



Papeles el tiempo de los derechos

ANOTACIONES SOBRE TRANSPARENCIA, DEMOCRACIA Y CONTROL DEL PODER

Francisco Javier Ansuátegui Roig
**Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Departamento de Derecho
Internacional Público, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho**
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras Clave: transparencia, democracia, control del poder y publicidad.

Número: 25 Año: 2014

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

ANOTACIONES SOBRE TRANSPARENCIA, DEMOCRACIA Y CONTROL DEL PODER*.

Francisco Javier Ansuátegui Roig

I.

Creo que, en la actualidad y en nuestro país, cualquier reflexión sobre la transparencia y su vinculación con la democracia, está condicionada por los episodios de corrupción que nos llegan a través de los medios de comunicación, principalmente, y también por la acción de los tribunales. Ciertamente, la corrupción es un problema real en estos momentos en España, si bien posiblemente también lo sea en cualquier sistema democrático, o si se quiere, político. La presencia y conocimiento de casos de corrupción en un sistema democrático obedece a la visibilidad provocada, tarde o temprano, por la acción de los medios de comunicación en el ejercicio de la libertad de información. En este punto, es de subrayar la relevancia de estos medios y de la circulación de la información a través de las redes sociales –cuyo protagonismo en la acción política crece día a día- a la hora de crear un contexto de denuncia y de rechazo frente a la corrupción.

Lo que singulariza la relevancia de la corrupción en un sistema democrático es, entre otras cosas, la radical oposición entre el sentido y las consecuencias de las conductas corruptas y las exigencias morales mínimas sobre las que se asienta la cultura democrática. Además, la corrupción supone una supeditación de las decisiones que han de adoptarse en el ámbito público a los condicionantes derivados de otras esferas o ámbitos, con lo que ello supone a la hora de disminuir la autonomía de lo público respecto a lo privado.

Con independencia de las dificultades que puede plantear identificar determinadas situaciones o comportamientos “fronterizos” entre lo permitido por la ley y lo no permitido, lo que parece claro es que la corrupción política presenta al menos algunos rasgos que la caracterizan. Jorge Malem ha definido los actos de corrupción como “la violación de un deber posicional realizado por quien ostenta un cargo o cumple alguna función determinada por cierto sistema de reglas, efectuada con motivo del ejercicio del cargo o del cumplimiento de la función y realizada en un marco de discreción con el objeto de lograr algún beneficio extra posicional”¹. Por su parte, Elviro Aranda ha subrayado la presencia de cuatro elementos en la caracterización de la corrupción política: a) la ilegalidad, derivada de la contradicción con las normas jurídicas; b) la ilegitimidad, que supondría la oposición respecto a las costumbres políticas que, aunque no estén expresamente contenidas en la ley sí lo están en los principios de la democracia; c) la ilicitud, que tiene que ver con la infracción de normas

* El presente texto tiene como base mi intervención en las Jornadas *Representación política y calidad democrática*, Universidad de Jaén, 5 de mayo de 2014. Agradezco a Alberto del Real y a Catalina Ruiz-Rico la amable invitación a las mismas. La reflexión se enmarca en el *Proyecto de investigación: “Los Derechos Humanos en el S. XXI. Retos y desafíos del Estado de derecho global” (DER 2011-25114), Plan Nacional de I+D+I, Ministerio de Ciencia e Innovación.*

¹ MALEM SEÑA, J. F., “El fenómeno de la corrupción”, en LAPORTA, F. J., ALVAREZ, S., (eds.), *La corrupción política*, Alianza, Madrid, 1997, p. 80.

éticas a través de comportamientos individuales; d) en fin, el secreto, “el intercambio oculto’ entre el espacio político y el mercado económico. La clandestinidad, la falta de publicidad como nota consustancial a la corrupción precisamente por violar los parámetros de legalidad, legitimidad y licitud”².

Pues bien, si he querido mostrar en este momento inicial estas caracterizaciones de la corrupción es precisamente para mostrar el lugar que en ellas ocupa el secreto, la opacidad, la falta de transparencia, de información. En efecto, esta circunstancia –la de la oscuridad que en todo caso acompaña a los casos de corrupción- debería servirnos para ofrecernos alguna pista sobre la incompatibilidad entre corrupción y democracia, a partir del lugar que la transparencia tiene en la nómina de los elementos estructurales de la democracia.

