

Acceso a la información y seguridad nacional en los Estados Unidos

Luz del Carmen Martí de Gidi*

RESUMEN

En este ensayo se plantea en qué consiste el derecho a saber de los ciudadanos de los Estados Unidos basado en la Ley de Acceso a la Información FOIA. En segundo lugar, cuáles son las excepciones contempladas de acuerdo a la ley. En tercer lugar se analizan las órdenes del Ejecutivo y el papel del Congreso y de la Suprema Corte en el tema de la seguridad nacional. La autora concluye que el Ejecutivo ha tenido el privilegio por muchos años de ocultar información invocando la seguridad nacional.

Palabras claves: acceso a la información en los Estados Unidos, seguridad nacional.

ABSTRACT

In this essay, it is shown what is the right to know of American citizens based on the FOIA Freedom of Information Act. Secondly, which are the exceptions contemplated according to the law. In third place the executive's orders and the Congress and the Supreme Court of the United States rol in national security will be analyzed. The author concludes that the Executive has had the privilege of hiding information invoking national security for many years.

Key Words: information access in the United States, national security.

SUMARIO: Introducción I. Antecedentes históricos. II. La Ley de Acceso a la Información FOIA. III. La información reservada como excepción al acceso a la información. IV. Las órdenes del Ejecutivo y la seguridad nacional. V. A manera de conclusión. Bibliografía.

Introducción

En este trabajo se pretende ofrecer un panorama de la situación que guarda en los Estados Unidos de América el derecho de acceso a la información pública a partir de la entrada en vigor de la *Freedom of Information Act* en 1966, en la cual se incluyen las diversas excepciones que afectan a esa libertad.

En especial, se pone el énfasis en el tema de la seguridad nacional como excepción que ha invocado el Ejecutivo y sus agencias para sustraer información o para proporcionarla en forma incompleta, al amparo de las diferentes órdenes ejecutivas que la mayoría de los presidentes de ese país han emitido, y que les ha caracterizado como relativamente dispuestos a proporcionar información, según su estilo personal de gobernar.

Se explica también el papel desempeñado por el Congreso y la Suprema Corte ante el protagonismo del Ejecutivo en temas relacionados con la seguridad nacional.

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

Los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 han propiciado que el Presidente Bush añadiera nuevas hipótesis para evitar que sean conocidos determinados archivos, al incluir el terrorismo transnacional y los asuntos relacionados con las armas de destrucción masiva entre los temas reservados por razones de seguridad nacional.

I. Antecedentes históricos

La búsqueda de un derecho “a saber” del público (*right to know*) en este país, remonta sus orígenes a los siglos XVII y XVIII en Inglaterra, donde tenía lugar una desalentadora lucha de la prensa por eliminar la prohibición existente de dar a conocer las acciones que tenían lugar en las Cámaras de los Lores y los Comunes, a causa de lo cual los periodistas británicos que se atrevían a violentarla eran objeto de severas sanciones que iban de las pecuniarias hasta el encarcelamiento, del cual solamente eran liberados si previamente juraban no cometer ese tipo de actividades que eran calificadas como radicales.

A las colonias americanas se trasladó el mismo problema; por una parte, principalmente encabezadas por la prensa, tenían lugar campañas para obtener el derecho a conocer las actividades gubernamentales y lograr una mayor participación política; por la otra, la resistencia de los gobiernos coloniales que mostraban a ese respecto la misma hostilidad que caracterizaba la actitud del Parlamento Inglés. En todo caso, el corolario de estas luchas fue tiempo más tarde, el reconocimiento de las libertades de expresión y prensa.

Paulatinamente, el reclamo por lograr que la prensa americana pudiera informar con libertad fue abriéndose camino en el gobierno de las colonias bajo diferentes formas y para el año de 1774 era formulada la llamada Declaración de Québec en la que se consideraba que la libertad de prensa era esencial para la difusión de los sentimientos liberales sobre la administración gubernamental y además un derecho natural, fundamento de la confianza sobre la libertad civil. Años más tarde, se consagró la libertad de expresión y de imprenta no en la versión original de la Constitución Americana de 1787, sino al serle incorporadas las primeras diez enmiendas, que quedaron definitivamente ratificadas el 15 de diciembre del año 1791.

Es precisamente la primera enmienda la que alude al tema, así, le prohíbe al Congreso expedir leyes en virtud de las cuales se adopte una religión con el carácter de oficial en el Estado, se prohíba practicar alguna religión libremente, se limite *la libertad de palabra o de imprenta*, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y pedir al gobierno la reparación de injusticias.

La libertad de expresión formuló su significado desde la libertad de la prensa, y esta libertad fue comúnmente entendida en las colonias en términos de la libertad alcanzada en Inglaterra con la abolición de la restricción previa, bajo la cual la Corona había otorgado licencia, a las imprentas e impresores, para publicar sin tener que solicitar autorización previa. Tan significativa como esta medida de libertad de prensa fue en su tiempo, ahora desde nuestra retrospectiva resultaba bastante limitada.

No restricción previa significó que un editor podía publicar libremente, pero que lo que publicaba podía aún ser castigable, punible, delictivo. Esta distinción entre libertad y libertinaje (definida como el abuso de libertad) fue hecho claro por William Blackstone, el famoso compilador de Derecho inglés quien tuvo una gran influencia en la América del siglo XVIII. Blackstone escribió que la libertad de prensa:

Consiste en no poner limitaciones previas sobre las publicaciones ni en la libertad de prensa por medio de la censura por asuntos criminales cuando éstos son publicados. Cada hombre libre tiene su indubitable derecho de colocar los sentimientos que él quiera o guste ante el público;

prohibir esto es destruir la libertad de la prensa, pero si lo que publica es indecente, impropio, nocivo, malévolo o ilegal, debe tomar las consecuencias de su propia temeridad.¹

La jurisprudencia blakstoniana de libertad frente a libertinaje sirvió de base a las políticas y práctica gubernamentales hacia la libertad de expresión y de prensa durante el siglo XIX y hasta bien entrado el siglo XX.

