsionada o sin sentido por las exclusiones a las que es sometida, no se concederá tampoco el acceso parcial. En todo caso, el citado artículo también indica que en el acceso parcial "deberá indicarse al solicitante que parte de la información ha sido omitida". De todos modos, parece claro que la valoración de si la información se distorsiona o no por el acceso parcial está en las exclusivas manos del órgano obligado a suministrarla.

3. El supuesto de lucha contra el terrorismo

A) Medidas antiterroristas y límites al acceso

El derecho de acceso a la información encuentra en los temas de seguridad uno de sus límites. Las amenazas terroristas forzosamente habrán de ser consideradas en todo ello pues, como ya vimos, ocupan la cúspide entre los retos de seguridad a los que nos enfrentamos. Las medidas antiterroristas pueden entrar en varios de los supuestos de límites al acceso a la información que contempla la legislación estatal. En efecto, el art. 14 de la Ley española 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, alude tanto a la seguridad nacional y defensa como a la seguridad pública y a la prevención, investigación y sanción de ilícitos penales¹². Se están

¹² En el Derecho Comparado también son habituales estos límites de seguridad (Alemania, Austria, Bélgica, Canadá, Francia, Portugal, Nueva Zelanda, Costa Rica), seguridad nacional (Dinamarca, Suecia, defensa (Canadá, Nueva Zelanda, Argentina, México, Chile), seguridad pública (Uruguay) o defensa nacional (Francia, Uruguay) (INAP, 2016, 63-67).

JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

manejando dos grandes ideas: por un lado, la protección exterior y la propia supervivencia del Estado-comunidad (seguridad nacional y defensa)¹³; y, por otro, una dimensión individual y de garantía del orden de la sociedad (seguridad pública y prevención de delitos). También el límite de las relaciones exteriores hay que tenerlo en cuenta en este terreno¹⁴.

La seguridad nacional es una noción más amplia que la de defensa nacional. La Ley 36/2017, de seguridad nacional, en su art. 3, entiende "por seguridad nacional la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos". Sus componentes son la defensa nacional, la seguridad pública y la acción exterior (art. 9.1 de esta Ley 36/2017)¹⁵. Y la defensa nacional, a través de la política de defensa, "tiene por finalidad la protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en ésta se consagran, del Estado social y democrático de derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades, y de la garantía, independencia e integridad territorial de España", además de "contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacionales, en el marco de los compromisos contraídos por el Reino de España" (art. 2 de la LO 5/2005, de la defensa nacional). Esta última, la defensa nacional, es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.4º Constitución), mientras que en la seguridad nacional participan todas las administraciones públicas (art. 4.1 Ley 36/2015, de seguridad nacional). En todo caso, estos límites de la seguridad nacional y la defensa resultan imprescindibles, como también ha recogido la doctrina al considerarlos "bien jurídico de primera magnitud" (Fernández Ramos y Pérez Monguió, 2017, 163).

El concepto de "relaciones exteriores" presenta el problema de determinar su alcance puesto que no semeja equivalente al de relaciones internacionales del que habla la Constitución (o la Ley 27/2006, de información ambiental), ni a la amplia idea de acción exterior, que es componente de la seguridad nacional según hemos dicho y que tiene su regulación propia (Ley 2/1914, de la acción y del servicio exterior del estado). El Gobierno parece haber interpretado aquel concepto como las actividades del Ministerio de Asuntos Exteriores¹⁶. Las relaciones exteriores se incardinan en el contexto de vínculos entre sujetos de Derecho Internacional, o en el contexto de la acción exterior

¹³ En cambio, la Constitución en su art. 105.b se refiere a "la seguridad y defensa del Estado", que alude más bien al Estado como aparato y estructura.

¹⁴ La Ley 27/2006, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación política y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, en su art. 13.2.b) también prevé que las solicitudes de información podrán denegarse si la revelación de la información solicitada puede afectar negativamente "a las relaciones internacionales, a la defensa nacional o a la seguridad pública". A su vez, el art. 4.1 del Reglamento 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, dispone que se denegará acceso si el documento en cuestión supone un perjuicio para la protección del interés público, "por lo que respecta a la seguridad pública, la defensa y los asuntos militares, las relaciones internacionales, la política financiera, monetaria o económica".

