

El caso WikiLeaks y su relación con el derecho a la información

Por *Damián Loreti*¹ *y* *Luis Lozano*²

A poco de ver los orígenes, el desarrollo y las consecuencias que ha generado hasta ahora el caso WikiLeaks, surgen innumerables consideraciones, éticas, técnicas y jurídicas. También se plantean dudas sobre el futuro del periodismo, la comunicación social, el rol de las audiencias y públicos, y –por supuesto– de los Estados en materia de secretos y acceso a la información pública.

No vamos a interiorizarnos en los aspectos más puntuales vinculados con el encuadre jurídico del periodismo y los periodistas, teniendo en cuenta que aún se discute si a Julian Assange le cabe o no tal calificación. Más bien, intentaremos acercarnos al borde de los desafíos teóricos para el derecho de la comunicación y la información que el caso Wikileaks nos ofrece (o más bien nos impone) discutir.

De leyes, jurisdicciones y precedentes

¿Es importante discutir qué ley o leyes se aplican a WikiLeaks y por medio de qué jueces?

Creemos que sí. Sobre todo en un contexto en el que aún no existen certezas acerca de cuál es la jurisdicción y la ley aplicable a internet como medio de comunicación, como soporte de ideas, como medio de transporte de contenidos y como proveedor de acceso a expresiones de terceros.

La elección por conveniencia del demandante del país donde iniciar un proceso judicial por supuestos delitos cometidos mediante internet viene siendo desde hace años

¹ Doctor en Ciencias de la Información (UCM). Abogado (UBA). Docente e investigador. Ex vicedecano de la Facultad de Ciencias sociales de la Universidad de Buenos Aires.

² Licenciado en Comunicación (UBA). Docente e investigador. Director del área de comunicación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

un problema serio. Este turismo de jurisdicción ha motivado numerosas declaraciones de entidades defensoras de la libertad de expresión que exigen a ciertos países dejar de funcionar como “puerto libre” para la realización de juicios.

Es el caso de Gran Bretaña, donde las indemnizaciones por daños y perjuicios derivadas de la publicación de contenidos que afectan el honor y la privacidad de las personas son mucho mayores que las de otros países de la Unión Europea y avalan supuestos más amplios que los de los Estados Unidos. Hace ya más de un lustro que se ha permitido afincar casos en Inglaterra por el mero hecho de haber impreso un diario digital estadounidense que contenía noticias sobre un señor australiano, todo esto con la sola disposición del “print screen”.

Esta situación ha comenzado a repararse de manera reciente con el caso “Dmytro Firtash vs Kyiv Post, por el cual un personaje público ucraniano demandó a un diario de ese país por publicar una nota que lo agraviaba. El juicio no prosperó, en tanto el reclamante no pudo acreditar vínculo cierto con el Reino Unido.

En un fallo reciente, el Tribunal de Grand Instance de París también sentó un claro precedente sobre esta práctica. El proceso penal había sido iniciado por la investigadora Karin Calvo-Goeller, quien se consideró difamada por la crítica de un libro suyo que había sido publicada en el sitio Globallawbooks.org. Ante el reclamo de Calvo-Goeller, el editor del medio se negó a borrar la reseña pero le ofreció un espacio para ejercer su derecho a réplica. La académica no aceptó y lo querelló ante la justicia francesa. En su sentencia del 3 de marzo de 2011, el Tribunal de Grand Instance, además de considerar que la reseña del libro no lesionaba el honor de su autora, estimó que Calvo-Goeller había incurrido en la práctica de “forum shopping”, a la que el propio tribunal caracterizó como “una búsqueda global del sistema legal que parece más favorable para la persona que inicia el proceso y que deja a su oponente en la situación menos favorable, no sólo por cuestiones legales, sino también por lejanía geográfica y cultural”. Pese a que la académica contaba con doble nacionalidad francesa-israelí, el fallo tomó en cuenta que trabajaba y residía en Israel, que su libro había sido escrito en inglés y que la reseña se había publicado en un sitio web estadounidense, ligado a una

universidad estadounidense, en la cual se desempeña su editor. Por todo esto, la justicia francesa llegó a la conclusión de que Calvo-Goeller había iniciado la causa en ese país sólo porque sabía que allí tendría más chances de ganar el juicio.