En la construcción de la Primera Enmienda, Madison jugó un rol intelectual clave. Hay diferencias entre Inglaterra y los Estados Unidos dijo, que la definición dada por Blackstone de la libertad de prensa resulta inapropiada para el segundo.

En Inglaterra, la legislatura es vista como omnipotente, explicó, pero en América es el pueblo y no el gobierno, quien posee la soberanía absoluta, y esto es, por lo tanto, necesario para asegurar los grandes y esenciales derechos del pueblo tanto contra los legisladores como contra las ambiciones del Ejecutivo. Esto está establecido en las Constituciones escritas que son supremas respecto de las leyes ordinarias – continuó- y la libertad de expresión y de prensa disfrutaban de la protección constitucional porque son cruciales para el ejercicio del derecho de autogobierno. Madison vio la libertad de expresión y de prensa nada menos que como una condición necesaria de los gobiernos republicanos, por lo que la crítica del gobierno nunca puede ser un crimen.²

Como puede advertirse no se está frente a un derecho de los gobernados de acceder a la información pública gubernamental, sino de las libertades clásicas de expresión y prensa. Es hasta mediados del siglo XX que nuevamente la prensa organizada, encabeza el reclamo al gobierno de los Estados Unidos para que fuera reconocido un derecho específico a la información pública, reformando la primera enmienda a que se ha hecho referencia, lo cual no llegó a obtenerse.

II. La Ley de Acceso a la Información FOIA

En lugar de una reforma constitucional, como respuesta a las demandas planteadas por la prensa organizada durante varias décadas,³ y en cuya aprobación jugó un papel determinante el congresista John Moss,⁴ se promulgó la Ley de Libertad de Información el 4 de julio de 1966, precisamente un día antes de que el proyecto de ley se perdiera a causa del veto presidencial por omisión o indirecto. El Presidente Johnson, aunque de manera renuente, promulgó la Ley de Libertad de Información *Freedom of Information Act* (FOIA por su siglas en inglés) que confiere a todos los ciudadanos derechos específicos de acceso a los documentos y archivos del gobierno.⁵

¹ Terry Eastland, editor, *Freedom of expression in the Supreme Court, The Defining cases*, Boston, Rowman, & Littlefield publishers, inc., 2000, p. XVIII.

² Terry Eastland, editor, *op. cit.*, p. XIX.

³ La Sociedad Norteamericana de Editores de Periódicos encargó a Harold Cross, abogado del *Herald Tribune* de Nueva York y profesor de la Universidad de Derecho en la Universidad de Columbia que hiciera un informe sobre políticas, procedimientos y prácticas de información federales, estatales y municipales, bajo el amparo de la *Administrative Procedure Act* de 1946. El informe fue titulado *The People's right to Know*, y fue publicado en 1953, tuvo una gran influencia y atribuyó el origen del secreto gubernamental al carácter ambiguo de la ley de procedimientos administrativos.

⁴ El congresista John Moss presidió en 1954 un Subcomité especial de información pública cuyo propósito era desafiar la política del secreto impulsada por el presidente Eisenhower. Para 1966, Moss ya había logrado el apoyo de diversos congresistas republicanos interesados en la fiscalización de los presidentes demócratas Kennedy y Johnson.

⁵ Los detalles de las acciones que desembocaron en la expedición de esa ley pueden ser consultados en: David M. O'Brien, *El derecho del público a la información. La Suprema Corte de los E. U. A. y la Primera Enmienda Constitucional*, publicigrafics, México, 1983, pp. 1-29.

La Ley de 1966 en opinión de los expertos fue deficiente, sobre todo porque no estableció plazos de cumplimiento, no contempló sanciones por incumplimiento, ni previó la revisión judicial independiente en caso de que el Estado se negara a proporcionar alguna información por motivos de seguridad nacional.

Luego de ocho años de obstrucción burocrática, y debido a los acontecimientos históricos de la administración Nixon, como fueron los bombardeos secretos en Camboya y el caso Watergate, que promovieron el activismo del Congreso de los Estados Unidos hacia un mayor acceso a la información y de control del Ejecutivo, se aprobaron una serie de enmiendas a la FOIA en el año de 1974, que contribuyeron a robustecerla. Entre ellas, podemos mencionar que se establecieron plazos de cumplimiento, y se autorizó explícitamente la revisión judicial de cualquier decisión gubernamental de negar el acceso a documentos por motivos de seguridad nacional. Aún cuando el presidente Ford trató de ejercer su veto a este proyecto de ley, el Congreso lo anuló y las enmiendas se incorporaron a la ley de acceso a la información.⁶

Completan el panorama de leyes que a partir de los años setenta promovieron la transparencia y el libre acceso a la información, el derecho a saber de los norteamericanos, la Ley de Privacidad (*Privacy Act*) de 1974, que obliga al gobierno a publicar listas completas de todos los sistemas de datos que incluyen información sobre particulares y garantiza el derecho de las personas a tener acceso a dicha información y la Ley del Gobierno a la Luz del Día (*Government in the Sunshine Act*) de 1976, que permite al público tener acceso a las deliberaciones de los miembros de las agencias federales, entre las más importantes.

