

---

## El acceso a información reservada por motivos de seguridad nacional en los Estados Unidos.

Un balance de la aplicación de la *Freedom of Information Act*\*

---

Miguel Revenga Sánchez

### 1. Introducción

A partir de su entrada en vigor en 1967, la *Freedom of Information Act* –en español Ley sobre Libertad de Información (L.L.I. en adelante)-, viene siendo en los Estados Unidos la referencia inevitable de cualquier debate sobre la libertad de prensa. Un buen diagnóstico sobre el estado de salud de ésta puede realizarse simplemente mediante el examen del grado de cumplimiento de dicha ley por los organismos públicos. Suponiendo que los periodistas y, en general, los ciudadanos se interesan a menudo por información que solo está disponible en tales organismos, la importancia de la L.L.I. radica en haber alterado las reglas sobre el control de la llave de acceso. Antes de la ley, la Administración a su libre albedrío; después de ella (puede admitirse), también la Administración, pero con el albedrío recortado por una ley que busca la publicidad y traslada la decisión última sobre el uso de la llave de acceso desde el ámbito de la Administración al ámbito de los jueces. La cuestión no es aquí la de quién controla a los controladores, sino la del reconocimiento universal del derecho a preguntar y la de la existencia del control. La L.L.I. pretendió ambas cosas cuando fue aprobada por el Congreso en 1966, pero entonces no soplaban vientos favorables para ella. Contemplar el despliegue de la ley en sus años iniciales enseña que la burocracia en los Estados Unidos, como en todas partes,

---

\* El presente trabajo fue realizado durante una estancia como *Visiting Scholar* en la Facultad de Derecho (Boalt Hall) de la Universidad de California en Berkeley. Agradezco al profesor don Aníbal Quiroga su cordial invitación para reproducir el estudio en estas páginas.

puede dar al traste, si quiere, con los más nobles deseos del legislador. También confirma algo que hemos estudiado (*in extenso* en otro lugar: la seguridad nacional es asunto tan hermético que dejar que los jueces se asomen a él resulta bastante problemático<sup>1</sup>.

## 2. Los primeros pasos de la L.L.I (de 1966 a 1974)

Los orígenes de la L.L.I. se remontan a 1954 cuando, por vez primera en muchos años, una mayoría del Partido Demócrata en la Cámara de Representantes tuvo que convivir con un Presidente Republicano. Por iniciativa de John Moss, la Cámara accedió a crear en el seno del *Government Operations Committee* una subcomisión para analizar la política informativa del Ejecutivo. Bajo la presidencia del autor de la iniciativa, la subcomisión comenzó a recopilar datos sobre la base de un cuestionario enviado a todos los organismos federales, en el que se pretendía averiguar cuál era la política seguida por ellos en materia informativa y, en su caso, cuál el fundamento legal aducido para ocultar información<sup>2</sup>. En agosto de 1955, un discurso de Moss ante la Cámara de Representantes, intentando convencer a ésta de que el Ejecutivo estaba oculto tras una “cortina de papel”, tiene el patetismo propio de quienes pregonan en el desierto: “la cortina de papel –denunciaba entonces Moss– nos está impidiendo ver lo que hace el Gobierno (...), y es una consecuencia de la teoría burocrática según la cual cada organismo es responsable de decidir el tipo de información que es conveniente que llegue al público”<sup>3</sup>.

Las conclusiones del estudio patrocinado por Moss obtuvieron reconocimiento inmediato por parte de determinadas asociaciones pro-

---

1 Miguel Revenga Sánchez: *El Imperio de la Política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*. Ariel. Barcelona. 1995.

2 Samuel Archibald: “*The Freedom of Information Act Revisited*”, *Public Administration Review*, 39 (1979), pp. 311 y sgtes.

3 *Congressional Record – House*, 2 de agosto de 1955, pp. 13246 a 13248, donde aparece la intervención de Moss bajo el epígrafe “*Is There a Paper Curtain in Washington?*” Moss pone como ejemplo absurdo de la conducta del Ejecutivo el hecho de que un organismo se negara a revelar la cantidad de mantequilla consumida anualmente en las Fuerzas Armadas, con el argumento de que el dato podía servir de base para el cálculo por agentes extranjeros del número de tropa. Moss se declaraba decidido partidario de la transparencia, incluso en materia nuclear.

fesionales de periodistas, y se convirtieron en “la biblia” para relanzar un empeño a favor de la apertura que todavía se demoraría varios años<sup>4</sup>. Entre los argumentos aducidos por los organismos federales para ocultar información, el de más recurrente uso era el incluido en la *Administrative Procedure Act* de 1946. A la hora de medir el alcance de la publicidad, esta ley confiaba al responsable de la unidad administrativa la aplicación de un criterio tan impreciso como la “necesidad de mantener el secreto en interés público”. Con respecto a los registros, la ley contemplaba solo la posibilidad de acceso en favor de quien demostrara interés directo, siempre y cuando no existiera “justa causa para mantener la confidencialidad” (*except information held confidential for good cause found*)<sup>5</sup>. Aunque he traducido *good cause* por “justa causa”, la realidad es que el legislador no dijo “justa”, sino “buena”. Buenas razones para mantener la confidencialidad se venían encontrando siempre desde que la ley entró en vigor. La L.L.I. intentó cortar esa tendencia.

Como principio general, la L.L.I. estableció el derecho de acceso de cualquier persona a los documentos administrativos, sin necesidad de demostrar un interés personal y directo en ellos. Este principio quedó sujeto a un sistema de excepciones mucho más preciso que el existente hasta entonces (*enumeratio ergo limitatio*, valdría decir) y con control judicial de las decisiones administrativas sobre la materia<sup>6</sup>. Las excepciones se recogieron en los nueve Apartados que todavía se mantienen hoy en el texto de L.L.I., aunque alguno de ellos ha sido objeto de reformas. En la redacción original, las excepciones eran las de aquellos documentos sobre materias que se refirieran a:

- 1) la defensa nacional o la política exterior, cuando el secreto venga impuesto de conformidad con los criterios establecidos en Orden del Ejecutivo;
- 2) reglas internas en materia de personal;
- 3) materias exentas de publicidad en virtud de Estatuto especial;

---

4 J. R. Wiggins, “Safeguarding the People’s Right to Know Government Business”, *Marquette Law Review*, 40 (1956), pp. 74 y sgtes.

5 Sección Tercera de la “*Administrative Procedure Act*”, en *Public Laws*, Capítulo 324, 79th. Congress, 2d. Session, 11 de junio de 1946.

6 La *Freedom of Information Act*, quedó codificada en el *United States Code* bajo el Título 5, Epígrafe 552, y entró en vigor el 4 de julio –día de la fiesta nacional- de 1967.

- 4) secretos comerciales o información financiera de carácter confidencial;
- 5) memorándums de carácter interno o inter-administrativos, así como cartas cuya disponibilidad quede limitada a posibles litigios entre organismos públicos;
- 6) archivos médicos o de carácter personal cuya publicidad sería susceptible de invadir la intimidad;
- 7) archivos de tipo indagatorio para el cumplimiento de la ley (*investigatory files compiled for law enforcement purposes*), excepto aquellas partes de los mismos cuya disponibilidad esté prevista legalmente;
- 8) datos recopilados en nombre, y para uso, de los organismos responsables de la regulación y control de las instituciones financieras;
- 9) información de carácter geológico y geofísico, incluidos mapas sobre yacimientos.

La ley, se ha dicho, fue el producto de once años de “tira y afloje” entre el Congreso y el Ejecutivo, con la prensa y el público de coprotagonistas, sobre la cuestión del secretismo. Como todo producto legislativo, reflejó un compromiso entre puntos de vista diversos, pero “hubiera arrojado de inmediato un resultado satisfactorio para todos si se hubiera aplicado correctamente”<sup>7</sup>. Las cosas sólo empezaron a ser así con la resaca pro apertura posterior a la era Vietnam/Watergate.

Casi simultáneamente a la entrada en vigor de la L.L.I., el *Attorney General* hizo públicas unas directrices de 47 páginas de extensión, con el propósito de guiar a las agencias administrativas en la aplicación de la nueva ley. Las directrices, de excelente factura técnica, según reconoce un autor, dejaban traslucir un punto de vista “opuesto en casi todo a las pretensiones del Congreso”<sup>8</sup>. Los objetivos de la ley se truncaron, sobre todo, porque la L.L.I., a pesar de su nombre, estuvo muy lejos al principio de ser entendida en el ámbito administrativo como una ley favorecedora de la libertad de prensa. Funcionarios y periodistas tardaron varios años en encontrar puntos de consenso.

---

7 S. Archibald, “*The Freedom of Information Act Revisited*”, *op.cit.* en nota 2, p. 315.

8 Kenneth C. Davis, “*The Information Act: A Preliminary Analysis*”, *University of Chicago Law Review*, 34 (1967), pp. 761 y ss.

En 1972, una investigación parlamentaria sobre el grado de cumplimiento de la ley cifraba en tres las prácticas administrativas que habían erosionado los valores intrínsecos de la L.L.I.: demoras excesivas a la hora de responder a las solicitudes, cargo de tarifas exorbitantes por la búsqueda y transcripción de documentos y tendencia a abusar del recurso a las excepciones, especialmente de las relativas a la seguridad nacional (excepción n° 1) y a los archivos de carácter policial (excepción n°7)<sup>9</sup>.

El mismo estudio resaltaba que en los años iniciales de vigencia de la ley, tan sólo un 16 por ciento de las resoluciones administrativas denegatorias habían sido objeto de recurso ante los tribunales<sup>10</sup>. En un país donde los honorarios de los abogados no tienen precisamente fama de asequibles, la negativa administrativa es un expediente bastante seguro para disuadir al administrado de ulteriores luchas. A los cinco años de la aprobación de la L.L.I., John Moss, al que todo el mundo consideraba como el mentor de una ley que había sido el más importante objetivo de su carrera política, escribía con rotundidad que “la ley sigue viva, pero su espíritu (el de la ley) está roto”<sup>11</sup>.

De ser así las cosas, como parece que eran a comienzos de los años 70, se habría cumplido el vaticinio de quienes dijeron al aprobarse la ley que la principal virtud de ella no radicaba en posibilitar el acceso a documentos, sino en acabar con el *secret law*, es decir, con las reglas y prácticas administrativas que nunca llegaban a hacerse públicas<sup>12</sup>. A partir de la L.L.I., el *secret law* fue calificado de práctica aberrante, y el Tribunal Supremo, en una decisión de 1975, confirmó que los precedentes, reglas de conducta y criterios interpretativos de los organismos públicos debían estar a plena disposición del público<sup>13</sup>.

---

9 U.S. Congress House Committee on Government Operations: “U.S. Government Information Policies and Practices of Freedom of Information Act”. 92nd. Congress, 2d. session (1972), p. 1341.

10 El estudio constataba, sin embargo, que el control judicial había sido hasta entonces bastante efectivo para el administrado, con un porcentaje de sentencias favorables para éste cercano al 58%.