Es decir que el turismo legal no resulta una vía idónea para resolver el caso WikiLeaks. Veamos entonces qué leyes y jurisdicción se aplicarían y qué consecuencias traerían. Pero nos adelantamos a señalar que toda propuesta está lejos de constituir una solución unívoca o de brindar un camino satisfactorio para todos los involucrados en la discusión. Tal como afirma el especialista estadounidense Monroe Price,

Las nuevas tecnologías, los alzamientos políticos, los cambios introducidos en los alcances de los derechos humanos: todo ello conspira para transformar este momento en uno de suma importancia para repensar y reformular los derechos de la libertad de expresión y su regulación en un nuevo ambiente global. Pero hay un cambio de las formas individuales nacionales de control sobre la comunicación hacia uno menos doméstico y más regional o de punto de vista más multilateral a través de negociaciones y tratados (...) Los tentáculos de la influencia de un estado sobre los medios de otro no son nuevos, pero el proceso de interacción, a través del tratados o acuerdos destinados a facilitar la circulación de las informaciones – con los riesgos culturales que conlleva – así como el intercambio de datos, se intensifica día a día³.

La referencia nos conduce a pensar en bloques regionales y a considerar los tratados de derechos humanos referidos al derecho a la información y la comunicación para comprobar su consistencia frente a este caso.

Si se tratara de una jurisdicción y sistema legal afincado sobre el Convenio de Derechos Humanos de Europa, veríamos que las hipótesis de censura serían perfectamente aplicables. Cuando hablamos de censura en el contexto del Sistema Europeo de Derechos Humanos, nos referimos efectivamente a la intervención previa del Estado destinada a impedir (mediante una prohibición expresa) la puesta en

³ Price, Monroe “Media and Sovereignty”, M.I.T., Boston, Estados Unidos, 2002, pág 5.

conocimiento público de una información determinada. Dice al respecto el Convenio de Derechos Fundamentales en su artículo 10 párrafo segundo:

El ejercicio de estas libertades, (de información y de expresión) que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de terceros, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

El subrayado es propio y destaca la frase que define el destino diferente que podría haber tenido el caso WikiLeaks, sin que ello implique decir que se compartiría esa solución. Antes bien, lo que nos interesa advertir es que no se puede dar por hecho que siempre las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos autorizan la publicación de todo aquello que sea considerado información de interés público.

Ahora bien, ¿por qué sostenemos que la solución sería distinta si se considera el bloque regional de la Unión Europea en comparación con otras jurisdicciones? Porque en el contexto de la Convención Americana de Derechos Humanos no hay tal supuesto de injerencia previa del Estado para proteger la confidencialidad de las informaciones. De acuerdo con el artículo 13 párrafo segundo de la Convención:

El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

De esta manera, al tomar en cuenta la Convención Americana, se pone en juego el concepto de responsabilidades ulteriores en lugar del de la censura previa.

Para asentar los supuestos con los cuales trabajamos, diremos entonces que si se lograra –en términos teóricos y sin suscribir la pertinencia de la mera hipótesis– establecer que el contenido de los cables de WikiLeaks afecta a ciertos Estados europeos, algunos de ellos podrían reclamar la aplicación de medidas de injerencia previa destinadas a impedir la divulgación de informaciones sensibles.

Esta hipótesis nos pone ante el dilema de identificar qué se entiende por información accesible para los ciudadanos: el dato o el documento. Y qué estándar se puede aplicar respecto a la “sensibilidad” de los contenidos para considerar que efectivamente afectan la seguridad nacional. Sobre ambas cosas nos explayaremos más adelante. No obstante, podemos adelantar que los regímenes de acceso a la información pública garantizan el acceso a los documentos, los cuales, en este caso, no pertenecen a países europeos.

Por otra parte, si se tratara de un Estado amparado por la Convención Americana de Derechos Humanos la hipótesis de la censura para evitar la divulgación de la información no es siquiera imaginable. Pero ello no alcanza a Estados Unidos o Canadá, que no han ratificado la Convención⁴.

