

Transparencia y Estado de Derecho como condición previa para un desarrollo equitativo y sostenible*

Jacqueline Peschard**

Transparencia y Estado de Derecho como instrumentos de desarrollo

En 1999, en su famoso libro *Desarrollo y libertad*, el indio Amartya Sen (1999), Premio Nobel de Economía en 1998, afirmó que la transparencia es una importante categoría de libertades instrumentales, las cuales son fundamentales para el desarrollo, ya que contribuyen a mejorar las capacidades de las personas y complementan el ejercicio de las libertades fundamentales. Ésta fue la original manera en que Sen conceptualizó el desarrollo como algo totalmente dependiente de la agencia libre de las personas. Para él, “Las libertades no sólo son el fin principal del desarrollo, sino que se encuentran, además, entre sus principales medios” (Sen 1999, 28). “[Las] libertades y derechos *también* contribuyen muy eficazmente al progreso económico” (Sen 1999, 22).

La identificación de la transparencia como una libertad fundamental no significaba que era menos importante que las sustantivas —como la libertad de la participación política, la oportunidad de recibir educación básica o atención médica, entre otras—, pues cruza de manera

* Conferencia dictada durante el “Cuarto Taller Intercultural sobre Democracia”, Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia), el jueves 9 de octubre de 2014.

** Doctora en Ciencias Sociales. Profesora titular “A” del Centro de Estudios Políticos y coordinadora del Seminario Universitario de Transparencia, UNAM.

transversal todas las demás libertades, haciéndolas más coherentes y sólidas, como elementos constitutivos del desarrollo.

De acuerdo con el informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1987, el desarrollo sostenible cumple las necesidades actuales sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para cubrir sus propias necesidades. Debe haber un equilibrio sutil entre los objetivos actuales de la vida social, económica y ambiental y las decisiones que se toman para cumplirlos. Hay que considerar las consecuencias que tendrán en el futuro. La gobernanza del desarrollo sostenible no puede realizarse sin la participación de una pluralidad de actores y métodos, que van desde organizaciones de la sociedad civil transnacional hasta los pueblos indígenas (ONU 2006).

En otros términos, el desarrollo sostenible demanda un nuevo tipo de relación entre el gobierno y los ciudadanos, en la que éstos se conviertan en sujetos activos y críticos en el proceso de definición de las políticas públicas, que es cuando la transparencia desempeña un papel importante.

Durante los últimos 20 años, el concepto de transparencia ha sido reconocido en el ámbito mundial como una precondition de la gobernanza democrática. La transparencia y el acceso a la información pública complementan el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión conforme a lo establecido en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de noviembre de 1969:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección (OEA 1969).

La transparencia ha sido asociada con la legalidad, es una forma privilegiada para combatir la corrupción y premisa fundamental para lograr la rendición de cuentas. Es un insumo de organización que ayuda a mejorar las decisiones internas y los procesos de la administración pública, así como un mecanismo efectivo para promover la competitividad, la democracia y el Estado de Derecho.

El fundamento del Estado de Derecho es que el Estado debe cumplir con una serie de normas aprobadas adecuadamente por una autoridad competente. Sin embargo, esto no es más que una concepción formal que no toma en cuenta los contenidos específicos del marco jurídico.

Joseph Raz, un reconocido profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oxford, argumenta que el Estado de Derecho va más allá de la idea de que el gobierno debe estar sujeto al orden jurídico. Es un ideal político, una virtud pública, y para lograrla, el sistema jurídico debe cumplir con una serie de principios relativos tanto a los contenidos específicos de la ley como a los mecanismos judiciales que permitan implementarlos (Carbonell 2002).

Un concepto sustantivo de Estado de Derecho debe traducir los valores éticos (libertad, igualdad y justicia) y los políticos (participación en las decisiones públicas) en un marco jurídico específico, que es el fundamento de la legitimidad democrática. El Estado de Derecho debe alcanzar un equilibrio perfecto entre el derecho y la justicia. Elías Díaz, un constitucionalista español, afirma que el Estado de Derecho es la institucionalización jurídica de la democracia (Carbonell 2002).

La transparencia es una característica de la actuación del gobierno basado en el imperio de la ley, y eso significa que la información del gobierno (archivos, documentos, informes almacenados en papel y electrónicamente) pertenece al pueblo y no a los funcionarios que la elaboran y la archivan. En realidad, los funcionarios deben asegurarse de que los documentos oficiales están bien conservados en los archivos y ordenados, a fin de tenerlos listos cada vez que alguien los requiera.

