

# GUÍAS SOBRE BUENA GO- BERNANZA

No. 04

Acceso a la información y  
límites de la transparencia  
pública



CENTRE FOR INTEGRITY  
IN THE DEFENCE SECTOR

## CENTRO DE INTEGRIDAD EN EL SECTOR DE DEFENSA

El Centro de Integridad en el Sector de Defensa (CIDS, por sus siglas en inglés) trabaja para promover la integridad, las medidas anticorrupción y la buena gobernanza en el sector de defensa. En colaboración con socios noruegos e internacionales, el centro tiene como objetivo el desarrollo de competencias, el fomento de la concienciación y la oferta de medios concretos para reducir las posibilidades de que se produzcan casos de corrupción. El CIDS fue fundado en 2012 por el Ministerio de Defensa de Noruega.

Las opiniones expresadas en este folleto son las del autor y no representan necesariamente el punto de vista del Ministerio de Defensa de Noruega ni deben atribuirse a este.

### **SOBRE EL AUTOR**

**Francisco Cardona** es un experto internacional asociado del CIDS. Cardona es un reconocido experto cuyo trabajo se centra en el diseño y evaluación de reformas en el ámbito de la función y administración públicas, la justicia y el derecho administrativos, las políticas anticorrupción y el desarrollo institucional. Su experiencia incluye tanto el trabajo que ha realizado en España (su país de origen), donde desarrolló su carrera en la función pública, hasta su labor en organizaciones internacionales como la OCDE (el programa SIGMA), en las que ha trabajado durante 15 años como analista de políticas superior en el ámbito de la gobernanza pública. En el marco de este programa, ha asesorado a unos 25 países en transición y en desarrollo en Europa Oriental, África, América Latina y la región del Caribe. Es abogado de formación (Universidad de Valencia, 1976) y cuenta con varios másteres en administración pública.

# PRÓLOGO

El presente documento es el cuarto folleto de la serie *Guías sobre buena gobernanza* que publica el CIDS. El objetivo que perseguimos con dicha serie es presentar ante un gran público aspectos claves del ámbito de la “buena gobernanza” con concisión, pero sin simplificar en exceso.

El autor ha procurado sintetizar las buenas prácticas internacionales con respecto al acceso público a la información. Resulta complicado lograr el equilibrio entre esa demanda y la necesidad legítima que tiene el Estado de proteger determinados tipos de información para, por ejemplo, velar por la seguridad de la nación y la ciudadanía. Es una tarea especialmente ardua en lo que atañe a la defensa, un dominio en el que el secreto es indispensable en cierto grado. Sin embargo, puede que, en ocasiones, el único fin de apelar a las consideraciones relativas a la seguridad nacional consista en ocultar información que debería darse a conocer y ser objeto de un debate público. Esperamos haber conseguido encontrar el justo equilibrio.

El autor de esta guía es Francisco Cardona, uno de los expertos internacionales superiores del CIDS. Desde aquí agradezco su dedi-

cación y que nos haya permitido disfrutar de sus conocimientos teóricos y prácticos y su dilatada experiencia.

También me gustaría reconocer la labor de revisión del documento que ha desempeñado Ingrid Busterud, editora del centro.

Esperamos que esta contribución sobre buena gobernanza pueda ser utilizada como un recurso por parte de una audiencia amplia, tanto en los sectores público y de defensa como en otros. El acceso público a la información es esencial en una sociedad democrática y abierta, y es la base de la buena gobernanza. El CIDS está abierto a recibir cualquier comentario sobre esta guía.

Oslo, 23 de mayo de 2016



**Per Christensen**

Director

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	3
EL “DERECHO A SABER”, UN CONCEPTO EN DESARROLLO .....	4
LA TRANSPARENCIA: DE VALOR ABSTRACTO A PRÁCTICA INSTITUCIONALIZADA EN LAS INSTITUCIONES DE GOBERNANZA .	7
UN EQUILIBRIO DELICADO CON RESPECTO A OTROS VALORES PÚBLICOS.....	10
EL LIBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS SECRETOS DE ESTADO.....	10
EL LIBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE LOS INFORMANTES.....	14
CONCLUSIONES .....	19

## Introducción

La información, la libertad de expresión y la transparencia desempeñan un papel básico en la democracia, ya que son imprescindibles para que la ciudadanía participe con conocimiento de causa en los procesos políticos y, en última instancia, para proteger los derechos humanos. El acceso a la información es una parte integrante de toda democracia que se precie, puesto que fomenta la participación ciudadana, propicia que los funcionarios públicos rindan cuentas y respalda la transparencia gubernamental en términos generales. Ayuda a elevar la dignidad de las personas en cuanto que ciudadanos y reduce el riesgo de caer en el autoritarismo, la corrupción y las irregularidades administrativas.

Este documento aborda la instauración progresiva de la transparencia como virtud pública en numerosos países. Actualmente, la transparencia constituye un indicador de buena gobernanza: cuanta más apertura y transparencia en un Estado, mayor probabilidad de que el sistema de gobernanza pública sea bueno.

Estudiaremos en qué medida la transparencia cobra fuerza en las prácticas administrativas de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Unión Europea, y señalaremos los límites del acceso a la información pública. También determinaremos hasta qué punto se suprimen los obstáculos que

dificultan la transparencia en los procedimientos administrativos o si lo que está sucediendo es todo lo contrario. Las limitaciones más importantes que afectan a la transparencia tienen su origen en la protección de los secretos estatales y de la vida privada de la población. Son limitaciones válidas, pero han de contemplarse como excepciones al principio fundamental: el pleno acceso a la información.

La protección de los secretos de Estado es legítima siempre y cuando esté justificada, mientras que la transparencia no requiere justificación alguna. Sin embargo, esto dista de ser una realidad en muchos países. Además, el “derecho a saber” y la protección de los secretos estatales son movimientos que apuntan en direcciones opuestas. Muchas personas siguen creyendo, de forma errónea, que la seguridad y la defensa nacionales deben, por definición, mantenerse fuera del ámbito del control democrático y jurídico.

En este documento, nos hemos abstenido de examinar la protección de datos de carácter privado (ya sean personales o relativos a las empresas) y hemos optado por centrarnos en el acceso a la información de interés público, ya que poder consultarla libremente favorece la buena gobernanza pública, mientras que ocultarla suele restar calidad a los regímenes y la gobernanza democráticos.

## El “derecho a saber”, un concepto en desarrollo

Cada vez son más las voces que exigen transparencia y libertad de información. Unos 105 países cuentan con leyes que regulan el acceso a la información pública<sup>1</sup>, aunque la calidad y el alcance de la aplicación varían de una a otra. Asimismo, muchos Gobiernos se están sumando a la Alianza para el Gobierno Abierto, una asociación a escala mundial fundada en 2011 con el propósito de impulsar la transparencia. En 2015 formaban parte de ella 66 países.<sup>2</sup>

Los órganos internacionales de derechos humanos tales como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2011), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2009 y 2013) han estimado que el acceso a la información en poder de organismos públicos es un derecho humano, una afirmación que también quedó plasmada en el Tratado de Lisboa de 2010 (artículo 15 del Tratado de la Unión Europea).

Dicho artículo establece que “a fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, órganos y organismos de la Unión actuarán con el

mayor respeto posible al principio de apertura” y recalca que “todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte”. Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de obligado cumplimiento hoy en día para todos los Estados miembros, garantiza expresamente “el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna” (artículo 41) y el derecho a acceder a los documentos de las instituciones de la UE (artículo 42).

