

#RET



Revista Española de la Transparencia

Nº 6. Primer Semestre 2018

Enrique Benítez Palma
Consejero de la Cámara de Cuentas de Andalucía

**La Ley de Transparencia, camino de su quinto aniversario.
Reflexiones sobre su eficacia y aplicación**

Recibido: 20/06/2018

Aceptado: 30/06/2018

RESUMEN

La Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, cumplirá a finales de 2018 cinco años desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado. El balance sobre su eficacia y su aplicación no debe realizarse sólo a través de la medición acritica de páginas vistas, solicitudes realizadas o documentos publicados por el conjunto de administraciones públicas de este país. El aniversario supone una buena oportunidad para reflexionar con objetividad y rigor sobre otras cuestiones no siempre visibles, pero igualmente importantes.

PALABRAS CLAVE

transparencia, libertad de información, gobierno abierto, evaluación, políticas públicas.

ABSTRACT

By the end of 2018 it will be five years since the Law 19/2013, of Transparency and Access to Public Information and Good Government was published in the Spanish Official State Gazette. Its implementation and effectiveness should not be analyzed by an uncritical measure of the number of pages visited, applications made or documents published by all the Spanish public administrations. The anniversary is a good opportunity to reflect on other issues not always visible but also very important.

KEY WORDS

transparency, freedom of information, open government, evaluation, public policies.

En el próximo mes de diciembre se cumplirán cinco años desde la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. La Ley llegó a España en pleno debate público sobre la llamada "Gran Recesión", la crisis financiera y sus negativas consecuencias para la economía productiva y la cohesión social de España. En un momento de creciente desconfianza colectiva hacia las instituciones públicas, derivada sobre todo de la gestión de la crisis financiera y la percepción de un desigual reparto de sus costes, el concepto de transparencia aterrizó en el derecho administrativo español como una solución de urgencia, como una fórmula mágica para evitar en lo sucesivo problemas similares de mala gestión y de opacidad en la actuación de los gestores de lo público.

La Ley de Transparencia, camino de su quinto aniversario. Reflexiones sobre su eficacia y aplicación

Cinco años después, el primer balance presenta, como suele ocurrir, luces y sombras. La tentación de recurrir a las estadísticas del Portal de la Transparencia o del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) es demasiado simple. De la misma manera que el éxito de un museo no puede evaluarse exclusivamente en función del número de visitas al mismo, sino que hay que ir más allá y tratar de descubrir y valorar elementos más sutiles, como el impacto en el consumo cultural o la influencia en los estudiantes de la zona, a través de sus políticas de creación de nuevos públicos, de la pedagogía de sus muestras y exposiciones, la valoración de la entrada en vigor de la Ley de Transparencia debe tener en cuenta múltiples factores, entre los que deberíamos incluir el cambio cultural –si es que se ha producido–, los avances indirectos que ha conseguido o la efectiva mejora de la toma de decisiones a raíz de la colaboración que debe establecerse entre administración y administrados, fruto de la información compartida.

Entre las primeras sombras que pueden mencionarse, destacan al menos dos: en primer lugar, a fecha de hoy aún no se ha aprobado y publicado el Reglamento de desarrollo de la Ley, pese a que existe un Real Decreto que aparece y desaparece en función de variables inexplicadas, cuya última versión está disponible en la página web del Ministerio de Hacienda y Función Pública con fecha aparente de publicación y entrada en vigor de 1 de julio de 2018. El reciente e inesperado cambio de gobierno ha introducido una nueva incertidumbre en la tramitación definitiva de un Real Decreto que lleva elaborado al menos tres años, sin que haya podido llegar a su punto final.

En segundo lugar, si bien es cierto que se creó en su momento el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), impulsado con talento y firmeza por la inolvidada Esther Arizmendi hasta su triste y llorado fallecimiento, no es menos cierto que la faceta de Buen Gobierno que forma parte del título de la propia Ley y del nombre del Consejo no ha tenido ni la atención ni el desarrollo necesarios.

Las cifras disponibles son relevantes. Respecto al Portal de Transparencia, los datos acumulados desde su creación y actualizados a 31 de mayo de 2018 son concluyentes: 10'5 millones de páginas vistas, casi 3 millones de visitas, y cerca de 14.000 solicitudes de acceso a la información pública. Considerando la población residente en España y el número de medios de comunicación tradicionales y digitales en activo, no parecen cantidades especialmente destacables. A estos datos habría que sumar los correspondientes a los portales autonómicos de transparencia, lógicamente. Por su parte, las estadísticas ofrecidas por el CTBG, igualmente acumuladas desde 2015 y actualizadas a 31 de mayo de 2018, indican un total de 5.837 entradas (3.053 reclamaciones, 177 denuncias, 42 quejas y sugerencias, 389 consultas y 2.162 peticiones de información), una cantidad cuya valoración en función de la población española y los medios existentes es similar a la realizada con respecto al Portal de la Transparencia. De la misma manera, habría que sumar los datos de los organismos autonómicos homólogos al CTBG.