¹⁵ Un recorrido por la evolución de este concepto de seguridad nacional puede verse en Pérez García, 2017, 41 y ss. En España, como en los países de nuestro entorno, el concepto de defensa nacional "ha sido eclipsado por otro más amplio y poliédrico: el de la seguridad nacional, redefiniendo la defensa como un instrumento más para alcanzar el objetivo de la seguridad nacional (Artigas Monge y Pérez García, 2017, 65).

¹⁶ En 2012 se conoció que el Consejo de Ministros, en 2010, había clasificado como secretas la mayor parte de las competencias del Ministerio de Asuntos Exteriores:

https://politica.elpais.com/politica/2012/06/03/actualidad/1338750887_077908.html

Los límites al acceso a la información en España: a propósito del terrorismo

llevada a cabo por la administración pública en los "ámbitos sobre los cuales el Estado configura y dirige la política exterior" (Molina Roig y Arguàns Galcerà, 2017, 82).

También la "seguridad pública" forma parte de la seguridad nacional. La jurisprudencia constitucional la concibe de manera amplia como la actividad dirigida "a la protección de personas y bienes con la finalidad de garantizar la tranquilidad y el orden ciudadano" (como en las SSTC 33/1982, FJ 3, o 154/2005, FJ 5), lo que parece muy cercano a la idea de seguridad ciudadana, y que va más allá de las funciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad, pero que también las incorporaría, al igual que a protección civil. De esta forma, el límite adquiriría una gran dimensión si se interpreta que todas las funciones las fuerzas de cuerpos de seguridad sirven para mantener la seguridad pública (LO 2/1986, de fuerzas y cuerpos de seguridad). También protegen la seguridad ciudadana, lo que nos remite a otro amplio marco normativo (LO 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana). De esta forma, este límite de seguridad pública se solapa en parte con el otro límite citado de "prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios", en sus aspectos de prevenir actos delictivos e investigar delitos. En lo demás, este último límite es más amplio¹⁷.

La información relacionada con el terrorismo no debe suponer per se la imposibilidad de acceso a la misma. Hemos dicho que no pueden excluirse materias en bloque. O sea, la presencia de terrorismo no excluye la posibilidad de acceso. El problema en realidad radica en la dificultad de llevar a cabo la ponderación adecuada (para resolver el dilema entre acceso y limitar tal acceso) en los casos en los que el terrorismo está de por medio¹⁸. Estamos ante otro ejemplo de transcendencia en la búsqueda de un adecuado equilibrio entre seguridad y libertad.

Sin duda, los supuestos más delicados vendrán de las actuaciones de inteligencia, aunque esto no significa que su ámbito quede reducido. En realidad, la problemática que estamos apuntando puede afectar a muchos órganos públicos, no solo al Centro Nacional de Inteligencia (CNI), o a la inteligencia militar (Sistema de Inteligencia de las Fuerzas Armadas -SINFAS-), o al Departamento de Seguridad Nacional (DSN). También al Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y Crimen Organizado (CITCO), e igualmente a unidades no especializadas en inteligencia de Policía, Guardia Civil y policías autonómicas; o al Centro para la protección de las infraestructuras críticas (CNPIC); o a órganos administrativos como el Consejo de Seguridad Nacional (CSN), la Conferencia Sectorial para Asuntos de la Seguridad Nacional, el Consejo de Política de Seguridad o la Mesa de coordinación de medidas contra el terrorismo; o a comisiones

¹⁷ También presenta problemas: así, la sanción de infracciones debe entenderse no referida a la sanción misma sino a la actividad sancionadora, en el sentido de procedimientos sancionadores en curso (Fernández Ramos y Pérez Monguió, 2017, 171). El Convenio del Consejo de Europa es más preciso al aludir a "la prevención, la investigación y el procesamiento de actividades criminales" y a "investigaciones disciplinarias" (art. 3.1. c y d).