Al amparo de la Ley de Libertad de Información, cualquier persona, sin importar su nacionalidad, puede buscar acceso a los registros de las diferentes dependencias que forman parte de la rama ejecutiva del Gobierno Federal de los Estados Unidos, entre las cuales quedan incluidos los departamentos, las empresas de dicho Poder Ejecutivo, las oficinas del presupuesto y la del Presidente aunque en ésta no quedan comprendidos los documentos que pertenecen a éste o a sus consejeros.

Como puede advertirse, la Ley no comprende a los poderes legislativo y judicial; tampoco a las agencias estatales por el hecho de que sean subvencionadas con recursos de la Administración, o a corporaciones privadas, salvo que sus documentos se encuentren registrados en alguna agencia federal, en cuyo caso sí pueden ser solicitados y deberán ser entregados.⁷

Antes de estudiar los mecanismos que deben seguirse para obtener información de las agencias gubernamentales, es preciso señalar que la ley que regula esta materia impone a las dependencias que hemos mencionado, dar cumplimiento a algunas obligaciones que caen dentro del concepto de transparencia; así, en sus primeras disposiciones establece que cada oficina dará a conocer de manera independiente y publicará en un Registro Federal para guía del público, cuál es su organización central y descentralizada, los procedimientos que deben seguirse para tramitar ante ellas los asuntos de su competencia, los formatos que haya elaborado y que deben ser llenados por los usuarios de sus servicios y los lugares en que pueden ser obtenidos; darán a

⁶ Bajo el amparo de la FOIA, se “generaron una enorme cantidad de solicitudes en cuanto la ley de 1975 entró en vigor, -más de 100, 000 solicitudes anualmente, cifra que ha aumentado cada año hasta alcanzar su volumen actual de más de dos millones de solicitudes anuales”, de acuerdo con Thomas S. Blanton, “La experiencia de Estados Unidos con respecto a la Ley de Libertad de Información: activismo del Congreso, liderazgo de los medios de comunicación y política burocrática”, en *Derecho comparado de la información*, número 2, julio-diciembre 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003, p. 18.

⁷ Herbert N. Foester, *Freedom of Information and the right to know*, Westport, Greenwood Press, 1999, p. 123.

conocer también las disposiciones legales que las rigen, las políticas e interpretaciones que aplica la dependencia, poniendo a disposición del público los criterios que utiliza y las resoluciones judiciales que se hubieren dictado en relación a ellos.⁸

Para emplear adecuadamente la ley que se comenta, existen un número importante de publicaciones que sirven de guía, la mayor parte de las cuales fueron realizadas por las organizaciones no gubernamentales relacionadas con el derecho a la información; en todo caso, el propio Congreso de los Estados Unidos elaboró una Guía Ciudadana para ese mismo efecto. Además de la publicaciones realizadas, las ONG's proporcionan apoyo directo para que el público pueda requerir los registros en los que se encuentre interesado.

Es conveniente señalar que la ley que se estudia hace referencia a “*records*”, significando con esa expresión al documento que se encuentra archivado en una determinada dependencia federal, no debiendo dársele la acepción de información en sentido amplio, ya que la agencia no puede ser requerida para investigar o analizar datos para el solicitante, sino exclusivamente a proporcionarle una reproducción del documento archivado o parte de él.

Para requerir información invocando la Ley, se presenta una solicitud por escrito que debe ser dirigida a la dependencia que debe proporcionar la información, la cual deberá tener un funcionario especialmente designado para atender esos requerimientos, ya que no existe una oficina expresamente creada para servir de intermediaria entre el solicitante y la oficina que maneja el archivo documental de que se trate. Así, el primer paso que debe dar la persona interesada es identificar a la dependencia que corresponda; para ese efecto se puede consultar el Manual del Gobierno de los Estados Unidos, que contiene una relación completa de las agencias gubernamentales incluyendo la dirección donde tiene sus instalaciones y las funciones principales que les corresponda realizar. En la solicitud se debe identificar el registro que se solicita o por lo menos una explicación clara de su contenido.

El solicitante de información normalmente queda sujeto al pago de derechos por el servicio que le sea prestado, que pueden ser de tres diferentes clases, en relación a los cuales tiene la opción de solicitar su disminución o ser dispensado de su pago. La Ley de Libertad de Información fue reformada en el año de 1986 en el capítulo relativo al pago de derechos, siendo las principales normas relacionadas con ese tema, las siguientes:

En primer lugar, se establece un derecho cuyo monto se determina solamente por el costo de obtención de la reproducción del documento que es expedido; puede ser cobrado igualmente el costo de búsqueda de los documentos solicitados, el cual será la cantidad equivalente al tiempo del personal empleado para realizarla; este importe puede ser reducido en la medida en que se delimite con precisión el ámbito de búsqueda; un tercer tipo de derecho, muy semejante al anterior, lo constituye el equivalente al tiempo utilizado en examinar el documento para establecer qué parte puede ser revelada. Solicitada la dispensa o disminución de los derechos a pagar por el servicio, de conformidad con la reforma, se toma en consideración para resolver la importancia que pueda tener para la administración el hecho de que sean conocidas las actividades gubernamentales a que aluden los documentos, así como el hecho de que la información que se solicita no genere un beneficio para el solicitante.

En relación a este punto, la ley establece tres categorías de peticionarios; una de ellas incluye a los representantes de los medios de información y a las instituciones científicas o educativas cuya finalidad de obtener la información sea la enseñanza o la

⁸ El primer apartado de la Ley denominado “Información pública, normas administrativas, opiniones, órdenes, registros y procedimientos”, puede ser consultado en David M. O'Brien, *op. cit.* pp. 211 y ss.

investigación; la segunda comprende a todos aquellos solicitantes que persiguen un interés comercial, a los cuales se les aplican las tarifas ordinarias de reproducción o búsqueda, y la tercera, que generalmente se integra por usuarios que pretenden obtener registros de carácter personal.