II.

Pues bien, podría pensarse que la Ley 19/ 2013, de 19 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, es el resultado de un ambiente como el que ha caracterizado la vida pública española en los últimos años. Y que, en situaciones de “normalidad” o de “limpieza democrática” leyes como esta no son necesarias, porque las cosas “funcionan bien”. Pero, más allá de la mayor o menor extensión de la prácticas corruptas en los sistemas democráticos³, en realidad, las exigencias de transparencia, o de rendición de cuentas, no sólo tienen sentido en situaciones de excepcionalidad, sino que más bien deberían ser entendidas como consustanciales a las exigencias de la democracia. Es decir, no parece justificado -en clave democrática- haber esperado prácticamente 35 años (desde 1978) para tener una ley como esta. ¿Estamos frente a una promesa incumplida –o incluso un fracaso- de la democracia, la que se refiere a la transparencia del poder?. Sabemos que Bobbio responderá afirmativamente a esta pregunta⁴. En todo caso, lo que sí es cierto es que estamos frente a una situación deficitaria en relación con determinadas exigencias mínimas de la democracia

No es mi intención detenerme en esta ocasión en un análisis pormenorizado de la ley 19/2013⁵. No obstante, en la ley hay cuestiones importantes para una teoría de los derechos. Por ejemplo, la referida al anclaje constitucional del derecho de acceso a la información pública. Como es sabido, el art. 12 de la ley⁶ lo vincula al art. 105 b. de la Constitución, que semana; “La ley regulará: el acceso de los ciudadanos a los archivos y

² ARANDA ESTEVEZ, E., “Una reflexión sobre transparencia y buen gobierno”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 5, 2013, p. 224. La definición que Elviro Aranda tomo como referencia es la de G. PASQUINO, según el cual la corrupción política es “il fenómeno per mezzo del quale un funzionario pubblico è spinto ad agire in modo difforme dagli standard normativi del sistema in esame per favorire interessi particolaristici in cambio di una recompensa. Corrotto è, pertanto, il comportamento illegale di colui che occupa un ruolo nella struttura statale”, Voz “Corruzione politica”, en BOBBIO, N., MATTEUCCI, N., PASQUINO, G., (dirs.), *Dizionario di Politica*, UTET, Torino 1990, p. 239.

³ Vid. JIMENEZ DE PARGA, M., “La corrupción en la democracia”, en LAPORTA, F. J., ALVAREZ, S., (eds.), *La corrupción política*, cit., pp. 135 y ss.

⁴ Vid. BOBBIO, N., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984.

⁵ Al respecto puede consultarse GUICHOT, E. (coord.), *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Estudio de la ley 19/2013 de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014.

⁶ “Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley”.

registros administrativos, salvo lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”. Desde el momento en que el art. 105 b. CE no se inserta en el Título I (“De los derechos y deberes fundamentales”) sino en el Título IV (“Del gobierno y de la Administración”), podríamos preguntarnos si el derecho de acceso a la información pública es un derecho autónomo o más bien es una manifestación de la libertad de información. Aquí caben dos posiciones: a) por una parte, podemos afirmar que estamos frente a una manifestación concreta del derecho a “comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”, al que se refiere el art. 20.1.c) CE; b) por otra, la que señalaría que en realidad estamos frente a un derecho constitucional autónomo de configuración legal (con lo que ello implicaría en relación con la inexistencia de reserva de Ley Orgánica y con la imposibilidad de ser protegible a través de la vía del amparo constitucional). En mi opinión, y en el marco de una interpretación constitucional favorecedora de la potenciación de los derechos mediante su acompañamiento de reforzados medios de garantía, existen buenas razones para optar por la primera posición. En palabras de Emilio Guichot, “el reconocimiento autónomo en nuestra Constitución del derecho a recibir información, y la importancia del flujo de la información detentada en exclusiva por la Administración en la llamada sociedad del conocimiento, puede constituir un anclaje suficiente para conectar libertad de información y derecho de acceso a la información. Si en la jurisprudencia constitucional este derecho conecta directamente con el propio principio de Estado democrático, que precisa de una opinión pública informada, y esta afirmación se hace incluso respecto a información sobre personajes famosos, con cuánta mayor razón puede predicarse esto mismo de información que detenta la propia Administración relacionada con la gestión de los asuntos públicos”⁷.