Entonces, si Estados Unidos, dueño material de los cables, no ratificó la Convención, ¿con qué lupa se lo debe observar? ¿Qué reglas tiene? ¿Cuáles son los precedentes?

El caso de los “papeles del Pentágono”, nombre con el que pasó a la historia el Juicio “United States vs. New York Times”, puede considerarse un antecedente fundamental. El episodio comenzó cuando Daniel Ellsberg y Anthony Russo, ex militares empleados en el Departamento de Defensa de los Estados Unidos, fotocopiaron en secreto las 7000 páginas del documento “Relación Estados Unidos - Vietnam, 1945-1967: Un estudio preparado por el Departamento de Defensa”, que luego se conoció como los “papeles del Pentágono”.

⁴ Ver a este respecto cuadro de ratificaciones de la Convención, disponible en <http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Basicos2a.htm>

Se trataba de un material secreto en el que se explicaba con todo detalle que la inestabilidad, las intervenciones, las imposiciones y los asesinatos políticos en Vietnam eran en gran medida responsabilidad de Estados Unidos.

Ellsberg intentó en un primer momento persuadir a varios senadores opositores a la guerra de Vietnam para que difundieran los contenidos del documento, pero no le hicieron caso y por ello decidió filtrar los contenidos a la reportera del New York Times, Neil Seerhama.

La publicación motivó un auténtico cataclismo nacional e internacional al implicar en el asunto a las administraciones de cuatro presidentes (Harry Truman, Dwight Eisenhower, John F. Kennedy y Lyndon Johnson) y a quien fuera secretario de Defensa, Robert McNamara. La filtración de los documentos forzó al presidente Richard Nixon y a su secretario de Estado, Henry Kissinger, a firmar en París los acuerdos de paz con Vietnam. Pero no todo fue tan fácil. A mediados de junio de 1971 se había publicado en el New York Times la primera de las siete partes del informe cuando el gobierno de Nixon logró que un juez emitiera una orden para que el diario interrumpiera la serie. Para evitar que el tema fuera silenciado, Ellsberg decidió filtrar los mismos documentos a otros 18 diarios, entre ellos The Washington Post. Finalmente, a fines de junio del 1971, la Corte Suprema de Justicia autorizó a The New York Times a continuar con la publicación.

Para demandar el cese de la publicación, el gobierno había recurrido a la ley de Espionaje en su Sección 793. La ley prevé las obligaciones y los castigos que le caben a quien

(...) teniendo de manera legal posesión, acceso o control sobre cualquier documento, escrito, libro de códigos, libro de señales, dibujo, fotografía, negativo fotográfico, plano técnico, plan, mapa, modelo, instrumento, aparato, o nota relativa a la defensa nacional, o información relativa a la defensa nacional, respecto de la cual el poseedor tiene razones para creer que podría ser utilizada para lesionar a los Estados Unidos o en beneficio de cualquier nación extranjera, comunica voluntariamente, entrega, transmite o hace que pueda ser comunicada, entregada o

transmitida, o intenta comunicarla, entregarla, transmitirla o hacer que se comunique, entregue o transmita a cualquier persona que no tenga derecho a recibirla, o la conserva, o falla en la entrega al funcionario o empleado de los Estados Unidos facultado para recibirla.

Los argumentos del rechazo por parte de los diarios se apoyaron en lo que la ley no dice. No hay referencias a la publicación que permitan ordenar el cese de la divulgación por la prensa y no se menciona la información clasificada. Por lo tanto, del texto de la ley no surgen atribuciones que otorguen autoridad a los tribunales para aplicar la censura previa.

Pese a tratarse de un país con sistema de *common law* (derecho consuetudinario) no había precedentes de la Corte Suprema que autorizaran la prohibición de publicar informaciones por la prensa como un supuesto de admisibilidad constitucional. En 1907, Oliver Wendell Holmes escribió que el principal objetivo de la Primera Enmienda es evitar las restricciones a las publicaciones. En 1931, la Corte entendió que sólo la limitación de la publicación de la parte de la información más estrechamente vinculada a ciertas circunstancias -como la publicación de las fechas de salida de los buques en tiempo de guerra- estaba permitida.

