

LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL Y EL PRIVILEGIO DEL EJECUTIVO

Lcdo. José Efraín Hernández Acevedo, JD, MPA
Abogado y Profesor de Ciencias Políticas y Justicia Criminal
Universidad Interamericana de Puerto Rico
Recinto Metropolitano

A continuación presentamos un análisis sobre las doctrinas que regulan el acceso a información confidencial en manos del gobierno y el Privilegio del Ejecutivo. Aunque están muy relacionados, el privilegio de la información oficial no es igual al privilegio presidencial o ejecutivo. Rolando Emmanuelli Jiménez, *Prontuario de Derecho Probatorio*, Ed. Situm (1994) a la pág. 251.

El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha destacado a través de la jurisprudencia el hecho de que en nuestra jurisdicción no contamos con una ley que regule el acceso a información en manos del gobierno a diferencia de la jurisdicción federal. Así se expresa nuestro más alto foro en Santiago v. Bobb y El Mundo, Inc., 117 D.P.R. 153 (1986):

“En Puerto Rico no existe un estatuto integral que provea normas y requisitos para la retención de información gubernamental dentro de nuestro particular marco constitucional. En su ausencia es apropiado acudir supletoriamente a la Regla 31 de Evidencia sobre información oficial. Aunque limitadamente, la misma es un reflejo del sentir del Poder Legislativo y su propósito es "evitar que se lesione el interés público por indebida divulgación de lo que hasta entonces es información oficial confidencial".

La Regla 31 de Evidencia, 32 L.P.R.A., Ap. IV, R. 31 dispone:

- a) Según usada en esta regla, "información oficial" significa información adquirida en confidencia por un funcionario o empleado público en el desempeño de su deber y que no ha sido oficialmente revelada ni está accesible al público hasta el momento en que se invoca el privilegio.
- b) Un testigo tiene el privilegio de no divulgar una materia por razón de que constituye información oficial, y no se admitirá evidencia sobre la misma si el tribunal concluye que la materia es información oficial y su divulgación está prohibida por ley, o que divulgar la información en la acción sería perjudicial a los intereses del gobierno del cual el testigo es funcionario o empleado.

Según el historial de esta regla su propósito es evitar que se lesione el interés público por indebida divulgación de lo que hasta entonces es información oficial confidencial. Esta regla provee al estado un derecho a mantener la confidencialidad de aquella información cuya divulgación sería lesiva a sus intereses.

“También se ha señalado que el privilegio busca promover la eficacia de las agencias gubernamentales al proteger la comunicación entre los funcionarios que formulan la política pública. Esto presupone que si se protege la comunicación entre dichos funcionarios, se fortalecerá el proceso decisorio de éstas, al elaborar la política pública.” Fernando J.

Bonilla Ortiz, *El Privilegio sobre Información Oficial y el Derecho a la Información*, LV Rev. Jur. U.P.R. 97 (1986).

Las agencias federales cuentan con el “Freedom of Information Act” 5 U.S.C. 552 la cual provee para el manejo de documentos e información para todo aquel que la solicite. En Puerto Rico contrario a la jurisdicción federal carecemos en nuestro ordenamiento de una ley que establezca la obligación gubernamental de hacer disponible información a partes o entes privados. Demetrio Fernández Quiñones, *Derecho Administrativo y Ley de Procedimiento Administrativo Uniforme*, Ed. Forum, 2001, a la pág. 285. A pesar de esto el Tribunal Supremo local ha utilizado la jurisprudencia federal interpretativa del F.O.I.A. como fuente ilustrativa. Por tal razón ante un reclamo de acceso a información gubernamental debemos acudir a nuestra Regla 31 de Evidencia y a las diversas interpretaciones que le han dado la jurisprudencia y los tratadistas.

El principio [el Privilegio del Ejecutivo] fue alegado desde la primera administración norteamericana cuando Jorge Washington, amparándose en la doctrina de separación de poderes, se negó a suministrar varios documentos a la Cámara de Representantes durante una investigación legislativa, aduciendo que el Ejecutivo tenía discreción para reservar en su poder información cuya divulgación “podría causar daño al público.” Efrén Rivera Ramos, *La Libertad de Información: Necesidad de su Reglamentación en Puerto Rico*, XLIV Rev. Jur. U.P.R. 72 (1975). El caso normativo sobre el tema del Privilegio del Ejecutivo a nivel federal es *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974). Ante el reclamo del abogado del Presidente de los Estados Unidos de Privilegio del Ejecutivo sobre unas conversaciones confidenciales el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dijo:

“In support of his claim of absolute privilege, the President's counsel urges two grounds, one of which is common to all governments and one of which is peculiar to our system of separation of powers. The first ground is the valid need for protection of communications between high Government officials and those who advise and assist them in the performance of their manifold duties; the importance of this confidentiality is too plain to require further discussion. Human experience teaches that those who expect public dissemination of their remarks may well temper candor with a concern for appearances and for their own interests to the detriment of the decisionmaking process. Whatever the nature of the privilege of confidentiality of Presidential communications in the exercise of Art. II powers, the privilege can be said to derive from the supremacy of each branch within its own assigned area of constitutional duties. Certain powers and privileges flow from the nature of enumerated powers; the protection of the confidentiality of Presidential communications has similar constitutional underpinnings.”

Podemos ver que el Tribunal Supremo inmediatamente valida el reclamo de confidencialidad tanto de las conversaciones como de la correspondencia entre el Presidente y sus asesores. Desde su fundación el gobierno de los Estados Unidos se ha valido de la protección que brinda el manto confidencialidad bajo el cual realizan sus conversaciones. La nota número quince (15) del caso de Nixon nos dice que no hay

nada nuevo en cuanto al reclamo de confidencialidad por parte del gobierno ya que las reuniones que se llevaron a cabo durante la Convención Constituyente de (1787) fueron bajo absoluta confidencialidad. Añade el hecho de que todos los registros de esas reuniones fueron sellados por más de treinta (30) años después de celebrada las reuniones. La mayoría de los Padres de la Constitución revelaron que si no hubiesen contado con ese manto de secretividad no se hubieran podido crear una constitución como la redactada. Más adelante en el caso el Tribunal compara el derecho de confidencialidad de las conversaciones y correspondencia del Presidente y sus asesores con el derecho de privacidad de los ciudadanos:

“The expectation of a President to the confidentiality of his conversations and correspondence, like the claim of confidentiality of judicial deliberations, for example, has all the values to which we accord deference for the privacy of all citizens and, added to those values, is the necessity for protection of the public interest in candid, objective, and even blunt or harsh opinions in Presidential decision-making. A President and those who assist him must be free to explore alternatives in the process of shaping policies and making decisions and to do so in a way many would be unwilling to express except privately. These are the considerations justifying a presumptive privilege for Presidential communications. The privilege is fundamental to the operation of Government and inextricably rooted in the separation of powers under the Constitution.”

Vemos cómo el Tribunal eleva a rango constitucional el Privilegio del Ejecutivo como parte de la separación de poderes entre las ramas de un gobierno de tipo republicano. Compara la confidencialidad de sus cartas y conversaciones con las deliberaciones judiciales. Conforme a *U.S. v. Nixon* el privilegio del ejecutivo justifica que el presidente de Estados Unidos se rehúse a divulgar información que determine es confidencial. Rolando Emmanuelli Jiménez, *Prontuario de Derecho Probatorio*, Ed. Situm (1994) a la pág. 251. El privilegio tiene el objetivo de garantizar el libre flujo de ideas en el proceso de las determinaciones de política pública en la rama ejecutiva. *Id* Si el presidente no gozara de este privilegio, se vería cohibido en sus funciones por temor a que sus comunicaciones o ideas se divulguen indiscriminadamente. *Id* La Corte Suprema reconoció el privilegio a base de la necesidad de mantener la confidencialidad de este tipo de comunicaciones. Ernesto L. Chiesa, *Tratado de Derecho Probatorio*, Tomo I, Pub. J.T.S. (1998) a la pág. 296. El presidente y sus asesores deben sentirse libres al discutir los asuntos de gobierno. *Id* También están incluidas las comunicaciones intragubernamentales dentro del privilegio del ejecutivo:

“Two polices underline this privilege: encouraging candid intragovernmental communications and honoring the justified expectations of privacy of governmental advisor and decisionmakers. ” Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, Second Edition, The Foundation Press, Inc. (1988) a la pág. 276.