III.

Pues bien, la tesis en la que me quiero centrar en esta ocasión es que la transparencia (con lo que ello supone para la visibilidad de las decisiones –sujetos que las toman, contenidos de las mismas, procesos a través de los cuales se adoptan las decisiones-) es una exigencia de la democracia porque: a) implica información y publicidad. La publicidad funciona como mecanismo de control frente a las decisiones y actuaciones del Poder. La filosofía de los límites al Poder – de la que el constitucionalismo es una expresión- exige esa publicidad. La obligación de publicidad es una estrategia limitativa a la que se debe someter el poder en democracia; b) por otra parte, la transparencia permite una formación “informada” de la voluntad popular. La satisfacción del derecho a la información es un requisito de la participación en los asuntos de la res pública. En definitiva, publicidad, transparencia, información, límite, son elementos esenciales del discurso del constitucionalismo democrático y del esquema de rendición de cuentas y de control en el que se ha de someter el poder en ese contexto.

Me parece evidente que lo anterior implica, en primer lugar, un reconocimiento de la potencialidad limitadora del poder que la obligación de publicidad y del libre flujo de la información tiene respecto al Poder; y, en segundo lugar, constatar que no hay sistema democrático sin efectividad de las dimensiones limitativas frente al poder. De

⁷ GUICHOT, E., *Transparencia y acceso a la información pública en España. Análisis y propuestas legislativas*, Documento de trabajo 170/2011, Fundación Alternativas, p. 25 (Puede consultarse en <http://www.falternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/transparencia-y-acceso-a-la-informacion-publica-en-espana-analisis-y-propuestas-legislativas>)

manera que podríamos ratificarnos en la afirmación según la cual hay una estrecha relación entre democracia y transparencia. Pero esta relación puede plantearse, a su vez, a través de dos modalidades. La relación puede ser definitoria de la calidad de la democracia o, por el contrario, podemos estar hablando de una relación conceptual. Me parece que la transparencia es más que una cuestión de calidad. Es decir, estamos hablando de una relación conceptual, a partir de la cual sin transparencia no hay democracia. Podrá pensarse que esta es una tesis radical, pero es que posiblemente radicales son determinadas exigencias de la democracia. Creo que la anterior distinción puede tener sentido ya que en ocasiones se enfoca la relación entre democracia y transparencia en términos de calidad, de manera que un régimen más transparente es más democrático que uno que no lo es. Por ejemplo, Manuel Villoria ha señalado que “el buen gobierno, a través de la transparencia, la rendición de cuentas y la receptividad democrática construye cultura de la legalidad, y esta es una componente importante de la calidad democrática”⁸.

La afirmación de la vinculación entre transparencia y democracia descansa en una determinada filosofía política, articulada en torno a un complejo discurso en el que intervienen conceptos dotados de una evidente carga emotiva, como transparencia, buen gobierno, rendición de cuentas, gobernanza, gobernabilidad, cultura de la legalidad. Por otra parte, el marco conceptual en el que dicho discurso se desarrolla es el que admite una estrecha relación entre Estado de Derecho y democracia. Las exigencias políticas de la democracia se articulan jurídicamente a través de los mecanismos del Estado de Derecho, en su dimensión material o sustancial (que sitúa en el centro de las estrategias limitativas a las que se somete al Poder a los derechos fundamentales)⁹. En resumida caracterización ofrecida por Elías Díaz, el Estado de Derecho es la institucionalización jurídica de la democracia¹⁰.

Por tanto, la presente reflexión versa sobre algunos aspectos de la filosofía política que está detrás –o debería estar– de una ley de transparencia. No pienso necesariamente en la española. Me muevo, por tanto, en el ámbito más amplio de la fundamentación de las normas. La pregunta es la referida al por qué de las normas y a los objetivos a los que deberían estar encaminadas.

IV.

La filosofía política que está detrás de las exigencias de transparencia hunde sus raíces en el ideario de la Ilustración. Me parece que el mejor ejemplo al respecto es el de Kant cuando responde a la pregunta sobre el sentido de la misma. Creo que puede ser útil recordar el significado de la propuesta kantiana¹¹.