En una decisión dividida (6 votos contra 3), la Corte Suprema estuvo de acuerdo con los dos tribunales inferiores que habían sostenido que el gobierno no había cumplido con su "pesada carga" de demostrar una justificación a la censura previa. Por eso, los miembros de la Corte indicaron que "cualquier sistema de restricciones previas de expresión viene a este Tribunal teniendo una fuerte presunción contra su validez constitucional"⁵.

Otro caso menos resonante que el de los "papeles del Pentágono" pero que demuestra también el alcance de los intentos estatales para frenar la difusión de información sensible, fue el que enfrentó al gobierno de Estados Unidos con la revista "The Progressive". Luego de que este semanario de reducida circulación anunciara la

⁵ Véase *Bantam Books, Inc. v. Sullivan*, 372 U. S. 58, 70 (1963) y *V. Minnesota*, 283 U. S. 697 (1931).

publicación en 1980 de una nota escrita por el científico Howard Morland en la que supuestamente se revelaba el funcionamiento y modo de construcción de la Bomba-H, la Comisión de Energía Atómica entabló una demanda y logró la primera orden judicial precautoria de censura previa en la historia de Estados Unidos. Los argumentos de la Comisión encontraron respaldo en ciertos artículos de la *Atomic Energy Act* que prohíben difundir cualquier tipo de información relativa a armas nucleares. Además, consideraron que la publicación del artículo podía permitir a cualquier país pequeño construir una bomba de hidrógeno. Un juez de primera instancia libró entonces la restricción que frenaba la difusión del artículo por al menos seis meses. La revista recurrió la medida ante la Corte de Apelaciones, pero antes de que este tribunal interviniera la información comenzó a filtrarse y fue publicada por el Chicago Tribune. Cuando se conoció el contenido del artículo quedó claro que los temores de la Comisión de Energía Atómica eran injustificados y que la censura había sido un acto completamente desproporcionado. De hecho, el artículo de Morton no hacía más que presentar de modo atractivo una serie de datos ya conocidos y disponibles para el acceso público en cualquier biblioteca. El gobierno frenó entonces la acción judicial y la nota completa fue publicada en “The Progressive”. Sin embargo, tal como afirma Dworkin, “era un mal presagio el hecho de que la Primera Enmienda hubiese proporcionado tan poca protección en este caso”⁶.

A estos antecedentes se suman en la actualidad las reglas impuestas por la *Telecommunications Act* (Ley de Telecomunicaciones) de 1996 y la jurisprudencia del caso “Reno vs., American Civil Liberties Union”, en el que la Corte Suprema estadounidense remarcó la improcedencia de la censura en internet, por ser considerado un medio de comunicación. Todos estos elementos deben ser tenidos en cuenta a la hora de analizar la trama legal que enfrenta WikiLeaks, si entendemos que la jurisdicción y la legislación de los Estados Unidos resultan aplicables por el dominio material de la propiedad de los cables.

⁶ Dworkin, Ronald, “¿Está la prensa en los EE.UU. perdiendo la protección de la primera enmienda?”, *The New York Review of Books*, Vol. 27, número 19, 4 de diciembre de 1980.

Además, es necesario aclarar que bajo la ley estadounidense los intermediarios de internet no son responsables de las actividades de WikiLeaks. La *Communications Decency Act* de 1996 (nombre con el que se conoce el Título V de la *Telecommunications Act*) establece en su apartado §230 que ningún proveedor de un servicio informático interactivo será tratado como el editor o difusor de cualquier información proporcionada por otro proveedor de contenidos. Por lo tanto, están protegidos de responsabilidad respecto de la actuación de sus clientes en tanto son un medio para fomentar una mayor intervención en la actividad y en el comercio electrónico. Este enfoque también encuentra un amplio apoyo en el derecho internacional⁷.

Puesto así, los documentos de WikiLeaks no parecen violar el derecho norteamericano, ni por la ley de espionaje ni por la de comunicaciones. La obligación de proteger la confidencialidad de los secretos de Estado corresponde a los gobiernos, no a los medios de comunicación ni a los particulares. y la ley de espionaje no permite ir contra quienes publican la información confidencial obtenida por otros. Tanto es así que en los últimos tiempos han aparecido proyectos de ley como el del senador Joseph Lieberman, quien presentó una iniciativa destinada a criminalizar a los responsables de las revelaciones posteriores a la ruptura del secreto.