Según SIGMA-OCDE, el reconocimiento del derecho de acceso a los documentos administrativos como un derecho fundamental es un fenómeno reciente. No obstante, muchos países occidentales conciben desde hace tiempo la transparencia administrativa como un concepto positivo, aunque con frecuencia se considere intrascendente. El caso de Suecia ofrece un buen ejemplo sorprendente por su antigüedad: ya en 1766, el país estableció el principio de acceso público a los documentos oficiales en el marco de un reglamento relativo a la libertad de prensa. Finlandia aprobó un reglamento parecido en 1951 y Noruega y Dinamarca hicieron lo propio

1 Global Right to Information Rating (RIT). Available at <http://www.rti-rating.org/country-data>

2 Open Government Partnership. Available at <http://www.opengovpartnership.org/>

en 1970. En los Estados Unidos, la primera Ley de Libertad de Información (FOIA, por sus siglas en inglés) se promulgó en 1966. Australia, Canadá y Nueva Zelanda siguieron sus pasos entre 1982 y 1983. En el Reino Unido y Europa continental, el principio de transparencia suscitó mayor oposición. En un primer momento se aplicaba únicamente a través de Leyes de Procedimientos Administrativos (APA, por sus siglas en inglés), pero, en las últimas dos décadas, la proliferación de FOIA en todo el mundo ha servido de complemento a esta “transparencia procesal”.<sup>3</sup>

En 1999, Yehezkel Dror analizó detenidamente la necesidad de transparencia y apertura en la Administración pública.<sup>4</sup> Tras definir estos conceptos como normas e instrumentos, llegó a la conclusión de que “la ampliación de la transparencia y la apertura ha de plantearse y replantearse en el contexto del perfeccionamiento de las competencias para ejercer el poder y avanzar en pos de la ‘calidad de la democracia’ como un todo”. De igual modo, Amartya Sen (1999) argumentó que la garantía de transparencia es

una libertad determinante y esencial que contribuye a la libertad de las personas y a reducir la corrupción.<sup>5</sup>

En un gran número de países, la carta magna contempla el acceso a la información como un derecho humano. Podríamos tener la impresión de que la combinación de las leyes nacionales de libertad de información y la labor de los activistas en defensa de la formulación de normativas internacionales es la fuerza impulsora de un movimiento imparable a favor de la transparencia. Sin embargo, esa percepción no tiene por qué corresponderse con la realidad: lograr que la transparencia se convierta en un rasgo de la gobernanza pública es una asignatura pendiente y una aspiración en muchas partes del mundo.

Una democracia de calidad exige la celebración de elecciones libres y limpias, pero no basta con ello. Durante los últimos años, no pocos gobiernos autocráticos se han formado a raíz de procesos electorales que seguían las debidas formalidades. En su informe de 2015 sobre la libertad en el mundo, la organización Freedom House constata que, por noveno año consecutivo, las libertades habían retrocedido de forma gene-

3 OECD, 2010. “The Right to Open Public Administrations in Europe: Emerging Legal Standards”, *SIGMA Papers*, No. 46. Paris: OECD Publishing. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/5km4g0zfq27-en>

4 Dror, Yehezkel. 1999. “Transparency and Openness of Quality Democracy”. *Openness and Transparency in Governance: Challenges and Opportunities*. M. Kelly, Ed. Maastricht: NISPAcee Forum, 1999, 25–43.

5 Sen, Amartya. 1999. *Development as Freedom*. Anchor Books, Alfred A. Knopf Inc. Publisher New York, 38-40.

realizada.<sup>6</sup> El documento señala un cambio preocupante: en varios países, la situación se había deteriorado a causa de la vigilancia estatal, las limitaciones impuestas a las comunicaciones a través de internet y las restricciones de la autonomía individual. Del informe se desprende que el 26 % de los países no goza de libertad. Por otra parte, que la ciudadanía tenga “derecho a saber” lo que hacen las autoridades no es un hecho consumado en algunos países, ya que se observan intentos de desbaratar los progresos conquistados en este ámbito.

En verano de 2015, un periódico del Reino Unido publicó el siguiente titular: “La reforma gubernamental de la Ley de Libertad de Información pone en peligro el ‘derecho a saber’” (‘Right to know’ in peril as Government targets Freedom of Information)<sup>7</sup>. El 26 de julio de 2014, el primer ministro húngaro, Viktor Orbán, expresó su voluntad de abandonar la democracia liberal en pro de un “Estado iliberal” y mencionó el ejemplo de Rusia y Turquía<sup>8</sup>. En 1997, Fareed Zakaria estudió a fondo el concepto de democracia iliberal y lo definió como una democracia formal en la que no existen derechos constitucionales individuales ni instituciones capaces de “defender la autonomía y la dignidad de las personas frente a la coacción, ya venga del Estado, la Iglesia o la sociedad”<sup>9</sup>. La rendición de cuentas del poder es un elemento intrínseco de la concepción de la democracia liberal. En palabras de Fukuyama, “el gobierno responsable es aquel en el que los dirigentes consideran que tienen un deber para con la población a la

que gobiernan y anteponen los intereses públicos a los propios”.<sup>10</sup>

Mientras que numerosos gobiernos nacionales e instituciones internacionales fomentan valores democráticos basados en el acceso a la información y la libertad de expresión, se diría que cada vez es más frecuente ver una deriva alarmante hacia el totalitarismo y el autoritarismo en muchas sociedades (entre ellas, algunas europeas). ¿Cómo se entiende esta paradoja? ¿Cómo se afrontan las consecuencias de unas tendencias tan opuestas? ¿Cómo se explica que, a pesar de la corriente mundial en favor de la transparencia en la Administración, algunas de las revelaciones más importantes de los últimos años sobre la conducta de los cargos públicos y sobre políticas estatales cuestionables hayan surgido a partir de filtraciones de gran magnitud (Snowden, Wikileaks, Manning, Luxleaks, los papeles de Panamá, etc.)? ¿Podrían haberse evitado si los gobiernos hubieran aplicado políticas de transparencia más acertadas?

Para que los valores democráticos básicos y abstractos lleguen a institucionalizarse de manera concreta, se necesita un proceso dirigido de transición; el presente documento aborda parcialmente esta cuestión en lo relativo a la transparencia y el “derecho a saber”. Al igual que Hannah Arendt, damos por sentado que la libertad y la democracia son una utopía si no hay instituciones capaces de velar por ellas. La esencia de la filosofía política de Arendt reside en la convicción de que la libertad no puede existir al margen de las instituciones. Como ya lo hiciera Montesquieu antes que ella, Arendt sostenía que el poder y la libertad van de la mano.<sup>11</sup>

6 Freedom House. 2015. “Freedom in the World 2015”. Disponible en: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2015?gclid=CLHLzT0o8gCFafnwgodQEMKkw#Vg6JEfntmkp>

7 The Independent. 17 de julio de 2015. Disponible en: <http://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/the-end-of-foi-right-to-know-in-peril-as-government-targets-freedom-of-information-10397935.html>

8 Simon, Zoltan. “Orban says he seeks to end liberal democracy in Hungary”. Bloomberg. 28 de julio de 2014. <http://www.bloomberg.com/news/articles/2014-07-28/orban-says-he-seeks-to-end-liberal-democracy-in-hungary>

9 Zakaria, Fareed. 1997. “The Rise of Illiberal Democracy”. *Foreign Affairs*, vol. 76, n.º 6, nov.-dic. 1997, págs. 22-43. También disponible en: <https://www.foreignaffairs.com/articles/1997-11-01/rise-illiberal-democracy>

10 Fukuyama, Francis. 2012. *The Origins of Political Order*. Londres: Profile Books, pág. 321.

11 Berkowitz, Roger. 2012. “Jacques Rancière and Hannah Arendt on Democratic Politics”, *Hannah Arendt Center-Bard College*. Disponible en: <http://www.hannaharendtcenter.org/?p=14131>



# La transparencia: de valor abstracto a práctica institucionalizada en las instituciones de gobernanza

De nada vale el “derecho a saber” si no cuenta con el respaldo de instituciones públicas que garanticen el libre acceso a la información. El movimiento mundial que lucha por facilitar el acceso a la información y que este se reconozca como derecho humano en las declaraciones normativas de la comunidad internacional no nos llevará a ninguna parte si las instituciones nacionales brillan por su ausencia o se ven impotentes al respecto.