⁸ VILLORIA, M., “Cultura de la legalidad y buen gobierno”, en VILLORIA MENDIETA, M., WENCES SIMON, M. I., *Cultura de la legalidad. Instituciones, procesos, estructuras*, Catarata, Madrid, 2012, p. 30.

⁹ Vid. ANSUATEGUI ROIG, F. J., *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 99 y ss.

¹⁰ Vid. DIAZ E., *Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003, p. 148.

¹¹ Me he referido a ella anteriormente en ANSUATEGUI ROIG, F. J., *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp. 289 y ss.

En su breve escrito "*Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?*" (1784)¹², Kant comienza con las siguientes palabras: "*La ilustración es la liberación del hombre de su culpable incapacidad. La incapacidad significa la imposibilidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otro. Esta incapacidad es culpable porque su causa no reside en la falta de inteligencia sino de decisión y valor para servirse por sí mismo de ella sin la tutela de otro. ¡Sapere aude! ¡Ten el valor de servirte de su propia razón!: he aquí el lema de la ilustración*"¹³. Kant está reivindicando el pensamiento autónomo, desprendido de tutelas y prejuicios. El contexto en el que el individuo debe pensar por sí mismo es el de la libertad y la razón. Distinguiendo entre el *uso público* y el *uso privado* de la razón, Kant sienta las bases de la importancia de la libertad de crítica y de la libertad de expresión. El uso público de la razón consiste en la expresión de la misma que el ciudadano, en su condición de tal, efectúa ante la colectividad. Por el contrario, el uso privado viene determinado por el uso de la razón que hace un ciudadano ante la colectividad, pero ya no en función de su ciudadanía, igual a la de otros miembros de la colectividad, sino como «funcionario» o persona con unos determinados deberes concretos y específicos. A partir de la relación que Kant establece entre el uso público de la razón y la Ilustración puede deducirse claramente cuál es el papel y la importancia que atribuye a la libertad de expresión y a la publicidad de las ideas en el proceso de ilustración. El uso público de la razón es sinónimo de una libertad de expresión completa por parte del ciudadano cuando éste actúa en comunidad como un sujeto libre no sometido a ninguna autoridad. En estas ocasiones, la libertad de expresión ha de ser completa ya que el tráfico de la razón pública no puede ser sometido a cortapisas ni a limitaciones. Junto a esto, hay que recordar que Kant considera que la publicidad de la razón se constituye en verdadera salvaguarda de los derechos naturales de los individuos y del progreso. La publicidad es el medio que permite al hacer llegar sus quejas y peticiones al Estado: "La prohibición de la publicidad impide el progreso de un pueblo hacia mejor, hasta en aquello que afecta a lo mínimo de su fomento, a saber, el mero derecho natural"¹⁴.

Además, para Kant, no se puede renunciar al uso público de la razón. No se pueden establecer verdades eternas ni dogmas inamovibles frente a los cuales no quepa una actitud pública crítica. Se estaría limitando el progreso humano y, por tanto, la Ilustración: "Una generación no puede obligarse y juramentarse a colocar a la siguiente en una situación tal que le sea imposible ampliar sus conocimientos (presuntamente circunstanciales), depurarlos del error y, en general, avanzar en el estado de su ilustración. Constituiría esto un crimen contra la naturaleza humana, cuyo destino primordial radica precisamente en este progreso"¹⁵. Sin la libertad crítica es imposible la transformación y evolución del saber y la autosuperación hacia mejor de la humanidad. La libertad crítica, por lo que ella supone para la Ilustración, es entendida por Kant como un postulado imprescindible. Siempre hay que dejar a los ciudadanos libertad

¹²Puede encontrarse en KANT, "*Filosofía de la Historia*", prólogo y trad. de Eugenio Imaz, F.C.E., México, 1978.

¹³KANT, "¿Qué es la Ilustración?", en "*Filosofía de la Historia*", cit., p. 25.

¹⁴KANT, "Si el género humano se halla en progreso constante hacia mejor", en "*Filosofía de la historia*", cit., p. 111. J. de LUCAS se ha referido a la importancia que adquiere el principio de publicidad en la Ilustración en "Democracia y transparencia. Sobre Poder, secreto y publicidad", *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII, 1990, p. 133.