El postulado fundamental de esta doctrina es que el Ejecutivo (como consecuencia de los poderes ejecutivos que le confiere el Artículo II de la Constitución) puede, a su discreción, retener información confidencial necesaria para el ejercicio de

sus funciones constitucionales, según lo requiera el interés nacional. Efrén Rivera Ramos, *La Libertad de Información: Necesidad de su Reglamentación en Puerto Rico*, XLIV Rev. Jur. U.P.R. 72 (1975). Sobre el caso *U.S. v. Nixon*, Rivera Ramos nos dice lo siguiente:

“El Tribunal reconoció que el Presidente tiene el privilegio de retener información confidencial. Este privilegio deriva de la supremacía de la Rama Ejecutiva dentro del ámbito de sus deberes y funciones constitucionales. Indicó el Tribunal que el privilegio es fundamental para el funcionamiento del gobierno y que está inextricablemente arraigado en la separación de poderes dispuesta por la Constitución. Reconoció la necesidad de que se proteja la discusión franca y candorosa entre el Presidente y sus asesores.”

En casos más recientes a nivel federal el Tribunal de Apelaciones para el Distrito de Columbia en el caso *In re Sealed Case*, 326 U.S. App. D.C. 276 (1997) sobre una investigación al ex Secretario de Agricultura Alphonso Michael Espy nos señala que desde el renombrado caso de *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, (1803) el Tribunal Supremo a través de su Juez Presidente Marshall señaló que una intromisión de la corte en los secretos del gabinete daría la apariencia de una intromisión en las prerrogativas del ejecutivo. Añade este caso el hecho de que no fue hasta el caso de *Nixon* que se estableció definitivamente el Privilegio del Ejecutivo derivado de la posición del Presidente dentro del esquema constitucional de separación de poderes. El Tribunal de Apelaciones señala que hay dos vertientes dentro del Privilegio del Ejecutivo una que protege las comunicaciones y otra que protege el proceso deliberativo del Presidente y los miembros de su equipo de trabajo:

“While the presidential communications privilege and the deliberative process privilege are closely affiliated, the two privileges are distinct and have different scopes. Both are executive privileges designed to protect executive branch decisionmaking, but one applies to decisionmaking or the executive officials generally, the other specifically to the decisionmaking of the President.”

El Tribunal Apelativo también añade al equipo de trabajo de los asesores dentro de las personas protegidas por el privilegio de confidencialidad:

“Of course, the privilege only applies to communications that these advisors and their staff author or solicit and receive in the course of performing their function of advising the President on official government matters.”

Los asesores están protegidos por el privilegio mientras preparan sus consejos para el Presidente o el Gobernador. Nos dice el profesor Chiesa que existe el privilegio del ejecutivo (comunicaciones confidenciales entre el Presidente y sus asesores) pero cualificado, no absoluto; el privilegio cede (al menos en casos criminales) si hay necesidad de la información y se trata de evidencia admisible, lo que implica pertinencia. Añade el profesor que si hay una objeción bien fundada bajo las reglas de evidencia (por ejemplo, prueba de referencia) no hay porqué menoscabar el privilegio.

En Puerto Rico, podría hablarse de este privilegio en el sentido de las comunicaciones entre el Primer Ejecutivo (Gobernador) y sus asesores, con el alcance análogo al ya explicado para el privilegio del Presidente. Ernesto L. Chiesa, *Tratado de Derecho Probatorio*, Tomo I, Pub. J.T.S. (1998) a la pág. 310. El privilegio también incluye las conversaciones entre el Gobernador y los jefes de agencias.

Luego de los sucesos del Cerro Maravilla el gobierno trató de proteger información “confidencial” relacionada al caso a través del Artículo 30 de la Ley 38 del 13 de julio de 1978 que crea el Negociado de Investigaciones Especiales del Departamento de Justicia (N.I.E.). Este artículo clasificaba información bajo la custodia del N.I.E. en categorías de confidencialidad por un término de treinta (30) años. Este artículo fue declarado inconstitucional por el Tribunal Supremo en el caso *Soto v. Secretario de Justicia* de (1982), lo que propició a que se liberará información que reveló los actos criminales que se cometieron antes, durante y después de los hechos del Cerro Maravilla con la adopción del proceso de “inspección en cámara” del caso de *Nixon*. En este proceso un juez privadamente determina qué documentos no están protegidos por el fundamento de confidencialidad. Se trata de que el tribunal debe resolver el planteamiento de privilegio sin obligar a quien lo reclama a divulgar la alegada materia privilegiada. Ernesto L. Chiesa, *Tratado de Derecho Probatorio*, Tomo I, Pub. J.T.S. (1998) a la pág. 289. Sin embargo, persiste en términos generales, la ausencia de un estatuto directivo, o al menos un artículo en la propia Ley de Procedimiento Administrativo Uniforme, que instrumente la forma de solicitar acceso, y cual información, procedimientos o instrumentalidades de las ramas del Estado quedan excluidas de responder a una petición de información. Luis Villanueva Nieves, *Caso Sobre el Acceso a la Información en Manos del Gobierno: Sobre El Derecho a Saber y la Obligación de Revelar*, Rev. Jur. U.I.P.R. (2003).

