



TRASPARENCIA; LOS MECANISMOS: GOBIERNO ABIERTO Y RENDICIÓN DE CUENTAS

Por Robert G. Vaughn,
profesor de derecho en la American University

Los fundadores de Estados Unidos reconocían la relación que hay entre la democracia, la rendición de cuentas y el acceso a la información gubernamental. James Madison, quien luego llegaría a ser el cuarto presidente de Estados Unidos, captó la importancia de esta relación en su conocida advertencia: "Un gobierno popular sin información popular o los medios para adquirirla, no es sino un prólogo de una farsa o una tragedia o, tal vez, de ambas a la vez".

Hoy, varias leyes garantizan los derechos de los ciudadanos de observar, entender y evaluar las decisiones y conducta de los funcionarios públicos. El acceso a la información permite a los ciudadanos denunciar los actos gubernamentales con los cuales están en desacuerdo, y buscar soluciones a la mala conducta oficial. El acceso a la información también sirve para disuadir a los funcionarios públicos de conductas inapropiadas al recordarles que deben rendir cuentas. El concepto de transparencia incorpora estos mismos valores subyacentes a la rendición de cuentas democrática, valores que en Estados Unidos comúnmente se conocen como "gobierno abierto".

La más conocida y efectiva de estas disposiciones de gobierno abierto es la Ley federal de libertad de información (*Freedom of Information Act*). Además, otras disposiciones de gobierno abierto requieren procedimientos gubernamentales abiertos y acceso a documentos e información gubernamental. La publicación de las finanzas de los funcionarios gubernamentales y servidores públicos en las ramas federales ejecutiva, legislativa y judicial, busca también darles a los ciudadanos suficiente información para que juzguen si es probable que los actos de esos funcionarios puedan ser influenciados de manera indebida por sus propios intereses financieros.

Las disposiciones de gobierno abierto mencionadas, a menudo entran en conflicto con otros valores, especialmente los relacionados con la intimidad. Este conflicto, sin embargo, puede considerarse también como la manera mediante la cual el acceso a la información gubernamental y la protección de la información personal definen las políticas de información de los regímenes democráticos.

Reproducido de "Temas de la democracia", publicación electrónica del Departamento de Estado, vol.5, No.2, agosto de 2000.

(Puede reproducirse en Colombia.)

La revolución electrónica ha tenido un efecto sobre el acceso a la información. Encierra la promesa de que el gobierno puede convertirse en un divulgador de información, reivindicando así los valores que actualmente fundamentan las disposiciones de gobierno abierto. Al mismo tiempo, puede amenazar la intimidad de maneras que debilitan las instituciones democráticas, en lugar de respaldarlas.

LAS LEYES DE LIBERTAD DE INFORMACIÓN

Aunque la Ley de libertad de información es la más conocida de tales disposiciones, los 50 estados cuentan con alguna forma de ley de libertad de información que se aplica a algunos documentos y registros gubernamentales. Un examen de la ley federal, sin embargo, puede agrupar los aspectos más sobresalientes de estas leyes estatales.

La Ley de libertad de información exige que algunos tipos de documentos estén disponibles sin necesidad de solicitarlos, y se ubiquen en salas de lectura públicas. Tales documentos incluyen la reglamentación de los departamentos y agencias del gobierno, las opiniones finales que resuelven procedimientos administrativos llevados a cabo por las agencias, y guías y manuales relevantes que afectan directamente a los ciudadanos. Mediante este requisito, el Congreso busca evitar que los funcionarios federales apliquen una "ley secreta", y garantizar que cualquier persona pueda examinar las normas que controlan el ejercicio del poder público por parte de esos funcionarios.

Como mínimo, el imperio de la ley exige tener acceso a las normas que aplican los funcionarios gubernamentales. Si las normas legales han de restringir la discreción oficial, esas normas deben conocerse. En ausencia del conocimiento de estas normas, es difícil creer que puedan limitar de manera significativa el poder de los funcionarios públicos.

Con la Ley de procedimientos administrativos (*Administrative Procedure Act*), el Congreso busca garantizar que personas y grupos conozcan la reglamentación gubernamental y tengan la oportunidad de formular comentarios sobre ella. Las agencias que proponen nuevas reglamentación deben publicarlas en el *Federal Register*, periódico de la Imprenta Nacional, el cual se puede obtener en bibliotecas o por suscripción. Además, las agencias deben publicar información acerca de su organización y funcionamiento para permitirle al público entender cómo puede buscarse un desagravio en cada agencia.

Los demás documentos y registros del gobierno se consideran públicos y deben quedar disponibles a solicitud. La Ley de libertad de información presume que cualquier persona tiene derecho a conocer los documentos gubernamentales. Las personas que solicitan estos documentos no necesitan explicar por qué los quieren ni qué uso les darán.