¹⁵KANT, "¿Qué es Ilustración?", cit., p. 32.

para pronunciarse y criticar, suministrando así las bases para una evolución del saber y de la adecuación de la humanidad. Se deben permitir las críticas, ofreciendo posibilidades de elaborar propuestas de cambio. No son válidos los sistemas cerrados, aquellos en los que permanece una "constitución religiosa incommovible, que nadie podría poner en tela de juicio públicamente... (De lo contrario) se destruiría todo un período en la marcha de la comunidad hacia su mejoramiento"¹⁶.

La defensa que Kant efectúa de la libertad de crítica, como expresión del uso público de la razón, implica necesariamente una condena de la censura, en la que Kant se muestra explícito. El gobernante no puede impedir que el individuo exponga públicamente su razón. Por eso, Kant afirma que el gobernante "hará agravio a la majestad de su persona si en ello se mezcla hasta el punto de someter a su inspección gubernamental aquellos escritos en los que sus súbditos tratan de decantar sus creencias, ya sea porque estime su propia opinión como la mejor, en cuyo caso se expone al reproche: *Caesar non est supra grammaticos*, ya porque rebaje a tal grado su poder soberano que ampare dentro del Estado el despotismo espiritual de algunos tiranos contra el resto de sus súbditos"¹⁷. El libre y pleno uso público de la razón implica que al individuo no se le censure en la exposición de sus pensamientos y opiniones. Pero al mismo tiempo, también supone que el ciudadano ha de poder criticar las disposiciones del gobernante. Este, además de no poder censurar, debe permitir el libre uso público de la razón en relación con la legislación: "...tampoco en lo que respecta a la *legislación* hay peligro porque los súbditos hagan uso *público* de su razón, y expongan libremente al mundo sus ideas sobre una mejor disposición de aquella, haciendo una franca crítica de lo existente"¹⁸.

En el discurso de la Ilustración, el uso público de la razón va a permitir que esta desarrolle todas sus potencialidades como método de conocimiento. Pero, y esto es lo que merece ser subrayado aquí, la razón también se presenta como el origen de la normatividad social. Es aquí donde se sientan las bases de la operatividad política de la opinión pública.

El proceso de construcción del moderno concepto de opinión pública fue estudiado en su momento por Jürgen Habermas que, al analizar los primeros desarrollos del concepto de opinión pública en Inglaterra, Francia y Alemania, subrayaba la aparición, a lo largo del siglo XVIII francés, de "un público políticamente racionante"¹⁹. La problemática relacionada con los asuntos públicos comienza a constituir un ámbito de razonamiento respecto de cuya reflexión el ciudadano se siente protagonista activo. A partir de una "tendencia hacia la discusión permanente entre personas privadas"²⁰, este raciocinio público implica, en primer lugar, la participación del individuo, como sujeto singular, en el mismo. Esta participación del individuo en el diálogo, que desde la esfera de lo privado se traslada a lo público, implica también "la

¹⁶KANT, "¿Qué es Ilustración?", cit., p. 33.

¹⁷KANT, "¿Qué es Ilustración?", cit., p. 34.

¹⁸KANT, "¿Qué es Ilustración?", cit., p. 36.

¹⁹ HABERMAS, J. "Historia y crítica de la opinión pública", (3ª edic.), trad. de Antonio Doménech, Ed. Gustavo Gili, México, 1986. cit., p. 103. Entre nosotros puede consultarse RODRIGUEZ URIBES, J. M., *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

²⁰J. HABERMAS, "Historia y crítica de la opinión pública", cit., p. 73.

problematización de ámbitos incuestionables"²¹ anteriormente. En este sentido, el individuo, además de participar en condiciones de igualdad en el debate, lo hace desde el punto de vista crítico. Se procede a la puesta en entredicho de postulados que hasta ese momento no habían sido examinados críticamente. En consecuencia se amplían los ámbitos de debate y discusión. Y al tiempo que se produce un ensanchamiento del ámbito material de discusión, un proceso similar tiene lugar en el ámbito personal: "Las cuestiones discutidas se convertían en algo «general», no sólo en el sentido de su relevancia, sino también en el de su accesibilidad: todos debían *poder* entender de ello"²².

El proceso de "razonamiento público de las personas privadas"²³ tiene consecuencias en el ámbito político. La opinión pública, formulada a partir de la libre concurrencia de las opiniones individuales, se convierte en el criterio de racionalidad pública, que tiene un carácter normativo social. Así, la opinión pública se constituye como un auténtico tribunal que desempeña el papel de una verdadera autoridad en el ámbito social. Estamos frente a un tribunal impersonal y anónimo²⁴, público e infalible, cuya autoridad se deriva del diálogo y debate racional –si bien con las restricciones propias del liberalismo originario –.