La configuración de las instituciones competentes a la hora de proteger el acceso a la información depende de las circunstancias particulares de cada nación. Para los países que carecen de instituciones democráticas funcionales, seguramente resultará difícilísimo garantizar no solo el acceso a la información de interés público, sino también otros derechos básicos de la ciudadanía.

Es probable que los países más desarrollados estén mejor dotados para garantizar “el derecho a saber” tanto en el sector público como en el privado, sobre todo si la independencia y la profesionalidad de la prensa ha alcanzado un nivel adecuado. Según una encuesta de la Federación Mundial de Anunciantes realizada en 2014, Francia, Escandinavia y Canadá

estarían a la cabeza en cuanto a transparencia de la propiedad de los medios de comunicación, además de ser los países donde los anunciantes ejercen menos influencia en los comités de redacción.<sup>12</sup> El Estado desempeña una función vital en la defensa del “derecho a saber” de la población; no obstante, en estos últimos países, los medios privados pueden complementar dicha función al divulgar información veraz de utilidad pública.

Hoy en día, el “derecho a saber” se contempla sin lugar a dudas como parte integrante del derecho a la libre expresión, y así lo reconocieron la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2006 y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2009 y 2013.<sup>13</sup> Del mismo modo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas suscribió en la observación general n.º 34 (29 de julio de 2011) la idea de que acceder libremente a la información en poder de órganos públicos y

12 Global Media Transparency Index. 2014. Disponible en: [http://www.cnnumerique.fr/wp-content/uploads/2014/12/WFA\\_MEDIA\\_TransparencyIndex\\_Feb2014.pdf](http://www.cnnumerique.fr/wp-content/uploads/2014/12/WFA_MEDIA_TransparencyIndex_Feb2014.pdf)

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Claude Reyes et al. contra Chile, sentencia del 19 de septiembre de 2006 ([http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_ing.pdf)); y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto Társaság a Szabadságjogokért (Unión Húngara para las Libertades Civiles) contra Hungría, sentencia del 14 de abril de 2009; (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92171>); Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto Youth Initiative for Human Rights contra Serbia, sentencia del 25 de junio de 2013 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-120955>).

entidades privadas que realizan funciones públicas es un derecho fundamental vinculado a la libertad de expresión, un derecho muy arraigado que se consagra en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1948.<sup>14</sup>

Asimismo, en los asuntos Guja contra Moldavia (sentencia del 12 de febrero de 2008) y Heinisch contra Alemania (sentencia del 21 de octubre de 2011), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos citó el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que trata de la protección de la libertad de expresión<sup>15</sup>, como argumento para proteger a los informantes.

Por lo tanto, la unión del “derecho a saber” y la protección a los informantes es factible en el plano teórico, ya que ambos conceptos son manifestaciones del derecho a la libertad de expresión y el derecho de la población a estar al tanto de lo que sucede en los órganos públicos. El libre acceso a la información de interés público quedaría incompleto si la denuncia de irregularidades como derecho y deber cívico no se protege con medidas sólidas. De hecho, la jurisprudencia de los tribunales internacionales se inclina hacia la vinculación del acceso a la información, la libertad de expresión y la participación activa de la ciudadanía en los asuntos públicos.

Para institucionalizar el “derecho a saber” hace falta un marco jurídico apropiado y procedimientos de gestión bien fundamentados que, al combinarse, permitan fomentar una cultura de transparencia donde antes predominaba el secretismo y la ocultación. El camino que lleva

de la opacidad a la transparencia y el acceso a la información puede ser largo y accidental incluso en democracias consolidadas, tal y como demuestra el caso del Reino Unido.<sup>16</sup>

Por lo general, el marco legal se compone de una Ley de Libertad de Información (FOIA), que establece las disposiciones jurídicas básicas e instaura los mecanismos de gestión, y las instituciones que se ocupan de proteger el acceso a la información, entre las que figuran comisionados de información u otros organismos especializados, por ejemplo. También debe abarcar la protección de los informantes, una cuestión enormemente compleja que, como recomienda la OCDE, merece un instrumento legislativo diferenciado y autónomo.<sup>17</sup>

Por lo que se refiere a la institucionalización, no existe ningún sistema en torno al “derecho a saber” capaz de funcionar correctamente sin procedimientos claros y formalizados que reduzcan las posibilidades de que se cometan abusos de las facultades discrecionales y motiven al funcionariado de todos los niveles de la Administración para que respalden su adopción (por ejemplo, al lograr un equilibrio entre el secreto profesional que han de respetar estos trabajadores y el derecho de la población a acceder a la información). Dichos procedimientos también deberían servir para exhortar a todas las esferas gubernamentales a tomar la iniciativa y poner de manifiesto su determinación de publicar información con regularidad, una práctica formalizada que reviste especial importancia en lo tocante a la gestión de do-

14 Observación general n.º 34 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>

15 Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asuntos Guja contra Moldavia (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85016>) y Heinisch contra Alemania (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105777>).

16 The Economist. 21 de noviembre de 2015. “Freedom of Information: A little less free. The government seems keen to cloud public-sector transparency”. Disponible en: <http://www.economist.com/news/britain/21678823-government-seems-keen-cloud-public-sector-transparency-little-less-free?cid1=cust/noonew/n/n/n/20151123n/owned/n/n/nwl/n/n/EU/email>

17 OCDE. 2011. “G20 Anti-Corruption Action Plan: Protection of Whistleblowers: Study on Whistleblower Protection Frameworks, Compendium of Best Practices and Guiding Principles for Legislation”. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/48972967.pdf>

cumentos, la tramitación de solicitudes y la divulgación motu proprio. Estas tres cuestiones son el eje central de todos los procesos de institucionalización del “derecho a saber”.<sup>18</sup>

Es posible separar de las legislaciones de los países y las normas internacionales en materia del derecho de acceso a la información algunos elementos claves que pueden emplearse para definir su institucionalización. El acceso a la información es un derecho universal; debería abarcar todos los datos en posesión de cualquier órgano público (salvo que haya motivos justificados para no divulgarlos); puede ejercerse de forma gratuita y sin tener que esgrimir razones para ello; las solicitudes deberían responderse lo antes posible y en 20 días laborables como máximo (en la mayoría de los países, la ley dispone un plazo de entre 15 y 30 días); se introducirían contadas excepciones de uso sujetas a una evaluación tanto del perjuicio como del interés público de la revelación; y se designaría a una entidad independiente (en muchos casos, el Defensor del Pueblo o un comisionado de información) para velar por este derecho. También se necesitaría que quienes hagan valer su derecho de acceso a la información tuvieran la posibilidad de llevar el asunto ante los tribunales (Darbshire, página 13).<sup>19</sup>

Las autoridades a las que se encomienda la protección del “derecho a saber” varían de un país a otro, al igual que sus facultades legales. El Centro para la Libertad de Información de

la Universidad de Dundee (Escocia) realizó hace relativamente poco una encuesta (publicada en septiembre de 2013 y actualizada en noviembre de 2014) y descubrió que, en muchos países, se exige que los comisionados de información sean juristas (abogados, jueces y demás) y cumplan determinados requisitos en función del contexto nacional (límites de edad, no haberse afiliado nunca a un partido político, experiencia dilatada en el campo de la gestión, etc).<sup>20</sup>

Según dicha encuesta, la mayor parte de los comisionados de información (el 76 %) son autoridades cuasi judiciales independientes con las competencias necesarias para emitir dictámenes de obligado cumplimiento, mientras que el otro 24 % solo puede formular recomendaciones. La actividad de estos últimos sigue un planteamiento análogo al del Defensor del Pueblo, que otorga prioridad a resolver conflictos por la vía de la mediación o conciliación. Algunos de los comisionados de información con rango cuasi judicial también están facultados para utilizar mecanismos coercitivos tales como la policía a fin de recabar información; el caso de Eslovenia es un ejemplo de ello.

