

¿Es la transparencia una condición del Estado de derecho?

JOSÉ RAMÓN COSSÍO D.

Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y profesor de derecho constitucional en el ITAM.

I

Desde hace varios años, viene utilizándose la expresión “transparencia” para aludir a la cualidad consistente en permitir el pleno acceso de la ciudadanía a las determinaciones provenientes de los órganos del Estado (y a los procesos de que derivan). Este concepto general, por supuesto, no agota el tema ni da cuenta de todas sus modalidades y sutilezas, pero nos permite acercarnos a la pregunta que deseamos responder: ¿en qué sentido puede decirse que la transparencia sea una condición del Estado de derecho, si es que lo es?

Para resolver adecuadamente esta interrogante, debemos enfrentarnos con los siguientes problemas, cada uno de los cuales se abordará en un apartado: ¿cuáles son los orígenes y qué vamos a entender por Estado de derecho? ¿Por qué razones, dada la larga separación cronológica en la aparición de los dos conceptos, se pretende incorporar la transparencia al Estado de derecho? ¿De qué manera resulta factible que esta incorporación se produzca? ¿Qué funciones cumple el Estado de derecho con el añadido “transparencia”, y qué funciones alcanza la transparencia al “formar parte” del concepto Estado de derecho? Finalmente, y a partir de las anteriores respuestas, ¿en qué sentido la transparencia es una condición del Estado de derecho?

II

En cuanto a la cuestión de qué vamos a entender por Estado de derecho, en lo que sigue procederemos con cierto grado de generalidad. Con el ánimo de denotar grandes diferencias que de hacer un preciso recuento histórico, diferenciaremos entre cuatro conceptos o modelos de Estado de derecho: *Rule of law*, *État du droit*, *Rechtsstaat* y económico. Mediante el primero de ellos, queremos dar cuenta del caso fundamental inglés, por virtud del cual la totalidad

de los habitantes de un Estado, quedan sometidos a la ley. Se trata de un modelo de convivencia social y política, en el que las personas (ciudadanos y autoridades), saben cuáles son sus derechos y sus obligaciones a partir de las disposiciones del orden jurídico, y no así de las decisiones de los sujetos socialmente poderosos o de los gobernantes que ejercen poder público.

Un segundo concepto o modelo puede ser denominado con la expresión francesa *État du droit*. En las condiciones de generalidad apuntadas, podemos decir que se trató, ante todo, de encontrar la manera de limitar a las autoridades públicas en el ejercicio de sus facultades. Mientras que en el caso inglés se trataba de someter a todos al “imperio de la ley”, en el francés se trataba de limitar el ejercicio del poder público a efecto de salvaguardar, la libertad del hombre. No es casual encontrar aquí, además de la diferencia de fundamentación a que acabamos de aludir, una distinción en su forma de desarrollo. Atendiendo al artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, un país tenía constitución y, por ende, Estado de derecho, siempre que garantizara un conjunto de derechos fundamentales y el principio de división de poderes. Los primeros, como forma de reconocer la existencia de los derechos de las personas previos a la formación del Estado; el segundo, como una forma de garantizar, orgánicamente, la protección de esos derechos. Mientras que en el caso inglés lo relevante era garantizar la posición de todos los individuos en la sociedad, entre ellos mismos o frente al Estado, lo relevante del modelo francés estribaba en garantizar la posición del individuo frente al Estado a efecto de impedir que sus actuaciones afectaran los derechos de aquél. Para la clase social que realizó la revolución de 1789, la burguesía, los grandes males sociales provenían por la actuación del Estado, y los grandes beneficios eran producto de la competencia social, por tanto la forma pertinente de organizar a la sociedad pasaba por li-

mitar el Estado, y otorgar amplia discreción a la sociedad o, al menos, a parte de ella. Un *État du droit* que, simultáneamente cumpliera con ambas funciones era un modelo adecuado para satisfacer los requerimientos que los tiempos exigían.