11 John Moss: “The Spirit of Freedom of Information Act”, *Trial*, 8 (1972), pp. 14 y sgtes.

12 Kenneth Davis, “The Information Act: A preliminary analysis”, *op. cit.* en nota 8, p. 804; Note, “The Freedom of Information Act: A seven years Assesment”, *Columbia Law Review*, 74 (1974), pp. 895 y sgtes.

13 *National Labor Relations Board et al. v. Sears Roebuck and Co.*, 421 U.S., 132

Otras sentencias del Tribunal Supremo no aplicaron criterios tan abiertos. Una de 1973, sobre publicidad de información en materia de pruebas nucleares, volvió a plantear el asunto de la idoneidad de los jueces para acceder a información secreta con el fin de revisar el uso del sello clasificatorio. Las conclusiones de tal sentencia, a contracorriente del deseo generalizado de control, provocaron la reforma de la L.L.I. en 1974.

El volumen 410 del Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Supremo contiene, una detrás de otra, dos sentencias de enorme importancia. El 22 de enero de 1973, fecha en que se fallaron ambas, debió de ser un día algo estresante para los miembros del Tribunal. La más famosa es la que aparece en segundo lugar. *Roe v. Wade* (pp. 113 a 178 del Repertorio) declaró la constitucionalidad del derecho al aborto. Para el análisis del sistema clasificatorio en manos del Poder Ejecutivo y para la cuestión del control sobre el uso del mismo, la Sentencia que aparece en primer lugar, *Environmental Protection Agency et al. v. Mink* (pp. 73 a 112 del Repertorio) iguala, por lo menos, la trascendencia de *Roe*.

Alertada por la publicación en julio de 1971 de un trabajo periodístico, en el que se hablaba de una próxima prueba nuclear en Amchitka Island (Alaska), una congresista, de nombre Patsy Mink, requirió al Presidente para que hiciera público los reparos que una Comisión gubernamental había puesto a la realización del experimento. Ante la negativa tácita del Presidente, Mink y 32 miembros más de la Cámara de Representantes utilizaron la vía abierta años antes por la L.L.I. para solicitar determinados documentos en poder de E.P.A. (algo así como la Agencia de Protección del Medio Ambiente, según la terminología que hemos acabado por usar también en España).

Según la Agencia, los documentos estaban exentos de publicidad por haber sido clasificados parcialmente como *Top Secret* o *Secret*, de

---

(1975). La Sentencia resolvió un conflicto iniciado en 1971 cuando *Sears* pidió al *National Labor Relations* (N.L.R.) los criterios generales aplicados por éste para zanjar determinadas disputas con sus asociados que venían repitiéndose desde hacía años. El N.L.R. dijo que tales criterios eran Directrices Internas (*Intra-Agency Memoranda*) y que, según las excepciones de la L.L.I. estaban exentas de publicidad. El Tribunal reconoce que el propósito de la excepción es proteger el proceso de decisión interno de los organismos públicos, pero afirma también que "(...) los ciudadanos se ven afectados por las razones que sientan las bases de la actuación administrativa (...)", así como que tales criterios han de ser conocidos por ser el "derecho práctico" (*working law*) de la Agencia administrativa (pp. 152-153).

manera que en lo clasificado caían bajo la excepción n°1 de la L.L.I. y, en lo no clasificado, bajo la n° 5 de la misma ley (Memoranda de carácter interno). En primera instancia se dio la razón a E.P.A., pero en apelación el Tribunal de Circuito sostuvo que, al ser posible separar las partes clasificadas de las que no lo habían sido, procedía acceder a lo solicitado por Mink y los codemandantes, entregándoles al menos los fragmentos libres de sello. A tal efecto, el Tribunal ordenó al juez de Distrito realizar un examen a puerta cerrada (examen *in camera*, tal como se denomina en derecho estadounidense) de los documentos, con el fin de discernir lo que podría entregarse.

La Sentencia del Tribunal Supremo es un modelo de autocontención judicial deferente hacia la voluntad del legislador. Gran parte de la opinión mayoritaria, expresada por el juez White, se dedica a desgranar lo que se dijo en el Congreso, en los años 1965 y 1966, con motivo de los debates sobre la L.L.I., para extraer de los mismos la conclusión de que los documentos clasificados por el Ejecutivo se habían considerado siempre como una excepción absoluta, por lo que la propia existencia del sello hacían supérfluas ulteriores indagaciones. “La excepción n° 1 de la L.L.I. —dice el Tribunal— fue adoptada para eliminar cualquier duda con respecto al acceso público a documentos relacionados con la defensa nacional y la política exterior. En lugar de acoger criterios más o menos ambiguos, la ley dijo que el *test* era simplemente lo que el Presidente hubiera decidido mantener secreto siguiendo los procedimientos de la Orden Ejecutiva en materia de clasificación (...)”<sup>14</sup>. En cuanto a la posible segregación de fragmentos no clasificados, y el problema de la prueba del carácter confidencial de los mismos desde el punto de vista de la excepción n° 5 de la L.L.I., concluye el Tribunal que el examen *in camera* no siempre es necesario. Aunque la carga de la prueba pesa sobre quien aleja la excepción, “(...) debería darse a la Agencia la oportunidad de demostrar a satisfacción del juez, mediante testimonios orales e informes escritos, el carácter confidencial de los documentos”<sup>15</sup>

En *E.P.A. v. Mink*, el Tribunal Supremo rehuyó cualquier atisbo de interpretación evolutiva. Su exégesis de la L.L.I. se basó en una supuesta voluntad del Congreso, expresada en una época en la que la confian-

---

14 *E.P.A. et al. v. Mink et al.*, 410 U.S., 73, 82 (1973).

15 *E.P.A. v. Mink*, 410 U.S., 73, 93 (1973).

za en el Poder Ejecutivo no había experimentado aún la merma que era ya patente al tiempo de decidirse el caso. Así lo pone de manifiesto el voto particular discrepante suscrito por el juez Douglas, en el que éste desciende del “cielo de los conceptos jurídicos” para abordar el asunto desde una perspectiva más actualizada: “(...) Como ha quedado demostrado –escribe Douglas– en acontecimientos como los *Pentagon Papers*, las masacres de My Lai, el incidente del golfo Tonkin y la invasión de la Bahía de Cochinos, el Gobierno suprime habitualmente las noticias que le perjudican y realza las que le favorecen. En este proceso de filtración, el sello clasificatorio es la herramienta más práctica, y ha sido utilizada para ocultar información que, en el 99 y medio por ciento de los casos, no representaba un genuino peligro para la seguridad nacional”<sup>16</sup>.

A la vista de la Sentencia, la reacción del legislador fue inmediata. La reforma de la L.L.I. de 1974 ofrece un excelente ejemplo de las célebres dos palabras rectificadoras de von Kirchman. Objetivos colaterales de la reforma fueron los cuatro siguientes: 1) acabar con las tácticas dilatorias de la Administración a la hora de habérselas con las solicitudes; 2) poner coto al cobro discrecional de tasas administrativas; 3) introducir el reembolso de gastos en el caso de triunfo de la pretensión del administrado declarada por los tribunales; y 4) prever la posibilidad de sanciones disciplinarias para el supuesto de negligencia o mala fe en la aplicación de la ley por parte de los funcionarios<sup>17</sup>. Además de esos cuatro objetivos de índole procedimental, la reforma tuvo un contenido sustantivo plasmado en una delimitación más precisa de las dos excepciones que venían utilizándose con más frecuencia: la relativa a la seguridad nacional (excepción N° 1) y la relativa a los archivos policiales indagatorios (excepción N° 7). En cuanto a esta última, la ley matizó el tipo de archivos policiales que quedaban exentos de publicidad, limitando a seis el número de supuestos en los que la publicidad se considera inconveniente<sup>18</sup>.

---

16 *E.P.A. v. Mink, Douglas dissenting*, pp. 108-109.

17 La reforma (*Public Law* 93-502, de 21 de noviembre de 1974, en vigor desde febrero de 1975) puso un plazo de diez días para la respuesta inicial y uno de veinte días, ampliable a treinta en casos excepcionales, para la resolución de los recursos ante el propio director o responsable del organismo administrativo. El cobro de tasas recibió un tratamiento uniforme, y se previó la gratuidad en aquellos casos en los que la solicitud tuviera un manifiesto interés

Las dos palabras añadidas por el legislador a la excepción relativa a las materias clasificadas fueron en realidad diez, pero su contenido bien podría resumirse en las dos siguientes: “rectamente clasificadas” (*properly classified*)<sup>19</sup>. Reiterando *ad abundantiam* lo que ya se infería del texto originario a poca voluntad que se hubiera puesto en ello, el Congreso aclaró definitivamente que las decisiones del Ejecutivo en materia de clasificación se hallaban sujetas a un control de fondo por parte de los tribunales. Cuando, una vez reformada, el Congreso remitió al Presidente el texto de la ley para su firma, Ford opuso el veto arguyendo, entre otras cosas, que “nuestras relaciones diplomáticas y nuestros secretos militares, y de inteligencia podrían verse afectados por el Proyecto”. Un argumento que, a juicio del Presidente Ford, venía reforzado, “por la inconveniencia de obligar a los jueces a revisar documentos en materias sumamente complejas y delicadas, y para cuyo examen carecen de preparación especial (*they have no particular expertise*)<sup>20</sup>. El veto fue sobrepasado en ambas Cámaras con un apoyo muy superior al de las dos terceras partes de los miembros presentes en ellas exigido en la Constitución<sup>21</sup>.

---

público. La posibilidad de sanciones disciplinarias contra los funcionarios quedó supeditada a que el juez o Tribunal que conociera el caso en apelación formulara una propuesta en tal sentido ante la *U.S. Civil Service Commission*; cfr. *Note, “The Freedom of Information Act Amendments of 1974: An Analysis”*, *Syracuse Law Review*, 26 (1975), pp. 951 y sgtes.

18 Tras la reforma de 1974, el texto de la Excepción n° 7 quedó redactado en los siguientes términos: “(7) Informes de investigación realizados para imponer el cumplimiento de la ley, siempre y cuando la entrega de tales informes (A) ponga en peligro el éxito de las actividades relacionadas con tal propósito; (B) prive a cualquier persona del derecho a un juicio con todas las garantías y a una sentencia justa; (C) constituya una invasión no autorizada del derecho a la vida privada; (D) lleve a la identificación de una fuente confidencial o, en el caso de informes realizados legítimamente en el transcurso de una investigación criminal, o de informes de los servicios de inteligencia relacionados, también legítimamente, con la seguridad nacional, cuando la publicidad conlleve revelación de información obtenida exclusivamente de fuentes confidenciales; (E) produzca publicidad de técnicas o procedimientos de investigación; o (F) haga peligrar la vida o la integridad física de los agentes”.