Más allá de las cifras, manifiestamente mejorables, parece claro que en las administraciones públicas se ha asumido la necesidad de cumplir con la Ley. La disponibilidad de información en el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales se ha multiplicado, y se puede constatar una voluntad firme de cumplir con lo estipulado por la Ley, pese a la ausencia de desarrollo reglamentario. Otra cuestión diferente tiene que ver con la utilidad de la información hecha pública, y con el uso efectivo que la sociedad española y los contrapesos del poder están haciendo de la misma.

En este sentido, puede ser oportuno abordar una reflexión sobre diversas cuestiones pendientes y que pueden provocar un debate profundo sobre las medidas a tomar para garantizar que la Ley cumple con sus objetivos. A ello se dedican los siguientes apartados.

I. EL "ATERRIZAJE FORZOSO" DEL CONCEPTO DE TRANSPARENCIA

Una de las cuestiones más relevantes sobre la aceptación de las leyes de transparencia en España tiene que ver con los motivos de su aprobación. Al igual que ha ocurrido con la reciente y polémica Ley de Contratos del Sector Público, redactada desde la sospecha y la desconfianza, la transparencia como idea y concepto se utilizó en el año 2013 como una suerte de "solución" a la crisis de confianza en las instituciones, en un contexto de crisis económica y social en España y en todo el mundo.

Como resultado de esta implantación acelerada, da la impresión de que en España la Ley aterrizó sin el proceso previo de maduración que sí se pudo observar en otros países, muy especialmente en los Estados Unidos, país del que proceden muchas de las ideas y propuestas que se están introduciendo en la normativa europea, a menudo sin la necesaria reflexión sobre la idoneidad de su traslación directa. En los Estados Unidos la transparencia deriva de las leyes de Libertad de Información (*Freedom of Information Act*) y su encaje corresponde más al ámbito constitucional que al del derecho administrativo propio de la gestión pública continental. No podemos olvidar que fue en 1966 cuando se aprobó esta decisiva ley en los Estados Unidos.

Autores como Berliner (2014) o Ponzen (2017, 2018) han escrito interesantes artículos sobre los orígenes políticos de la transparencia y sobre su evolución histórica. Por supuesto, la consideración de la transparencia y del acceso a la información pública como un hecho positivo está fuera de toda duda. Sin embargo, la copia mimética de un ordenamiento jurídico de un país con una tradición de escrutinio público más asentada y objetiva –los medios de comunicación americanos marcan la pauta en el terreno del uso del periodismo como verdadero cuarto poder frente a los desmanes y mentiras de la administración– no siempre tiene por qué ser una buena idea.

Berliner (2014, 479) destaca que, precisamente por la capacidad de la transparencia de empoderar a los ciudadanos y periodistas, constreñir la acción de los políticos y exponer los riesgos de corrupción, "la transparencia es altamente política". Fenster (2015)

La Ley de Transparencia, camino de su quinto aniversario. Reflexiones sobre su eficacia y aplicación

alerta sobre la compleja relación que existe en el mundo contemporáneo entre la gestión de la información por parte del gobierno y el público, algo que no conviene simplificar. Por su parte Pozen (2018), en un artículo tan sugestivo como discutible, pone el énfasis en la "deriva ideológica de la transparencia", que según él tuvo su origen en planteamientos progresistas –sobre todo gracias a los periodistas norteamericanos llamados *muckrakers* que a principios del siglo XX revelaron los abusos y desmanes del capitalismo salvaje que se había apropiado del gobierno federal de los Estados Unidos- y que ahora corre el riesgo de ser utilizada por ideólogos y ciudadanos ultraliberales (*libertarians* sería la etiqueta correcta) para tratar de sustituir la necesaria regulación estatal por la aplicación amplia y masiva del principio de transparencia, confiando de manera ciega en la autorregulación.

Pozen (2018, 41) cita a la investigadora mexicana Irma Sandoval Ballesteros para poner de manifiesto un peligro tan real como evidente: la "tendencia aparente" en el periodismo de investigación de las últimas décadas, que ha pasado de luchar contra el poder de las grandes corporaciones a utilizar la transparencia para luchar contra lo que consideran el excesivo poder del gobierno. Una llamada de atención que merece ser tomada en consideración, a la vista de muchos acontecimientos no siempre desconectados entre sí.

II. LA RECONSTRUCCIÓN DEL ENLACE CON EL CONCEPTO DE GOBIERNO ABIERTO

La transparencia es una de las facetas más relevantes de un concepto mucho más amplio, que es el de Gobierno Abierto (*Open Government*). Sin embargo, la impresión existente en España es que esta relación no siempre se ha explicado bien, utilizándose muchos conceptos de regeneración y reforma del sector público de manera aleatoria y confusa, con estrategias diferenciadas y enfoques no siempre coordinados. España forma parte de la Alianza para el Gobierno Abierto, y existe el III Plan de Acción de España, cuyo horizonte abarca desde 2017 hasta 2019.