En el apartado (6) (A) del texto original de la Ley se concedía a la dependencia (*Agency*) requerida un plazo de diez días hábiles para responder si accedía o no a obsequiar la solicitud que le había sido presentada; dicha disposición fue modificada, y a partir del 3 de octubre de 1997 el plazo que se concede a la autoridad es de veinte días hábiles. En caso de darse una respuesta favorable, la entrega de los documentos deberá realizarse “rápidamente”, sin que la Ley o la Guía elaborada por el Congreso establezcan el tiempo preciso para realizar la entrega.

En caso de ser denegada total o parcialmente la petición, notificarán al interesado las razones en que se apoya dicha determinación y al propio tiempo deben informarle del derecho que le asiste para apelar en contra de esa decisión ante el jefe de la dependencia, el cual cuenta con un plazo de veinte días hábiles para resolver. De persistir la negativa ya sea en todo o en parte, se deberá hacer saber al solicitante el derecho que le asiste de recurrir judicialmente esa resolución.

Los términos a que alude la Ley pueden, en casos excepcionales, ser ampliados hasta por diez días hábiles, debiendo la autoridad motivar dicha determinación; las causas a que expresamente alude la norma para extender los plazos pueden ser entre otras, la necesidad de buscar o reunir documentos que se encuentran en diferentes instalaciones de la dependencia, revisar un número elevado de archivos o consultar con otras agencias. En la reforma que se mencionó arriba, se incluyó la posibilidad de que el peticionario redujera el ámbito de búsqueda y en ese caso, acordar con la Agencia un diferente término para que le sea entregada la información. Transcurridos los plazos a que se ha hecho referencia o su ampliación, la Ley permite presumir al solicitante que su petición ha sido rechazada (negativa ficta) y por lo tanto se genera el derecho de acudir ante los tribunales judiciales.

En la guía para los ciudadanos elaborada por el Congreso de los Estados Unidos se aconseja a los solicitantes ser pacientes, ya que acudir a la vía judicial no implica necesariamente alcanzar el resultado con mayor prontitud.⁹

Una de las organizaciones no gubernamentales más importantes usuarias de la FOIA es la denominada Archivo de Seguridad Nacional y Ciudadanía Pública, creada en el año de 1985 por un grupo de periodistas e historiadores, que ha sido ganadora en el año 2000 del premio *George Polk* del periodismo estadounidense “...por su labor de lograr atravesar el velo del secreto gubernamental impuesto a conveniencia, (y) orientar a los periodistas en la búsqueda de la verdad...”¹⁰ Esta organización no lucrativa tiene establecida una biblioteca en la Universidad de Washington que contiene una importante cantidad de documentos desclasificados sobre asuntos internacionales y de seguridad, que ha obtenido a través de la Ley de Libertad de Información.

El actual presidente de la organización no gubernamental Archivo de Seguridad Nacional Thomas S. Blanton, explica que los tiempos legales no son puntualmente respetados:

En la práctica, sin embargo, la demora en la tramitación de una solicitud compleja con base en la FOIA (es decir, una solicitud que implica la búsqueda de varios documentos en los archivos, en lugar de un documento específico), oscila entre 13 días en la Administración de Veteranos (*Veterans Administration*) hasta 1,788 días (casi cinco años) en el Departamento de Energía (*Department of Energy*). Y tal duración representa el promedio del tiempo que tarda la

⁹ La Guía Ciudadana se puede consultar en www.house.gov/reform

¹⁰ Thomas S. Blanton, *op. cit.*, p. 3.

tramitación de una solicitud, ello significa que la mitad de las solicitudes dirigidas al Departamento de Energía han durado todavía mas tiempo.¹¹

En todo caso, de seguirse la vía judicial ante una negativa expresa o presumida por la no respuesta dentro los términos legales, el solicitante podrá presentar su demanda ante un Tribunal de Distrito (federal) que a su elección, según el apartado (4) (B) de la Ley puede ser el correspondiente a su domicilio personal; el que sea competente en el lugar donde tenga el principal asiento de sus negocios; el del lugar donde se encuentren los registros solicitados o ante alguno que se encuentre radicado en el Distrito de Columbia.

El tribunal elegido tiene plena jurisdicción para resolver sobre el asunto que se someta a su conocimiento, pudiendo condenar a la dependencia demandada al pago de los gastos que se hubieren originado para el demandante con motivo de la tramitación del juicio, incluidos los honorarios de los abogados contratados y someter al funcionario o empleado responsable de una negativa arbitraria o caprichosa a la Comisión del Servicio Civil para la aplicación de las sanciones que procedan.

III. La información reservada como excepción al acceso a la información

En la Ley de Libertad de Información se regulan nueve excepciones por virtud de las cuales puede ser rechazada una petición de acceso a registros o documentos públicos.

La primera de ellas permite retener la información contenida en documentos que han sido clasificados a través de una Orden Ejecutiva del Presidente de los Estados Unidos, lo cual puede ocurrir cuando se argumentan intereses relativos a la defensa nacional o a la política exterior.

Desde el inicio de vigencia de la FOIA en el año de 1966 a la fecha, se han emitido cinco órdenes presidenciales ejecutivas¹² en relación a esta excepción, estando en vigor la expedida por el presidente George W. Bush el 25 de marzo del año pasado, que a diferencia de las anteriores entró en vigor el mismo día de su expedición, excepción hecha del apartado 1.6 que establece la manera de identificar la clasificación original de los documentos, cuya vigencia inició 180 días después del 25 de marzo del 2003.