19 La excepción quedó redactada en los siguientes términos que aún se mantienen: “(1) (A) que tengan autorización expresa para ser mantenidos en secreto, en interés de la defensa nacional o de la política exterior, de conformidad con los criterios establecidos por una Orden ejecutiva, y (B) que hayan sido de hecho legítimamente clasificados, según lo establecido en dicha Orden ejecutiva.

20 “*Veto of Freedom of Information Act Amendment*”, en *Public Papers of the Presidents*. Gerald Ford, 1974 (Washington D.C.: United States Printing Office, 1975), pp. 374 y sgtes. Con respecto a la reforma de la excepción n° 7, Ford opinaba que se estaba depositando sobre organismos como el F.B.I. la carga de probar cosas imposibles.

21 Artículo I, Sección 7, Párrafo Tercero de la Constitución. En la Cámara de Repre-

El furor legislativo del Congreso, y sus ansias de apertura, le llevaron a aprobar en 1974 y 1976, respectivamente, la *Federal Privacy Act* y la *Federal Government in the Sunshine Act* dos leyes que, junto a la L.L.I., son todavía las principales piezas del mosaico normativo contra las barreras informativas en el seno de los organismos públicos.

La *Privacy Act* (P.A.) fue aprobada para proteger el derecho a la intimidad frente a la acumulación por las agencias federales de datos personales<sup>22</sup>. Además de regular la recogida, mantenimiento, uso y difusión de información, la P.A. otorga a los individuos un derecho de acceso a dicha información de carácter personal, sujetándolo a una serie de excepciones bastante más estrictas que las contempladas en la L.L.I. Por ejemplo, los archivos del FBI y de la CIA quedan bajo el régimen de la P.A. completamente al margen de un posible acceso, lo que no ocurre de manera incondicionada en el caso de la L.L.I.<sup>23</sup>. Hablando en términos generales, puede decirse que la L.L.I. y la P.A. son leyes complementarias. Los propósitos amplios de la primera contrastan con los objetivos bien delimitados de la segunda, que se ciñen al intento de afrontar los problemas derivados de la acumulación creciente de datos en manos públicas. Para ello, la P.A.:

- limita los usos posibles de los archivos que contengan datos personales;
- permite conocer, salvo excepciones, el contenido de los archivos y obtener su modificación en el caso de que los datos sean inexactos;
- contempla el derecho a ser indemnizado cuando se deriven perjuicios de un mal uso de los archivos;
- finalmente, protege los derechos constitucionales de la Primera Enmienda (libertades de expresión, asociación y religiosa) prohibiendo almacenar datos relativos al ejercicio de los mismos, a menos que la guarda de los datos: a) venga expresamente autorizada por una ley, b) se produzca en el marco de investigaciones legítimas

---

sentantes, el resultado de la votación fue de 371 votos frente a 31. En el Senado, de 65 frente a 27.

22 *Public Law* 93-579, de 31 de diciembre de 1979, codificada en el *United States Code* bajo el Título 5, epígrafe 552 (a). Los propósitos de la ley, según la Exposición de Motivos, son “salvaguardar la privacidad frente al mal uso de los archivos federales, garantizar el acceso a tales archivos y crear una *Privacy Protection Commission*”.

23 *United States Code*, 552 (a), Apartados (j) (1) y (j) (2)

tendientes a asegurar el cumplimiento de las leyes, o bien c) haya sido consentida expresamente por el individuo afectado<sup>24</sup>.

Mientras para hacer uso de la vía de acceso abierta por la L.L.I. no se necesita ser ciudadano norteamericano, para recurrir a la P.A. sí es necesario serlo. La regla general con respecto a la utilización de una u otra ley, tal y como viene funcionando en la práctica, es la siguiente: cuando no se trata de acceder a información de tipo estrictamente personal, la L.L.I. es el estatuto aplicable; cuando la información interesada es de carácter personal y directo, suele acudirse a la P.A.; pero es conveniente hacerlo invocando al mismo tiempo el régimen más genérico de la L.L.I., cuyo espíritu es, con diferencia, el más proclive a la publicidad<sup>25</sup>.

Con medidas como la *Government in the Sunshine Act* (G.S.A.), es decir, "Gobierno a plena luz", no se acaba, a buen seguro, con el secreto. Pero a veces importa más el símbolo -del que el nombre de la ley es la mejor muestra- que la efectividad real. En la senda abierta por una ley de 1972 que posibilitó la asistencia como oyente a las comisiones consultivas de los organismos federales (*Federal Advisory Committees*), la G.S.A. abrió al público las reuniones de alto nivel en determinadas agencias gubernamentales<sup>26</sup>. De la definición de "Agencia federal" se deduce cuáles son tales organismos. Esta es recogida en la propia ley a efectos de delimitar su ámbito de aplicación. Según el Apartado (a) (1) de la ley, están sujetas a la G.S.A. "aquellas agencias federales dirigidas por un órgano colegiado de dos o más miembros nombrados directamente por el Presidente con el consejo y consentimiento del Senado". No menos de cincuenta organismos públicos encajan en tal definición. Entre ellos (por citar algunos), la *Civil Rights Commission*, la *Energy Research and Development Administration*, la *International Trade*

---

24 Con carácter general, cfr. Christine Marwick, *Your Right to Government Information*, Bantam Books, Nueva York: 1985, pp. 5 y sgtes.

25 Un extenso comentario jurisprudencial puede verse en A. Adler, E. Glitzenstein y H. Hammit, "The Privacy Act", en Allan R. Adler (ed.), *Litigation Under the Federal Open Government Laws* (Washington D.C.: American Civil Liberties Union Foundation, 1993), pp. 271 y sgtes.

26 La ley de 1972 es la *Federal Advisory Committee Act*, Public Law 92-463, de 6 de octubre de 1972, codificada en *United States Code*, Título 5, Apéndice I. La *government in the Sunshine Act* es la Public Law 94-409, de 13 de septiembre de 1976, codificada en el U.S.C., Título 5 Epígrafe 552 (b).

*Commission*, el *National Labor Relations Board*, la *Indian Claims Commission*, etc<sup>27</sup>. La G.S.A. obliga a levantar actas de las deliberaciones y acuerdos, poniéndolos a disposición del público. Este último extremo, así como la propia asistencia a las reuniones, está sujeto a una lista de excepciones muy parecida a la de la L.L.I. La diferencia más significativa es que en la G.S.A. no hay una excepción como la n° 5 de la L.L.I. (memoranda de carácter interno o inter-agencias), pues justamente lo que se pretende con la G.S.A. es propiciar el conocimiento de primera mano del proceso decisorio interno de la Administración. De todos modos, el entusiasmo del legislador no llegó al extremo de eliminar una excepción que, mal utilizada, es capaz por sí sola de dar al traste con las buenas intenciones de la ley. Según el Apartado c) (9) (B) de la G.S.A., puede ocultarse al conocimiento público toda aquella información “cuya publicidad prematura sea susceptible de frustrar los objetivos de interés general perseguidos por el organismo”. La jurisprudencia parece inclinarse a dar a las excepciones G.S.A. la interpretación más estricta posible. Con relación a la que acabamos de reproducir, y frente al intento de ocultar un debate en materia presupuestaria, un Tribunal de Circuito dijo, por ejemplo, que “el daño (para la consecución de los objetivos) ha de ser manifiesto y constatable”, y que “la publicidad de las deliberaciones sobre el presupuesto contribuye al efectivo cumplimiento de los propósitos de la ley”<sup>28</sup>.

Aunque el recurso a la G.S.A. es moneda corriente por parte de la prensa y de grupos de interés diversos, su utilización está lejos de haber alcanzado el nivel rutinario y masivo que es propio de la *Privacy Act* y, sobre todo, de la *Freedom of Information Act*<sup>29</sup>. Con respecto a esta última, no es necesario estar versado en materias jurídicas para darse cuenta de que se trata de una ley muy conocida y a la que se tiene por instrumento bastante eficaz contra la tendencia hacia el secretismo. Hasta qué punto esa difusa imagen se corresponde con la realidad es lo que tratamos de comprobar, al menos parcialmente, mediante un so-

---

27 Una relación completa, cerrada en 1984, puede verse en Katherine M. Galvin: *Media Law* (Nolo Press. Berkeley, 1984), p. 139. En la misma obra (p. 143), puede observarse que la existencia de leyes del estilo G.S.A. se ha generalizado en todos los Estados de la Unión.

28 *Common Cause v. Nuclear Regulatory Commission*, 674 F. 2d., 921, 934 (1982); cfr. Eleanor Smith, “Government in the Sunshine Act”, en A. R. Adler (ed.): *Litigation Under the Federal Open Government Laws*, op. cit. nota 64, pp. 313 y sgtes.

29 Christine Marwick: *Your Right to Government Information*, op. cit. nota 24, p. 159

mero análisis de la aplicación de la L.L.I. y su influjo sobre los secretos de la seguridad nacional.

### 3. La ley en acción: la *Freedom of information Act* y su utilidad en la práctica.

La evaluación del desarrollo de la L.L.I. puede realizarse a través de diversas vías. Si lo que se pretende comprobar es la medida en que la ley viene cumpliendo los objetivos para los que fue aprobada, las decisiones de los jueces quizá no son el camino más aconsejable. La jurisprudencia permite ver cuáles son los puntos de discordia más frecuentes, pero distorsiona la imagen que uno puede forjarse acerca del normal funcionamiento de la ley. En realidad, sólo teniendo a la vista el volumen de las solicitudes presentadas al amparo de la L.L.I. y las respuestas de la Administración, con una idea aproximada del contenido de unas y de otras, podrían aventurarse algunas conclusiones. El problema es que la recolección de datos sobre el desarrollo de la L.L.I. ni siquiera parece haber llegado al mínimo deseable. En 1992, al conmemorar su vigésimoquinto aniversario, se señalaba, no sin carga irónica, que “uno de los problemas más acuciantes que será necesario abordar en los próximos veinticinco años es el de disponer de información sobre la “Ley de Libertad de Información”<sup>30</sup>. Algún trabajo pionero se centra precisamente en el aspecto “patológico” de la ley, es decir, en la conflictividad jurisdiccional provocada por la negativa de la Administración a entregar la información solicitada. El estudio demuestra que las reformas de 1974 y, sobre todo, el cambio generalizado en la actitud con respecto a la ley misma y sus posibilidades, provocó a partir de dicho año un espectacular aumento en el número de solicitudes —que hoy alcanza cifras de decenas de miles cada año— y en la tendencia a pleitear. Con el paso del tiempo, las demandas presentadas ante los tribunales al amparo de la L.L.I. se han estabilizado en un número que ronda los quinientos casos anuales<sup>31</sup>.

30 Actas del coloquio “*American Bar Association Symposium on Freedom of Information Act 25th Anniversary*”, en *Government Information Quarterly*, 3 (1992), pp. 223 y sgtes.

31 Mark H. Grunewald, “*Freedom of Information Act Dispute Resolution*”, *Administrative Law Review*, 40 (1988), pp. 1 y sgtes.