La transparencia permite tener un control público de la actividad gubernamental, y una función pública de mayor calidad y eficacia, ya que la disponibilidad de los documentos ayuda para aprender de decisiones anteriores que han demostrado tener éxito o para evitar la repetición de errores anteriores. Promueve la rendición de cuentas del Estado y la capacidad de respuesta; es un primer paso para prevenir la corrupción, que ha demostrado ser el principal obstáculo para conseguir el Estado de Derecho.

La transparencia se refiere a la relación entre el Estado y la sociedad, ya que es el medio por el cual las autoridades informan a sus electores las acciones que se implementan, los recursos que se asignan y

los resultados de las decisiones tomadas. Ayuda a los ciudadanos a mejorar sus habilidades para participar en los asuntos públicos y ejercer sus diferentes derechos políticos, civiles y sociales.

El objetivo de la transparencia, en relación con la sociedad y el Estado, es ayudar a reestructurar el ámbito público que, según Jürgen Habermas, es el “territorio de las interacciones donde la deliberación puede articularse positivamente para dar lugar a la opinión pública”.

El ámbito público no es semejante al Estado, pero los ciudadanos sí se convierten en sujetos activos, apoderados con derechos, libertades y responsabilidades. La transparencia es un instrumento que ayuda a preparar el camino para reestructurar el ámbito público como un espacio con buena calidad de intercomunicación y un debate abierto y extenso, el cual es un elemento básico del Estado de Derecho.

Transparencia como tema central de las agendas del ámbito público

La transparencia se ha convertido en tema central de las agendas públicas de todo el mundo, tanto en países con una larga tradición democrática como en aquellos que experimentaron recientemente una transición hacia la democracia. La transparencia está en el centro de lo que se podría considerar la cuarta ola democrática que siguió al gran *boom* de la democratización por medio de elecciones libres y justas, que ocurrieron durante los últimos 25 años del siglo xx.

Después de que surgieron gobiernos con un origen democrático, el siguiente paso en la democratización fue asegurarse de que esos gobiernos se unieran al Estado de Derecho y a los principios democráticos.

Aunque la transparencia y el derecho al acceso a la información han sido parte de los contenidos ideales de la democracia y el Estado de Derecho durante más de un siglo, no fue hasta hace dos décadas que la Ley de Libertad de Información (Freedom of Information Laws) fue distribuida en diferentes continentes.

En 1990, sólo 12 países tenían leyes de libertad de información; actualmente, alrededor de 100 países cuentan con esas leyes (Center for Law and Democracy 2013). Las leyes de libertad de información

promueven objetivos muy similares y están dirigidas a hacer que los gobiernos rindan cuentas y fortalezcan a la ciudadanía. Sin embargo, las diferencias entre las leyes de libertad de información pueden ser tangenciales en países que tienen una regla dinámica que sea crucial en los países donde el Estado de Derecho sigue débil e incipiente.

Los principios estándares de las leyes de libertad de información señalan que:

- 1) La información gubernamental es básicamente pública y las excepciones a revelación se han establecido en las normas legales.
- 2) Cualquier persona puede tener acceso a los documentos oficiales por medio de procedimientos viables y acelerados.
- 3) La transparencia y la libertad de información deben enfrentar otros derechos humanos, en particular la privacidad y la protección de datos personales.

Sin embargo, los aspectos procedimentales pueden variar significativamente de una ley de libertad de información a otra, por ejemplo, los plazos para recibir información y para presentar una apelación, los requerimientos y los mecanismos disponibles para hacer una solicitud de información, y los instrumentos de apelación y el tipo de autoridad que resuelve y aplica la libertad de información.

En 2009, el Instituto del Banco Mundial clasificó los diferentes modelos de aplicación de la libertad de información, centrándose en el tipo de autoridad que tenía el poder de revisar las solicitudes de información. Se identificaron tres modelos:

- 1) Los países escandinavos, que son los fundadores de las leyes de libertad de información, tienen un *ombudsman* independiente para vigilar la transparencia del gobierno; y de la revisión de apelaciones, únicamente pueden hacer recomendaciones a los organismos gubernamentales.
- 2) En países, como Estados Unidos de América y Sudáfrica, en los que las apelaciones de información van directamente al Poder Judicial, los tribunales tienen el poder de dar a conocer información negada por un organismo gubernamental.