La Ley de libertad de información contiene nueve excepciones a la divulgación de documentos:

1. los clasificados como secretos, por razón de la defensa nacional o de la política exterior,
2. las guías o directrices internas sobre estrategias para la aplicación de la ley, cuya divulgación podría dar oportunidades de evasión,

3. aquellas cuya divulgación está específicamente prohibida por otras leyes,
4. los que contienen información comercial o financiera confidencial o privilegiada,
5. aquellos protegidos por ciertos privilegios de litigio judicial,
6. aquellos cuya divulgación constituiría una invasión claramente injustificada de la intimidad,
7. aquellos recopilados con propósitos de aplicación de la ley, cuya divulgación podría, crear el riesgo de causar ciertos daños,
8. aquellos relacionados con la vigilancia de instituciones financieras por una agencia encargada de la reglamentación o supervisión de tales instituciones,
9. los que contienen información geofísica o geológica concerniente a pozos de petróleo.

Los tribunales interpretan estas excepciones de una manera estricta, a favor de la divulgación de los documentos relevantes. Los tribunales examinan las decisiones administrativas que tratan de mantener en reserva documentos que han sido solicitados con mucho más rigor. En la mayoría de los casos, las excepciones autorizan a una agencia a retener documentos cubiertos por alguna de ellas, pero no lo requieren. (El Presidente Clinton y la Secretaria de Justicia Janet Reno han dado instrucciones a las agencias federales de no alegar a favor de una excepción a menos que puedan demostrar que la divulgación de los documentos protegidos perjudicaría el interés público). Los dos principales ejemplos de casos en los *que debe alegarse* una excepción son la información de seguridad nacional y documentos cuya publicación invadiría la intimidad.

La rendición de cuentas política se basa en el derecho a la libre expresión y el derecho a la libre asociación. Estos derechos les permiten a los ciudadanos organizarse, defender causas e impugnar las decisiones del gobierno que los representa; les permiten lograr el cambio político. En el caso del discurso político, la falta de información sobre las políticas gubernamentales que se discuten reduce la credibilidad del orador y disminuye el valor del derecho de expresión. Sin información sobre las decisiones gubernamentales y sus implicaciones, el incentivo para la asociación también se reduce.

De la misma manera, la responsabilidad legal, a través del recurso a los tribunales, requiere información sobre las políticas y prácticas gubernamentales. Por ejemplo, los documentos obtenidos según la Ley de libertad de información han motivado una serie de impugnaciones exitosas a la conducta de funcionarios gubernamentales violatoria de los derechos civiles de los ciudadanos estadounidenses.

La revolución electrónica promete al ciudadano más acceso a la información en poder del gobierno, y un mayor papel para el gobierno como divulgador de información; a través de la Ley de libertad de información electrónica (*Electronic Freedom of Information Act of 1996*) procura cumplir estas promesas. Las salas de lectura públicas se convierten en "salas de lectura virtuales", en las cuales la información está disponible a quien tenga un computador y un modem. A las agencias se les

exige ofrecer acceso electrónico a documentos sobre "temas de gran interés"; documentos que se soliciten generalmente o que probablemente sean de interés para otros solicitantes en el futuro. Ya no hay que solicitar específicamente ciertos documentos o registros; una agencia federal los pone a disposición electrónicamente. Además, algunas agencias permiten que las solicitudes de documentos y registros que no entran en esta categoría se hagan electrónicamente, y a menudo la respuesta puede ser electrónica también.

Lo que es más importante, la Ley de libertad de información electrónica mejora sustancialmente los mecanismos de acceso al destacar la función del gobierno como divulgador de información. Muchos documentos y bases de datos gubernamentales están disponibles en la internet. De manera creciente, la rama ejecutiva del gobierno federal ha mejorado el acceso en la internet a las páginas de las agencias federales. Por ejemplo, véase FirstGov (www.firstgov.gov), el portal que da acceso inmediato a páginas del gobierno federal.

OTRAS LEYES DE GOBIERNO ABIERTO

Otras leyes de gobierno abierto, aplicables al gobierno federal, también ofrecen alternativas para entender y evaluar la conducta de los funcionarios públicos. Estas disposiciones incluyen la Ley de gobierno al descubierto (*Sunshine in Government Act*), la Ley de comisiones federales asesoras (*Federal Advisory Committee Act*), la Ley de ética en el gobierno (*Ethics in Government Act*), la Ley de protección de los denunciantes (*Whistleblower Protection Act*) y, paradójicamente, la Ley de protección de la intimidad (*Privacy Act*). Con la excepción de la Ley de comisiones federales asesoras, la mayoría de los estados tienen disposiciones similares a estas leyes federales. De hecho, la Ley de gobierno al descubierto y las disposiciones de divulgación financiera de la Ley de ética en el gobierno se basan en ejemplos tomados de la ley estatal.