WikiLeaks, la seguridad nacional y los principios de acceso a la información

En ausencia de previsiones legales, los gobiernos han buscado vías indirectas para generar restricciones o presiones sobre las compañías con las que WikiLeaks sostiene su operación, sobre todo en materia de financiamiento, pero también en cuanto a la prestación. A fines de noviembre, poco después de que comenzaran a publicar las

⁷ En tal sentido, no podemos obviar que los relatores especiales sobre la libertad de expresión de las Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) y la Organización de los Estados Americanos (OEA) declararon en diciembre de 2005 que nadie debe ser responsable por los contenidos de Internet de los que no es autor, a menos que haya aprobado el contenido de sus propios sitios editándolos o decidiendo su inserción, o se haya negado a obedecer una orden judicial para eliminar un determinado contenido.

filtraciones, el sitio sufrió reiterados ataques contra su habitual servidor en Suecia, llamado Bahnhof. WikiLeaks buscó entonces refugio en los servidores de Amazon.com pero la compañía le denegó sus servicios. El acceso a la página se reanudó después de que WikiLeaks regresó a su proveedor sueco.

El mencionado senador Lieberman, quien preside el Comité de Seguridad y Asuntos Gubernamentales del Senado de Estados Unidos, celebró la actitud adoptada por Amazon: "Es la decisión correcta y debería de servir de ejemplo a otras compañías que usan WikiLeaks para distribuir el material incautado de forma ilegal", afirmó.

Sin embargo, este tipo de conductas motivaron un duro llamado de atención de parte de la alta comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, Navi Pillay, quien consideró que "si WikiLeaks ha cometido alguna ilegalidad, ésta debería ser tratada mediante el sistema legal, y no mediante presiones o intimidaciones a terceras partes" y expresó su preocupación "por las noticias de presiones ejercidas sobre compañías privadas, incluyendo bancos, empresas de tarjetas de crédito y proveedores de internet, para que cancelen las vías de donaciones a WikiLeaks, así como para que dejen de alojar a la web"⁸.

En el mismo sentido, los relatores de libertad de expresión de la ONU, Frank La Rue, y la OEA, Catalina Botero Marino, en una declaración conjunta publicada a fines de diciembre de 2010 condenaron cualquier tipo de injerencia directa o indirecta de los gobiernos contra periodistas y medios de comunicación independientes, y el bloqueo de sitios web y dominios de internet. Señalaron además que "es inaceptable que los funcionarios públicos sugieran la comisión de actos ilegítimos de represalia contra quienes han difundido información reservada"⁹.

⁸ "UN rights boss concerned at targeting of WikiLeaks", Reuters, 9 de diciembre de 2010.

⁹ Relator Especial de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión y Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Declaración conjunta sobre WikiLeaks", 21 de diciembre de 2010. Disponible en <http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=829&IID=2>

Este debate obliga a poner en consideración principios del derecho internacional de los derechos humanos destinados a la libertad de expresión y el derecho a la información para dirimir qué conductas de WikiLeaks (no del funcionario que rompió la confidencialidad) podrían ser efectivamente objeto de prohibición o sanción.

En la medida en que se trata de un desafío jurídico novedoso, por las contingencias internacionales que plantea, deberíamos intentar aclarar qué principios serían aplicables a los wikicables, en razón de sus contenidos. Tanto por los casos en los que la información no pasa del mero chisme, como por los que importan medidas serias que hacen al secreto de Estado, los que comprometen cuestiones concretas de seguridad nacional o los que podrían poner en juego la vida de las personas.

Tomaremos a este respecto los llamados Principios de Johannesburgo y los aportes doctrinarios realizados por sus autores¹⁰ para poder contraponerlos con los antecedentes y resultados de los cables de WikiLeaks.