La racionalidad pública, que actúa al modo de una verdad social, se alcanza a través del desarrollo de la opinión pública, que se genera en el ámbito de lo privado. No hay opinión pública si no hay opinión individual previa, lo cual presupone la existencia de personas independientes y capaces de opinar por sí solas. A partir del encuentro y contraste de opiniones individuales, distintas y contrarias, se alcanza una síntesis, que va a ser entendida como la verdadera norma de ordenación social. Es la opinión pública que se produce desde la idea de libertad, generalidad y racionalidad. Se alcanza así un concepto de verdad, pragmático, basado en una mentalidad dialéctica, opuesto claramente a la idea de verdad dogmática. Por lo tanto, la intervención de la razón como criterio de ordenación política y social se produce a través de la formación y actuación de la opinión pública.

En este contexto, la opinión pública comienza a funcionar como una estrategia limitativa no institucionalizada en relación con el ejercicio del Poder. De manera paralela a otros mecanismos institucionalizados de limitación del poder, que se irán robusteciendo con el paulatino desarrollo del constitucionalismo, la dimensión crítica de

²¹J. HABERMAS, "*Historia y crítica de la opinión pública*", cit., p. 74.

²²J. HABERMAS, "*Historia y crítica de la opinión pública*", cit., p. 75. Sin embargo, esta extensión del componente personal del diálogo ha de ser matizada. Si la racionalidad a la que contribuye la actuación de la opinión pública es fruto de la actuación de «todos», conviene explicar a qué nos referimos cuando hablamos de «todos», ya que el pensamiento ilustrado introduce determinados criterios de corrección. La opinión pública es fruto de la participación del público ilustrado, pero no todas las personas pertenecen a esta categoría, existiendo determinadas circunstancias que, de concurrir en una persona, la sitúan en condiciones de poder ser considerada ilustrada y poder, por tanto, contribuir a la formación de la opinión pública, como por ejemplo la educación o instrucción y la propiedad. Son circunstancias que no se encuentran comunicadas entre sí; en realidad, cabría efectuar una relación de dependencia entre ellas. En este sentido, el pensamiento liberal, considera que la propiedad posibilita que el individuo no dependa de la fuerza de su trabajo, pudiendo así disfrutar de ocio, de manera que tenga posibilidades de entregar su tiempo a las labores de Ilustración

²³J. HABERMAS, "*Historia y crítica de la opinión pública*", cit., p. 90.

²⁴Vid. M. OZOUF, "L'opinion publique", en BAKER, Keith Michael (ed.), "*The French Revolution and the creation of modern political culture*", vol. 1: "*The political culture of the Old Regime*", Pergamon Press, Oxford, 1987, pp. 424-426.

la opinión pública tiene el efecto de someter a continuo escrutinio el ejercicio del Poder²⁵.

Pues bien, esta dimensión limitativa de la opinión pública no es posible en un contexto de ausencia de transparencia. O, mejor dicho, la falta de publicidad implica la disminución de la densidad de la limitación a la que se somete al poder, de manera que se procede a una desnaturalización del constitucionalismo democrático. Por ello, es importante subrayar la relevancia de la transparencia –entendida como “cualidad consistente en permitir el pleno acceso de la ciudadanía a las determinaciones provenientes de los órganos del Estado y de los procesos de que derivan”²⁶- como elemento de la democracia. Sin flujo de información, sin transparencia, sin publicidad, no es posible imaginar a esos individuos que protagonizan el uso público de la razón sobre la que se asienta la opinión pública.

V.

Ciertamente, la cuestión de la publicidad ha constituido un motivo recurrente en la filosofía política; ha estado tras la reflexión referida al secreto de Estado, a los *arcana imperii*, a la razón de Estado²⁷... No por casualidad la Ilustración, con su metáfora iluminista, supone el desarrollo de un discurso reivindicativo del valor político y moral de la publicidad²⁸.