El tercer concepto es el que hemos denominado con la expresión alemana *Rechtsstaat*. El mismo adquiere sentido ante las debilidades del Estado nacional (alemán) o, mejor, ante la necesidad de construirlo a partir de una diversidad de principados y otras formas de organización políticas prevalecientes en la segunda mitad del siglo XIX, confiriéndole importantes poderes. El Estado de derecho es una solución para el fortalecimiento del poder público, ello bajo el entendido de que sólo a partir de ahí era posible llevar a cabo las acciones necesarias para lograr un cierto fin. Si bien en el caso de Alemania éste era la unificación, las posibilidades que históricamente puedan llegar a presentarse varían en razón de los fines que se quieran lograr con el fortalecimiento estatal. Esta última condición es, entonces, lo relevante del modelo de Estado de derecho en cuestión, más que el desarrollo de un fin particular que lo acompañe. De especial importancia son aquellos casos en los que el objetivo que se quiere lograr pasa por una acción estatal decidida: si el problema es combatir una fuerza delictiva organizada o reducir a una minoría étnica, o llevar a cabo una acción generalizada de disciplina social, el modelo de Estado de derecho al que se apelará será, justamente, el de *Rechtsstaat*. Éste es el único que puede atribuirle al poder público la legitimación y los instrumentos jurídicos necesarios para acometer tal empresa. La posición que en ese modelo guardan otros elementos sociales tales como los derechos o los límites a la acción estatal pierde peso frente a la apelación fundamental en favor del fortalecimiento del poder público.

El último concepto identificado, es el que denominamos "económico". A finales de los años ochenta, comenzó a hablarse con cierta insistencia del "Estado de derecho", como consecuencia del establecimiento del llamado "Consenso de Washington". Los economistas subrayaron la necesidad de contar con un régimen jurídico en el que los derechos de propiedad (en su sentido económico) quedaran garantizados. Se requerían elementos "normativos" para el desarrollo económico: normas claras, construidas a partir de criterios de eficacia y eficiencia; tribunales expeditos y autónomos; clarificación del sistema de

precios y supresión de distorsiones a éste; amplios sistemas de registro; claras posibilidades de ejecución de las resoluciones judiciales; sistemas de reconocimiento y castigo a la eficiencia e ineficacia económica de los participantes en el mercado; libre competencia económica en todas las actividades, y de apertura económica al exterior, primordialmente. Llegó a considerarse que sólo si los derechos estaban claramente asignados y eran fácil y rápidamente ejecutables, se podría construir la base a partir de la cual resultaría posible hacer previsible el funcionamiento del derecho y, con ello, el de la economía. El derecho es, entonces, visto en términos instrumentales respecto de la economía. Ello no resulta siempre sencillo, pues el derecho cuenta con una tradición y con sus propias categorías, actores y racionalidad. La única forma de superar este obstáculo es mediante la reformulación del lenguaje y, todavía con más precisión, de una porción del lenguaje jurídico. La expresión

conveniente a estos fines es la de Estado de derecho. En esa vertiente, el derecho pierde su autonomía, por lo que su sentido general y fundamento son definidos por los economistas y para la economía. A final de cuentas, se reclamó un espacio privilegiado para el mundo privado y, desde él, la reducción del espacio de lo público.

Si analizamos en conjunto los elementos componentes de los diversos modelos de Estado de derecho, es evidente que muchos de ellos son claramente contradictorios entre sí. Resulta sumamente difícil admitir que, por un lado, el papel del modelo se agote en la protección de las libertades públicas frente al Estado (*État du droit*) y, simultáneamente, postular que los ciudadanos estén sometidos por igual a las normas jurídicas (*Rule of law*), por no hablar de los problemas que implica asumir cualquiera de esas dos posiciones frente a la de exclusivo fortalecimiento del aparato estatal (*Rechtsstaat*) o a la instrumentación del derecho frente a los postulados de la economía (económico). Normalmente, y por sorprendente que parezca, se habla de Estado de derecho como la mera suma o acumulación de los elementos acabados de mencionar, lo cual resulta claramente inadecuado. Por ello, lo que fue pensado como una forma de solución de problemas sociales, es de suyo el origen de interminables disputas y de dificultades a la hora de pretender cierta aplicación.

En otro trabajo, propusimos que la forma de superar dificultades teóricas como las acabadas de men-



cionar, podría ser “elevando” los términos de la propia discusión, al efecto de considerar que las condiciones de relación de los elementos mencionados podría darse en el concepto del “Estado constitucional”. Sin embargo, aquí nos limitaremos a llevar a cabo un análisis desde el punto de vista del propio Estado de derecho, ello por dos razones: primera, porque el énfasis de la transparencia ha querido colocarse en ese aspecto parcial del concepto integral “constitucionalismo” y, segundo, porque no deseamos complicar en exceso el entendimiento de un término (transparencia) en tanto éste se surte, de modo primordial, con referencia al propio Estado de derecho.