Sea como fuere, todo el mundo parece admitir que una presunción tan simple como la establecida en la ley, es decir, que la información en poder de la Administración está disponible para el público, ha transformado la faz del Gobierno. “Pese al sistema de excepciones –se ha dicho– periodistas, historiadores, investigadores, abogados, estudiantes, hombres de negocios y representantes de grupos de interés extraen todos los días del seno de la Administración una cantidad impresionante de información enormemente útil para ellos, mediante el simple procedimiento de escribir una solicitud en la que se hace constar “siguiendo lo establecido en la *Freedom of Information Act*”<sup>32</sup>.

La aplicación de la ley tiene sus problemas. Uno de los más característicos es que los plazos dados a la Administración para responder a las solicitudes (diez días como regla general) se cumplen muy pocas veces. En algunos organismos públicos, el número de demandas sobrepasa de tal forma la capacidad de respuesta que los retrasos se han convertido en crónicos (suele hablarse de *horrendous backlogs*). Ello reduce, o invalida en muchas ocasiones, la utilidad de la información solicitada, sobre todo en el caso de requerimientos de los periodistas, donde suele predominar el interés del día a día.

La L.L.I. tiene también sus detractores. Una de las críticas más frecuentes es que proporciona por muy poco dinero (pero a un costo elevadísimo para el erario público en horas de trabajo) información que a menudo sirve sólo a los objetivos comerciales de las empresas<sup>33</sup>. En un provocativo artículo escrito antes de acceder al Tribunal Supremo, Antonin Scalia dijo, por ejemplo, que la L.L.I. es “el Taj Mahal de la doctrina de las consecuencias imprevistas y la Capilla Sixtina de la ausencia de análisis sobre la relación costo-beneficio”<sup>34</sup>. Otras críticas son más malévolas. El hecho de que no sea preciso ser ciudadano norteamericano para utilizar la vía abierta por la L.L.I. se airea a veces de forma condenatoria y con ejemplos bien concretos: los consumidores

---

32 Coloquio *F.O.I.A. 25th Anniversary*, *op. cit.* nota 30, p. 225

33 Un estudio sobre las solicitudes presentadas en el período 1972-1984, realizado bajo la dirección de H. Relyea y S. Cavanagh, revela que entre un 50 y un 60 por ciento del total de ellas se referían a información de exclusiva relevancia para el mundo de los negocios; citado en Lewis F. Wolfson: *The Untapped Power of the Press. Explaining Government to the People* (Praeger. Nueva York, 1985), p. 125.

34 A. Scalia: “*The Freedom of Information Act Has No Clothes*”, *A.E.I. Journal on Government and Society*, 14 (1982), p. 1026.

del Reino Unido se enteraron del nivel de seguridad de cada una de las marcas de sus coches nacionales a través de una solicitud formulada por periodistas británicos ante la *National Highway Traffic Safety Administration*. En el Reino Unido, dicha información no estaba disponible. A finales de los años 80, en plena guerra comercial entre los Estados Unidos y Japón, determinados grupos de interés hicieron circular en el Congreso la especie de que los japoneses se estaban ahorrando todos los años millones de dólares en investigación aeroespacial, mediante solicitudes L.L.I. presentadas ante la NASA. La historia, conocida más tarde como el *Samurai Space Shuttle*, resultó ser falaz, pero provocó que surgieran de inmediato iniciativas legislativas para eliminar la legitimación universal prevista en la ley.<sup>35</sup>

Si descendemos a un plano más concreto y nos preguntamos por los resultados de la ley a la hora de destapar los secretos guardados en nombre de la seguridad nacional, las dificultades para dar respuestas no difieren de las ya indicadas. Como enseguida veremos, las tendencias jurisprudenciales sobre este particular aspecto de la ley son más bien desalentadoras, pero tal constatación no es una respuesta. Un par de estudios, ya un poco desfasados, ayudan algo. El primero de ellos se terminó en 1981 y fue el resultado de un encargo realizado por una Subcomisión de la Cámara de Representantes. En él se recogen, clasificadas por años, un total de 276 noticias publicadas por la prensa entre 1972 y 1980, cuyo origen radicó en solicitudes L.L.I.<sup>36</sup>. Mas de las dos terceras partes de tales noticias se refieren a las más diversas actividades de la CIA y del FBI a partir del año 1950<sup>37</sup>. La vía abierta por la L.L.I., junto a la labor de las Comisiones de Investigación del Congreso, fueron los cauces a través de los cuales se conoció la existencia de programas secretos de vigilancia de ciudadanos y organizaciones en el interior de los Estados Unidos. En el estudio, menudean además las noticias sobre informes oficiales relativos al asesinato del presidente Kennedy, y sobre asuntos tan dispares como programas de experimen-

---

35 Coloquio *F.O.I.A. 25th Anniversary*, pp. 227 y 247

36 La compilación fue realizada por Harold Relyea y Suzanne Cavanagh, y aparece como Apéndice en H. Relyea y T. Riley (eds.), *Freedom of Information Trends in the Information Age* (Frank Cass, Londres, 1983), pp. 144 y sgtes.

37 En el caso del FBI, incluso antes. Por ejemplo, relacionadas con la persecución y juicio de los anarquistas Sacco y Vanzetti, con respecto a las cuales el FBI entregó en 1975 un *dossier* de quinientas páginas a solicitud de un periodista del *Chronicle of Higher Education*.

tos de control mental con drogas ilegales a cargo de la CIA, informes sobre determinados episodios de la guerra de Vietnam, conspiraciones para asesinar a Fidel Castro, etc.

El segundo de los aludidos trabajos sobre la aplicación práctica de la L.L.I. tiene más ambición en sus objetivos y fue publicado en 1982 a instancias de una asociación llamada *Campaign for Political Rights*<sup>38</sup>. Aunque, con toda razón, advierten los autores que “es imposible realizar una compilación exhaustiva sobre la información hecha pública a través de la *Freedom of Information Act*”, su selección está animada por la idea de ofrecer “una muestra representativa de la publicidad propiciada por la ley”. El libro consta de diez capítulos donde se recogen, clasificados por temas, quinientos casos de utilización de las L.L.I. favorables todos ellos a la entrega de lo solicitado, con independencia de que la información así obtenida se haya hecho pública o no en medios de comunicación.<sup>39</sup>

La selección de casos relacionados directamente con lo que podríamos llamar la seguridad nacional entendida al modo clásico es bastante variada. En el capítulo dedicado a la información de carácter histórico,

---

38 *Former Secrets. Governments Records Made Public Through the Freedom of Information Act (Campaign for Political Rights, Washington D.C., 1982).*

39 Para dar una idea del contenido del libro, recojo a continuación los grupos temáticos, uno por capítulo, con algunas muestras del contenido de los casos: 1) Información sobre seguridad del consumidor: aerolíneas, automóviles, autopistas, productos químicos, alimentación, guarderías, etc. 2) Política antidroga y programas de control de conducta: pruebas antidrogas, y programas de experimentación desarrollados por la CIA. 3) Medio ambiente y poder nuclear: riesgos nucleares, uso de pesticidas, productos tóxicos, emisiones de baja frecuencia, plantas nucleares, etc. 4) Fraudes, derroches y gasto público: contratos de defensa, préstamos federales, ayuda médica, cupones de alimentación, fraude industrial, radiotelevisión pública y comportamiento gubernamental. 5) Derechos civiles y laborales: discriminaciones en el trabajo, derechos funcionariales, proyectos federales de vivienda, programas de ayuda médica, extranjeros, indios, etc. 6) Negocios y mundo empresarial: acuerdos financieros, inspecciones, absorción de empresas, contratos públicos, préstamos, comisión de seguridad e intercambio, accidentes de trabajo, etc. 7) Información de carácter histórico: intervenciones USA en el exterior, aislacionismo, Segunda guerra mundial, Guerra fría, juicios célebres, años de Eisenhower, asesinato de Kennedy, etc. 8) Asuntos exteriores y defensa nacional: Guerra del Vietnam, agentes, pruebas de armamento atómico, operaciones encubiertas, Oriente Medio y Lejano, ayuda exterior, Latinoamérica, etc. 9) Intrusismo gubernamental en actividades políticas: programas de seguimiento a cargo del FBI (COINTELPRO), vigilancia de activistas negros, grupos feministas y disidentes, figuras públicas, programas en el ámbito universitario, etc. 10) Impuestos: pago de licencias, investigaciones impositivas, defraudaciones, errores en las devoluciones, etc.

se recogen solicitudes que tienen que ver, en su mayor parte, con la preparación de libros o trabajos académicos. Así, por ejemplo, una biografía de Oppenheimer, considerado como “el padre de la bomba atómica”, un estudio sobre los bombardeos de Hiroshima y Nagasaki, un libro sobre el espionaje en la época de Eisenhower, un trabajo sobre los orígenes del Consejo de Seguridad Nacional, etc.<sup>40</sup>. En el capítulo dedicado a los Asuntos Exteriores y la Defensa Nacional, indican los autores que los casos seleccionados “son de capital importancia para llevar a conocimiento público la política norteamericana con respecto al Sudeste Asiático y América Central<sup>41</sup>. Tal parece haber sido el criterio utilizado para recopilar. Los casos de entrega de información a periodistas o a asociaciones privadas especialmente activas en la utilización de la ley, como el *Center for National Security Studies* (CNSS), son numerosos y abundan en detalles que, en bastantes ocasiones, ya eran conocidos gracias a la labor de las comisiones parlamentarias post-Vietnam; así, en torno a las intervenciones en Indochina, en diversos países centroamericanos y en Chile.

Otros ejemplos muestran la utilidad de la ley a la hora de satisfacer la curiosidad de particulares interesados en conocer, al cabo de los años, los diversos programas de experimentación nuclear, con el fin de pleitear contra el Gobierno; o bien, para servir los propósitos de una Revista tenazmente empeñada en demostrar que el Gobierno había renunciado a llevar adelante una investigación sobre determinadas actividades privadas de un ex-director de la CIA por temor a que éste se dedicara a develar secretos de Estado<sup>42</sup>.

El panorama que ofrecen ambos capítulos y el que se consagra a la vigilancia policial sobre el ejercicio de actividades políticas atestigua la gran avalancha de solicitudes recibidas por la CIA y el FBI a partir de 1974. Dada la ascendencia de la CIA sobre la toma de decisiones de política exterior, y el secretismo a ultranza que había caracterizado desde siempre su forma de trabajo, se comprende que la Agencia de Inteligencia se convirtiera pronto en uno de los objetivos favoritos de los

40 *Former Secrets, op. cit.*, pp. 111 y sgtes.

41 *Former Secrets*, p. 129.