Con el objetivo de discutir hasta qué punto pueden los gobiernos ocultar información al público en general y restringir la libertad de expresión por razones de seguridad nacional, un grupo de expertos en derecho internacional, regímenes de seguridad nacional y derechos humanos convocado por Artículo 19 y el Centro Internacional Contra la Censura en colaboración con el Centro de Estudios Legales Aplicados de la Universidad de Witwatersrand, consagraron en 1995 en Sudáfrica¹¹ los llamados “Principios de Johannesburgo sobre Seguridad Nacional, Libertad de Expresión y acceso a la información”¹². Su valor radica en el hecho de que determinan estándares que restringen la facultad o discrecionalidad de los Estados para aplicar

¹⁰ Coliver, Sandra; Hoffman, Paul; Fitzpatrick, Joan y Bowen, Stephen; “Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access to Information”- Martinus Nijhoff Publishers, Holanda, 2002 Holanda.

¹¹ En la Universidad de Witwatersrand

¹² Estos Principios han sido aprobados por el Relator Especial para la Libertad de Opinión y Expresión de la ONU, Abid Hussain, en sus informes a las sesiones de 1996, 1998, 1999 y 2001 de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, la cual ha hecho referencia a ellos en sus resoluciones anuales sobre libertad de expresión todos los años desde 1996. Se encuentran disponibles, entre otros sitios, en <http://www.article19.org/work/regions/latin-america/FOI/pdf/Joburgprincipios.pdf>

medidas de restricción previa o responsabilidades ulteriores al ejercicio de la libertad de expresión y la información¹³.

A continuación reseñamos los principios que resultan aplicables al caso WikiLeaks:

1. (...) d) Ninguna restricción a la libertad de expresión o de información por razones de seguridad nacional pueden ser impuestas salvo que el gobierno pueda demostrar que la restricción esté prescripta en la ley y sea necesaria en una sociedad democrática para proteger un interés legítimo de la seguridad nacional.

1.1. (...) b) La ley debería proveer para adecuadas salvaguardas contra el abuso, incluida pronta y efectiva revisión judicial de la validez de la restricción, por una corte o juez independiente.

1.3. Para establecer que una restricción a la libertad de expresión o de información es necesaria para proteger un interés legítimo de la seguridad nacional, un gobierno debe necesariamente demostrar que:

a) esa expresión o información pone en seria amenaza a un legítimo interés de la seguridad nacional,

b) la restricción impuesta es la menos restrictiva posible para proteger ese determinado interés.

c) la restricción es compatible con principios democráticos.

2. a) Una restricción para ser justificable en el terreno de la seguridad nacional no es legítima a menos que su propósito genuino y su efecto demostrable es proteger la existencia de un país o su integridad territorial contra el uso o amenaza de la fuerza o su capacidad para responder a ellas tanto desde una fuente de agresión externa como una amenaza militar o una fuente interna tales como incitación a la expulsión violenta de un gobierno.

b) En particular, una restricción para ser justificable en el terreno de la seguridad nacional no es legítima si su propósito genuino y su efecto demostrable es proteger

¹³ De esta manera, los Principios de Johannesburgo profundizan y aclaran lo dispuesto por los tratados internacionales de derechos humanos, que establecen que se deben cumplir ciertos requisitos para habilitar injerencias previas o sanciones por responsabilidades ulteriores derivadas del ejercicio de la libertad de expresión o el derecho de acceso a la información. Esos requisitos son los de previsión anterior legal formal, clara y precisa, fin legítimo y necesidad en una sociedad democrática.

intereses no relativos a la seguridad nacional, incluyendo, por ejemplo, proteger al gobierno de críticas, molestias o exposición de obrar erróneo o para encubrir información respecto del funcionamiento de sus instituciones públicas o para establecer una particular ideología o para suprimir desórdenes.

12. Un Estado no puede denegar categóricamente acceso a toda la información relativa a la seguridad nacional, aunque puede designar por ley sólo aquella específica y determinada categorías de información que es necesaria retener o negar en orden a proteger un interés legítimo de la seguridad nacional.

13. En todas las leyes concernientes al derecho de obtener información, el interés público a conocer la información deberá ser la primera consideración.