El presidente William Clinton, siguiendo la práctica de sus predecesores, el 17 de abril de 1995 expidió la Orden Ejecutiva 12,958, que se distingue de la anterior por ser considerablemente mas extensa, y en algunos casos más estricta, como por ejemplo, en lo que se refiere a la posibilidad de desclasificar documentos relativos a la seguridad nacional.

Así, la sección 3.4 de la Orden Ejecutiva del presidente Reagan establecía que la revisión obligatoria de la información para efectos de desclasificación, debería ser realizada cuando se formulara la solicitud correspondiente y se especificara con claridad su ubicación, exceptuando a la información clasificada que se hubiera generado por el

¹¹ *Ibidem*, p. 6

¹² El texto íntegro de ellas puede ser consultado en la página web del Registro Federal del Gobierno de los Estados Unidos: www.archives.gov/federal_register/executive_orders La primera de las órdenes mencionadas fue expedida por el presidente Richard Nixon el 8 de marzo de 1972 bajo el número 11,652 y fue revocada por la Orden Ejecutiva del presidente Jimmy Carter 12,065 de fecha 20 de junio de 1978. El 2 de abril de 1982, el presidente Ronald Reagan expidió su propia Orden Ejecutiva en materia de información relativa a seguridad nacional, a la cual correspondió el número 12,356, que a su vez revocó la inmediata anterior.

presidente, su staff, asesores, comités, comisiones y juntas nombradas por el titular del Poder Ejecutivo.

Sin embargo, en la Orden Ejecutiva 12,958 se adicionan algunas excepciones para que sea procedente llevar a cabo la revisión de desclasificación; se agrega aquella información que la Agencia Central de Inteligencia (CIA por sus siglas en inglés), haya señalado como no revisable en cuanto a su condición de clasificada; de igual modo no sería procedente la revisión, si ésta se hubiera efectuado durante los dos años anteriores a la nueva solicitud, o si la resolución que se hubiere dictado en una revisión previa, se encontrara sometida a la decisión de los tribunales.

Por otra parte, la Orden Ejecutiva del Presidente Clinton estableció en la sección 3.5, relativa a la revisión sistemática de información clasificada, que aquellos documentos que era pertinente someter a dicha revisión, en ningún caso se prolongaría su carácter secreto por más de 25 años contados a partir de la fecha en que fueron clasificados de ese modo. De cualquier modo, a ese respecto Kate Doyle escribe:

“En la actualidad, más de una década después del fin de la Guerra Fría, gran parte de los documentos creados por las agencias del gobierno encargadas de las relaciones internacionales o seguridad nacional, son secretos...a pesar de una orden ejecutiva firmada por el presidente Clinton en 1995 que establece que las agencias deben hacer públicos sus documentos 25 años después de su creación.”¹³

La Orden Ejecutiva vigente constituye una verdadera reglamentación que establece un sistema uniforme para clasificar, salvaguardar y desclasificar la información relativa a la seguridad nacional, que en términos generales contiene las mismas secciones que la Orden revocada, salvo alguna diferencias de forma y muy pocas de fondo en virtud de acontecimientos recientes. Un ejemplo de las diferencias de carácter formal es que mientras en la Orden del presidente Clinton las secciones contenían la definición de los conceptos que se manejaban en cada una de ellas, la Orden vigente dejó para un capítulo final la definición de todos los términos que son empleados a lo largo de la Orden.

Al igual que en las órdenes precedentes, la actual establece que la información puede ser clasificada en tres diferentes niveles cuya denominación solamente podrá ser modificada por una disposición legislativa:

En primer lugar la considerada “*top secret*”, que es la información que de ser revelada podría causar un daño excepcionalmente grave a la seguridad nacional, el cual puede ser descrito por la autoridad que está facultada para llevar a cabo la clasificación original (Sec. 1.2 apartado (1)), sigue en orden decreciente la información considerada secreta “*secret*” que de ser divulgada sin autorización, razonablemente se esperaría que causara un daño serio a la seguridad de la nación (Sec. 1.2 apartado (2)), y por último, la información confidencial “*confidential*” que de darse a conocer acarrearía daño a la seguridad nacional (Sec. 1.2 apartado (3)).

En la Orden que nos ocupa fue suprimida la presunción existente en la anterior, en el sentido de que si existiera duda acerca del nivel adecuado de clasificación, la información debía ser ubicada en el nivel más bajo.

Una diferencia que puede afectar la materia misma regulada en la orden, sería la siguiente: se incluye un nuevo campo de aplicación que no aparece en las órdenes anteriores, al establecer que en el concepto de seguridad nacional queda comprendida la

¹³ DOYLE, Kate, “El acceso a la información en Estados Unidos. Balance y perspectivas”, en *El derecho de acceso a la información. Visiones desde México y la experiencia comparada*, VILLANUEVA, Ernesto y Issa LUNA PLA. Fundación Honrad Adenauer, Universidad Iberoamericana, México, 2001, p 9.

información relativa a la defensa en contra del terrorismo transnacional,¹⁴ lo cual es producto de los acontecimientos acaecidos el 11 de septiembre de 2001 en la ciudad de Nueva York. Otra diferencia respecto de la orden Ejecutiva del presidente Clinton consiste en haber aumentado el número de autoridades que pueden llevar a cabo la clasificación original de la información; en aquella, se encontraban el Presidente, los jefes y oficiales designados por el presidente en el Registro Federal, y los oficiales gubernamentales que tengan delegada esta capacidad. En la orden del presidente Bush se ha incluido al Vice-Presidente cuando realice tareas que son propias del Poder Ejecutivo.