¹⁸ Podemos tomar como ejemplo los atentados en Cataluña en agosto de 2017, donde existió una relevante polémica sobre avisos previos que alertaban de posibles ataques en las Ramblas de Barcelona. Es relevante para la opinión pública conocer aspectos de esta cuestión. Así, se podrá informar del protocolo que se sigue cuando llega una información de inteligencia extranjera, cómo se informa a las policías autonómicas, o cómo gestiona tal información el CITCO. Pero posiblemente no se podrá revelar el origen de la información, es decir, qué vías empleó la inteligencia estadounidense para obtenerla (¿rastreo de comunicaciones? ¿topo?), pues ello delataría métodos que deben quedar al margen del conocimiento público por razones de seguridad nacional

JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

parlamentarias como la Comisión Mixta de Seguridad Nacional de la Cortes, o la Comisión de control de los créditos destinados a gastos reservados del Congreso de los Diputados. Ello es así porque la amenaza del terrorismo yihadista está tan extendida que hay una gran implicación cuantitativa de órganos diferentes. Además, todos los órganos y responsables superiores a los indicados también pueden verse en la tesitura de aplicar los límites de seguridad señalados.

B) La problemática de la ponderación

El equilibrio entre seguridad y libertad exige que el análisis se sofisticue (por decirlo de algún modo) para llevar a cabo la ponderación adecuada en casos relacionados con el terrorismo. No se puede olvidar lo ya dicho: la aplicación de los límites no puede operar de manera automática, por lo que es necesario articular una justificación si se deniega el acceso. El art. 20.2 de la Ley 19/2013 exige taxativamente que las resoluciones que denieguen el acceso serán motivadas. En la misma línea, el art. 5.6 del Convenio del Consejo de Europa también exige que si la autoridad rechaza el acceso "deberá dar las razones de la denegación". Además, el sujeto obligado debe hacer una ponderación de los intereses en juego y dar cuenta de tal ponderación. Sin embargo, puede suceder que tal razonamiento que hace el órgano al que se le solicita información no puede salir a la luz por razones de seguridad. Entonces, ¿se está aplicando un límite de manera automática? Además, la regla general tiene que ser la vigencia del derecho, si la excepción debe prevalecer debe justificarse de manera suficiente.

Así las cosas, alegar cuestiones de seguridad antiterrorista como límite al acceso puede conllevar una situación que podemos tildar de paradójica, porque lo más recomendable puede ser que el poder público no explique el rechazo al acceso para no revelar fuentes o datos secretos. Creemos que la solución a esta situación estriba en reclamar a los órganos públicos, en este ámbito, un esfuerzo suplementario de justificación, responsabilidad y rendición de cuentas. Esto debería conseguirse sin menguar la reserva que reclama la lucha contraterrorista, como ejemplo de un adecuado equilibrio entre seguridad y libertad.

En todo caso, no hay que olvidar que la información se puede entregar de manera parcial, además de disociada. El acceso parcial, como ya dijimos, está expresamente previsto en el art. 16 de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Las resoluciones de acceso parcial también deben motivarse (art. 20.2 Ley 19/2013, ya citado). A su vez, la disociación de la información se encuentra en el art. 14.3 de esta Ley 19/2013. También hay que recordar otra previsión que puede tener relevancia en lo que ahora nos ocupa: cuando la mera indicación de la existencia o no de la información "supusiera la vulneración de alguno de los límites al acceso se indicará esta circunstancia al desestimarse la solicitud" (art. 20.3 Ley 19/2013). Este previsión semeja un caso excepcional de motivación mínima, que la doctrina advierte que

Los límites al acceso a la información en España: a propósito del terrorismo

no debe convertirse en una cláusula de estilo o de aplicación generalizada (Razquín Lizárraga, 2015, 85).

Una complejidad adicional que tenemos en España radica en que la normativa de transparencia no se ha conectado con la de secretos oficiales. A ello nos referimos en el subapartado siguiente.

C) ¿Y los secretos oficiales?