42 *Former Secrets*, p. 136. La Revista fue *National Law Journal*, y la investigación a cuyo curso se renunció se refería, al parecer, a determinados acuerdos entre el ex-director de la CIA y algunas multinacionales en el contexto de una campaña de desestabilización del régimen político chileno tras el triunfo electoral de Salvador Allende en 1970.

requerimientos L.L.I. Suele decirse, sin embargo, que una de las sorpresas que deparó la aplicación de la Ley fue el comprobar la gran cantidad de gente interesada en obtener del FBI copia de sus antiguos archivos personales.<sup>43</sup>

El carácter particular de los problemas planteados por la aplicación de la L.L.I. a ambos organismos hizo que surgieran, ya en los años ochenta, respuestas especiales por parte del legislador. En el caso de la CIA, una ley de 1984 autorizó al director de la Agencia a declarar exentos de búsqueda determinados archivos y documentos sobre métodos de trabajo (*operational files*)<sup>44</sup>. En el caso del FBI, una reforma de la *Freedom of Information Act*, aprobada en 1986, sirvió para afinar el lenguaje de la excepción relativa a los archivos indagatorios (excepción n°7 de la L.L.I.: *investigatory records compiled for law enforcement purposes*), así como para declarar igualmente exentos de búsqueda aquellos archivos relacionados con los servicios extranjeros de Inteligencia o Contra inteligencia, o con actividades de terrorismo internacional “siempre que la existencia (de tales archivos) haya sido clasificada como secreta”<sup>45</sup>. El efecto más palpable de tales reformas no fue ampliar el derecho de la CIA y del FBI a ocultar información, sino, acaso, el de

43 Coloquio *FO.I.A. 25th. Anniversary, op. cit.*, p. 231.

44 *Public Law* 98-477, 15 de octubre de 1984, codificada como 50 *U.S.C.*, Epígrafe 431. Según la ley, el director de la CIA puede situar al margen de la aplicación de la L.L.I. aquellos archivos que se refieran a: (1) la realización de operaciones de inteligencia exterior o contrainteligencia, planes de seguridad conjunta e intercambios de información con gobiernos extranjeros o sus servicios de inteligencia; (2) procedimientos de recolección de datos de inteligencia exterior o contrainteligencia a través de sistemas científicos y técnicos; (3) investigaciones realizadas para conocer la posible capacidad operativa de las fuentes extranjeras de inteligencia o contrainteligencia. La ley prevé la revisión judicial de la exención de búsqueda ante el caso concreto, y establece la importante salvedad de que no pueden conceptuarse como archivos sobre métodos de trabajo (*operational files*) aquellos que sean “mera reproducción de datos de inteligencia, una vez que han sido propagados” (*files which are the sole repository of disseminated intelligence are not operational files*).

45 *Public Law* 99-570, de 27 de octubre de 1986, *Subtitle N. (Freedom of Information Act Reform)*. La ley se conoce con el nombre de *Anti-Drug Abuse Act*, en cuyo seno se inscribe la reforma a la excepción n° 7 de la L.L.I. El texto de la reforma demuestra, una vez más, las sutilezas con que el lenguaje jurídico intenta resolver problemas de fondo. Aparte de otros retoques, en la mayoría de las seis circunstancias recogidas en la excepción n° 7 (ver *supra* nota 18 con su texto) se añadió al comienzo el inciso “cuando se pueda esperar razonablemente que (...) (*could reasonably be expected...*)”, con el propósito de ampliar la discrecionalidad del FBI en la ocultación de archivos e informes, incorporando al mismo tiempo dicha discrecionalidad al criterio utilizable en sede judicial a la hora de controlar el uso de la excepción.

estrechar la obligación de ambos organismos de rebuscar en sus archivos como consecuencia de unas solicitudes que invariablemente venían obteniendo resultado negativo<sup>46</sup>.

#### 4. La *Freedom of Information Act* y la Seguridad Nacional: tendencias jurisprudenciales.

Una aproximación bien sencilla a las tendencias jurisprudenciales observables en la aplicación de la L.L.I. puede intentarse afirmando que, en caso de duda, los tribunales favorecen la difusión de información. Pero la regla no rige en absoluto cuando la duda se plantea en materia de seguridad nacional. Como mi conocimiento del asunto no se basa en un seguimiento cercano (mucho menos, prolongado) de una jurisprudencia cuyo número de casos puede calificarse, sin temor a exagerar, de ingente, desarrollaré la argumentación destacando una serie de tendencias que deduzco de la consulta de repertorios especializados<sup>47</sup>. La lectura directa de algunas sentencias relevantes completa mi relación de fuentes en la materia<sup>48</sup>.

---

46 Cfr. *Litigation Under the Federal Open Government Laws*, op. cit. nota 64, p. 43 y 65 y sgtes.

47 Además de la ya citada *Litigation Under the Federal Open Government Laws* (edición de 1993), es de gran utilidad la *Justice Department Guide to the Freedom of Information Act*. William S. Hein and Co. Inc. Buffalo, 1992.

48 Desde la aprobación de la reforma de la L.L.I. en 1974 hasta el final del año judicial 1993-1994, el 30 de junio de este último año, el Tribunal Supremo ha aceptado revisar un total de veinticinco casos sobre la aplicación de la L.L.I. De ellos no hay ninguno que se refiera directamente a la excepción n° 1, la de las materias clasificadas en interés de la seguridad nacional, aunque un caso, *CLA v. Sims*, le afecta muy de cerca. Los asuntos que se repiten con más frecuencia son los referidos a la aplicación de la excepción n° 5 (memorándums de carácter interno o interagencias), con siete casos, a la excepción n° 3 (materias declaradas exentas de publicidad en otros estatutos), con seis casos, y a la excepción n° 7 (archivos policiales indagatorios), con cinco casos. Curiosamente, la sola lectura de la jurisprudencia del Tribunal Supremo no permitiría forjarse una opinión muy alentadora sobre las virtudes pro-apertura de la L.L.I., pues tan sólo cuatro de los veinticinco casos decididos parecen defender abiertamente la entrega al administrado de la información solicitada: *Department of the Air Force v. Rose*, 425 U.S., 352 (1976), *Department of Justice v. Julian*, 486 U.S. 1 (1988), *Department of Justice v. Tax Analysts*, 492 U.S., 136 (1989) y *Department of Justice v. Landano*, 113 Sct., 2014 (1993).

#### 4.1. La L.L.I. es un Estatuto animado por un espíritu de apertura que exige una interpretación favorable a ésta.

Siempre que el Tribunal Supremo se ha enfrentado a asuntos en los que estaba en juego la publicidad de normas, ha aprovechado la ocasión para hacer elocuentes afirmaciones de principio con respecto a los propósitos centrales de la L.L.I. y el alcance general de las excepciones. Ningún caso se ajusta mejor a tales características que uno de 1976. *Department of Air Force v. Rose et al.*, en el que la materia controvertida fue la excepción n° 6 (respecto a la intimidad y la aplicación (y el público conocimiento del Código de Honor interno de la Fuerza Aérea. Los *obiter dicta* del Tribunal en el caso *Rose* continúan sirviendo de referencia para la decisión en favor del administrado de muchas demandas L.L.I. “El propósito básico de la Ley -resume el juez Brennan en nombre de la mayoría- viene a ser reflejo de una filosofía general favorable a la plena publicidad de la información en poder de los organismos administrativos, excepto cuando la misma quede claramente exenta de publicidad a la luz del lenguaje empleado por el legislador”. Citando al Tribunal de Apelación, abunda retóricamente en la idea: “(...) con el fin de alzar el velo del secreto administrativo y abrir al control público la labor de las Agencias, el Congreso dijo exactamente que nada en la ley debería interpretarse como una autorización para ocultar información a menos que así esté previsto expresamente (...)”. Y concluye: “(...) el régimen de excepciones, en todo caso limitado, no puede llevar al olvido de que el objetivo predominante de la ley es la publicidad, y no el secreto”<sup>49</sup>.

Bien está la retórica, sobre todo cuando suena del lado hacia el que uno se siente inclinado, y cuando despliega los efectos *stare decisis* que cabe esperar de ella, pero no sirve de mucho sin medidas más concretas. Desde el punto de vista de la efectividad de la L.L.I., una decisión del Tribunal de Apelación del Circuito de Washington D.C., dictada en 1973, es mucho más importante. Con el paso del tiempo, su utilidad práctica se conserva intacta, hasta el punto que el nombre del caso, *Vaughn v. Rosen*, se han transmutado en una peculiar institución del régimen jurídico de la L.L.I. que se conoce con el nombre de “*obliga-*

---

49 *Department of the Air Force et al. v. Rose et al.*, 452 U.S., 352, 360-361 (1976).

*ción Vaughn*” (*Vaughn Showing Obligation*). Además de dejar sentado que incumbe a la Administración cargar con la prueba de la excepción que alega, el caso Vaughn estatuyó la obligación de los organismos públicos de facilitar a todo aquel que lleve una demanda L.L.I. hasta la vía judicial la suficiente información como para que el juicio sea posible. “Resulta obvio –dice el Tribunal- que muchas veces quien se interesa por un determinado documento no puede precisar con exactitud lo que el mismo contiene; la información de carácter secreto resulta, por definición, desconocida para quien solicita su revelación”<sup>50</sup>. Una orden judicial “Vaughn” es aquella que exige a los organismos administrativos poner a disposición del demandante y del propio Tribunal un índice detallado de los documentos (o fragmentos de éstos) cuya entrega se deniega, expresando las razones aducidas por la Administración, con respecto a cada uno de los documentos, para no acceder a lo solicitado. Cuando se enunció por vez primera, “Vaughn” fue visto como la solución a un estado de cosas que en la práctica suponía que quien pedía la publicidad tenía que demostrar cosas imposibles “en clara contradicción con el mandato legal”<sup>51</sup>. Las órdenes “Vaughn” se vienen utilizando desde entonces de manera habitual, especialmente en aquellos casos en que entran en juego las excepciones relacionadas con la seguridad nacional; en dicho ámbito, el instituto procesal “Vaughn” ha acabado por convertirse en un arma de doble filo: la arbitrariedad de la Administración a la hora de ocultar información se ve recortada por la necesidad de explicarse en un índice detallado, pero, a su vez, éste sustituye muchas veces la revisión directa por los jueces de los propios documentos ocultados.

#### **4.2. En materia de seguridad nacional lo importante son las cuestiones previas: quién decide sobre lo que causa daño a ésta y qué criterios se emplean para clasificar.**

Tras la reforma de la L.L.I. en 1974, se dijo que la naturaleza de la

---

50 *Vaughn v. Rosen*, 484 F. 2d. 820, 823 (1973).

51 *Vaughn v. Rosen*, p. 828. Y optimistamente añadía el Tribunal: “nuestra decisión puede ser un buen estímulo para lo que debería ser en último extremo la solución más sencilla y eficaz: la voluntaria entrega por las agencias de la mayor cantidad de información posible y la previsión de procedimientos que sirvan para separar claramente lo que puede entregarse y lo que hay que ocultar (...)”.

excepción n° 1, la de las materias clasificadas en nombre de la seguridad nacional, había quedado alterada de raíz<sup>52</sup>. Quienes opinaban así suponían que la reforma había conferido a los jueces la facultad de entrar a revisar, con criterios independientes y carácter sustantivo (no sólo procedimental), las decisiones clasificatorias. A la vista del despliegue de la L.L.I., hay que pensarlo dos veces antes de afirmar que la practica ha ido por esos derroteros.