- 3) Los países con un comisionado de información independiente o un tribunal con facultades y decisiones vinculatorias —México, Escocia, India y Chile— (Neuman 2009).

Las tendencias globales demuestran que las leyes de libertad de información promulgadas en la última década prefieren el tercer modelo (América Latina), mientras que las leyes más antiguas optan por el modelo del *ombudsman* o el comisario de información independiente (Canadá y Nueva Zelanda). A continuación, se aborda la experiencia en materia de transparencia de América Latina y las leyes de libertad de información. Después, se dan algunos detalles acerca del caso de México, que se ha convertido en un paradigma regional de las garantías de transparencia.

Organismos interamericanos de derechos humanos en el fomento de la transparencia

Hace 20 años no había un solo país en América Latina con una ley de libertad de información y acceso a la información pública, lo cual no se reconocía como un derecho fundamental. Hoy en día, 22 de los 35 países cuentan con algún tipo de regulación legal acerca de este tema. Esta rápida evolución no se puede explicar como un simple efecto demostrativo, sino como una consecuencia del papel significativo que han jugado los organismos regionales encargados de la defensa y de promover los derechos humanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), así como el relator especial para la libertad de expresión, han elevado las normas reguladoras de la libertad de información en la región (CIDH 2012).

Las resoluciones de la Corte IDH han convertido el acceso a la información en un derecho humano fundamental, declaran que los estados miembro están obligados a garantizar la máxima publicidad de los registros del gobierno y que las autoridades deben tener la carga de la prueba cuando se establezcan límites al derecho de acceso a la información. El derecho a ser informado es universal y todos lo tienen;

no es necesario ser ciudadanos, identificarse o mostrar su interés personal para solicitar cualquier tipo de información. El Estado está obligado a dar respuesta a las solicitudes de manera oportuna y accesible, y a ofrecer un recurso legal cuando se niega la información. Asimismo, los estados deben promover la transparencia activa y la cultura de apertura.

Los estados miembro de estos organismos interamericanos se ven obligados a adaptar su marco normativo a los convenios internacionales de transparencia. En seguimiento a estos principios, en 2010 la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) aprobó un modelo interamericano de Ley de Acceso a la Información Pública para pedir que dichos estados la utilizaran como guía para elaborar y aprobar las futuras leyes de libertad de información. Cabe señalar que hubo dos sentencias de la Corte IDH que obligaron a Chile y Brasil a aprobar leyes de libertad de información que cumplieran con los estándares interamericanos.

En 2006, el caso de *Claude Reyes vs. Chile* llevó a la primera frase jurídica internacional que estableció el acceso a la información como un derecho humano fundamental. Vale la pena hacer una breve referencia a la deliberación de este caso sin precedente y a su conclusión. Claude Reyes pidió al Comité de Inversiones Extranjeras de Chile información de los términos específicos de un contrato del gobierno con una empresa forestal privada. El objetivo del solicitante era evaluar el impacto circunstancial del proyecto y alertar a la población en caso de cualquier amenaza al medio ambiente.

El gobierno chileno negó la información, argumentando que se trataba de datos confidenciales de la empresa, que si fueran revelados podrían exponerla a la competencia desleal. La Corte IDH declaró que el gobierno chileno infringió el derecho fundamental a la información de Claude Reyes, ya que debió hacer una prueba de proporcionalidad entre el interés público para proteger los datos industriales de la compañía y el derecho del pueblo a saber si el proyecto forestal podía afectar sus recursos naturales y dañar el medio ambiente. La Corte IDH ordenó al gobierno chileno que entregara la información y los datos industriales específicos de la empresa, y que aprobara una ley de libertad de información en el Congreso.

Otra frase paradigmática de la Corte IDH fue en el 2010, en el caso de Gomes Lund vs. Brasil. La solicitud de información fue acerca de las operaciones del ejército brasileño en 1973 y 1974, que habían llevado a la desaparición forzada y a la muerte de los miembros de un grupo de resistencia conocido como Guerrilha do Araguaia. En 1982, los familiares de las víctimas presentaron una acción civil pública en la que solicitaban la información de las operaciones militares. La respuesta del Estado fue inexistente. En 2003, 21 años después, un juez brasileño ordenó al Estado que entregara la información a los familiares de las víctimas, pero nuevamente no cumplió. Finalmente, hasta 2009, se liberaron 21,000 documentos.