El 85 % de los comisionados que tienen potestad para dictar una orden de divulgación de información o exigir que se acaten sus decisiones indica que las autoridades se atienen a la resolución en todas o la gran mayoría de las ocasiones. Por el contrario, ninguno de los comisionados cuya función se limita a las recomendaciones vio respetado su criterio sin excepciones y solo el 45 % afirma que se tuvo en cuenta su parecer en una amplia mayoría de casos.

18 Trapnell, Stephanie E. y Lemieux, Victoria L. 2015. “Transparency in the Public Sector: Drivers of Effectiveness in Right to Information Implementation”, Artículo presentado durante la cuarta edición de la Conferencia Mundial Anual de Investigación sobre la Transparencia (Annual Global Conference on Transparency Research). Università della Svizzera italiana, Lugano (Suiza), del 4 al 6 de junio de 2015, página 13. Disponible en: [http://www.transparency.usi.ch/sites/www.transparency.usi.ch/files/media/trapnell\\_lemieux\\_transparency\\_in\\_the\\_public\\_sector\\_drivers\\_of\\_effectiveness\\_in\\_right\\_to\\_information\\_implementation.pdf](http://www.transparency.usi.ch/sites/www.transparency.usi.ch/files/media/trapnell_lemieux_transparency_in_the_public_sector_drivers_of_effectiveness_in_right_to_information_implementation.pdf)

19 Darbshire, Helen. 2015. “Critical Perspectives on Freedom of Expression: Ten Challenges for the Right to Information in the Era of Mega-Leaks”; McGonagle, Tarlach y Donders, Yvonne (Eds.), The United Nations and Freedom of Expression and Information Critical Perspectives. Cambridge University Press.

20 Centre for Freedom of Information. 2014. “International Survey of Information Commissioners and Ombudsmen”. Disponible en: <http://www.centrefoi.org.uk/research.php>

## Un equilibrio delicado con respecto a otros valores públicos

Antiguamente, en los regímenes políticos absolutistas o autoritarios, el ejercicio del poder se basaba en el secreto, un principio muy valorado y de gran calado en las instituciones conocido como *arcana imperii*<sup>21</sup>. Las decisiones políticas correspondían únicamente al soberano, que no estaba obligado en modo alguno a justificarlas ante el pueblo. La adopción participativa de decisiones chocaba frontalmente con la idea de gobierno absoluto. En contraposición a este privilegio de secretismo del que disfrutaba el monarca, los marcos jurídicos y sociales le otorgaban un poder prácticamente ilimitado para escudriñar la vida privada de sus súbditos, que tenían que doblegarse ante los citados instrumentos.

La Ilustración marcó un antes y un después en nuestra concepción del papel que el secreto y la transparencia desempeñan en la política. Este cambio puso en entredicho la opacidad de la conducta del soberano, y el poder que le permitía examinar la vida y los bienes de la

población fue restringiéndose gradualmente. A medida que la noción de “los derechos del hombre y del ciudadano” (surgida de la Revolución francesa) empezó a consolidarse, la legitimidad que históricamente se había conferido al secretismo gubernamental comenzó a evaporarse y dejar paso a la legitimidad racional de la transparencia.<sup>22</sup>

Aun así, encontrar un punto intermedio entre la libertad de acceso a la información, la protección de los informantes, la protección de datos de carácter personal y la definición de confidencialidad y secretos de Estado todavía resulta difícil en numerosos países, incluso cuando se trata de democracias muy desarrolladas.

### EL LIBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS SECRETOS DE ESTADO

La tradición de *arcana imperii* se retomó a través de la institucionalización de los secretos de Estado en todos los países surgidos del Congreso de Viena (1815). En Inglaterra, se

21 La expresión latina *arcana imperii* se refiere a la necesidad de mantener en secreto una parte o la totalidad de las medidas y decisiones que toma la autoridad política. Que los súbditos las ignoraran era una condición necesaria para que el monarca o dirigente pudiera gobernar con eficacia. En la medida de lo posible, esta información tenía que ocultarse a la opinión pública y tratarse como un misterio insondable, lo que asemejaba el ejercicio del poder a una función religiosa o sacerdotal. En consonancia con esto, los monarcas reinaban en nombre de Dios. Hoy en día, la expresión equivale a “secretos de Estado”, “razones de Estado” o, más frecuentemente, “el arte de gobernar”.

22 Para obtener más información sobre la evolución del secreto y la transparencia a lo largo de la historia, véase Riese, Dorothee. 2014. “Secrecy and Transparency”. Artículo presentado durante la Conferencia General del European Consortium for Political Research (ECPR, por sus siglas en inglés) en Glasgow, del 3 al 6 de septiembre de 2014. Disponible en: <http://ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/2cedead9-5191-42de-ae36-7d320a28a304.pdf>

transformó en la prerrogativa del secreto de Estado (SSP, por sus siglas en inglés), en virtud de la cual el monarca tenía el derecho absoluto de negarse a facilitar información al Parlamento o los tribunales (“prerrogativa real”). Durante la Guerra Fría, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos avaló casi por completo la invocación de la SSP (o “privilegio del Ejecutivo”) por parte del Gobierno en el caso Reynolds contra los Estados Unidos (1953). Cuando se invoca una SSP, las autoridades en cuestión presentan una declaración jurada o affidavit en el que exponen que cualquier tipo de trámite judicial conllevaría el riesgo de divulgar secretos que pondrían en peligro la seguridad nacional y, acto seguido, solicitan al tribunal que desestime la causa obedeciendo únicamente a tal motivo. Podría decirse que la cultura política democrática que predomina en la actualidad eleva la apertura y la transparencia a la categoría de virtudes mientras califica el secretismo y la ocultación como defectos. En este contexto, y tal vez por haber recurrido a ella en demasía, la prerrogativa que permite a los Estados clasificar como secreta determinada información se pone en tela de juicio de forma generalizada. Muchas personas opinan que el interés común (y, por consiguiente, el interés nacional) está más protegido al amparo de la transparencia que del secreto, ya que este se ve como un instrumento al servicio de las prioridades y metas particulares de quienes ostentan el poder político o burocrático en lugar de beneficiar a la nación en su conjunto.

Uno de los principales problemas de los secretos de Estado reside en que su finalidad es proteger la seguridad nacional o la defensa del país, pero la definición de estos conceptos es difusa y poco concreta. Muchas veces, las legislaciones hablan indistintamente de seguridad nacional, seguridad pública, defensa na-

cional, interés nacional, secretos de Estado, seguridad del reino o la república, etc. Ya sea en las leyes de acceso a la información o en las leyes sobre secretos oficiales, las autoridades crean una dualidad en la que esta vaga noción (que no se delimita en el ordenamiento jurídico del país) se contrapone a las reivindicaciones de la ciudadanía en lo tocante a obtener información. Así, y sin cumplir ninguna de las normas reconocidas en el ámbito de seguridad jurídica, se convierte en escollo para el libre acceso a la información. Cuando se emplean conceptos tan imprecisos, es fácil que traiga aparejado un riesgo importante de que el Ejecutivo o los servicios secretos oculten información a la opinión pública de modo arbitrario.<sup>23</sup>

Pese a las declaraciones jurídicas formales de que el secreto es la excepción a la regla de la transparencia, en la inmensa mayoría de los 20 países que analizó Jacobsen (véase la nota a pie de página n.º 23) la ley no favorece las revelaciones si hay alguna incertidumbre sobre el perjuicio que podrían conllevar para la seguridad nacional. Los únicos países que optan por divulgar datos en caso de duda son Bélgica (hasta que la información no se clasifique), Noruega y Suecia. No obstante, según Jacobsen, la información que proviene de ciertos órganos en Noruega (como los servicios de inteligencia militares) se clasifica como secreta de forma automática y su publicación depende por entero de la voluntad de las autoridades en cuestión.