Siguiendo con el caso español, sorprende la falta de coordinación de la Ley 19/2013, transparencia, acceso a la información público y buen gobierno, con la normativa de secretos oficiales¹⁹. Incluso, no hay ningún artículo de esta Ley 19/2013 sobre secretos oficiales o materias clasificadas²⁰. La Ley de Secretos Oficiales data de 1968 (Ley 9/1968), aunque se reformó por la Ley 48/1978. De todos modos, convendría que se dictase una nueva en nuestro actual período constitucional²¹. Dicha ley, en su art. 2, permite que se declaren materias clasificadas "asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado". No se fija plazo de duración de dicha clasificación, por lo que habrá que entender que esos datos clasificados seguirán con tal condición jurídica hasta que se desclasifiquen formalmente. De igual modo, tendrán carácter secreto, sin necesidad de previa clasificación, "las materias así declaradas por ley" (art. 1.2 Ley 9/1968). Se ha criticado tanto la necesaria desclasificación expresa, como "la extraordinaria amplitud con la cual se ejerce esta potestad de clasificación y su carácter aparentemente discrecional" (Fernández Ramos y Pérez Monguió, 2017, 164)²².

El acceso a la información de los parlamentarios tiene una previsión específica. De esta forma, el art. 10.2 de la Ley 9/1968, preceptúa que "la declaración de materias clasificadas no afectará al Congreso de los Diputados ni al Senado, que tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen, en la forma que determinen los respectivos reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas". Asimismo, el art. 7.1 de la Ley 11/1995, reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados, preceptúa que dichos créditos "estarán sujetos al control del Congreso de los Diputados, a través de una comisión parlamentaria".

¹⁹ Si lo hace, en cambio, la Ley 16/1985, del patrimonio histórico español, que en su art. 57.1.a) excluye el acceso a los documentos que afecten a "materias clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales". También deja fuera a los documentos cuya difusión "pueda entrañar riesgos para la seguridad y defensa del Estado".

²⁰ La anterior regulación del procedimiento administrativo sí remitía a la normativa específica en el acceso a los archivos sometidos "a la normativa sobre materias clasificadas" (art. 37.6 -antes de la reforma de 2013 de la ya derogada Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común-).

²¹ La doctrina ha analizado sus deficiencias y reclamado, por lo tanto, el dictado de una nueva ley (Rey Martínez, 2013, 201).

²² Sin embargo, en el específico régimen de la Ley 16/1985, del patrimonio histórico español, no se exige siempre desclasificación ya que se permite solicitar autorización administrativa para tener acceso a los documentos excluidos de consulta pública: esta autorización "podrá ser concedida, en los casos de documentos secretos o reservados, por la autoridad que hizo la respectiva declaración, y en los demás casos, por el jefe del departamento encargado de su custodia" (art. 57.1.b). Contradiciendo esta previsión, el Real Decreto 1708/2011, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso, vuelve a reclamar previa desclasificación. Su art. 27 establece que "los documentos clasificados de conformidad con lo previsto en la normativa sobre secretos oficiales del Estado estarán excluidos de la consulta pública, sin que pueda concederse autorización para el acceso en tanto no recaiga una decisión de desclasificación por el órgano competente para realizarla".

JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

Con base en esta normativa, existe en el Congreso de los Diputados una comisión específica, la genéricamente denominada comisión de secretos oficiales, aunque su nombre oficial a día de hoy es Comisión de control de los créditos destinados a gastos reservados. Tal comisión puede entenderse que equilibra la necesidad democrática de información de los parlamentarios con las exigencias de secreto. En ella el Congreso tiene acceso a las materias reservadas del Estado, lo que obliga a un deber especial de reserva a los diputados que asisten a tal comisión (el art. 16 del Reglamento del Congreso establece que los diputados están obligados "a no divulgar las actuaciones que, según lo dispuesto" en dicho reglamento, "puedan tener excepcionalmente el carácter de secretas", lo que origina un deber que si es quebrantado puede dar lugar a la privación de derechos -art. 99 Reglamento Congreso-). En la práctica, para la elección de miembros de esta comisión a veces se ha tenido especial cautela²³.

Además, por mandato del art. 13.2 de la Ley 36/2015, de Seguridad Nacional, se ha creado en las Cortes Generales una Comisión Mixta Congreso-Senado de Seguridad Nacional. La finalidad de esta comisión es que las Cámaras "tengan la participación adecuada en los ámbitos de la Seguridad Nacional y dispongan de la más amplia información sobre las iniciativas en el marco de la política de Seguridad Nacional". En esta comisión comparecerá anualmente el Gobierno, a través del representante que designe, para informar sobre la evolución de la Seguridad Nacional en dicho período de referencia. Asimismo, en esta Comisión Mixta se presenta la Estrategia de Seguridad Nacional y sus revisiones²⁴.