La Ley de gobierno al descubierto es una ley sobre reuniones abiertas, que exige que las reuniones de cuerpos colegiados como las comisiones y juntas, de dos o más miembros, se celebren en público. Al público se le debe notificar de estas reuniones en el *Federal Register* y también deben ponerse a su disposición transcripciones u otras constancias de las deliberaciones. La ley presume que las deliberaciones de los grupos de individuos responsables de estos cuerpos colegiados están sujetas al escrutinio público, así como a excepciones similares a las contenidas en la Ley de libertad de información. Como ocurre con la ley federal de libertad de información, estas excepciones se interpretan de manera estricta.

Las justificaciones para exigir reuniones abiertas son similares a las que apoyan el acceso a los documentos y registros gubernamentales. De hecho, la ley federal de gobierno al descubierto y las leyes estatales similares derivan sus nombres de una cita famosa del juez de la Corte Suprema Louis Brandeis: "Dicen que la luz solar es el mejor de los desinfectantes".

La ley federal de reuniones abiertas cubre la rama ejecutiva del gobierno. Los expedientes de las otras ramas gubernamentales también está sujetos al escrutinio público. Una combinación de disposiciones de derecho constitucional y derecho consuetudinario determina que los juicios civiles sean abiertos al público. Muchos tribunales han extendido el principio de juicios abiertos para

permitir el acceso del público a los dictámenes y órdenes que disponen la litigación y los documentos que apoyan esos dictámenes. Las sesiones de la Cámara de Representantes y del Senado son abiertas al público. Según las reglas de procedimiento relevantes, la mayoría de las audiencias y muchas de las deliberaciones de las comisiones son también abiertas.

Así como la Ley de gobierno al descubierto se aplica a las deliberaciones de los cuerpos colegiados, tales como juntas o comisiones, la Ley de comisiones federales asesoras reglamenta las comisiones asesoras que incluyen a ciudadanos particulares. Estas comisiones son asesoras pero el gobierno las utiliza para formular normas y procedimientos oficiales. Uno de los principales métodos de reglamentación es la disposición de llevar a cabo reuniones abiertas con notificación publicada previamente en el *Federal Register*. Además, la Ley de comisiones federales asesoras exige el acceso a la información relativa a los miembros, actividades y decisiones de tales cuerpos. Debido a que estas comisiones pueden desempeñar una función significativa en la formulación de políticas gubernamentales, su rendición de cuentas exige que se conozcan sus actividades.

De manera similar, la justificación de las leyes de gobierno abierto se aplica a la Ley de protección a los denunciantes. Esta Ley protege contra represalias a los empleados federales que revelan información sobre la conducta oficial que los empleados, razonablemente, creen que representa una violación de una ley o reglamentación, un grave despilfarro de fondos, malísima administración, un abuso de autoridad o un peligro específico y sustancial para la salud y la seguridad públicas. Como otras leyes de gobierno abierto, la protección a los denunciantes ayuda a garantizar que las personas tengan la información necesaria para hacer uso de los derechos de libre expresión y asociación, derechos que son el fundamento de la responsabilidad política.

La protección de los denunciantes reivindica el derecho a la libre expresión. El momento en el cual la información *quede* disponible es tan importante como el que la información *esté* disponible. La protección a los denunciantes aumenta tanto la disponibilidad como la oportunidad de la información. Debido a que los denunciantes pueden sacar a luz información oculta y revelar el encubrimiento de la mala conducta, proporciona información en un momento en el cual es posible responder de manera significativa. El derecho a la libre expresión no protege simplemente la crítica; garantiza también el derecho de utilizar procedimientos democráticos para cambiar los actos y la política del gobierno. Las protecciones de los denunciantes complementan las leyes de libertad de información al garantizar el acceso a importante información antes de que alguien se entere de la necesidad de solicitar documentos y registros gubernamentales.

La Ley de protección de la intimidad, a pesar de la connotación de su nombre, garantiza el acceso a documentos y registros gubernamentales. Una persona puede utilizar la Ley para lograr examinar información sobre sí misma que pueden obtenerse mediante algún tipo de identificación, tal como un nombre o el número del seguro social. Cada persona tiene derecho de examinar esos registros y, en ocasiones, puede solicitar que estos se corrijan o enmienden. Los tribunales hacen valer estos derechos de acceso y enmienda. El acceso a estos registros le permite a la persona evaluar si el gobierno ha cumplido con las obligaciones establecidas por esta Ley, de garantizar que tales registros sean precisos, oportunos, relevantes y completos. Esta Ley también reglamenta cómo una agencia obtiene, mantiene, protege, usa y distribuye tales registros.