Por lo común, en los países de la OCDE y la Unión Europea (a excepción de Suecia),

23 Jacobsen, Amanda L. 2013. “National Security and the Right to Information in Europe”. Disponible en: [http://www.right2info.org/resources/publications/national-security-page/national-security-expert-papers/jacobsen\\_nat-sec-and-rti-in-europe](http://www.right2info.org/resources/publications/national-security-page/national-security-expert-papers/jacobsen_nat-sec-and-rti-in-europe)  
Véase también: Bigo, Didier et al. 2014. “National Security and Secret Evidence in Legislation and Before the Courts: Exploring the Challenges”. Parlamento Europeo. Estudio por encargo de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/509991/IPOL\\_STU\(2014\)509991\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/509991/IPOL_STU(2014)509991_EN.pdf)

las leyes que regulan la divulgación de datos clasificados no tienen en cuenta el interés general. En Alemania, por ejemplo, la legislación solo menciona el interés público cuando le concierne que la información se mantenga bajo secreto, pero no se pronuncia respecto a que esta salga a la luz.

Conviene destacar que algunos países fijan límites a la restricción del acceso a la información: la vulneración de los derechos humanos, la existencia o no de un organismo estatal (por ejemplo, una agencia de espionaje o equipos de operaciones especiales en la Policía) o los temas vinculados a la protección del medio ambiente no pueden quedar al margen del libre acceso a la información. En países como Suecia, si un documento se ha declarado secreto con la intención de encubrir un hecho delictivo, un abuso de poder o algún otro comportamiento ilícito por parte de un cargo público, dicha clasificación no tiene validez. Por desgracia, otros muchos países no anulan el secreto que pesa sobre informaciones de ese tipo.

Como recoge Cousido González (2015), las leyes sobre secretos oficiales de los países de Europa siguen una de las dos corrientes de pensamiento existentes en lo que respecta a la revelación de información clasificada sobre seguridad o defensa nacionales.<sup>24</sup> En una de estas corrientes (en vigor en Alemania, Eslovenia, Finlandia, Francia, Italia, Lituania, los Países Bajos, Polonia y Portugal), la publicación de información está sujeta a unas condiciones previas que tienen como objetivo demostrar que la revelación no afectará a la seguridad nacional (por ejemplo, diversas clases de evaluación del posible perjuicio).

La legislación sueca ha adoptado una versión modificada de ese enfoque, que consiste en valorar y sopesar el riesgo que la divulgación de información podría acarrear para la defensa nacional frente a su utilidad pública.

Otros países (Bulgaria, Croacia, Irlanda, la República Checa, el Reino Unido, Rumanía y Turquía) se guían por este principio: si la seguridad nacional entra en juego, no está permitido evaluar el posible perjuicio de divulgar información ni cómo redundaría en el interés general. Sencillamente, la información no se revela. En el Reino Unido, por otra parte, algunos asuntos tienen cabida dentro de una “excepción condicionada a la categoría” (qualified class exemption), que exige la realización de una evaluación del perjuicio y el interés público, así como que las autoridades demuestren que sacar a la luz la información en su poder resultaría lesivo.

Con la salvedad de Francia, todos los países de la Unión Europea contemplan el examen judicial de las resoluciones que deniegan el acceso a información clasificada por motivos de seguridad nacional. Los jueces no están autorizados a consultar documentos clasificados en Francia, pero existe una autoridad administrativa independiente que sí tiene esa potestad: la Comisión Consultiva del Secreto de Defensa Nacional (CCSDN, por sus siglas en francés). Decretar la desclasificación de información no entra dentro de sus competencias, ya que solo puede formular recomendaciones en este sentido.

A diferencia del caso francés, los jueces de la gran mayoría de los países de la OCDE y la Unión Europea pueden dictar la orden de que se publique una cierta información si están convencidos de que no es necesario

24 González, M.P.C. 2015. "Official Secrets and the Right of Access in Spain after the Enactment of the Law on Transparency", EJoCLI (2015) 21(2). Disponible en: <http://webjcli.org/article/view/357/561>

mantenerla en secreto, incluso si una autoridad de la Administración pública defiende que tal información debe ocultarse por cuestiones de seguridad nacional. En España, anular una decisión en materia de clasificación de información no incumbe a los jueces a título individual, sino al Tribunal Supremo.

Tanto en la OCDE como en la UE, los plazos máximos de clasificación de un documento varían de un país a otro. Lo más común es imponer un límite de 30 años que normalmente puede prorrogarse, si bien dependerá del grado de clasificación (secreto, reservado, confidencial o difusión limitada). No existe un plazo máximo en algunos contextos nacionales (España, Polonia y Turquía, entre otros).

En la mayor parte de los países, la población puede solicitar que se levante el secreto que pesa sobre un documento, aunque las instituciones públicas que poseen dicha información pueden negarse sin más a su entera discreción.

Todos los países tipifican como delito la revelación no autorizada de información clasificada si el causante es un funcionario al que se le ha otorgado acceso a tales datos. Con todo, los regímenes jurídicos no son idénticos. Algunos países solo abren una causa si se trata de una revelación intencionada, mientras que otros también persiguen las que se derivan de una negligencia. En ocasiones, es imprescindible aportar pruebas claras de que divulgar la información ha comprometido una cuestión importante de interés público. Ciertas naciones castigan únicamente a la persona sobre la que recae la obligación de proteger la información clasificada, mientras que otras consideran la responsabilidad penal como algo generaliza-

do: toda persona que utilice la información puede ser sancionada, periodistas incluidos. La severidad de las penas también difiere de un país a otro (desde los dos años de prisión en Dinamarca hasta la cadena perpetua en Turquía).

La publicación no autorizada de información clasificada plantea interrogantes sobre la protección jurídica de la denuncia de irregularidades. Se trata de un tema polémico que examinaremos con más detenimiento en la próxima sección de este trabajo. Las cortapisas al “derecho a saber” que apelan a la confidencialidad de los secretos de Estado enfrentan la legitimidad democrática del secreto con la de la transparencia; por naturaleza, esta última tiene un vínculo más estrecho con el concepto de democracia representativa.

La conclusión es que la protección de los secretos de Estado es legítima siempre y cuando esté justificada, mientras que la transparencia no requiere justificación alguna. Sin embargo, esto dista de ser una realidad en muchos países democráticos. Además, el “derecho a saber” y la protección de los secretos estatales son movimientos que apuntan en direcciones opuestas. Muchas personas siguen creyendo que la seguridad y la defensa nacionales deben mantenerse fuera del ámbito del control democrático y jurídico.

A pesar de esto, la idea de que se protege mejor la seguridad y la defensa nacionales si se abren al escrutinio público y el examen judicial va ganando cada vez más adeptos. Es probable que todavía distemos mucho de lograr que los agentes del Estado con competencias en materia de defensa y seguridad estén sujetos a más controles democráti-

cos y jurídicos. Esta es una de las áreas de la gobernanza estatal donde el Estado de derecho (frente a la arbitrariedad) continúa ausente en gran medida en la Administración pública, puesto que muchas decisiones aún se toman a criterio de los cargos públicos.