Como apunta Guichot, existe un terreno común entre algunos de los límites establecidos en el art. 105.b de la Constitución (seguridad y defensa del Estado), los límites de seguridad de la Ley 19/2013 y "las materias que pueden clasificarse como secretos del Estado" (Guichot, 2014, 103). La solución técnica a ello hubiera sido prever en la ley de transparencia que la información sobre materias clasificadas se regiría por la ley de secretos oficiales²⁵. Entendemos que debe interpretarse de esa forma, para lo cual se puede acudir al párrafo segundo de la Disposición Adicional primera de la Ley 19/2013, que establece que se regirán por su normativa específica, y por esa ley con carácter supletorio, "aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información". En todo caso, esta confluencia de límites de diverso tipo con

²³ En la X Legislatura el PP usó su mayoría en diversas ocasiones para que no entrara en dicha comisión Amair ni ERC. La mayoría de 3/5 que se exige facilita estos posibles bloqueos. En cambio, en la Legislatura XII, en 2017, no se impidió que cada grupo tuviera un representante, lo que a la postre ha generado problemas (en noviembre 2017 el Gobierno se resistió a acudir a la comisión a informar sobre la injerencia rusa el 1-O, posiblemente por la presencia en la misma de ERC y PDeCAT, aunque la vicepresidenta acabó yendo al mes siguiente). En enero de 2018 consultamos prensa en abierto sobre estas cuestiones: https://politica.elpais.com/politica/2017/02/22/actualidad/148777676_232389.html

<http://www.elmundo.es/espana/2017/11/16/5a0d83b246163fb3268b45b2.html>

http://www.abc.es/espana/abci-santamaria-garantiza-elecciones-limpias-cataluna-pese-riesgo-injerencias-rusas-201712141506_noticia.html

²⁴ Esta comisión no es secreta y sus comparencias y debates se publican en el Diario de Sesiones de las Cortes Generales:

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Organos/Comision?_piref73_7498063_73_1339256_1339256.next_page=/wc/detalleInformComisiones?idOrgano=319&idLegislatura=12

²⁵ Además, Guichot comenta otra posible opción: se podía haber precisado que siendo de aplicación de Ley de Transparencia, se denegaría en todo caso el acceso cuando se tratara de materias clasificadas y que, en caso contrario, la denegación basada en algunas de las limitaciones relacionadas con la seguridad o la defensa "correspondería al órgano competente para clasificar y, en caso de denegación, se procedería a su clasificación" (Guichot, 2014, 103).

Los límites al acceso a la información en España: a propósito del terrorismo

secretos oficiales no implica *per se* un conflicto, sino, por ejemplo, un trabajo de determinación de la ley aplicable.

D) Referencia a la jurisprudencia

No existe de momento doctrina jurisprudencial específica que nos puede arrojar luz sobre las cuestiones planteadas anteriormente, aunque sí existen sentencias que abordan aspectos de interés. Al margen dejamos sentencias más antiguas que se dictaron en otro contexto normativo (como las relativas a los "papeles del Cesid"²⁶).

Sobre distintas cuestiones del derecho de acceso y materias reservadas, si encontramos decisiones acerca de las notas que ha de reunir la resolución denegatoria del mismo. En este sentido se puede citar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala tercera, Sección 3ª, de 26 de octubre de 2015, recurso de casación 1631/15, en la que se indica, en el FJ 1 y refiriéndose a secretos oficiales, que la jurisprudencia es constante en sostener que no se exige que se proporcionen detalles exhaustivos, sino ofrecer un mínimo de datos sobre las razones determinantes, "pues así se permite al interesado articular su defensa y a la Sala conocer las razones de la decisión y verificar que las mismas se ajustan a la legalidad y a la racionalidad que han de guiar el ejercicio de las potestades administrativas"²⁷.

En este orden de cosas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 15 de noviembre de 1996, asunto *Chahal c. Reino Unido*, se refiere en su párrafo 131 a que "el uso de información de carácter confidencial puede ser inevitable cuando se halla en juego la seguridad nacional", aunque eso "no implica que las autoridades nacionales hayan de quedar libres de controles efectivos por parte de los tribunales nacionales siempre que afirmen estar ante un problema de seguridad nacional o de terrorismo". También el Tribunal Constitucional español sostiene que la Administración, preservando la información material cubierta por la legislación de secretos oficiales, debe concretar "motivadamente una suficiente explicación que permitiera conocer aquellos hechos o aspectos negativos" que fueran relevantes para el caso (STC 31/2014, FJ 6)²⁸.