Por lo que se refiere a la delegación de autoridad para llevar a efecto la clasificación de la información, se conserva la regla establecida con anterioridad en el sentido de que solamente las autoridades con facultades delegadas no pueden a su vez delegar autoridad, incluyendo ahora al Vice-Presidente entre los que sí pueden llevar a cabo la delegación. En las diferentes categorías de documentos susceptibles de clasificación se adiciona a la relación existente, los relativos al terrorismo internacional y a las armas de destrucción masiva.

La segunda excepción se refiere a las prácticas y reglas internas aplicadas por el personal de la dependencia. Según se ha establecido en las resoluciones judiciales, estos documentos son de tal manera triviales, que no despiertan un genuino interés público, o bien se trata de procedimientos internos que no generan ninguna actitud que se proyecte al exterior de la dependencia.

Tampoco pueden ser revelados los documentos que otras leyes restringen su divulgación, siempre y cuando la limitación sea categórica y no discrecional o establezca criterios precisos de retención o aluda a los materiales específicos que deben ser retenidos.

Una cuarta excepción se refiere a los documentos que contienen información confidencial referente a negocios o secretos comerciales. De igual modo no podrá ser entregada la información financiera o comercial que haya sido obtenida con el carácter de confidencial; así, una información detallada de las actividades de mercadeo (marketing) de una compañía privada, sus planes de trabajo, costos y beneficios en considerado información confidencial.

Las comunicaciones internas de la dependencia o la que se intercambia entre dependencias quedan también exceptuadas del derecho de acceso, y los tribunales han sostenido que esta limitación salvaguarda el proceso de formación y deliberación en la creación de las políticas públicas.

Los archivos personales, médicos y otros similares constituyen la sexta excepción regulada por la Ley, toda vez que proporcionarlos al público implica una clara invasión a la privacidad de los individuos; y se alude expresamente a individuos, ya que la interpretación judicial de esta limitación ha excluido a las corporaciones o sociedades que no tienen derechos de privacidad por lo que hace a esta excepción. En este punto es menester realizar un estudio comparativo entre la Ley de Libertad de Información y la Ley de Privacidad (*Privacy Act*) de 1974 que regula es misma materia.

Los archivos de indagación integrados con la finalidad de hacer cumplir la ley (*law enforcement*) quedan exceptuados en siete diferentes hipótesis: A) Cuando proporcionar la información interfiera en los procedimientos; B) Cuando con ello se prive a una persona de un juicio imparcial o una sentencia justa; C) Cuando ello implique una invasión a la vida privada; D) Cuando se esté protegiendo la identidad de fuentes de información confidenciales relacionadas con procedimientos criminales o

¹⁴ "...including information relating to defense against transnacional terrorism..."

asuntos de seguridad nacional; E) Cuando se trate de técnicas o procedimientos para la aplicación de la ley y esas acciones se pongan en riesgo y; F) Cuando se ponga en peligro la vida o seguridad física de alguna persona.

Quedan exceptuados de la obligación de proporcionar los registros y documentos relacionados con la revisión, operación o reportes preparados por la agencias relacionadas con la supervisión de instituciones financieras como la *Federal Deposit Insurance Corporation*, la *Federal Reserve* o similares.

Por último, no se proporcionarán documentos que contengan información geográfica, geofísica, geológica, mapas y ubicación de pozos, sin que se aclare en la ley a que tipo de pozos se refiere.

IV. Las órdenes del Ejecutivo y la seguridad nacional

La seguridad nacional en la política norteamericana adquiere relevancia en el constitucionalismo norteamericano posterior a la Segunda Guerra Mundial.¹⁵ Bajo el impulso del Presidente Roosevelt, las funciones constitucionales de comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas y las circunstancias del nuevo orden internacional, provocaron una militarización de la vida política, lo que propició una ampliación de la reserva y el secreto en la adopción de decisiones a costa de la publicidad y el control, que hasta ese momento se habían considerado como notas características del sistema constitucional norteamericano. En opinión de Miguel Revenga: “La libertad de expresión conoció nuevas formas de censura y la seguridad nacional se vio mediatizada en aras de un objetivo de carácter nacional que nunca alcanzó definición acabada.”¹⁶

Debido al papel que este país ha jugado en el ámbito internacional, y del objetivo que se han definido como defensores universales de la democracia (o al menos de su particular modo de concebirla) por muchos años prevaleció la supremacía presidencial en detrimento del Congreso, en lo que se refiere a las relaciones internacionales y el empleo de la fuerza:

Guiados por la separación de poderes, tanto el congreso como el poder judicial, reconocen la legitimidad de dicho privilegio del Ejecutivo, y por lo general han rechazado limitar tanto el espíritu como el alcance de las decisiones clasificatorias de aquél. En efecto, el Congreso ha incluido como excepción al derecho a la información en la Ley de Libertad de Información FOIA la información ‘clasificada adecuadamente’ y ha instruido a los tribunales involucrados en solicitudes de información a través de la FOIA de reconocer como legítimos los alegatos de parte del Ejecutivo sobre la clasificación. De manera similar el poder judicial ha señalado, de tiempo atrás, que ‘no tiene ni la aptitud, ni la capacidad, ni la responsabilidad’ para indagar en la administración de las relaciones exteriores a cargo del Ejecutivo.¹⁷

Aun antes de la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal Supremo en el caso *U.S. v. Curtis-Wright Corp*, en 1936, había sostenido el argumento de autoridad del Poder Ejecutivo: “En el ámbito exterior, con sus importantes, complicados, delicados y multifacéticos problemas, el presidente dispone por sí solo de la facultad de hablar o de

¹⁵ De acuerdo con la Constitución norteamericana, las atribuciones están distribuidas de la siguiente manera: según el artículo II, sección segunda, el Presidente de la República es el Jefe del Ejército y la Fuerza Naval, mientras que el Congreso es el depositario de la obligación de proveer a la defensa de la nación y tiene la competencia de declarar la guerra (de conformidad con el artículo I, sección octava, apartados 1y 11).