El Tribunal Supremo de Puerto Rico a señalado en varias ocasiones a través de su jurisprudencia “la clara tendencia a favor de la divulgación de información pública”. Dice el profesor Chiesa en su obra de Derecho Probatorio que en Puerto Rico existe un “fuerte derecho constitucional del ciudadano de acceso a información sobre gestión gubernamental, de factura más ancha que el que existe bajo el derecho federal”. Pero también el Tribunal ha expresado que el derecho de acceso y de recopilar información, al igual que otros, no puede ser absoluto. *Soto v. Srio. de Justicia*, 112 D.P.R. 477 (1982). Este derecho puede ser limitado por el Estado si existe un interés apremiante que lo justifique. *López Vives v. Policía de P.R.*, 118 D.P.R. 219 (1987). El Tribunal citando al tratadista Wigmore establece cuatro condiciones fundamentales para el reconocimiento de una comunicación privilegiada, a saber: 1) la comunicación tiene que haberse originado en la confianza de que no será divulgada; 2) este elemento de confidencialidad tiene que ser esencial para mantener plena y satisfactoriamente la relación entre las partes; 3) la relación debe ser una que la comunidad considere que debe ser diligentemente promovida y 4) que el perjuicio que causaría la divulgación de la comunicación sea mayor que el beneficio obtenido por la correcta disposición del pleito. *García Negrón v. Tribunal Superior*, 104 D.P.R. 727 (1976).

Un reclamo de confidencialidad por el Estado sólo puede prosperar en un limitado número de supuestos, a saber, cuando: (1) una ley así lo declara; (2) la comunicación está protegida por alguno de los privilegios evidenciaros que pueden

invocar los ciudadanos; (3) revelar la información pueda lesionar derechos fundamentales de terceros; (4) se trate de la identidad de un confidente y (5) sea información oficial conforme la Regla 31 de Evidencia. Santiago v. Bobb y El Mundo, Inc., 117 D.P.R. 153 (1986). Por otro lado el Secretario de Justicia indica: “El Estado puede efectuar un reclamo de confidencialidad cuando: (1) una ley así lo declara; (2) la comunicación está protegida por algunos de los privilegios evidenciaros que pueden invocar los ciudadanos; (3) el revelar la información pueda lesionar derechos fundamentales de terceros; (4) se trate de la identidad de un confidente, y (5) sea información oficial.” Op. Sec. Just. Núm. 19 de (1994). El privilegio puede ser invocado siempre y cuando no sea utilizado para encubrir fraudes o propiciar una injusticia. Op. Sec. Just. Núm. 4 de (1988).

Añade el Tribunal Supremo en el caso de *Santiago* que para dictaminar si cierta información fue adquirida en confidencia, el tribunal puede considerar el tipo de documento en cuestión, tales como memorandos internos, el testimonio de las partes, los trámites usuales de la agencia al recibir tal tipo de información e inclusive la propia naturaleza de la información. En cuanto a este tipo de información el Secretario de Justicia a dicho lo siguiente: “No gozan del carácter de documento público las notas, memorandos y correspondencia de los funcionarios gubernamentales, que surgen en forma incidental a la administración de los asuntos de una oficina, ni tampoco lo es un escrito de un funcionario público hecho sin que medie autorización o requerimiento estatutario.” Op. Sec. Just. Núm. 21 de 1957. El poseedor del privilegio es el gobierno quien puede invocarlo a través de cualquiera de sus oficiales o empleados. Rolando Emmanuelli Jiménez, *Prontuario de Derecho Probatorio*, Ed. Situm (1994) a la pág. 252. Por último debemos dejar claro que el privilegio no cesa cuando el funcionario que genera o recibe el documento o información deja de trabajar con el gobierno.

Al finalizar nuestra investigación vemos que la doctrina no ha sido atemperada a la tecnología actual. Las ideas, consejos y opiniones que antes se escribían en una hoja de papel o se decían a través de una llamada telefónica hoy día se hace a través de la computadora, el correo electrónico u otros aparatos de alta tecnología. También las formas de archivar o preservar documentos han cambiado a archivos computadorizados, discos compactos o el mismo correo electrónico. ¿Debemos extender este privilegio a todo tipo de comunicación independientemente del equipo que se utilice para expresarla?