De tal modo, para que un Estado pueda tomar acciones para limitar la difusión de los contenidos de WikiLeaks debería demostrar:

- que esa posibilidad está prevista en la ley,
- que la previsión legal es precisa y explícita,
- que la información pone en juego la pervivencia de la Nación y no los intereses políticos de los integrantes de su gobierno,
- que tal información está prevista como susceptible de reserva por una autoridad superior y que esa decisión es revisable ante un tribunal independiente,
- que las previsiones legales son compatibles con los tratados de derechos humanos de los que los países son firmantes y parte por haberlos ratificado,
- que no hay ningún otro medio menos lesivo para el interés público.

Si no se demostrara ante la justicia primero nacional y luego supranacional que estos elementos son parte constitutiva de la decisión, estaremos ante un supuesto de violación del derecho internacional de los derechos humanos en los aspectos vinculados al derecho a la información y la libertad de expresión.

Restaría, indicar que en el mencionado pronunciamiento de fines de diciembre de 2010 los relatores especiales de libertad de expresión de la ONU y la OEA, se refirieron

a la necesidad de combatir la “cultura del secreto” que todavía impera en la actividad de los gobiernos de las principales potencias. La declaración conjunta remarca que:

(...) las autoridades nacionales deben adoptar medidas activas a fin de asegurar el principio de máxima transparencia, derrotar la cultura del secreto que todavía prevalece en muchos países y aumentar el flujo de información sujeta a divulgación.

Los Relatores retoman también algunas directrices en sintonía con los Principios de Johannesburgo, al considerar que:

(...) las excepciones al derecho de acceso a la información basadas, entre otras razones, en la seguridad nacional deberán aplicarse únicamente cuando exista un riesgo cierto de daño sustancial a los intereses protegidos y cuando ese daño sea superior al interés general del público de consultar dicha información.

Por último, la declaración diferencia de manera precisa el rol de periodistas, activistas de derechos humanos o ciudadanos en general que difunden información confidencial por considerarla de interés público del de los funcionarios que filtraron los datos. Al respecto delimita las responsabilidades y las posibles sanciones que pueden caberle a cada uno:

Es responsabilidad exclusiva de las autoridades públicas y sus funcionarios mantener la confidencialidad de la información legítimamente reservada que se encuentre bajo su control. Las otras personas, como los periodistas, integrantes de medios de comunicación o miembros de la sociedad civil que tengan acceso y difundan información reservada por considerarla de interés público, no deben ser sometidas a sanciones por violación del deber de reserva, a menos que hubiesen cometido fraude u otro delito para obtenerla. Los denunciantes (“whistleblowers”) que, siendo empleados gubernamentales, divulguen información sobre violaciones del ordenamiento jurídico, casos graves de corrupción, la existencia de una amenaza grave para la salud, la seguridad o el medio ambiente, o violaciones de

derechos humanos o del derecho internacional humanitario deberán estar protegidos frente a sanciones legales, administrativas o laborales siempre que hayan actuado de buena fe. Cualquier intento de imponer sanciones ulteriores contra quienes difunden información reservada debe fundamentarse en leyes previamente establecidas aplicadas por órganos imparciales e independientes con garantías plenas de debido proceso, incluyendo el derecho de recurrir el fallo.

Como se ha dicho, desde el inicio de la publicación de los wikicables la discusión ha girado en torno a los intentos por frenar su difusión mediante presiones directas e indirectas sobre WikiLeaks y sus integrantes. Sin embargo, sería ingenuo descartar posibles represalias del gobierno de Estados Unidos en caso de que se identifique a funcionarios que, por acción u omisión, habilitaron las filtraciones. Infinidad de casos ilustran las fuertes restricciones que el gobierno norteamericano impone a sus empleados, aplicando tanto la ley de Espionaje como los acuerdos de confidencialidad que los funcionarios firman al acceder al cargo y que se extienden de por vida, aún cuando la persona renuncie al cargo o luego de jubilarse. A modo de ejemplo, podemos citar el caso “United States vs. Marchetti”, en el cual la CIA logró una orden judicial para frenar la publicación del libro “The CIA and the cult of intelligence”, escrito por Víctor Marchetti, un ex empleado de la agencia de inteligencia, a quien acusaba de estar publicando información confidencial. Luego de arduas negociaciones en los tribunales, 27 pasajes del libro fueron censurados y cuando finalmente se concretó la publicación, cada una de esas partes debió ser reemplazada por la palabra “deleted” (“borrado”) ¹⁴.