Al no ser este el lugar para plantear una solución integral a las problemáticas relaciones entre los elementos mencionados, parece más aconsejable proceder de un modo general y considerar fundamentalmente las formas de relación entre Estado de derecho y transparencia, dejando para otra ocasión las relaciones entre Estado de derecho y constitucionalismo y de éste con la transparencia.

III

Antes de resolver los problemas de las relaciones conceptuales entre transparencia y Estado de derecho, parece necesario explicarse las razones para que la “transparencia” sea uno de los elementos de aquél. Como acabamos de ver, el concepto de Estado de derecho es antiguo, goza de gran poder evocativo y valorativo y se ha constituido como uno de los criterios centrales de nuestro tiempo para determinar el correcto o incorrecto funcionamiento del Estado en su conjunto, así como del ejercicio de sus funciones normativas particulares o de sus órganos jurídicos concretos. Por todo ello, calificar al Estado como “de derecho”, implica asignar un valor positivo a las prácticas institucionales que de modo general llevan a cabo los titulares de los órganos del Estado, y otorgarle legitimación a éstos por la forma en que realizan sus acciones. En tanto el concepto Estado de derecho tiene la función de, final y simultáneamente, dirigir y calificar las “actuaciones públicas” de los órganos del Estado y, de ese modo, dirigir y calificar las prácticas institucionalizadas del Estado en su conjunto, lograr la introducción de un elemento nuevo, resulta sumamente importante ya que este último, si puede decirse así, formará parte del criterio de calificación de tales actuaciones y prácticas.



La introducción de un elemento nuevo y, por lo mismo, poco aceptado (como es o era “la transparencia”) en un concepto completo y considerado valioso (como “Estado de derecho”), se explica, en mi opinión, no tanto porque los promotores de la primera hayan buscado utilizar instrumentalmente el concepto general Estado de derecho para aprovechar su potencial teórico y sus alcances eulogísticos sino porque los partidarios del Estado de derecho buscan la renovación del concepto o, al menos, su actualización, mediante la incorporación de elementos novedosos, normalmente ante la necesidad de corregir defectos en su funcionamiento.

A partir de la aceptación del Estado de derecho, como una noción compleja, se advierte la necesidad de incorporar elementos conceptuales que permitan hacer frente a lo que por ahora llamaremos “nuevos fenómenos”. Éstos de algún modo deben significar algún tipo de amenaza al propio Estado de derecho, de ahí que mediante una labor de incorporación, más que mediante una de reelaboración conceptual, se estima posible hacerles frente. Así, al momento de introducir la transparencia al Estado de derecho, y por exigir ésta el pleno acceso de la ciudadanía a las determinaciones y procesos desarrollados por los órganos del Estado, es preciso entender que por ciertas razones históricas, que luego consideraremos, se presentaba un fenómeno en el que cierto tipo de decisiones o procesos no resultaban del conocimiento de la ciudadanía, lo que, a su vez, producía una afectación en el funcionamiento de tales órganos, siempre a partir de lo que se estimara apropiado para el Estado de derecho. Cabe decir que a la fecha este último concepto tiene una tendencia absorbente, de manera que puede decirse que los planteamientos para la corrección de las prácticas estatales se realizan en su interior mediante la adición de elementos que de algún modo pueden dar lugar a una conceptualización distinta, pero que hasta ahora difícilmente pueden implicar su sustitución.