Cuando el caso llegó a la Corte IDH, ésta destacó que el Estado brasileño había mentido al inicio y había fallado en entregar la información durante más de 20 años. Declaró que éste tuvo una responsabilidad internacional por la violación del derecho humano a la información, sobre todo porque se trataba de un caso de violaciones graves a los derechos humanos, tales como desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales. La Corte IDH ordenó a Brasil que adoptara medidas legislativas para reforzar el derecho de acceso a la información de acuerdo con los estándares interamericanos.

Caso México. Ley de libertad de información sólida y sociedad civil activa

En la región de América Latina, México es el ejemplo de cómo la administración pública en un corto periodo, y en un país donde el Estado de Derecho se ha rezagado, la transparencia y el derecho de acceso a la información han transformado la administración pública y se han convertido en un tema central de la agenda del ámbito público. Esto se debe a dos factores principales:

- 1) Los principios y procedimientos establecidos en las leyes de libertad de información que sirvieron de inspiración para la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información.

- 2) La participación decisiva de las organizaciones cívicas en la promoción de leyes de libertad de información y en el seguimiento de buenas prácticas de transparencia.

En los últimos 25 años del siglo xx, en la transición pacífica —pero prolongada— a la democracia en México, la transparencia fue ignorada en la lista de temas incorporados en las reformas legales que conducen a un sistema electoral democrático.

Después de las elecciones de 2000, cuando el partido gobernante, el Partido Revolucionario Institucional (PRI), fue derrocado después de 70 años en el poder, se demostró que el proceso de transición a la democracia había llegado a su conclusión. Un grupo de académicos, periodistas y miembros de organizaciones de la sociedad civil se reunieron para exigir la aprobación de una ley de libertad de información, que fue básicamente redactada por ellos y que se puso en vigor en 2002. Inspirado por las leyes de libertad de información vigente y considerando las condiciones específicas de un país que había dejado recientemente atrás un régimen autoritario de un solo partido, el proyecto se centró en los principios de alto estándar:

- 1) El derecho a la información será ejecutado por un organismo de supervisión con facultades para combatir la confidencialidad del régimen anterior: Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (Ifai).
- 2) Las resoluciones de los organismos de supervisión relacionadas con la divulgación de información serán definitivas para los organismos gubernamentales.
- 3) Cualquiera podrá presentar una solicitud de información y una apelación en caso de no quedar satisfecho con la respuesta de la autoridad.
- 4) Los principios rectores de la transparencia y las excepciones a la divulgación estarán claramente establecidos en las normas.
- 5) Los procedimientos de solicitudes de información y las apelaciones tendrán plazos y mecanismos accesibles y económicos.
- 6) Los datos personales serán protegidos de forma segura y serán accesibles exclusivamente a la persona que pertenezcan.

Debido a los estrictos límites de tiempo y a la capacidad de supervisión del cuerpo de la transparencia para determinar qué información debe ser divulgada por las diferentes agencias gubernamentales, la libertad de información se hizo popular rápidamente, y académicos, periodistas y personas del sector privado comenzaron a utilizar las leyes de libertad de información para obtener información del gobierno (los contratos, las adquisiciones, los oficiales, los salarios públicos y las auditorías cuando éste concluyó, etcétera), lo cual nunca antes había estado disponible para el público.

En cinco años, todos los estados mexicanos aprobaron una ley de libertad de información, y en 2007 se promulgó una reforma constitucional para establecer que el acceso a la información fuera un derecho fundamental. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ordenó que los principios de máxima publicidad y excepciones temporales a la divulgación, así como aquellos que protegen la información confidencial, se repliquen en cada ley de libertad de información local y estatal.

Los cambios surgidos de la imposición de la ley de libertad de información a las rutinas de la administración pública provocaron reacciones negativas de algunas autoridades del gobierno que pretendían aprobar reformas de transparencia regresivas en 2009. Las organizaciones civiles y el propio Ifai denunciaron públicamente las intenciones del gobierno, y la prensa nacional publicó esta denuncia, lo cual obligó al gobierno a retirar el proyecto de ley.

Cuando el PRI regresó al poder en 2012, el actual presidente Enrique Peña Nieto propuso una nueva reforma constitucional para dar plena autonomía al Ifai y ampliar las capacidades de supervisión de cada autoridad pública federal, no sólo de los organismos gubernamentales. La reforma que fue aprobada el pasado febrero estableció las obligaciones de transparencia de los partidos políticos y los sindicatos, y para cualquier persona, tanto en entidades públicas como privadas, que recibe dinero del gobierno. Se trata de que las mismas reglas, procedimientos y criterios de exposición se apliquen a cualquier persona que actúe como una autoridad pública o a quien administre los recursos públicos.