La Ley de ética en el gobierno exige que los miembros del Congreso, los jueces federales y ciertos funcionarios ejecutivos, entre ellos los empleados públicos de alto rango, entreguen información financiera para ponerla a disposición del público. En estos informes financieros se incluyen las diferentes fuentes de ingreso, entre ellas dividendos, intereses, rentas y ganancias de capital que se deben informar sólo en amplias escalas de valores; otras formas de ingreso, entre ellos los honorarios, deben divulgarse de manera más detallada. También están incluidos los regalos y la información sobre activos y pasivos. Las disposiciones de la Ley son complejas y algunas divulgaciones, como las relacionadas con los activos, también se hacen dentro de amplias escalas de valores. Sin embargo, queda a disposición del público una significativa cantidad de información financiera personal.

El Congreso justificó estas invasiones de la intimidad basándose en la necesidad de garantizarle al público la integridad de los altos funcionarios gubernamentales. Cualquier ciudadano puede examinar estos informes para asegurarse de que los funcionarios gubernamentales no tienen conflictos de interés entre sus obligaciones públicas y sus intereses financieros personales. La divulgación pública de los intereses financieros de los funcionarios gubernamentales es una fuerte declaración en lo relacionado con la responsabilidad de los empleados públicos para con su público.

ACCESO E INTIMIDAD PERSONAL

Aunque las leyes de divulgación financiera pública ilustran perfectamente el conflicto entre acceso e intimidad, todas las leyes de gobierno abierto afrontan ese conflicto. Por ejemplo, la Ley de libertad de información: gran parte de la información en documentos gubernamentales no generada por el gobierno, sino proporcionada por terceros. Además, la información generada por el gobierno puede referirse a actividades o características de los individuos. En consecuencia, es probable que muchos documentos y registros gubernamentales incluyan cantidades sustanciales de información que afectan la intimidad de individuos.

La Ley de libertad de información aborda este conflicto entre acceso e intimidad permitiendo la retención de documentos cuya publicación constituiría una invasión claramente injustificada de la intimidad. Esta excepción protege la intimidad, pero crea un equilibrio a favor del acceso a materiales que permiten examinar las operaciones gubernamentales; porque la excepción exige demostrar que la divulgación debe conducir a una invasión claramente injustificada de la intimidad. Debido a la relación existente entre la Ley de libertad de información y la Ley de protección de la intimidad, la mayoría de las autoridades considera que la información cubierta por la excepción por motivo de intimidad que establece la Ley de libertad de información, también queda protegida por la Ley de protección de la intimidad. Por lo tanto, los funcionarios federales carecen de autoridad para publicar documentos amparados por la excepción de intimidad.

La revolución electrónica puede ser vista como una amenaza a la conciliación entre acceso a la información e intimidad. La facilidad de acceso que ofrece la internet y la función del gobierno como divulgador de información pueden aumentar la probabilidad de violaciones de la intimidad. Algunos críticos sostienen que la Ley de libertad de información electrónica reduce las protección legal y práctica de la intimidad. La resolución legal del conflicto entre intimidad y acceso requiere una cuidadosa evaluación del alcance de la protección de la intimidad y las justificaciones del

acceso. La solución, sin embargo, puede ser imposible de alcanzar si el conflicto se considera una opción entre valores inconmensurables.

Desde otro punto de vista, tanto el acceso a la información como la intimidad son importantes para la rendición de cuentas en una democracia. La protección de la intimidad le plantea al individuo la opción de hablar y de cómo hablar, en diferentes lugares y en diferentes oportunidades y, por ende, respalda el derecho de libre expresión. La protección de la intimidad también sostiene el derecho de libre asociación. Por ejemplo, durante el movimiento de los derechos civiles en el sur de Estados Unidos en la década del sesenta, la publicación de la lista de miembros de la Asociación Nacional por el Progreso de las Personas de Color habría desalentado la afiliación a ese grupo y socavado el derecho a la libre asociación, lo cual es uno de los fundamentos de la rendición de cuentas política.

En el libro *Privacy and Freedom (Intimidad personal y libertad)*, el cual marca un hito en la materia, Alan Westin pone de relieve la relación que hay, en los gobiernos democráticos, entre acceso a la información e intimidad. De hecho, define la democracia y el autoritarismo en términos de política sobre información. Los gobiernos autoritarios se identifican por el fácil acceso a la información sobre actividades de los ciudadanos y las extensas limitaciones a la capacidad de los ciudadanos de obtener información sobre el gobierno. En contraste, los gobiernos democráticos se destacan por las restricciones significativas a la capacidad gubernamental de obtener información sobre sus ciudadanos y por el fácil acceso de los ciudadanos a la información sobre las actividades gubernamentales. En lugar de estar inexorablemente en conflicto, el acceso a la información y la intimidad se entrelazan con la rendición de cuentas democrática.

* * * * *