¹⁶ Miguel Revenga Sánchez, *El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 12.

¹⁷ K. T. Barlett, “Keeping secrets: Congress, the Courts and National Security Information, *Harvard Law Review*, volumen 103, número 4, febrero de 1990, p. 906.

escuchar como representante de la nación. A él le corresponde concluir tratados, con el consejo y la aquiescencia del Senado, pero a él sólo le compete negociar.”¹⁸ También destacó las mejores fuentes de información de que dispone el presidente en comparación con las del Congreso, por lo que respaldó la necesidad del secreto.

El otro caso relevante es *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer* de 1952, en el cual el juez Jackson en su voto definió los tres ámbitos jerarquizados de competencias del presidente:

- a) Cuando el presidente adopta decisiones siguiendo una autorización del Congreso, expresa o implícita, su autoridad se eleva al máximo, al abarcar la que posee por sí mismo más la que el Congreso le ha conferido.
- b) Cuando el presidente decide sin delegación del Congreso, tan sólo puede hacerlo invocando sus poderes independientes, aunque hay un ámbito entre dos luces (*zone of twilight*) en el que el presidente y el Congreso comparten una autoridad cuyo reparto no es del todo claro.
- c) Cuando el presidente toma medidas incompatibles con la voluntad del Congreso, expresa o presunta, su poder queda reducido a la mínima expresión, pues tan sólo puede ampararse en sus propias competencias constitucionales, una vez restadas aquellas otras sobre la misma materia de las que también dispone el Congreso.¹⁹

La Constitución norteamericana, por medio de un sistema de vigilancia recíproca interpoderees (*checks and balances*) postula una coparticipación equilibrada del presidente y del Congreso, con el poder judicial como árbitro y garante del equilibrio institucional. Sin embargo, de acuerdo con Revenga Sánchez:

Bajo la ‘Constitución de la seguridad nacional’, la supremacía del Presidente ha arrinconado la función legislativa del Congreso, que se ha revelado incapaz de definir en términos claros y omnicomprendivos los principios inspiradores de las decisiones en la materia. Al faltar tales principios, el Ejecutivo ha tenido las manos libres para gestionar la seguridad nacional bajo los mudables criterios que él mismo ha ido definiendo según las necesidades de cada momento.²⁰

En la *National Security Act* de 1947, se trató de dar un concepto que justificara la creación de numerosos organismos y reorganización de los ya existentes, basados en la defensa del territorio, la solidez de los recursos en materia de armamento, y la protección de los ciudadanos norteamericanos, dentro y fuera del país.

La utilización de órdenes del Ejecutivo (*executive orders*) para delimitar la información reservada, coincide con el inicio de la Segunda Guerra Mundial, cuando el Presidente Roosevelt estableció el secreto para las cuestiones militares.

La Orden Ejecutiva 10,290 de 24 de septiembre de 1951 expedida por el Presidente Truman, estableció las directrices sobre las que ha funcionado este sistema, al que cada uno de los titulares del Ejecutivo ha impreso su sello y ha adecuado a sus particulares circunstancias. La orden de Truman invocaba a “la necesidad de proteger la seguridad nacional de Estados Unidos [...] mediante la salvaguarda de información cuya distribución no autorizada pueda dañar, comprometer o amenazar de algún modo la seguridad de la Nación.”

Casi todos los presidentes emitieron órdenes sobre clasificación de la información. Las órdenes ejecutivas más duraderas han sido la de Eisenhower de 1953 y la de Reagan en 1982.

Las doctrinas de los presidentes Eisenhower, Kennedy y Johnson sobre seguridad nacional se basaron en una concepción estrictamente militarista, mientras que la doctrina Carter privilegió el acceso a los recursos energéticos como un componente

¹⁸ *Ibidem*, p. 50.

¹⁹ *Cit pos* Manuel Revenga, *op. cit.* p. 52.

²⁰ *Ibidem*, p. 55

vital de los intereses nacionales. Actualmente las incursiones de los Estados Unidos en el exterior han tenido otras motivaciones, introduciendo aspectos no militares, como pueden ser el narcotráfico en Panamá, el petróleo en el Golfo Pérsico, el terrorismo en Irak. En palabras del congresista John Moss, uno de los impulsores de la FOIA: “la seguridad nacional es un concepto tan mal definido que aún no he encontrado a nadie capaz de aclararme su significado.”²¹

A mediados de los cincuenta, se advirtió la preocupación por el secreto, y la manera en que éste se había apoderado de los esquemas del gobierno norteamericano, propiciado por la guerra de Vietman, lo que provocó una reacción del Congreso, presionado por la opinión pública, ya que la práctica había sido, hasta entonces, el secreto en el proceso de decisión interno, y el derecho a ocultar determinados datos al Congreso.