IV

Lo dicho en los dos apartados anteriores nos permite precisar ahora los procesos mediante los cuales ha sido posible incorporar el concepto de transparencia al de Estado de derecho. En efecto, por una parte, contamos ya con una idea general acerca de lo que aceptablemente suele llamarse Estado de derecho y,

por la otra, hemos identificado las razones de la incorporación del primero como elemento del segundo, y de la relación entre ambas cuestiones habrá de desprenderse la respuesta que buscamos. El Estado de derecho es, ante todo, una construcción lingüística de carácter social, mediante la cual se busca que los órganos estatales lleven a cabo determinadas actuaciones, y omitan otras, en aras de preservar un cierto entendimiento entre la sociedad y del papel que respecto del mismo debe cumplir el Estado. Por ser un concepto que tiene sus primeros orígenes en el siglo XVII, con los años se ha ido transformando e incluye una variedad de elementos provenientes de diversas filosofías políticas (liberales o republicanos, por citar dos) que, adicionalmente, toma modalidades, como ya vimos, propias de las culturas jurídicas y políticas de los Estados en los cuales se introduce. Por ello, parece que el Estado de derecho constituye más una “idea tipo” o “idea rectora”, que un concepto acabado cuyo significado sea unívoco y compartido de manera unánime.

Para no perdernos en la exposición de modalidades o identificación de acepciones, apuntemos cuál es la forma común, si bien no siempre explicitada, de comprender al Estado de derecho. Se trata de una “idea” capaz de comprender diversas modalidades institucionales de control del poder público y de protección del individuo, bajo la constante aplicación del derecho a partir de la racionalidad construida desde el propio derecho. ¿Qué significa esto? Primero, que el Estado de derecho no se define por la aceptación canónica de un modo concreto de institución, sino por la realización de una práctica institucional encaminada al logro de un fin general; segundo, que, por lo mismo, lo relevante es encontrar que con la realización de esa práctica se logran determinados objetivos, más que atender a formas puntuales de aplicación de ciertas normas; tercero, que el eje constante de la práctica se actualiza mediante la utilización de elementos normativos, los cuales pueden ser de variado tipo (reglas, principios o valores) y tener una especificidad propia del tipo de familia o sistema jurídico de que se trate (primacía de la ley o del precedente, por ejemplo); cuarto, y muy importante, que la manera de comprender y calificar los elementos normativos y las acciones que mediante ellos se realizan, viene dada por la propia “cultura jurídica”, en un ejercicio autorreferente en el que “la profesión” (entendida en un sentido amplio que comprende a jueces, abogados, académicos, etc.)

administra sus representaciones y prácticas, y define lo que es propio y extraño al concepto. Es precisamente la búsqueda del objetivo lo que da unidad a los elementos y continuidad a las alteraciones, lo que a su vez permite que con el paso de los años y la diversidad de pretensiones, el Estado de derecho siga siendo una categoría de referencia para la conducción de ciertos asuntos públicos.

Si hoy puede parecer evidente para muchos que el Estado de derecho debe comprender el elemento “transparencia”, sin embargo, cabe preguntarse si en el pasado existió “dentro” del primero un elemento mediante el cual se realizara una función semejante o, en el caso de no ser así, qué razones explicarían tal ausencia. La función general de la transparencia en el pasado, nos parece, tenía una dimensión completamente diversa a lo que actualmente pretende lograrse con tal concepto. En su concepción originaria, el Estado de derecho giraba en torno a los individuos y a concepciones individualistas. Las posibilidades de transparentar estuvieron relacionadas con ellos, y más específicamente, con el ejercicio que los individuos hicieran de sus derechos. Los derechos de petición, libertad de prensa y la libertad de expresión, pudieron haber estado relacionados, si bien cada uno de ellos de manera diversa: mientras el derecho de petición permitía la obtención individual de información y, con ello, transparentar respecto del individuo solicitante la información contenida en los archivos públicos, mediante las libertades de prensa y expresión únicamente podía lograrse la transmisión de la información obtenida. Es decir, en un caso se estaba frente a la posibilidad de obtener información puramente individual y siempre a solicitud de un sujeto relacionado con ella, mientras que mediante los otros dos derechos lo que se tenía era una condición para hacer valer la información generada por las autoridades, siempre que antes la misma se hubiera hecho pública, bien como resultado de una gestión individual o como parte del trabajo de la prensa. Al ser las libertades de prensa y expresión una condición de transmisión más que un instrumento para el acceso a la información, veamos cuáles eran los alcances del derecho de petición en tanto instrumento individualizado para la obtención de ésta.