En línea con el caso de Marchetti, Mark Snepp, otro ex agente de la Central de Inteligencia, publicó un libro -“Decent interval”- en el que narraba sus experiencias en Vietnam, con un pormenorizado relato de la vida de la sociedad civil en los últimos días de la guerra. La CIA no lo acusó de difundir información

¹⁴ Para más información, véase Davis, Charles y Splichal, Sigman, “Acces denied. Freedom of information in the information age”, Iowa State University Press, Iowa, 2000.

confidencial porque el libro no contenía ningún dato que mereciera ese rótulo. Sin embargo, la agencia lo querelló por no haber remitido el manuscrito para una lectura previa, tal como se había comprometido a hacerlo de por vida con cualquier documento de su producción, según el acuerdo firmado a su ingreso. En una decisión dividida (6 votos contra 3), la Corte Suprema le dio la razón a la CIA y condenó a Snepp a entregar al gobierno todas las ganancias obtenidas por la publicación del libro, sin siquiera haber dado lugar a una audiencia previa sobre el caso¹⁵.

Palabras finales

El caso WikiLeaks puso como nunca antes en discusión en la esfera pública cuestiones vinculadas al ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a la información. Muchas tensiones ya evidenciadas en años anteriores en cuanto a la regulación de internet, los problemas de jurisdicción vinculados con supuestos delitos cometidos a través de la web y las restricciones impuestas por los gobiernos en el acceso a información pública adquirieron a partir del escándalo de los wikicables una relevancia inédita.

A lo largo de este artículo buscamos poner en juego herramientas teóricas, y jurídicas, como los tratados internacionales de protección de derechos humanos, para ponderar algunas de las múltiples aristas que abrió el caso.

Más allá de las hipótesis sugeridas acerca del encuadre y las derivaciones legales que puede tener la publicación de los cables, tanto para quien filtró la información como para quienes la divulgan, debemos subrayar el valor que posee una política de apertura y transparencia como eje central para fortalecer la convivencia democrática. En este sentido, resulta inadmisibles que los países más poderosos del mundo, encabezados por Estados Unidos, sostengan una prédica permanente a favor del libre acceso a la

¹⁵ La sentencia de la Corte contra Snepp fue dictada en 1980. Para más información véase, Dworkin, Ronald, “¿Está la prensa en los EE.UU. perdiendo la protección de la primera enmienda?”, *The New York Review of Books*, Vol. 27, número 19, 4 de diciembre de 1980.

información pública y el escrutinio ciudadano de los actos de gobierno hasta el momento en que esa misma política se vuelve en contra de sus intereses. En esos momentos parece ser válido cualquier recurso para frenar la publicación o castigar a los responsables de su difusión, quienes no son ya tratados como periodistas o simples ciudadanos interesados en la cosa pública, sino que se convierten a los ojos del poder en espías o terroristas.

La defensa de la seguridad nacional no debe ser la bala de plata que permita sostener la ya de por sí arraigada cultura del secreto. En Estados Unidos no existe una ley oficial que regule el secreto de la información pública como sí la hay en Gran Bretaña y otros países de Europa. Sin embargo, diversos autores coinciden en que esta norma impera “de facto” y genera aún mayores restricciones que en aquellos países donde los sistemas de clasificación de información están regulados legalmente. Esto deriva en un total de más de 7 millones de “acciones clasificadas” por año, que responden en su mayoría a intereses propios de las oficinas involucradas en los distintos asuntos antes que a la preservación de la seguridad nacional¹⁶.

En este contexto, “la mayor filtración de la historia”, tal como algunos medios bautizaron al escándalo de los wikileaks, parece traer consigo una advertencia de peso para la mayor fábrica de secretos del mundo. Enhorabuena.

¹⁶ Davis, Charles y Splichal, Sigman, “Acces denied. Freedom of information in the information age”, Iowa State University Press, Iowa, 2000.