El funcionamiento del sistema político norteamericano en materia de información presenta un dualismo entre el Ejecutivo en turno y los medios de comunicación, en donde el primero trata de proteger el secreto del proceso de decisiones frente al cuestionamiento de los medios de comunicación, que en nombre del derecho del pueblo norteamericano a saber, desean hacer público todos y cada uno de los pasos de ese proceso.²²

Los temas de seguridad nacional han sido recurrentemente tratados con un alto grado de discrecionalidad por el Ejecutivo en turno. La Corte Suprema ha tenido en los últimos tiempos un papel importante en esta materia. Uno de los casos más ejemplificativos fue el caso Watergate en 1972, en *United States v. Nixon* en que el Tribunal Supremo hizo alusión a lo que la doctrina constitucional ha llamado “el privilegio del Ejecutivo”, al sostener:

[...] ni la doctrina de la separación de poderes, ni la necesidad de confidencialidad de las comunicaciones de alto nivel, pueden fundamentar, sin más, una inmunidad o privilegio presidencial, absoluto e indiscriminado, y en cualquier circunstancia, frente a los procesos judiciales. La necesidad presidencial de que sus consejeros se pronuncien en completa confianza y objetividad exige la mayor deferencia por parte de los Tribunales. Sin embargo, cuando el privilegio se basa sólo en una reivindicación, abstracta e incorrecta, del interés público en la confidencialidad [...] se plantea un problema de conflicto con otros valores. En ausencia de la necesidad de proteger secretos diplomáticos, militares o relativos a la seguridad nacional en asuntos delicados, es difícil aceptar el argumento de que el interés en la confidencialidad [...] se va a ver afectado de modo significativo por el examen *in camera* de las comunicaciones presidenciales, llevado a cabo con toda la protección y garantías que el juez de distrito está obligado a dispensar.²³

La seguridad nacional ha servido de pretexto para un uso desmesurado de la técnica de los secretos oficiales. Miles de documentos han sido clasificados anualmente como secretos, una práctica que se produce anualmente desde la Segunda Guerra Mundial.

El sello clasificatorio en sus diversas categorías constituye una barrera al derecho a saber previsto como excepción en la FOIA, ya que en la práctica, sobre todo después de la guerra fría, ha caído en manos de la burocracia de las agencias gubernamentales, por lo que se advierte una carencia de sistematización para desclasificar documentos.

²¹ *Cit pos* Miguel Revenga Sánchez, *op. cit.*, p. 17.

²² Quizá uno de los ejemplos más emblemáticos fue la filtración a la prensa en 1971 de los llamados “Papeles del Pentágono”, un informe secreto en que se recogía la verdadera historia de la actuación norteamericana en el sudeste asiático.

²³ *Cit pos* Miguel Revenga Sánchez, *op. cit.*, p. 119.

Los últimos acontecimientos derivados del terrorismo en el 2001 han acrecentado la necesidad del secreto, y en ocasiones la opinión pública incluso ha respaldado o consentido cierta opacidad en la información reservada por el Ejecutivo y sus agencias, por razones de seguridad nacional.²⁴

Un balance general sobre la política del vecino país acerca del acceso a la información pública nos la proporciona un integrante del *Nacional Security Archives* al afirmar que aun actualmente las agencias pueden tomar decisiones unilaterales para *desaparecer* sus documentos permanentemente con poca preocupación del castigo por su destrucción, citando como ejemplos la destrucción en 1974 de los archivos de *Watergate* descubierta en 1993, la pretensión de la administración *Reagan* de borrar los archivos del escándalo “Irán-contras” entre otros casos similares.²⁵

V. A manera de conclusión

Los controles que la Constitución norteamericana establece a partir de la distribución de funciones en base a los *checks and balances*, por muchos años propiciaron la preponderancia del Ejecutivo de los Estados Unidos en la toma de decisiones en lo referente a la relaciones internacionales, al uso de la fuerza, y al recurso del secreto y la reserva en los temas de la seguridad nacional, que siendo en principio estrictamente militares, han devenido en estratégicos como es el caso de los recursos petroleros en relación con Afganistán, del narcotráfico respecto de Panamá o del terrorismo en Irak.

La falta de activismo del Congreso y la deferencia de la Corte Suprema hacia el privilegio del presidente con anterioridad a la guerra de Vietnam, fueron sacudidas por una opinión pública que desde los medios de comunicación, presionó por un derecho a saber (*right to know*) que el Congreso cristalizó en la FOIA.

La Corte Suprema ha variado su tendencia en la jurisprudencia y ha estudiado los casos en que está en juego la seguridad nacional, separándolos de aquéllos en que el Ejecutivo simplemente la ha invocado para mantener el secreto de manera discrecional, lo cual ha sido en mayor o menor medida resultado de la personalidad y circunstancias históricas de cada uno de los presidentes de los Estados Unidos.

²⁴ Pensemos en la información sobre el ataque terrorista a Nueva York, las armas químicas que justificaron la invasión a Irak, o la tortura de prisioneros en ese país.

²⁵ Kate Doyle, *op. cit.*, p. 23.

Bibliografía:

- BARLETT, K. T., "Keeping secrets: Congress, the Courts and National Security Information, *Harvard Law Review*, volumen 103, número 4, febrero de 1990
- BLANTON, Thomas S. "La experiencia de Estados Unidos con respecto a la Ley de Libertad de Información: activismo del Congreso, liderazgo de los medios de comunicación y política burocrática", en *Derecho comparado de la información*, número 2, julio-diciembre 20003, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003.
- DOYLE, Kate "El acceso a la información en Estados Unidos. Balance y perspectivas", en *El derecho de acceso a la información. Visiones desde México y la experiencia comparada*", Ernesto Villanueva e Issa Luna Pla, Fundación Honrad Adenauer, Universidad Iberoamericana, México, 2001.
- EASTLAND, Terry editor, *Freedom of expression in the Supreme Court, The Defining cases*, Boston, Rowman, & Littlefield publishers, inc., 2000.
- FOESTER, Herbert N., *Freedom of Information and the right to know*, Westport, Greenwood Press, 1999.
- O'BRIEN, David M., *El derecho del público a la información. La Suprema Corte de los E. U. A. y la Primera Enmienda Constitucional*, Publigráficos, México, 1983.
- REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, *El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*, Ariel, Barcelona, 1997.