El ámbito de dicha reforma en materia de transparencia eleva los estándares, particularmente para aquellos organismos públicos que antes no eran supervisados por una comisión de información independiente.

Un ejemplo es el Congreso federal, que ha presentado mucha opacidad, en particular en el tratamiento de la información del uso y distribución de los recursos económicos entre los diferentes grupos parlamentarios. Otro ejemplo de conducta opaca son los sindicatos de las grandes empresas públicas (de petróleo y electricidad), que reciben una enorme cantidad de dinero del gobierno como parte de sus contratos de trabajo y que nunca antes habían rendido cuentas a los ciudadanos.

El impulso de dicha reforma constitucional, sin duda, tenía un propósito de legitimación, debido a que es políticamente correcto tener un discurso en la apertura, y todos los partidos políticos y grupos de la sociedad consideran la transparencia como una herramienta útil para combatir la corrupción y mejorar el Estado de Derecho.

El mejoramiento constante de la normativa de transparencia en México no se puede entender sin el trabajo realizado por las organizaciones civiles que han sido defensoras determinantes de la transparencia. Organizaciones como Transparencia Mexicana, A.C.; Artículo 19; Fundar, Centro de Análisis e Investigación; Red por la Rendición de Cuentas; Colectivo por la Transparencia; Gestión Social y Cooperación, y México Infórmate, entre otras, no solamente han monitoreado las prácticas de transparencia de los gobiernos y han presentado recursos cuando la información ha sido negada, también han ayudado a traducir la información gubernamental que se proporciona al lenguaje cotidiano, y han exigido formatos de datos abiertos para que la información sea comparable y esté completa para el público en general. El desarrollo sin precedente del marco jurídico de transparencia de México durante los últimos 12 años ha cambiado la forma de concebir el espacio público. Sin embargo, esto no tuvo un efecto positivo en la corrupción que afecta a México.

Por el contrario, según el índice de corrupción de Transparencia Mexicana, la percepción de la corrupción activa de los ciudadanos sigue siendo muy elevada (Transparencia Mexicana 2014). Esto puede ser explicado debido a que los escándalos de corrupción se han publicado más frecuentemente, mientras que la impunidad pública está todavía muy arraigada en el país.

Los avances en las leyes y en las prácticas de transparencia en México son innegables; sin embargo, esto es sólo un primer paso en la construcción de una norma sustantiva del Estado de Derecho

y la gobernabilidad democrática. Nuevamente, las organizaciones de la sociedad civil han demandado una serie de reformas articuladas para avanzar y hacer que el gobierno y las entidades públicas sean realmente responsables de sus decisiones respecto a cómo se utilizan los recursos y los resultados que se han logrado. Al igual que antes, la organización de la sociedad civil está liderando el camino.

Fuentes consultadas

- Carbonell, Miguel, Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez, coords. 2002. *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. México: UNAM/ITAM/Siglo XXI Editores.
- Center for Law and Democracy. 2013. *Global Right to Information Rating*. Canada: Access Info Europe/Centre for Law and Democracy. [Disponible en <http://www.rti-rating.org/country-data> (consultada en julio de 2014)].
- CIDH. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2012. *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%20FINAL%20CON%20PORTADA.pdf> (consultada el 20 de agosto de 2015).
- Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2006. Caso Claude Reyes vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 19 de septiembre. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf (consultada el 30 de julio de 2014).
- . 2010. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf (consultada el 30 de julio de 2014).

- Habermas, Jürgen. 1989. *La transformación estructural del ámbito público*. Cambridge: MIT Press.
- Neuman, Laura. 2009. *Enforcement Models: Content and Context*. Washington, DC: Banco Mundial.
- OEA. Organización de los Estados Americanos. 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm (consultada el 14 de agosto de 2014).
- ONU. Organización de las Naciones Unidas. 2006. *La política de la participación en el desarrollo sostenible*. Nueva York: ONU.
- Sen, Amartya. 1999. *Desarrollo y libertad*. Nueva York: Oxford University Press.
- Transparencia Mexicana. Índice de percepción de la corrupción 2014. Enfoque México. Disponible en <http://www.tm.org.mx/ipc2014/> (consultada el 4 de diciembre de 2014).