En 1970, un Tribunal de Circuito respaldó la negativa a entregar determinados documentos relacionados con Vietnam, con el argumento de que “la cuestión de lo que conviene a los intereses de la Defensa Nacional y la Política Exterior no es el tipo de asunto para cuya decisión se definiera el cometido de los tribunales”<sup>53</sup>. Dos años más tarde, la revisión de un caso de vigilancia electrónica sobre ciudadanos, realizada sin mandato judicial, daba ocasión al Tribunal Supremo para expresar un punto de vista diferente, rebatiendo el argumento de que los jueces no están capacitados para decidir en asuntos que afecten a la protección de la seguridad nacional: “No podemos aceptar el punto de vista del Gobierno —señaló el Tribunal— de que los asuntos relacionados con la seguridad nacional son demasiados sutiles y complicados como para someterlos a evaluación judicial. Los tribunales se enfrentan a diario con los más difíciles problemas sociales, y ninguna razón permite avalar la idea de que los jueces no están capacitados para emitir opiniones en materia de seguridad”<sup>54</sup>. Es cierto que este último asunto no versaba sobre la proyección externa de la seguridad nacional, pero hablando en términos generales (y por tanto no muy definidos), puede afirmarse que a partir de 1974 las posiciones de principio con respecto al control judicial de la aplicación de la L.L.I. en materia de seguridad nacional se sitúan a medio camino entre los dos polos opuestos recién señalados, aunque tienden a estar más cerca del primer criterio que del segundo. “La intrínseca ambigüedad y el carácter *policy-oriented* del concepto de seguridad nacional (se pronosticó al poco tiempo de aprobarse la reforma), la falta de criterios claros sobre los que supone un peligro para ella (...) y la ausencia de una tradición jurisprudencial que arroje

---

52 Robert Post, “National Security and the Amended Freedom of Information Act”, *Yale Law Journal*, 85 (1976), pp. 401 y sgtes.

53 *Epstein v. Resor*, 421 F 2d, 930, 933 (1970).

54 *United States v. United States District Court*, 407 U.S., 297, 320 (1972).

luz sobre el problema, son factores que se aúnan para dificultar en extremo un juicio independiente de los tribunales”<sup>55</sup>.

Una vez aprobada la reforma, la discusión judicial se centró en el alcance de las facultades revisorias. Un caso de 1978, *Ray v. Turner*, analiza la intención del legislador para deducir que lo añadido por él a la excepción n° 1 buscaba precisamente la revisión independiente y sustantiva por parte de los jueces de las decisiones clasificatorias. El caso se anticipa al decurso de la jurisprudencia en los años venideros y resume con gran precisión las características del problema: “1° el Gobierno clasifica y asume la carga de probar el correcto uso de la excepción; 2° el Tribunal revisa con plenitud de juicio; 3° al hacerlo así, debe, sin embargo, conceder un peso específico (*substantial weight*) al informe de la agencia en el que se detalla el *status* clasificatorio de los documentos objeto de controversia; 4° la decisión sobre si procede efectuar un examen a puerta cerrada (*in camera examination*) de los documentos, y sobre la forma concreta de llevarla a cabo, queda al arbitrio del Tribunal”<sup>56</sup>.

El punto clave del anterior razonamiento es, naturalmente, el numerado con el ordinal tercero, es decir, el que se refiere al peso específico del informe de la agencia para la decisión del caso. Las consideraciones realizadas a renglón seguido sobre el examen *in camera* y los problemas que ésta plantea, quedan eclipsadas por una constatación previa que los tribunales suelen seguir a rajatabla. Con todo, la judicialización del sistema clasificatorio a través de la reforma de L.L.I. obliga a tomar en serio el contenido de las órdenes ejecutivas que lo regulan. Los criterios recogidos en ellas dejan de ser vaporosas pautas de comportamiento administrativo, para convertirse en parámetros objetivos de la posible revisión judicial sobre el uso del sistema. El arbitrio del Ejecutivo queda recortado y abierta la vía para echar por tierra clasificaciones manifiestamente erróneas o caducas. Además, no hay que olvidar que la previsión de la entrega de fragmentos segregables de un documento o conjunto de documentos clasificados se aplica plenamente cuando la excepción invocada es la que venimos examinando<sup>57</sup>.

---

55 Robert Post, “*National Security and the Amended ...*”, *op. cit.* en nota 52, p. 416.

56 *Ray v. Turner*, 587 F.2d. 1187, 1194 (1978).

57 *Paisley v. CIA*, 724 F.2d, 201 (1984) y sobre todo, dos casos que resolvieron sendas

En materia de seguridad nacional, la jurisprudencia se ha detenido en los requisitos de los “informes Vaughn”, para llegar a la conclusión de que lo importante es el contenido de los mismos desde el punto de vista de su eficacia explicativa, no la forma concreta que revisten, bajo la cual cumplen las agencias la obligación de ponerlos a disposición del Tribunal<sup>58</sup>.

Con respecto al examen *in camera*, uno de los criterios utilizados tradicionalmente para descartarla es el del volumen o la complejidad de los documentos clasificados<sup>59</sup>. Sin embargo, últimamente se viene constatando la tendencia de ciertos tribunales a no renunciar por tal motivo a la inspección *in camera*, recurriendo para realizarla a procedimientos nuevos. Así, el nombramiento de un perito judicial *ad hoc* (*special master*), o el recurso a la técnica del muestreo (*sampling*). Un perito especial actuó por vez primera en la revisión de más de 14.000 páginas de documentos relacionados con el fallido intento de Carter de liberar mediante una incursión militar a los rehenes norteamericanos en Irán. El caso enfrentaba al Washington Post con el Departamento de Defensa; éste optó por recurrir en apelación el nombramiento del perito, pero el Tribunal del Circuito de Washington D.C. convalidó plenamente la iniciativa del juez<sup>60</sup>. La sentencia del juicio incidental enuncia el siguiente principio aplicable en los pleitos L.L.I.: “cuando el número de documentos clasificados es tan ingente que el juez y su letrado (*law clerk*) carecen en absoluto de la posibilidad de

---

solicitudes de la *Church of Scientology* para que determinados organismos públicos hicieran entrega de los archivos relacionados con ella: *The Founding Church of Scientology of Washington D.C. v. Bell et al.*, 603 F. 2d, 945 (1979), y *Church of Scientology of California v. United States Department of Defense*, 611 F. 2d, 738 (1979).

58 *Hinton v. Department of Justice*, 844 F. 2d, 126 (1988): “Lo que resulta obligado, ni más ni menos, es que el solicitante de información y el juez puedan deducir del índice una explicación clara de las razones por las cuales cada uno de los documentos o fragmentos de éstos no entregados está presuntamente exento de publicidad”.

59 *Allen v. CIA*, 636 F. 2d, 1298 (1980): “Los Tribunales se han mostrado renuentes a realizar inspecciones *in camera*, favoreciendo el recurso a otros procedimientos. Cuando el examen de los documentos controvertidos exige realizar esfuerzos hercúleos debido a su volumen o complejidad, la renuncia a realizar dicha inspección se entiende perfectamente (...)”.

60 *In Re U.S. Department of Defense*, 848 F. 2d, 232 (1988). El nombramiento de peritos está autorizado con carácter general en el artículo 53º (b) del *Federal Rules of Civil Procedure*, donde el nombramiento queda supeditado a la presencia de circunstancias excepcionales (*exceptional conditions*).

hacer una revisión directa, y siempre que el juez haya llegado a la conclusión de que los métodos alternativos de control están viciados, resulta adecuado nombrar un perito que disponga de franquicia para el acceso a documentos clasificados, siempre y cuando no se derive de ellos una pérdida de la independencia de criterio del juez<sup>61</sup>.

Admitiendo que fuera posible cumplir esta última exigencia, lo que cabría preguntarse es si la franquicia para el acceso a información clasificada no conlleva cierta predisposición a sostener el juicio clasificatorio. El resultado del caso en examen no aporta razones para la sospecha. El dictamen pericial resulta, a nuestro juicio, un modelo de precisión técnica a la hora de discernir las clasificaciones controvertidas. Su repertorio de cinco categorías de información clasificada a las que podrían reconducirse todos y cada uno de los puntos objeto de controversia, no tiene desperdicio<sup>62</sup>. A la vista del mismo, la Sentencia da la razón, en su mayor parte, al Departamento de Defensa, con el argumento central de que “los archivos contienen documentos relativos a planificación de espionaje y forma de llevar a cabo misiones antiterroristas, que inevitablemente son una referencia de lo que debe y no debe hacerse de cara a futuras misiones con parecidos objetivos y dificultades<sup>63</sup>. El interés de la sentencia radica además en el estudio que la misma realiza sobre la procedencia de seguir ocultando información más o menos ya conocida por el público, y sobre el tratamiento que deben recibir las actas de las sesiones parlamentarias cuando se encuentran en poder de organismos administrativos. A lo primero, dice el juez que procede seguir ocultando cuando se demuestre riesgo de daño para la seguridad nacional en caso de hacer pública la informa-

---

61 *In Re U.S. Department of Defense*, p. 239.

62 Tales categorías, conforme aparecen en el resumen del dictamen pericial recogido en la sentencia del juez de Distrito, son: a) Documentos reclasificados: los que carecieron originariamente de sello y fueron clasificados en algún momento, quizá tras recibir la solicitud L.L.I.; b) Documentos hechos públicos en forma no oficial: por ejemplo, aquellos clasificados, pero publicados en algún libro o trabajo de investigación; c) Documentos cuya clasificación se ve afectada por un cambio en las circunstancias; d) Documentos que contienen “secretos abiertos” (*open secrets*): aquellos que, a juicio de quien demanda su publicidad, contienen datos que son ya de dominio público por haber sido revelados a través de fuentes diversas, incluso oficiales; e) Documentos hechos públicos por error: así ocurría en el caso en examen con relación a un documento concreto entregado por un general a un grupo de periodistas. *Washington Post v. U.S. Department of Defense*, 766 F. Supl., 1, 5 (1991).

63 *Washington Post v. U.S. Department of Defense*, p. 7.

ción que complete o respalde lo ya conocido. A lo segundo, que las actas de las sesiones siguen siendo documentos del Congreso y que están exentos, por consiguiente, de la L.L.I., a menos que el Congreso manifieste expresamente su voluntad de convertirlos en documentos administrativos (*Agency records*).