²⁵ Carlos Nino, a partir de la genérica identificación de la idea de constitucionalismo con la de gobierno limitado, reflejó una serie de significados o sentidos del concepto, hasta ocho en total. que varían en su robustez o intensidad, y que se determinan en función de las exigencias que se satisfacen en cada caso. Así, el constitucionalismo se identifica con: 1) la teoría del *rule of law*, y de la limitación de los poderes a través de reglas; 2) la presencia de una Constitución, norma suprema cuya garantía está asegurada a través de la previsión de mecanismos de reforma complejos en relación con los que se exigen para reformar las leyes; 3) las restricciones formales impuestas desde la Constitución a las leyes y que pueden consistir por ejemplo en la exigencia de generalidad, irretroactividad, publicidad, estabilidad; 4) un sistema de separación de poderes; 5) la inclusión en la Constitución del reconocimiento de derechos que deben ser respetados por los poderes del Estado; 6) la existencia de un mecanismo de control judicial de constitucionalidad encaminado a proteger esos derechos; 7) el origen democrático de determinadas instituciones de gobierno; 8) en fin, un modelo particular de democracia, que se puede identificar con el desarrollo de mecanismos participativos y representativos. Nino subraya el hecho de la mayor o menor robustez y solidez del constitucionalismo en función de la presencia de un mayor o menor número de los requisitos citados. Vid. NINO, C. S., *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de R. P. Saba, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 16-17. Nino se está refiriendo a dimensiones institucionalizadas de control y limitación del Poder, mientras que la opinión pública constituiría un caso de estrategia no institucionalizada de control y limitación del poder.

²⁶ COSSIO, J. J., “Transparencia y Estado de Derecho”, en ACKERMAN, J. J., (coord.), *Más allá del acceso a la información. Transparencia, rendición de cuentas y Estado de Derecho*, UNAM-Siglo XXI, 2008, p. 100.

²⁷ Junto al clásico trabajo de F. MEINECKE, *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*, intr. de J. A. Maravall, Instituto de Estudios Políticos, Madris, 1962, pueden consultarse también, entre otros, los trabajos de J. DE LUCAS, “De secretos, mentiras y razones de Estado”, *Claves de razón práctica*, nº 52, 1995, pp. 22 y ss., y de E. FERNANDEZ GARCIA, *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho: la racionalidad política*, Dykinson, Madrid, 1997

²⁸ Como señala Norberto BOBBIO, la publicidad “è una categoria tipicamente illuministica in quanto rappresenta bene uno degli aspetti della battaglia di chi si considera chiamato a sconfiggere il regno delle tenebre: dovunque abbia esteso il proprio dominio, la metáfora della luce e del rischiaramento (della *Aufklärung* o dell’*Enlightment*) ben si addice alla rappresentazione den contrasto fra potere visibile e potere invisibile”, “La democrazia e il potere invisibile”, ID., *Il futuro della democrazia*, cit., p. 91.

Ya he aludido a la importancia de Kant al respecto. Según Bobbio, fue Kant el que más contribuyó a aclarar el nexo entre opinión pública y publicidad del Poder²⁹. Para Kant, la necesidad de visibilizar el Poder es política, y también moral. En su caracterización de la Ilustración, reivindica el uso público de la razón que “es lo único que puede traer ilustración a los hombres...”³⁰. Y el uso público de la razón exige la publicidad de los actos del soberano. Se está contribuyendo así a consolidar el discurso moderno sobre la función política de la libertad de opinión y de la libertad de crítica, que posteriormente retomará Habermas en *Historia y crítica de la opinión pública*, como hemos visto.

En Kant la publicidad constituye un test primario de la justicia de las decisiones y de los actos del poder. En el Apéndice a *La Paz Perpetua*, Kant se refiere al Principio Fundamental del Derecho Público: “Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho se otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados”³¹: “un principio que no pueda manifestarse en alta voz sin que se arruine al mismo tiempo mi propio propósito, un principio que, por lo tanto, debería permanecer secreto para poder prosperar y al que no puedo confesar públicamente sin provocar indefectiblemente la oposición de todos, un principio semejante sólo puede obtener esta universal y necesaria reacción de todos contra mí, cognoscible *a priori*, por la injusticia con que amenaza a todos”. Así, la publicidad, la visibilidad (la susceptibilidad de ser publicitado) es considerada el criterio para distinguir lo justo de lo injusto. Bobbio retoma el argumento kantiano cuando afirma que “una máxima que no es susceptible de volverse pública es una máxima que, si fuese hecha pública, provocaría tal reacción en el público que haría imposible su realización”³².