El derecho de petición surgió como posibilidad de solicitar a los gobernantes el otorgamiento de ciertos beneficios o concesiones. Su origen monárquico queda de manifiesto en la forma como se elabora-



ban las peticiones al monarca en Inglaterra en la Carta Magna de 1215 o en el *Petition of Rights* de 1628. Sin embargo, con el advenimiento del Estado administrativo y la transformación del derecho público posterior a la Revolución francesa, los medios de interacción entre ciudadanos y Estado se racionalizaron gracias a una conciente burocratización y profesionalización, lo que dio lugar, primero, a procedimientos específicos para cada tipo de peticiones y, segundo, a la exigencia de un interés jurídico específico a las características concretas del particular solicitante. Por tal motivo, el gobernado debe demostrar la razón de su interés para hacer la petición, sugerencia, queja o solicitud a los poderes públicos, lo que ha presentado variaciones en el tiempo, las materias o las autoridades, por ejemplo. Derivado de un conjunto de restricciones y modalidades creciente, el derecho de petición tiene actualmente un carácter residual en tanto sólo opera en los casos en que el ordenamiento no prevé procedimientos específicos para que los particulares obtengan informaciones, prestaciones o servicios de los poderes públicos. Adicionalmente, ha llegado a convertirse en un derecho puramente formal que se satisface con la mera respuesta de la autoridad, con independencia de su sentido.

Con los años, surge otra modalidad para la obtención de información que, de algún modo, puede cumplir con la función de transparentar el ejercicio del poder público: el derecho a la información. En México, este derecho como lo conocemos actualmente, se incorporó mediante la reforma al artículo sexto constitucional de diciembre de 1977. Como esta adición formó parte de los preceptos modificados en la reforma política de 1977, durante varios años se estimó que debía comprenderse como una prerrogativa otorgada a los partidos políticos. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia la Nación adoptó este entendimiento en sentencia dictada el 15 de abril de 1985, en la que negó el amparo solicitado por un particular. Un nuevo sentido se estableció cuando la Suprema Corte resolvió en junio de 1996, la solicitud hecha por el presidente de la República para que se investigaran los hechos acaecidos en el vado de Aguas Blancas, Guerrero. El cambio de interpretación consistió en darle el carácter de garantía social, necesaria para contar con la información que permitiera sustentar un régimen democrático y, desde ahí, determinar que se trataba de que sus miembros tuvieran

la certeza para los miembros de la sociedad de que las autoridades públicas proporcionarían información de sus actividades, para mantener una ciudadanía informada y apta para la democracia. Finalmente, en una serie de resoluciones dictadas en enero de 1997, diciembre de 1999 y marzo de 2000 se consideró como una garantía individual limitada por los intereses nacionales, los de la sociedad y el respeto a los derechos de tercero.

Garantizados ambos derechos por la Constitución, conviene tratar de precisar sus relaciones. Primeramente, y siempre que el derecho de petición se ejerza para solicitar información a los poderes públicos, su ámbito de aplicación podría superponerse con el del derecho a la información. Pues bien, en estos casos, lo que el particular tenga derecho a obtener de los poderes públicos dependerá de cuáles sean los contenidos del derecho a la información sobre las actividades de los poderes públicos y sus respectivas excepciones (definidas en principio por el legislador), y el interés personal que tenga un particular en una situación eminentemente concreta a partir de sus características personales y su relación con la información solicitada. Con independencia de que en algunos ordenamientos los derechos que venimos tratando sean modalidades de un solo derecho de carácter genérico, podemos decir que en México el derecho de petición puede actualizarse siempre que exista un interés jurídico del particular en relación con la información requerida; por el contrario, el ejercicio del derecho de acceso a la información permite a los miembros de la comunidad tomar de manera informada las decisiones que le corresponden.

Dada la existencia de elementos que en el contexto del Estado de derecho cumplen funciones semejantes a las asignadas a la transparencia, ¿qué añade la incorporación de esta última en aquél? A nuestro juicio, mientras que los derechos de petición o de acceso a la información permiten a los individuos concretos obtener información de los órganos del Estado que la producen, la transparencia es una condición general del funcionamiento del Estado que se actualiza aun sin la acción directa de un individuo específicamente interesado. Dicho con otras palabras, los derechos fundamentales introducen en el orden jurídico, en primer lugar, una limitante para los órganos encargados de emitir las normas generales (leyes, primordialmente) y, en segundo lugar, de un derecho de los ciudadanos, re-

flejo de la correspondiente obligación estatal (reclamable mediante una acción procesal autónoma). En ambos casos, el ejercicio del derecho exige un principio de afectación para quien reclama (*standing*), y la existencia de una controversia sobre la cual los tribunales puedan pronunciarse.