También el Tribunal Supremo ha apreciado, en diversas ocasiones, ausencia de motivación suficiente en resoluciones que se basan en informes del servicio de inteligencia que no se incorporan en al expediente (por ejemplo, Sentencia de la Sala Tercera,

²⁶ Sobre ellas pueden verse los comentarios de Díez-Picazo, 1998.

²⁷ En el caso se impugnaba una resolución de expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada por un periodo de diez años. La prueba de cargo venía constituida por una denuncia del CNI, complementada por un informe de la Brigada de información de la Policía Nacional, en los que se atribuía al recurrente una conducta subsumible en la infracción muy grave prevista en el artículo 54.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración en España. Esa conducta consistía en "participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países" (art. 54.1.a de esa LO 4/2000).

²⁸ En este caso, al no acreditar mínimamente la Administración que la decisión de cese de la recurrente obedeció a razones objetivas, concede el amparo al entender que se ha producido discriminación por razón de sexo. La inactividad probatoria de la Administración no se justifica por aducir clasificación como secretos de los informes de valoración del desempeño de la recurrente. El CNI había despedido a la recurrente.

JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

de 17 de enero de 2006, recurso 1615/2000; Sentencia de 4 de julio de 2012, recurso 5251/2009). Estas exigencias, en materia de motivación de la resolución administrativa, parecen extensibles a supuestos que puedan plantearse, en lo sucesivo, en recursos contra resoluciones denegatorias basadas en los límites del art. 14 de la ley de transparencia. Como se ha visto, la afectación a materias como la seguridad nacional o el terrorismo no excluye el control judicial.

Por último, aludimos a un caso reciente. Se trata de una solicitud de 2015 de acceso al listado de pasajeros y acompañantes de la flota del Grupo 45 de las Fuerzas Aéreas Españolas. El Ministerio de Defensa negó esa solicitud alegando protección de datos y que parte de la información estaba sometida a secreto (lo referido a Presidencia del Gobierno y Casa Real). Esta denegación se recurre ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que la estima parcialmente e insta a Defensa a proporcionar la información solicitada, sin incluir la información clasificada. En concreto, dicho Consejo argumenta que el transporte se realiza con fondos públicos haciendo uso de material también público, pero que la información facilitada no contendrá datos sobre la tripulación ni sobre el personal de seguridad que se desplace. Tras ello Defensa afirma que no tiene datos fehacientes sobre lo solicitado, lo que de nuevo es recurrido por el interesado ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que otra vez requiere al Ministerio de Defensa para que entregue la información. El Ministerio lleva a la vía jurisdiccional la resolución del Consejo. En primera instancia no se estima el recurso de Defensa (Sentencia 19/2017 del Juzgado Central contencioso-administrativo nº 10 de Madrid), que apela a la Audiencia Nacional, órgano que estima en parte el recurso (Sentencia 54/2017 de la Sala de lo contencioso-administrativo, sección 7ª, de la Audiencia Nacional). En concreto, manda que la ejecución se lleve a cabo con diversas limitaciones: se excluye la Casa Real (el conducto debería ser la Secretaría de la Presidencia del Gobierno), la información solo deber referirse a viajes y acompañantes de autoridades después del 10 de diciembre de 2014, no se referirá a viajes clasificados, y la información no se emitirá cuando deba reelaborarse mediante la recopilación y obtención de datos que no obren en el Ministerio de Defensa.

4. La dimensión internacional

Toda esta relación entre transparencia, seguridad y sociedad digital tiene muchas más aristas que las que hemos comentado hasta ahora, pero no queremos dilatarlos en exceso para no perder nuestro hilo argumental. Tan solo abordamos en este apartado una cuestión adicional que permita al lector situarse mejor en el tema.