Por lo que hace a la técnica del muestreo, se presta a objeciones de orden lógico sobre el método para seleccionar y sobre la dudosa representatividad de los documentos seleccionados, pero su uso parece estar creciendo en la misma medida en que aumenta el número de inspecciones judiciales *in camera*<sup>64</sup>. Una conclusión apresurada basada en este solo indicio permitiría aventurar que el comportamiento judicial está plenamente en consonancia con las tendencias sociales, más proclives hoy a la apertura de lo que lo eran hace unos años. Sin embargo, parece que las cosas no son así del todo. Un experto constataba recientemente cierta predisposición del Tribunal de Circuito de Washington D.C. —el que, con mucho, decide el mayor número de casos L.L.I.— a reproducir una divergencia entre las opiniones sostenidas por los jueces nombrados durante los mandatos presidenciales de Reagan y Bush, y las de otros jueces, mucho más proclives estas últimas a avalar las solicitudes de los ciudadanos<sup>65</sup>.

En el mismo debate conmemorativo del vigésimoquinto aniversario de la ley, todos los participantes parecieron estar de acuerdo con la idea de que, entre quienes recurren a menudo a la L.L.I., está muy extendido el convencimiento de que no merece la pena embarcarse en juicio cuando las solicitudes tropiezan con la excepción relativa a la seguridad nacional<sup>66</sup>. Sobre todo, cabría añadir, cuando la excepción se opone

64 Coloquio *F.O.I.A. 25th. Anniversary*, p. 255. Por poner un ejemplo, el *sampling* se ha utilizado recientemente en un caso que versaba sobre el archivo personal, conservado en poder del FBI, del que fuera su más célebre director de todos los tiempos, J. Edgar Hoover. El Departamento de Justicia y el demandante llegaron a un acuerdo por el que éste pudo designar un número no superior a quinientos documentos para su examen por el juez. La documentación obtenida ha sido finalmente empleada en el libro *Official and Confidential. The Secret Life of Edgar Hoover*. Putnam's and Sons. Nueva York, 1993.

65 Coloquio *F.O.I.A. 25th. Anniversary*, p. 256. El experto, un abogado con larga experiencia en juicios L.L.I., aduce dos ejemplos recientes: uno de 1990, *New York Times v. NASA*, en el que se falló en contra de la entrega al periódico de las cintas donde se gravaron conversaciones de los astronautas instantes antes del fatal accidente de la nave Challenger en enero de 1986, y otro caso de 1988, *Wolfe v. Department of Health and Human Services*, sobre el alcance de la excepción nº 5 de la ley (memoranda de carácter interno).

66 Coloquio *F.O.I.A. 25th. Anniversary*, p. 252.

frente a quienes se atreven a indagar en el mundo de los Servicios de Inteligencia.

### 4.3. Cuando se trata de la CIA, mejor no preguntar

En el caso de la CIA, el fondo –la custodia de los más vitales secretos para la seguridad del Estado– y la forma –el secretismo a ultranza de sus métodos– se aúnan para hacer de la Agencia de Inteligencia un ámbito especialmente resistente a los objetivos perseguidos por la L.L.I. Se dirá que tales objetivos no cuadran ni con el mundo del espionaje ni, en general, con el de la defensa del Estado. Lo primero es cierto; lo segundo, no. Según Marwick, el Departamento de Defensa ostenta un sorprendente récord en cuanto a cumplimiento puntual de los requerimientos L.L.I. En los últimos años, viene recibiendo una media de 60.000 solicitudes anuales, de las que el 80 por ciento obtienen respuesta favorable en los plazos marcados por la ley. Por contraste, la CIA tiene menos solicitudes anuales en términos absolutos, pero, a la hora de responder, incurre en retrasos que muchas veces sobrepasan los dos años<sup>67</sup>. La autora no ofrece datos sobre el porcentaje de ellas resueltas en favor de la entrega de lo solicitado, pero las tendencias jurisprudenciales no exhortan precisamente a la curiosidad pública.

Tan sólo doce días después de que entraran en vigor las reformas L.L.I. de 1974, un Tribunal de Circuito dictó una sentencia sobre la CIA y el régimen de funcionamiento de la excepción n° 1, con resultados que no pudieron ser más deferentes para con los criterios defendidos por la Agencia. El asunto enfrentó al editor Alfred A. Knopf con la CIA, y fue una secuela de un célebre caso decidido en 1972 sobre (y contra) la libertad de expresión de los empleados de la CIA: *United States v. Marchetti*. En el caso Marchetti, estaba en disputa el derecho de un ex-empleado de la CIA a publicar un libro sin someterlo a la censura de sus antiguos patrones. La sentencia declaró que el “compromiso de reserva” (*secrecy agreement*) firmado por Marchetti al acceder al empleo no había supuesto una renuncia ilegítima de derechos constitucionales y que era, por consiguiente, de exigible cumplimiento al

---

67 Christine Marwick: *Your Right to Government Information*, op. cit. en nota 24, p. XXVI.

objeto de que la CIA pudiera comprobar, antes de la publicación del libro, que este no contenía información clasificada<sup>68</sup>.

*Knopf v. Colby* no fue un caso sobre la L.L.I., sino uno para dirimir el desacuerdo entre el editor y la CIA sobre los puntos concretos que debían suprimirse del original, pendiente de publicar, *The CIA and the Cult of Intelligence*. El autor de la sentencia, quizá impresionado por el tenor de la reforma de la L.L.I., discute en ella lo que debe entenderse por información “rectamente clasificada” (*properly classified*, en expresión de la por entonces novedosa excepción nº 1), y llega a una conclusión para la que todas las alforjas hubieran sobrado: está bien clasificado lo que se ha clasificado. “Quienes defienden –se lee en la sentencia– que todos o parte de los fragmentos censurados deberían haber sido ya objeto de desclasificación, tienen a su disposición un remedio administrativo mucho más eficaz que el que pudiera dispensar el Poder Judicial, con la ventaja de que funciona sin incurrir en amenazas potenciales para la seguridad nacional, y dentro del más absoluto respeto hacia la tradicional autonomía en la materia del Poder Ejecutivo<sup>69</sup>”.

Sucesivamente, la CIA obtuvo de los tribunales plena confirmación acerca de la legitimidad de dos prácticas de frecuente uso a la hora de denegar solicitudes L.L.I. Una es la táctica del “ni afirmo ni niego” sobre la existencia de lo solicitado, conocida con el apodo de *Glomarization*. Otra es la práctica que suele recibir el nombre de “teoría del mosaico” (*mosaic theory*), algo defendido obstinadamente por la CIA y cuyo significado, pese al nombre, no tiene nada de esotérico: en materia de inteligencia la publicidad de un solo dato aislado sin importancia aparente, puede acarrear, manejado por mentes expertas y en

---

68 *United States v. Marchetti*, 466 F 2d., 1309 (1972). El otro caso célebre sobre la misma cuestión es *United States v. Snepp*, 444 U.S., 507 (1980), donde el Tribunal Supremo fue aún más lejos que en el caso Marchetti, declarando que todos los beneficios obtenidos por el apelado mediante la publicación del libro *Decent Interval*, en el que se criticaba la actuación de la CIA durante los meses finales de la Guerra del Vietnam, debían ser objeto de confiscación por no haber respetado su autor, también expleado de la CIA, el compromiso de censura previa firmado con ésta; sobre ambos casos, cfr. Ronald Dworkin, “*Is the Press Losing the First Amendment?*”, en : *A Matter of Principle*. Harvard University Press, Cambridge, 1985, pp. 381 y sgtes.

69 El remedio administrativo al que se refiere el juez es el de la revisión por la *Interagency Classification Review Committee*, un organismo creado poco antes mediante la orden ejecutiva sobre clasificación firmada por Nixon; *Alfred A. Knopf Inc. v. Colby*, 509 F 2d, 1362, 1370 (1975).

conjunción con otros indicios, muy malas consecuencias para la seguridad nacional.

En *Phillippi v. CIA*, fallado en 1976, un Tribunal enjuició la negativa de la CIA a reconocer o desmentir la existencia de unos documentos sobre el intento de reflotar un submarino abandonado por la URSS, empleando en la operación un gigantesco navío bautizado como Hughes Glomar Explorer (de donde el apelativo de la práctica como *Glomarization*). El solicitante de la información fue un periodista interesado en conocer los esfuerzos realizados para contener la curiosidad de la prensa sobre la operación de rescate. Según el Tribunal, cuando la postura de la CIA es la del “ni afirmo ni niego”, el juez deberá conformarse con revisar el informe (*affidavit*) de la Agencia, pudiendo llegar a exigir puntualizaciones adicionales para su análisis *in camera*, pero sin dar traslado de éstas o de aquél a la contraparte<sup>70</sup>.

La “teoría del mosaico” ha obtenido respaldo judicial muy a menudo. Aparece enunciada de forma contundente en un caso de 1978 que hemos citado en el Capítulo anterior a propósito del Privilegio de la Guarda de los Secretos de Estado, *Halkin v. Helms*: “no hay que reflexionar mucho –dice el autor de la sentencia- para comprender que todo lo relacionado con la recogida de datos de Inteligencia exterior en esta era tecnológica de los ordenadores se asemeja más a la construcción de un mosaico que a (en traducción libre) una novela de intriga al estilo clásico (*cloak and dagger affair*)”<sup>71</sup>.

Pero lo que quizá ha contribuido más que nada a que se difunda cierta exención de la CIA con respecto a las previsiones de la L.L.I. es la poca inclinación de los jueces a emitir opiniones sobre el fondo de

---

70 “Cuando la respuesta de la Agencia consiste en decir que no puede ni afirmar ni desmentir la existencia de los documentos solicitados, el Tribunal no puede examinar más documentos determinantes que aquellos en los que la Agencia explica su punto de vista. Así pues, para atender la voluntad del legislador cuando dispuso que es obligatorio revisar de manera independiente la legalidad de la negativa a proporcionar información (...), el Tribunal puede verse en la obligación de realizar un examen *in camera* de los informes, sin participación de la representación legal del demandante”, *Phillippi v. Central Intelligence Agency*, 546 F2d. 1009, 1013 (1976).