Los Principios de Tshwane, o Principios globales sobre seguridad nacional y el derecho a la información, se aprobaron el 12 de junio de 2013 en Tshwane (Pretoria, Sudáfrica) y suponen un avance importante para encontrar el equilibrio adecuado entre el derecho a la información y la protección de los secretos de Estado que tienen que ver con la seguridad y la defensa nacionales. El documento fue el resultado del trabajo conjunto de organizaciones de la sociedad civil y centros académicos en consultas con expertos a nivel internacional y relatores especiales sobre la libertad de expresión, los derechos humanos y la lucha antiterrorista procedentes de organismos intergubernamentales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (ACHPR, por sus siglas en inglés).<sup>25</sup> A la vez que instan a las autoridades a asumir una posición más aperturista, los Principios de Tshwane siguen una línea minimalista con respecto a las restricciones que se aplican al derecho de acceder a la información, en el sentido de que los Estados han de cumplir, como mínimo, los estándares de referencia que se recogen en el documento.

## **EL LIBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE LOS INFORMANTES**

La protección de quienes revelan datos de buena fe es la otra cara de la moneda del acceso a la información. Como ya se ha indicado antes, representan el anverso y el reverso del derecho fundamental a la libertad de expresión; del mismo modo que con el derecho a acceder a la información, todavía no puede darse por sentado que los denunciantes gocen de protección en la mayoría de los países democráticos.

Todo lo contrario: la mayor parte puede iniciar acciones legales contra un funcionario si revela información clasificada relacionada con la seguridad nacional al presentar una queja interna (Bélgica, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Moldavia, Noruega, Polonia, la República Checa, Rumanía, Rusia y Suecia).<sup>26</sup> Paradójicamente, muchas naciones alientan al funcionariado a denunciar de forma interna las irregularidades de las que tengan conocimiento, pero pocas han instaurado medidas preventivas que ofrezcan protección frente a las represalias. Las dos excepciones dignas de mención son los Estados Unidos y el Reino Unido; en este último, la Ley de Divulgación de Información de Interés Público (PIDA, por sus siglas en inglés) prevé reparaciones en caso de represalias y acciones disciplinarias contra quien las tome.

Para que un tribunal danés exonere a un informante, la evaluación del interés público debe concluir que el acusado reveló la información en aras de un interés público evidente y que dicho interés tiene más peso que la importancia de mantener los datos en secreto. En la mayor parte de los países, no puede haber sanciones penales si no se demuestra

<sup>25</sup> Disponible en: <http://www.right2info.org/exceptions-to-access/national-security/global-principles>

<sup>26</sup> Jacobsen.



que la revelación ha ocasionado un perjuicio real o supuesto para la seguridad nacional (Alemania, España, Italia, Noruega, los Países Bajos y Suecia, por ejemplo). Otros países (como Bélgica, Eslovenia, Francia, Hungría, Polonia, el Reino Unido, Rusia y Turquía) no exigen pruebas del daño causado aun cuando algunos reconocen que, si la seguridad nacional no se ha visto afectada, esto puede esgrimirse como atenuante en las causas criminales contra informantes.

Varios países han promulgado leyes para proteger a los informantes (6 de los 20 que analizó Jacobsen: Eslovenia, Hungría, el Reino Unido, Rumanía, Serbia y Suecia; véase la nota a pie de página n.º 23). La mayoría de los países que no tienen una ley específica independiente protegen a los denunciantes en virtud de otras leyes, mientras que otros países no ofrecen ningún tipo de amparo. En los países que sí contemplan estos mecanismos, la protección jurídica se extiende al personal del sector de la seguridad. A pesar de esto y por norma general, la protección de los informantes deja mucho que desear en un gran número de países europeos. Como nos recuerdan las palabras de Tom Devine, lo único que reciben para defenderse son “escudos de cartón”.<sup>27</sup>

No son pocos los contextos nacionales que aún carecen de una política consolidada con respecto a la protección de los informantes, sobre todo si la denuncia de irregularidades atañe a las operaciones de las fuerzas militares y los servicios de inteligencia o a secretos de Estado clasificados como tales. La situación mejora en algunos países cuando se trata de otra clase de revelaciones (sobre

corrupción, irregularidades administrativas o negligencia profesional, por ejemplo), pero lo usual es que la protección de los informantes resulte también muy deficiente en esos ámbitos.

A través de sus labores de concienciación, muchas organizaciones de la sociedad civil presentes en los foros normativos internacionales ejercen presión sobre los Gobiernos para que emprendan con más determinación la formulación de políticas orientadas a amparar a los informantes. A su vez, organizaciones intergubernamentales como la ONU, el Consejo de Europa, la OCDE y la OEA recomiendan a sus Estados miembros tratar la protección de los informantes de buena fe con la debida seriedad si quieren luchar contra la corrupción. Vale la pena tomar en consideración dicha sugerencia aunque entre en conflicto con ideas preconcebidas que vienen de largo.

La denuncia de irregularidades es un acto de acusación que nace de la conciencia de la persona que se niega a consentir una injusticia o comportamientos inmorales por parte de cargos públicos o de entidades privadas relevantes (bancos, medios de comunicación, autoridades religiosas, etc.). A ojos de los ciudadanos de a pie, los hechos que motivan la insumisión de un denunciante son especialmente repugnantes o abominables. En el contexto de la discusión abierta en Francia, a modo de ejemplo, aquí vemos un motivo de que los partidarios de reforzar la protección que se concede a los informantes (como el abogado William Bourdon) propongan una *exception de citoyenneté* como eximente o atenuante en las causas penales en las que divulgar secretos suponía una obligación moral para con el interés público.<sup>28</sup>

27 [http://www.whistleblower.org/sites/default/files/pictures/Best\\_Practices\\_Document\\_for\\_website\\_March\\_13\\_2013.pdf](http://www.whistleblower.org/sites/default/files/pictures/Best_Practices_Document_for_website_March_13_2013.pdf)

28 <http://www.liberation.fr/france/2010/12/24/pour-une-exception->

Los actos infames comportan transgredir normas morales o legales comunes a toda la población y redundan en un beneficio para el infractor o su entorno a costa de la sociedad en general. Si esos actos se dieran a conocer, podrían arruinar la reputación o la legitimidad de los autores o instigadores. Sacar a la luz las conductas ilícitas acarrea el desprestigio de los responsables; a veces es algo definitivo, como en el caso de Garganta Profunda al revelar el escándalo de Watergate.

Adoptar disposiciones que amparen la denuncia de irregularidades puede servir para fomentar que los funcionarios públicos y los ciudadanos comprometidos destapen las fechorías de otras personas que están en posición de tomar represalias por la revelación, como sus superiores. Lamentablemente, las normativas de protección de los informantes son difíciles desde el punto de vista conceptual, plantean riesgos políticos, resultan complejas en términos operativos y, en muchos países, suscitan controversia.

A nivel conceptual, el problema tiene su origen en que caracterizar la denuncia de irregularidades como una actividad merecedora de protección pública no es una tarea sencilla; después de todo, tiene muchas connotaciones negativas y está rodeada de prejuicios culturales. Desde luego, muchas personas asocian la denuncia de irregularidades a una época de delatores y persecuciones públicas, sobre todo en los países donde los regímenes políticos absolutistas no son cosa del pasado remoto.