Nos estamos refiriendo a la dimensión internacional, sin duda alguna de extrema relevancia. Como fácilmente se comprende, esta dimensión es esencial en todo lo que estamos comentando. Las amenazas terroristas se mueven a escala internacional, el propio radicalismo islámico es una apuesta global, y los flujos de información no cono-

Los límites al acceso a la información en España: a propósito del terrorismo

cen fronteras gracias a Internet. La lucha contra el terrorismo se basa en gran parte en el intercambio de información más allá de las fronteras de cada Estado. Es una reivindicación constante apelar a mejorar este intercambio entre agencias de inteligencia. Incluso, existen formulaciones bilaterales recientes en este campo, como el Convenio entre el Reino de España y el Reino de Arabia Saudí sobre protección mutua de información clasificada en el ámbito de la defensa, de 26 de septiembre de 2016 (BOE, 6 de septiembre de 2017).

También el principio de transparencia ha tenido relevantes formulaciones a escala internacional (ya citamos el Convenio del Consejo de Europa de 2009). La supranacionalidad es más que evidente en la Unión Europea, donde transparencia y protección de datos están por doquier, también ligadas a la seguridad (como la Directiva 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales) y con previsiones específicas sobre acceso (como el citado Reglamento 1049/2001). En fin, la dinámica y el desarrollo de la transparencia, para comprenderla de manera cabal es necesario verla a escala internacional y comparada.

IV. CONCLUSIONES

El terrorismo yihadista se ha convertido en una amenaza de seguridad global, regional y local de primera magnitud, que exige respuestas adecuadas desde el Estado de Derecho. Gran parte de su expansión se ha debido al uso de las posibilidades ofrecidas por la sociedad digital, con sus redes, su globalización, conectividad y capacidad de envío masivo de información con costes mínimos. El caso del DAESH es el ejemplo más palmario.

De este modo, se evidencian las contradicciones de la sociedad digital, que aúna fortalezas y debilidades. Fortalezas para expandir la libertad y la participación ciudadana, y también debilidades para dar cobertura al terrorismo y al radicalismo. La opinión pública y los propios poderes decisores deben tratar de fomentar esos elementos positivos y mitigar los rasgos negativos. Ello pasa por un adecuado control de contenidos y por articular específicas estrategias de fortalecimiento democrático y de contraradicación. O sea, dar satisfacción actual al nuevo equilibrio entre seguridad y libertad. En este entorno, el principio de transparencia debe mantenerse, por supuesto, con sus elementos de publicidad activa, acceso a la información y garantías. Lo que habrá que hacer es buscar, de nuevo, el adecuado equilibrio entre seguridad y libertad, verdadero nudo gordiano del presente. En este sentido, es posible limitar el acceso a la información por razones de seguridad, lo cual resulta evidente en casos de terrorismo. Ello debería hacerse con la ponderación precisa para que no suponga una restricción

JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

excesiva a la libertad. El problema radica en que ese razonamiento que hará el órgano de seguridad al que se le solicita la información a veces no podrá ser explicitado, o sea, no se podrá comunicar al ciudadano. Entonces parecería que la aplicación del límite es automática, lo cual, como hemos visto, no es la opción interpretativa "oficial" que se ha adoptado. No olvidemos, en el fondo, que en el Estado Democrático el criterio general es la vigencia del derecho, mientras que la excepción es su limitación. La excepción para prevalecer debe justificarse de manera suficiente, pero en alguno de los supuestos ello no será posible. Parece este un callejón sin salida, una verdadera paradoja, por lo que hay que reclamar a los órganos públicos, en este ámbito, un esfuerzo suplementario de justificación, responsabilidad y rendición de cuentas. Creemos que esto se puede conseguir sin menguar la reserva que reclama la lucha contraterrorista. La falta de conexión de la normativa de transparencia con la de secretos oficiales ofrece una dificultad interpretativa añadida.

En definitiva, el horizonte a perseguir es una cultura de la transparencia que recorra el funcionamiento de todas las dimensiones y niveles del aparato público, que sirva para un mejor respeto y ejercicio de los derechos de participación ciudadana. Al mismo tiempo, debemos buscar un equilibrio en la sociedad digital en la que vivimos, plagada de amenazas (como el terrorismo), y que debe procurar de forma ineluctable una respuesta satisfactoria al encuentro entre seguridad y libertad. Trabajos como este intentan ayudar en ese sentido.