71 Y citando el caso Marchetti, añade: “La importancia de un dato aislado de información puede a menudo depender del conocimiento de otros extremos de la misma. Lo que puede parecer trivial al no iniciado, bien puede resultar crucial para quien posea un conocimiento amplio del asunto en su conjunto, y sea capaz de emplazar el dato concreto en su contexto adecuado (...)”, *Halkin v. Helms*, 598 F 2d., 1, 9 (1978).

los asuntos debatidos. El argumento tradicional es que los jueces carecen de la adecuada preparación (*lack of necessary expertise*) para pronunciarse con conocimiento de causa en los asuntos relacionados con los servicios de Inteligencia y la seguridad nacional. En la práctica, ello significa que el contenido de los informes traídos a juicio por la Agencia adquieren el peso de una presunción favorable a ella difícil, sino imposible, de destruir. La cuestión queda nítidamente reflejada en un caso en el que lo que se pedía de la CIA era algo cuyo parentesco con la seguridad nacional es cuando menos lejano: la relación de honorarios profesionales de abogados pagados por la Agencia en un período de tiempo determinado. La CIA accedió a entregar a la organización que lo solicitaba una lista incompleta, y se guardó los que se habían pagado en conexión con actividades encubiertas o clasificadas, con el argumento de que “la publicidad podía ocasionar daño para los individuos identificados, menoscabo de los esfuerzos para reclutar personal de cara a otras acciones y perjuicio para las fuentes y métodos de trabajo, al proporcionar útiles pistas a servicios de Inteligencia de potencias hostiles”<sup>72</sup>. Que esos eran argumentos puramente especulativos, como adujeron los demandantes, no fue compartido en absoluto por la opinión del Tribunal de Circuito. Según la opinión mayoritaria de éste. “lo que el Congreso nos ha encargado (a los jueces) es sólo que comprobemos que el riesgo previsible es una expectativa razonable; y es justamente con relación a este particular extremo donde, habida cuenta de nuestra falta de experiencia en la materia, hemos de conceder un peso específico a lo afirmado por la Agencia”<sup>73</sup>.

Por si todo lo anterior no bastara, la CIA dispone de un camino expeditivo para no atender los requerimientos L.L.I. La excepción N° 3 de la ley, esto es, la de las materias exentas de publicidad en virtud de otros estatutos. permite el reenvío al propio Estatuto regulador de la CIA, donde se establece que el Director “será responsable de proteger las fuentes y métodos de la Agencia contra publicidad no autorizada”<sup>74</sup>. Esgrimiendo esta obligación, huelgan mayores precisiones: lo

---

72 *Halperin v. Central Intelligence Agency*, 629 F 2d., 144, 147 (1980).

73 *Halperin v. CIA*, p. 149.

74 *United States Code*, Título 50 (*War and National Defense*), Epígrafe 403 (*Central Intelligence Agency*), Apartado (3). El Epígrafe 403 g permite además ocultar información sobre la estructura interna de la CIA, y el 431, añadido en 1984, completa, como hemos visto antes (nota 83) las exenciones de publicidad sobre fuentes y métodos de trabajo.

que se deniega no tiene por qué haber sido objeto de clasificación previa, y además se elude el juicio revisorio sobre el uso del sello.

La tendencia de los organismos administrativos a abusar de la excepción tercera ha sido desde siempre uno de los problemas centrales en la aplicación de la L.L.I. En 1976, el legislador intentó frenar dicha tendencia añadiendo dos requisitos a la excepción con el fin de anular la arbitrariedad administrativa<sup>75</sup>. La reforma fue la reacción del Congreso a una sentencia del Tribunal Supremo en la que se dijo que una ley anterior a la L.L.I., la *Federal Aviation Act*, en la que se daba a la Administración total discrecionalidad para ocultar datos “siempre que así lo exigiera el interés público”, no se había visto afectada por la L.L.I.<sup>76</sup>. Desde la reforma, los criterios jurisprudenciales sobre el uso de la excepción vienen siendo mucho más estrictos, pero no hay que olvidar que al menos 150 autorizaciones especiales para ocultar información, diseminadas a lo largo y ancho del *United States Code*, continúan propiciando los abusos<sup>77</sup>.

En el caso de la CIA, la cuestión se centra en precisar lo que deba entenderse por “fuentes y métodos de inteligencia”. En 1983, una Decisión de Segunda Instancia se aproximó al concepto desde una perspectiva favorable a la publicidad que, desafortunadamente para ésta, no compartió el Tribunal Supremo al revisar la sentencia<sup>78</sup>.

---

75 La excepción quedó redactada en los siguientes términos: “materias exentas de publicidad en virtud de estatuto siempre y cuando el estatuto en cuestión: a) exija que la materia quede al margen de publicidad con una normativa en la que no haya margen para la libre apreciación por parte de la Agencia administrativa; b) establezca criterios específicos aplicables en la decisión de ocultar, o concrete el tipo de materias exentas de publicidad” (*Public Law* 94-409, de 13 de septiembre de 1976).

76 La Sentencia decidió el caso *Administrator Federal Aviation Administration v. Robertson*, 422 U.S., 255 (1975), cuyo origen fue una solicitud de datos relativos al funcionamiento de determinadas líneas aéreas comerciales. Por ello, a menudo se cita la reforma L.L.I. de 1976 como la “reforma Robertson”.

77 Cfr. *Justice Department Guide to the Freedom of Information Act*, *op. cit.* en nota 47, pp. 44 y sigtes., con un comentario general de tales criterios a partir del año 1976, en el que se destaca del caso *American Jewish Congress v. Kreps*, 574 F 2d., 624 (1978). El Tribunal de Circuito analiza ahí *in extenso* la intención del legislador para llegar a la conclusión de que “el objetivo inconfundible de la Enmienda Robertson a la *Freedom of Information Act* fue asegurar que las decisiones fundamentales en materia de secreto gubernativo fueran adoptadas por el Legislativo, y no por el Ejecutivo”.

78 La sentencia de Segunda Instancia es la del Tribunal de Apelación del Circuito de Washington D.C. en el caso *Sims et al. v. CIA*, 709 F 2d., 95 (1983), donde se propone la siguiente aproximación funcional al concepto de “fuente de inteligencia”: “persona o institu-

*CIA v. Sims* es uno de los pocos casos en los que el Tribunal Supremo analiza frontalmente las peculiaridades del mundo de los servicios de Inteligencia<sup>79</sup>. Lo que se discutía era si procedía revelar, en respuesta a una solicitud L.L.I., los nombres de universidades e institutos de investigación que en el pasado habían cooperado con la CIA para estudiar los avances chino-soviéticos en materia de técnicas interrogatorias y de “lavado de cerebro” (*brainwashing*). El programa, llamado MKULTRA, se llevó a cabo entre 1953 y 1966, con el fin de entrenar a los agentes destinados en el extranjero ante su posible captura por el adversario. Casi veinte años después, la opinión del Tribunal sobre la necesidad de guardar a toda costa el secreto de las fuentes y los métodos de Inteligencia es un homenaje al acercamiento al mundo del espionaje desde la tesis de la “novela de intriga”: “Incluso la más remota posibilidad –dice la mayoría en la sentencia- de que un Tribunal se decida por el criterio de la publicidad de una fuente, puede poner en peligro la recogida de datos y producir el resultado de que las fuentes de información se cierren en banda (...). Para inducir a determinadas fuentes a cooperar, el Gobierno tiene que ofrecer una Seguridad en la confidencialidad lo más rotunda posible”<sup>80</sup>.

La crítica más sensata de una opinión que parece otorgar a la CIA patente de corso para ocultar todo lo que ella misma califique como “fuente o método de Inteligencia” aparece en el voto particular firmado por los jueces Marshall y Brennan, para quienes el asunto debería haberse abordado desde el punto de vista de la excepción n°1 de la L.L.I., es decir, mediante el análisis del daño potencial para la seguridad nacional: “La decisión adoptada hoy –se lee en el voto particular-

---

ción que facilita, ha facilitado o tiene el compromiso de facilitar a la CIA información que resulte necesaria para el eficaz desempeño por parte de ésta de sus funciones, siempre que, razonablemente, no quepa esperar obtener tal información sin garantizar plena confidencialidad a quien la proporciona”.

79 Los otros casos son aquellos en los que el Tribunal analiza los recortes a la libertad de expresión de los ex – empleados de la CIA, especialmente, el ya citado *Snepp v. United States* y uno posterior a éste: *Haig v. Agee*.

80 *CIA et al. v. Sims et al.*, 471 U.S., 159, 175 (1985). Y el Tribunal refuerza su razonamiento con el argumento de la falta de calificación técnica de los jueces en la materia: “Nos permitimos dudar que una posible fuente de inteligencia pueda estar segura acerca de su cooperación, si es consciente de que los jueces, con muy poca o nula preparación en el delicado mundo de los servicios de Inteligencia, pueden ordenar la revelación de la identidad del informante (...)”.

permite a la Agencia evitar la carga de la prueba que viene exigida en la cuidadosa ponderación recogida en la excepción n° 1, e invalida los esfuerzos del Congreso para poner límite a la discrecionalidad de aquella”<sup>81</sup>.

Lo que deba entenderse por “fuente confidencial”, especialmente a efectos de eximir al FBI de las obligaciones impuestas por la L.L.I., viene cobrando creciente importancia desde las reformas auspiciadas por la Administración Reagan<sup>82</sup>. Una decisión de 1993, la última hasta el momento de las dictadas por el Tribunal Supremo sobre la L.L.I., permite hablar con cierta recuperación de los principios favorables a la publicidad que animaron al legislador al aprobar la *Freedom of Information Act*. Frente al dilema de siempre, eficacia inquisitiva *versus* política de principios, la Sentencia, de la que fue ponente la juez O’Connors, opta por la segunda:

“El Gobierno ha argüido de manera consistente que la capacidad de mantener la confidencialidad de todas sus fuentes resulta vital para la efectividad de la lucha por el cumplimiento de la ley. Una regla preventiva que protegiera la identidad de todos los confidentes del FBI (...) serviría indudablemente a tal propósito y sería de fácil aplicación. Pero nosotros no tenemos capacidad para implantar una opción política de ese género (...). Consecuentes con nuestra obligación de interpretar las excepciones de la *Freedom of Information Act* de la manera más estricta y en sentido favorable a la publicidad, mantenemos que el Gobierno carece de una presunción para calificar de confidencial a cualquier fuente del FBI en el transcurso de una investigación (...)”<sup>83</sup>.

## 5.- Conclusión

Las palabras suscritas por la juez O’Connors captan a la perfección el dilema planteado por la efectividad de una ley pro apertura como la

---

81 *CIA v. Sims*, p. 189.

82 Cfr. Miguel Revenga Sánchez: *El Imperio de la Política...*, *op. cit.* en nota 1, pp. 186 y sgtes.

83 *United States Department of Justice v. Landano*. 113 S. Cr., 2014, 2024 (1993).

L.L.I. Decisión política, actuación de las agencias administrativas y control judicial se entrecruzan en un complejo sistema de equilibrios de cuyo balance depende la utilidad de la ley. Tras el final de la Guerra Fría y el derrumbamiento de la política de bloques, la lógica del secreto, que llegó a impregnar el funcionamiento entero del sistema, parece haber perdido buena parte de su razón de ser. Consecuente con ello, la Administración Clinton, al inicio de su primer mandato, se comprometió a impulsar una práctica favorable a la publicidad, que ha venido dando frutos, a lo largo de estos años, con la desclasificación de numerosos documentos. No obstante, la persistencia de "zonas oscuras", concentradas sobre todo en el ámbito de los servicios de Inteligencia y el FBI., continuará previsiblemente dando lugar a numerosos conflictos. La L.L.I. no es la panacea universal para el logro del Gobierno abierto, pero su práctica aplicativa representa ya, sin lugar a dudas, un referente importantísimo emplazable en el haber de los sistemas democráticos.