Además, la idea de una “sociedad que se autorregula” está muy afianzada en Europa (y en otras partes del mundo) en tanto que esquema de relaciones entre la población, los dirigentes políticos y los organismos de control. En esta estructura, el deber de todo “buen ciudadano” es dar parte a las autoridades con el propósito de frustrar los delitos, perseguir a los delincuentes y mantener el orden establecido. Esta noción de sociedad presupone que una buena parte de la vigilancia recae sobre los propios ciudadanos. La teoría que Bentham expuso en Panóptico y que posteriormente reformuló Michel Foucault como “panoptismo” (es decir, la sociedad que todo lo ve y en la que nadie escapa a la vigilancia) pretende reflejar ese sentimiento social.<sup>29</sup>

No obstante, la ambivalencia (cuando no franca aversión) es una postura muy extendida con respecto a las denuncias, que suponen notificar a las autoridades que otra persona ha cometido una infracción con la esperanza de que reciba un castigo por ello. El discurso del civismo con el que las administraciones, los colegios, las cárceles y demás instituciones cerradas envuelven el acto de denunciar convive con otro discurso opuesto y subyacente que lo considera una traición. En múltiples idiomas, estos sentimientos encontrados acerca de las denuncias han originado vocabularios paralelos: el francés distingue entre *dénonciation* (la denuncia en el buen sentido) y *délation* o *indicateur* (en el mal sentido); en ruso, *donos/donoschik* es la forma peyorativa que contrasta con los eufemismos del plano oficial; y en los Estados Unidos se admira a los *whistleblowers* y se desprecia a los *squealers*, además de establecer una clara diferencia

entre un acto patriótico como providing tips y la costumbre ruin de *snitching* (Fitzpatrick).<sup>30</sup> También tenemos, claro está, el caso del español y el matiz positivo de “denunciante” frente a los términos despectivos “delator”, “soplón” y “chivato”.

No cabe duda de que proteger a los informantes plantea riesgos políticos. La denuncia de irregularidades puede crear problemas políticos de consideración para un país o su Ejecutivo. El caso de Edward Snowden en los Estados Unidos, todavía en curso, es un ejemplo reciente de ello, así como los datos que publicó Chelsea Manning. En opinión de numerosas personas, Snowden y Manning son informantes honestos que contribuyeron a arrojar luz sobre las actividades de espionaje y las atrocidades injustificadas y a gran escala de la Administración. Por otro lado, no deja de ser una revelación de documentos clasificados. Según el Gobierno de los Estados Unidos, la filtración de esa información hizo peligrar vidas. Ambos casos exponen con nitidez las complejidades que encierra la denuncia de irregularidades y los dilemas éticos resultantes; asimismo, subrayan que las instituciones tienen la responsabilidad de poner en conocimiento de las autoridades políticas y la opinión pública los asuntos que requieran una discusión abierta. En consecuencia, la creación de un marco de protección para los informantes tiene que abordarse con prudencia y ecuanimidad.

El problema estriba en lograr un equilibrio en el marco jurídico que ampara a quienes rechazan sumarse a la hipocresía de mirar hacia otro lado y se atreven a rebelarse. Solo el 30%

de la población europea se muestra a favor de divulgar secretos de Estado, una cifra que aumenta hasta el 50% en los Estados Unidos.<sup>31</sup> Las sociedades ofrecen una cierta resistencia cultural a dejar al descubierto sus vergüenzas y contemplarlas<sup>32</sup>; la imagen que han desarrollado de sí mismas a lo largo del tiempo se distorsiona con cada revelación. Cabe la posibilidad de que los informantes ayuden a transformar el paradigma político de la sociedad en la que viven si cuentan con el apoyo de “denunciantes de profesión” (por ejemplo, periodistas y organizaciones no gubernamentales), pero es muy frecuente que lo paguen caro.

Para que una política de protección de informantes resulte eficaz, es indispensable implantar marcos jurídicos exhaustivos y articular un aparato estatal institucional con solvencia y credibilidad que proporcione “escudos de metal” (y no “de cartón”) a quienes denuncian una irregularidad. Si no se cumplen estas condiciones, es posible que la política tenga el efecto opuesto al que buscamos. Sabemos de muy pocos países (si es que existe alguno) que hayan demostrado ser capaces de introducir mecanismos útiles de protección.

Muchas organizaciones internacionales tales como la ONU, el Consejo de Europa, la OCDE y la OEA respaldan la formulación de políticas que amparen a los denunciantes. En marzo de 2013, la OEA llegó a proponer un modelo de ley para facilitar y promover la comunicación de incidentes de corrupción, así como para proteger a los informantes y los testigos.

La limitada experiencia atesorada hasta el momento en el plano internacional apunta a que uno de los factores que determinan el éxito

30 Fitzpatrick, Sheila. 2005. “A Little Swine”, Reseña de Comrade Pavlik: The Rise and Fall of a Soviet Boy Hero, de Kelly, C. London Review of Books [versión en línea], vol. 27, n.º 21, págs. 3-6. Disponible en: <http://www.lrb.co.uk/v27/n21/sheila-fitzpatrick/a-little-swine>

31 Datos facilitados por Florence Hartmann. 2014. *Lanceurs d'alerte*, París: Don Quichotte.

32 *Ibid.*

de este tipo de políticas es el planteamiento de un enfoque legal integral que se encuadre en una normativa más amplia sobre la protección de la libertad de expresión. Esto exige una ley específica y autónoma que regule la protección de las denuncias de irregularidades tal y como la legislación vigente en el Reino Unido y los Estados Unidos, que es el producto de sus respectivos trasfondos culturales y jurídicos y la experiencia acumulada a nivel nacional en materia de políticas. Se han observado muy pocos ejemplos de leyes eficaces de esta clase, ya sea en Europa o en otros lugares. En efecto, la mayor parte de los Ejecutivos afronta con reticencia la cuestión de amparar a los informantes.<sup>33</sup>

Si promulgar una ley autónoma sobre la protección de los denunciantes no es una posibilidad, lo menos que se debe hacer es incluir algunas disposiciones en la Ley de Administración Pública para brindar una cierta protección a los funcionarios públicos que den la voz de alarma sobre actos contrarios a derecho o que se nieguen a seguir instrucciones ilegales o de dudosa ética. Las autoridades administrativas han de diseñar los procedimientos necesarios para dar validez a esas protecciones. Asimismo, la Ley de Administración Pública debería recoger algunas disposiciones que ilegalicen el acoso y las represalias, lo cual permitiría imponer sanciones disciplinarias a los directivos que tomen medidas de desquite contra el funcionariado que rehúse acatar órdenes ilegales. Dicha ley también tendría que prohibir las “cláusulas mordaza” en los acuerdos sobre la prestación de servicios públicos y declarar ilegales los “autos de reserva”.

33 Transparency International. 2013. "Whistleblowing in Europe: Legal Protections to Whistleblowers in Europe". Disponible en: [http://www.transparency.org/whatwedo/publication/whistleblowing\\_in\\_europe\\_legal\\_protections\\_for\\_whistleblowers\\_in\\_the\\_eu](http://www.transparency.org/whatwedo/publication/whistleblowing_in_europe_legal_protections_for_whistleblowers_in_the_eu)

Estos preceptos se justifican en virtud del artículo 33 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003), que aconseja incorporar las medidas oportunas para brindar protección contra todo trato injustificado a las personas que, de buena fe y con motivos razonables, denuncien ante las autoridades competentes algún hecho relacionado con un delito de corrupción. Aquí también podrían incluirse los hechos en conexión con incidentes graves de mala gestión, ilegalidades o vulneraciones de los derechos humanos.