En efecto, Norberto Bobbio aborda el tema directamente en un trabajo de 1980 “La democrazia e il potere invisibile”. La democracia se caracteriza como el gobierno del Poder visible³³, en donde la publicidad es la regla y el secreto la excepción³⁴. A partir de ahí, es posible diferenciar entre autocracia y democracia, desde el momento en que en el primer caso el secreto es una regla y en el segundo caso es una excepción. Así, la democracia permite poner en marcha técnicas de “desocultamiento”³⁵, que contrarían la tendencia natural del poder a esconderse³⁶. En términos de Bobbio, se trata de evitar el “subgobierno”: “a diferencia del poder legislativo y del poder ejecutivo tradicionales, el gobierno de la economía pertenece en gran parte a la esfera del poder invisible en cuanto escapa, si no formal sí sustancialmente, al control democrático y al control

²⁹ Ibidem.

³⁰ KANT, “Qué es Ilustración” cit., p. 28.

³¹ KANT, *La paz perpetua*, presentación de A. Truyol y Serra, traducción de J. Abellán, Tecnos, Madrid 1985, p. 62.

³² BOBBIO, N., “La democrazia e il potere invisibile”, p. 92

³³ Vid. BOBBIO, N., “La democrazia e il potere invisibile”, cit., p. 86.

³⁴ Vid. BOBBIO, N., “La democrazia e il potere invisibile”, cit., p. 98. La contradicción entre democracia y secreto es desarrollado por Bobbio en *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Einaudi, 1991, pp. 352 y ss.

³⁵ Vid. BOBBIO, N., “La democrazia e il potere invisibile”, cit., p. 106.

³⁶ “Il potere tende a nascondersi. Il potere è tanto più potente quanto meno si fa vedere”, BOBBIO, N., VIROLI, M., *Dialogo intorno a lla reppublica*, Laterza, Bari, 2001, p. 99.

jurisdiccional”³⁷. En definitiva, estamos frente a lo que podríamos considerar un fenómeno de “captura de políticas”, entendido como el “... control por grandes grupos de interés de áreas políticas dentro de un Estado, de forma tal, que los gobernantes no pueden –ni muchas veces quieren- formular políticas autónomamente en ese ámbito”³⁸. Nos encontramos con una situación en la que los reguladores son “capturados” por los regulados. Parece bastante evidente en qué medida estamos frente a una negación de la transparencia y de la publicidad: hay que tener en cuenta que la transparencia implica publicidad sobre el contenido de la decisión y sobre “quién” toma la decisión.

En definitiva, la democracia (y el Estado de Derecho) implican la publicidad de los actos de poder: sólo así pueden ser controlados. Y ello, por la sencilla razón de que no se puede limitar y controlar lo que no se conoce. Ese control exige publicidad de la norma, y también publicidad “del proceso político que está detrás de la norma”. Esto es importante porque así se facilita la obediencia a la norma y también la crítica de la misma y de las razones que están detrás de la norma.

La publicidad y la información son básicas para la formación de la voluntad política en democracia. Dota de sentido a la participación: una participación no informada es ficticia e irreal. Si no hay publicidad y visibilidad, no es posible materializar la noción de límite y control. Sin publicidad y transparencia del ejercicio del Poder se falsea el proceso de participación en la formación de la voluntad política, que puede llevarse a cabo mediante mecanismos formales o informales, institucionalizados o no institucionalizados. Es aquí precisamente en donde la opinión pública viene a ocupar su espacio como ámbito de formación de la voluntad de todos y plataforma de control del poder.

La transparencia, la visibilidad en relación con el ejercicio del Poder –y la publicidad consiguiente- forman parte de las exigencias conceptuales del Estado de Derecho y de la democracia constitucional. Sin ellas, no se puede materializar la noción de límite, las estrategias de control que caracterizan a esta democracia. En su ausencia, posiblemente no vamos a estar frente a un problema referido a la calidad, sino más bien ante un déficit en la definición mínima de la democracia.

³⁷ BOBBIO, N., “La democrazia e il potere invisibile”, cit., p. 107.

³⁸ VILLORIA, M., “Cultura de la legalidad y buen gobierno”, cit., p. 32.