De lo anterior deriva que las posibilidades de ejercicio de las acciones encaminadas a satisfacer una petición u obtener información, se encuentren relacionadas con la posición individual de quien las ejerce, lo que en modo alguno obsta para que la información se haga de conocimiento público (primordialmente en el segundo caso) y, con ello, se logren beneficios para la colectividad. El ejercicio de los derechos mencionados, implica la posibilidad de que un juez ordene la apertura de los archivos y expedientes en casos en que por la negativa de las autoridades competentes no ha sido posible acceder a los mismos por vía administrativa ordinaria. Sin embargo, la orden judicial de apertura finalmente se encuentra sujeta a la satisfacción de las condiciones procesales apuntadas, de ahí que la presencia del elemento individual se encuentre en todo caso presente.

La transparencia rompe con tales cuestiones individuales, pues de lo que se trata es de generar un amplio flujo de información disponible, como condición general de funcionamiento del Estado, más que como resultado de condiciones procesales particulares. Lo que se presenta como el gran cambio de la transparencia es, a nuestro juicio, que tanto cuantitativa como cualitativamente, en parte gracias al aprovechamiento tecnológico, se pone la información gubernamental crecientemente importante en redes de fácil y constante acceso.

Pasamos, así, del ejercicio de los derechos al establecimiento de nuevas condiciones en la "operación" del sistema, de forma que sea el propio funcionamiento de éste el que produzca los resultados esperados, sin depender de acciones de sujetos interesados en la información misma. La transparencia "socializa" la apertura al separarla de motivaciones individuales.

V

La siguiente cuestión a responder, consiste en determinar el tipo de "beneficios" que puede aportar el Estado de derecho (como concepto y operación) a la transparencia, una vez que ésta se ha incorporado entre sus elementos, y los "beneficios" que la transparencia le

puede aportar, por las mismas razones, al Estado de derecho. Expongámoslas en ese orden.

Si el Estado de derecho es, ante todo, una compleja estructura, tanto conceptual como, deseablemente, operacional, la incorporación de la transparencia en el interior de esa estructura *modalizará* sus efectos. En otros términos, y siguiendo con la misma metáfora que hemos venido utilizando, dado que el elemento particular pretende ser incorporado a una estructura compleja, habrá de operar, en buena medida, a partir de las condiciones propias de esta última. Para quienes vienen propugnando la incorporación de la transparencia al Estado de derecho, tal vez ésta sea la elección más compleja que deben tomar, dado que en modo alguno se trata de una cuestión de acomodo natural: por un lado, y con los beneficios que ya vimos, está la posibilidad de darle un sentido integral como elemento de un concepto mayor dotado de gran prestigio y eficacia; y por otro, surge el riesgo de que, al subordinar un concepto al otro, la transparencia pierda autonomía y vea restringidas sus funciones.

En la exposición de nuestros modelos de Estado de derecho, identificamos diversas posibilidades de carácter funcional, aun cuando también encontramos ciertos elementos comunes a todos ellos, tales como el sometimiento de particulares y autoridades a la "ley", la producción de las normas bajo criterios de validez normativos a partir de las condiciones jerárquicas propias de cada ordenamiento, o la aceptación de que los contenidos normativos creados válidamente, serán legítimos o, al menos, tendrán una fuerte presunción de legitimidad. A estas condiciones jurídicas se incorpora el elemento de la transparencia, lo que conduce necesariamente a la posibilidad de declarar inválidas las normas que no recojan sus implicaciones. Si, por ejemplo, la transparencia en cuanto tal tiene jerarquía constitucional, la totalidad de las normas y actos producidos dentro del ordenamiento deberán satisfacer tal condición. Por lo reciente de la construcción del concepto "transparencia", todavía resulta difícil verlo con el carácter de norma constitucional; sin embargo, al manifestarse en diversas disposiciones legales y reglamentarias, es posible que desde esa posición determine el sentido de las resoluciones de las autoridades legislativas, ejecutivas, administrativas y judiciales.