Las recomendaciones de la OCDE y el Consejo de Europa en materia de protección de informantes contienen otras directrices que pueden favorecer la elaboración de políticas relativas a la buena gobernanza en los países que deseen impulsar la apertura y la transparencia de los poderes públicos, sin olvidar los sectores de la seguridad y la defensa nacionales.<sup>34</sup>

Los medios de comunicación cubren con cada vez más frecuencia noticias sobre denuncias de irregularidades. En parte gracias a esto, la ciudadanía está más familiarizada con el problema y se avivan los debates públicos en torno a él, lo cual podría contribuir a que se establezcan mecanismos más sólidos para proteger a los informantes.<sup>35</sup>

34 OCDE. 2012. "Whistleblower protection: encouraging reporting". Disponible en: <http://www.oecd.org/cleangovbiz/toolkit/50042935.pdf> Véase también la recomendación CM/Rec (2014)7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la protección de los informantes. Disponible en: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2014\)7E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2014)7E.pdf)

35 Entre los ejemplos europeos cabe citar Marianne, una revista francesa que publicó un extenso reportaje sobre este punto el 9 de mayo de 2014 (<http://www.ebay.fr/itm/MARIANNE-N-890-9-MAI-2014-MARIAGES-MIXTES-Ve-REPUBLIQUE-LANCEURS-DALERTE-/291193077163>) o The Guardian en el Reino Unido, que se hizo eco del asunto en su edición del 22 de noviembre de 2014 con un artículo muy absorbente (<http://www.theguardian.com/society/2014/nov/22/there-were-hundreds-of-us-crying-out-for-help-after-life-of-whistleblower>).

# CONCLUSIONES

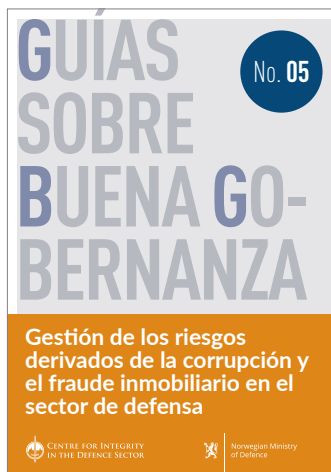
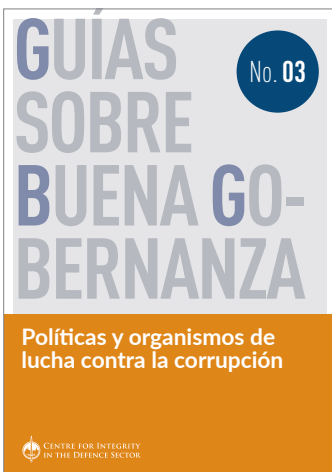
La conclusión de este documento es que la protección de los secretos de Estado es legítima siempre y cuando esté justificada, mientras que la transparencia no requiere justificación alguna. Sin embargo, esto dista de ser una realidad en muchos países. Además, el “derecho a saber” y la protección de los secretos estatales son movimientos que apuntan en direcciones opuestas. Muchas personas siguen creyendo, de forma errónea, que la seguridad y la defensa nacionales deben, por definición, mantenerse fuera del ámbito del control democrático y jurídico.

1. El derecho de la ciudadanía a acceder a la información que le permita ejercer su derecho a saber lo que hacen las autoridades es un concepto que sigue en desarrollo. Mientras que da sus primeros pasos en algunos países, todavía no ha germinado en otros. Sin embargo, el buen funcionamiento de cualquier democracia que se precie depende de la transparencia y el acceso a la información pública. Hoy en día, la apertura y la transparencia en las entidades públicas son condiciones indispensables para la buena gobernanza.
2. El camino a una Administración más transparente pasa por adoptar las leyes oportunas, introducir reformas consecuentes de la gestión pública y favorecer un cambio de mentalidad entre los cargos públicos. Estos profesionales han de asimilar que la información que generan no les pertenece a ellos, sino a la ciudadanía.
3. Por norma general, los Gobiernos son más eficaces cuando se abren al escrutinio público. La transparencia es esencial para exigir responsabilidades a los funcionarios; si los mecanismos de rendición de cuentas no son lo bastante fuertes, la corrupción y la mala gestión se convierten en una consecuencia inevitable.
4. Los órganos ejecutivos y legislativos deberían hacer lo posible por establecer una separación clara entre la información que ha de mantener su carácter confidencial y la que ha de ponerse a disposición del público (investigadores, periodistas y la población general). Hay que potenciar la apertura y la transparencia a la vez que se reduce al mínimo el secretismo.
5. Resulta imprescindible conceptualizar nítidamente los secretos de Estado desde el punto de vista jurídico y práctico.

Es necesario hacer una distinción lo más impecable posible entre los secretos de Estado y el resto de información que generan los organismos gubernamentales, ya que así se reduce la arbitrariedad, el abuso y la corrupción a la hora de clasificar información y se da una mayor legitimidad a la gestión de los secretos.

6. Los pilares de la institucionalización eficaz del derecho a saber de la ciudadanía son una legislación adecuada, una buena gestión pública y una institución que se mantenga al margen del Ejecutivo y disponga de las competencias suficientes para garantizar ese derecho cuando los poderes públicos intenten evitar la divulgación de información.
7. Uno de los mecanismos más útiles para fomentar la transparencia y la apertura en las instituciones, así como para proteger a los informantes de buena fe, reside en la combinación del trabajo de medios de comunicación libres, independientes y profesionales y el dinamismo de una sociedad civil que entabla discusiones públicas y enérgicas sobre el derecho a saber. De no ser por esa presión externa, es poco probable que los Gobiernos apliquen políticas de transparencia y se sometan al escrutinio público.
8. Todavía nos encontramos en las primeras etapas del desarrollo de las políticas encaminadas a proteger a quienes denuncian una irregularidad y de los mecanismos institucionales y procesales conexos. Salvo en contadas excepciones, los informantes harían bien en recelar de los mecanismos de protección vigentes en numerosos países, ya que aún son poco fiables.
9. Por el momento, no hemos encontrado un marco conceptual con la solidez necesaria para vencer los prejuicios culturales que perduran en muchas sociedades y provocar un cambio que lleve a que las razones éticas sensatas se antepongan al derecho positivo sin poner en peligro el imperio de la ley.
10. Merece la pena estudiar más a fondo el concepto de *exception de citoyenneté* con la intención de definir criterios más adecuados para la ética práctica y la interpretación jurídica a fin de garantizar que los informantes gocen de mayor protección.
11. Resulta imprescindible crear un método de institucionalización más sólido y fructífero con el que podamos trazar y defender los límites de un derecho fundamental con dos vertientes: el derecho a saber y el derecho a la libre expresión.

# Guías sobre buena gobernanza



La guía *Acceso a la información y límites de la transparencia pública* sintetiza las buenas prácticas en la esfera del acceso público a la información y examina el equilibrio entre la transparencia y la necesidad legítima que tiene el Estado de proteger determinados tipos de información.

El acceso público a la información es esencial en una sociedad democrática y abierta, y es la base de la buena gobernanza. No obstante, se trata de una cuestión particularmente ardua en lo que atañe a la defensa, un dominio en el que el secreto resulta indispensable en cierta medida. La presente guía estudia el grado en que la transparencia cobra fuerza en las prácticas administrativas de los países de la OCDE y la Unión Europea. Su autor, el experto internacional superior del CIDS Francisco Cardona, se inspira en ejemplos recientes para reflexionar sobre la dicotomía entre el “derecho a saber” y la protección de los secretos de Estado. La conclusión a la que llega es que la protección de dichos secretos es legítima siempre y cuando esté justificada, mientras que la transparencia no requiere justificación alguna.

Las *Guías sobre buena gobernanza* son una serie de folletos breves. Cada uno de ellos trata sobre un tema determinado, importante para la buena gobernanza en el sector de defensa. Estos documentos se dirigen a personas interesadas en saber más sobre uno o varios temas relacionados directamente con la buena gobernanza en el sector de defensa (o, en general, en el sector público). También pueden usarse con fines educativos.

Publicado por: Centro de integridad en el sector de defensa

Diseño: [www.melkeveien.no](http://www.melkeveien.no)

Impresión: Organización de servicios y de seguridad del Gobierno de Noruega  
Junio/2016



CENTRE FOR INTEGRITY  
IN THE DEFENCE SECTOR

[www.cids.no](http://www.cids.no)



La traducción de la versión original en inglés al español se ha llevado a cabo por cortesía de la Organización del Tratado del Atlántico Norte.