BIBLIOGRAFÍA

- Antón Mellón, J. 2017. *Terrorismo. Disección de la barbarie*. Barcelona: Tibidabo Ediciones.
- Artigas Monge, R. y Pérez García, I. L. 2017. "La defensa", en VV. AA, *Los límites al derecho de acceso a la información pública*. Madrid: INAP, 57-68
- Böckenförde, E., 1993. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Brage Camazano, J. 2004. *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.
- Cotino Hueso, L. 2015. "España", en Escobar, G. (dir.). *Transparencia e información pública*, Madrid: Federación Iberoamericana de Ombudsman – Trama editorial.
- De Asis Roig, R. 2000. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid: Dykinson.

Los límites al acceso a la información en España: a propósito del terrorismo

- Díez-Picazo, L. M. 1998. *Sobre secretos oficiales*. Madrid: Civitas.
- Dworkin, R. 1984. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Elster, J. 1986. "The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory", en Elster, J. y Hylland, A. *Foundations of Social Choice Theory*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Fernández Ramos, S. y Pérez Monguió, J. M. 2017. *El derecho al acceso a la información pública en España*. Aranzadi: Cizur Menor.
- Fernández Rodríguez, J. J. 2004. *Lo público y lo privado en Internet. Intimidación y libertad de expresión en la Red*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Fernández Rodríguez, J. J. 2010. "Seguridad y libertad: ¿equilibrio imposible? Un análisis ante la realidad de Internet", en Fernández Rodríguez, J. J. y Sansó-Rubert Pascual, D. (coeditores). *Internet: un nuevo horizonte para la seguridad y la defensa*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 9-26.
- Fernández Rodríguez, J. J. 2013. "La transparencia pública como exigencia democrática", *Advocatus*, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 29: 21-26.
- Fernández Rodríguez, J. J. y Neira Barral, D. 2016. "El papel de las defensorías del pueblo en España en el control de la transparencia y el acceso a la información", *Estado, Gobierno y Gestión Pública*, 27: 89-116. En <http://www.revistaeggp.uchile.cl/index.php/REGP/article/view/47258/49281>
- Fukuyama, F. 1992. *The End of History and The Last Man*. Nueva York: The Free Press.
- Häberle, P. 2010. "Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 13: 379-411.
- Huntington, S. 1996. *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*. Nueva York: Simon & Schuster.
- INAP. 2016. *Estudio comparado sobre normativa internacional en materia de derecho de acceso a la información pública*. Madrid: INAP.
- Guichot, E. (coord.) 2014. *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Madrid: Tecnos.
- Laski, H. 1933. *Democracy in crisis*, Londres: George Allen & Unwin.

JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

- Lesaca, J. 2017. *Armas de destrucción masiva*. Barcelona: Península.
- Mancilla i Muntada, F. 2017. "La seguridad pública", en VV. AA, *Los límites al derecho de acceso a la información pública*. Madrid: INAP.
- Martí, J. L. 2006. *La república deliberativa*. Madrid: Marcial Pons.
- Molina Roig, I. y Araguàs Galcerà, I. 2017, "Las relaciones exteriores", en VV. AA, *Los límites al derecho de acceso a la información pública*. Madrid: INAP, 69-84.
- Moretón Toquero, A.. 2014. "Los límites del derecho de acceso a la información pública", *Revista Jurídica de Castilla y León*, 33: 1-24.
- Napoleoni, L. 2015. *El fénix islamista*. Barcelona: Paidós.
- Pérez García, I. L. 2017. "La seguridad nacional", en VV. AA, *Los límites al derecho de acceso a la información pública*. Madrid: INAP, 37-55.
- Razquín Lizárraga, M. 2015. *El derecho de acceso a la información pública. Teoría y práctica, en especial, para las entidades locales*. Vitoria: IVAP.
- Rey Martínez, F. 2013. "Derecho de acceso a la información y secretos oficiales en el ordenamiento español", *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 5: 192-201.
- Sansó-Rubert Pascual, D. 2004. "Seguridad vs. libertad: el papel de los servicios de inteligencia", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Universidad de Valencia, 48: 85-111.
- Troncoso Reigada, A. (dir.). 2017. *Comentario a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. Cizur Menor: Thomson Reuters.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.