La transparencia puede manifestarse de un modo variado, tanto en lo que hace a los sujetos obligados, las materias en las que recae, la calidad de la infor-



mación, etc. Sin embargo, su entrada en la “red” normativa en el Estado de derecho tendrá, en todo caso, efectos muy variados y poderosos, sencillamente porque el contenido fundamental comienza a operar bajo las condiciones de creación de las normas jurídicas. En los casos en los cuales el contenido “transparencia” no sea debidamente recogido en las normas que se creen, será posible ejercer las acciones previstas en el propio ordenamiento a efecto de lograr la invalidez de la norma en cuestión y, concomitantemente con ello, la preservación final de la condición de transparencia tal como originariamente haya sido establecida.

Como puede verse, lo que en realidad aporta el Estado de derecho a la transparencia son dos cosas. Por una parte, la estructura de un orden jurídico debidamente racionalizado y en operación, lo cual le permite realizarse a partir de las condiciones generales de funcionamiento de éste. En segundo lugar, aporta la legitimidad propia del “Estado de derecho”, lo cual propicia que se vean como legítimas las exigencias normativas de la transparencia, sencillamente porque son una forma de alcanzar los fines generales de aquél.

Si analizamos, por otro lado, cómo la incorporación de la transparencia afecta al Estado de derecho podemos identificar varios puntos. Primero, el incremento de la disponibilidad de información aumenta en la calidad de la información de la ciudadanía y, aumenta así las posibilidades de control de los actos del poder público. Adicionalmente, facilita el conocimiento de cómo actúan esos órganos, lo que, a su vez, aumenta la calidad de las prestaciones otorgadas y tenderá a impedir que, por la vía de la corrupción, se tomen decisiones alejadas de los parámetros de otorgamiento de bienes o servicios.

Adicionalmente podemos considerar que el aumento de la información habrá de incrementar la necesidad de tomar decisiones sustantivas por parte de los órganos del Estado. Si analizamos las decisiones tomadas por tales órganos, en muchas ocasiones es posible advertir que el resultado final de un proceso es una decisión puramente formal, esto es, sustentada en aspectos procedimentales u orgánicos, dado que ello es fácil y es parte del dominio burocrático ordinario. Sin embargo, en la medida en la que sea posible llegar a conocer los aspectos materiales que por vía de decisión deben recaer a un proceso, será posible evitar ese domino burocrático y producir de-

cisiones sustantivas por virtud de las cuales “se reconstituya el mundo”. A partir de lo anterior, nos parece posible predecir un incremento en la distribución de poderes, no sólo como resultado de la diferenciación normativa formal, sino como producto de la especialización material entre órganos. Finalmente, la información generalizada posibilita que la ciudadanía llegue a contrastar las decisiones de los gobernantes con los fines u objetivos que los mismos hubieren pretendido alcanzar. Así, puede determinarse la necesidad de las decisiones, la adecuación entre medios y los fines, la razonabilidad de las medidas adoptadas, etcétera.

VI

Si consideramos conjuntamente los efectos, resulta que todos ellos terminan por darle al Estado de derecho una connotación diferente a la que tenía antes de la incorporación de la transparencia. En lo sucesivo, habrá de producirse una situación en la que la información deberá ponerse a disposición de todos, más allá de los requerimientos personales que al efecto se hagan o de la situación propia de quienes, en su momento, pudieran estar interesados en obtenerla. A partir de ahí, los fines que suelen identificarse como propios del Estado de derecho, serán más fácilmente alcanzables. Habrá una mayor aptitud para controlar materialmente a los poderes públicos, tanto en su funcionamiento ordinario como en el modo como hayan de relacionarse con los ciudadanos.

La transparencia es una condición del Estado de derecho, no tanto porque el concepto descansa en ese elemento específico, sino porque su funcionamiento general pasa por la obtención de información. En el pasado era a través del derecho de petición o, posteriormente, del derecho de acceso a la información, la misma debía obtenerse a partir de bases exclusivamente individuales; hoy, podemos decir que sus condiciones de funcionamiento se han colectivizado. No se trata, por supuesto, de hacer de la transparencia el elemento central de todo el modelo, sino más cabalmente, decir que en concurrencia con otros elementos, el solo hecho de que la información esté disponible para todos, conlleva una modificación de las condiciones de operación del propio Estado de derecho.