Meijer et alia (2012, 14) han resumido en un gráfico muy visual las relaciones existentes entre varios conceptos que forman parte de la misma idea compartida de abrir el acceso a la información a la ciudadanía con el objetivo de enriquecer el debate público y la toma de decisiones. El concepto de Gobierno Abierto tendría, según estos autores, dos patas: la de la visibilidad (transparencia), a través del acceso abierto a la información pública, y la de la voz (participación), a través de la apertura pública del debate para tomar decisiones por parte de los gestores gubernamentales. Sin acceso adecuado a la información idónea, la participación sería desigual debido a la asimetría en la información manejada por las partes.

No siempre los buenos diseños institucionales son aprovechados por quienes tienen a su disposición las herramientas para mejorar el debate público y la toma de decisiones. Worthy y Hazell (2016) son críticos respecto al balance de los diez primeros años de aplicación de la *Freedom Information Act* en el Reino Unido. Los autores señalan

en primer lugar la falta de convicción del propio Tony Blair, Primer Ministro cuando se aprobó la Ley, y también la resistencia política encontrada. Pero tampoco dudan en señalar que suelen ser cuestiones anecdóticas las que más atraen la atención de los medios. En España, a menudo el acceso a los Portales de Transparencia apenas se detiene en las retribuciones de los cargos públicos, lo que demuestra que la transparencia, por sí misma, no supone una solución mágica para conseguir de golpe la difusión de información relevante o la animación a la participación ciudadana seria y responsable en asuntos de interés colectivo.

III. LA EVALUACIÓN DE SU EFICACIA.

De nuevo el aniversario de la publicación de una Ley puede servir para reflexionar con cierto rigor sobre el cumplimiento de los objetivos previstos. Para ello, habría sido necesaria la elaboración con anterioridad de una mínima planificación, con sus correspondientes objetivos e indicadores. De lo contrario, la evaluación del éxito se basará en estadísticas que no siempre son capaces de medir el éxito o el fracaso de una medida (como las mostradas en el Portal de Transparencia o en el CTBG), por no hablar de la difícil valoración del necesario cambio de cultura que debería conseguir la Ley de Transparencia.

Buijze (2013) define la transparencia como un "valor instrumental" y agrupa en dos grandes funciones lo que se puede esperar de ella: "facilitar la toma de decisiones" y "permitir a los observadores externos ver lo que está haciendo una organización transparente" (Buijze, 2013, 9). Desde su punto de vista, la transparencia "fortalece la democracia", "incrementa la confianza en las instituciones y su legitimidad", "mejora la calidad del gobierno" (concepto muy trabajado por Bo Rothstein, creador del *Quality of Government Institute*, con sede en la Universidad de Goteborg), "aumenta la eficiencia del mercado y el comportamiento económico", y también permite la "realización de muchos derechos individuales". A la vista de tantas y tan importantes aportaciones al bienestar colectivo, es lógico pensar que habría que prestar mucha más atención a la evaluación de su eficacia.

La revista *Dilémata* (Revista Internacional de Éticas Aplicadas) incluye en su último número (27, 2018) al menos tres artículos relevantes sobre la cuestión planteada, firmados por Manuel Villoria, María Estrella Gutiérrez David y Thomas Klink.

Villoria (2018, 14) propone los siguientes "estándares de calidad de una política de transparencia", esenciales para evaluar su correcto funcionamiento y su eficacia:

1. *Un sistema de archivos y de almacenamiento de decisiones eficaz.*
2. *Una simplificación exigente de normas y procedimientos.*

La Ley de Transparencia, camino de su quinto aniversario. Reflexiones sobre su eficacia y aplicación

3. Una interoperabilidad eficaz entre los sistemas o componentes intra e intergubernamentales para intercambiar información y utilizar la información intercambiada.
4. Reconocimiento del principio de máxima apertura.
5. Una garantía de agilidad, claridad y calidad en la provisión de información y en el tratamiento y renovación de la misma.
6. Una garantía de reutilización de los datos por todos los usuarios que lo deseen, gratis o a bajo coste.
7. Un sistema de sanciones eficaz de los incumplimientos.
8. Un procedimiento ágil de solicitud, demanda, quejas y recursos para el derecho de acceso.
9. Una formación eficaz de los funcionarios afectados, técnica y en valores.
10. Un presupuesto suficiente.
11. Un órgano político impulsor con relevancia y peso político.
12. Un órgano de gestión del sistema con medios suficientes, independencia, transparencia, que rinde cuentas y que asegura la integridad de sus miembros.
13. Un control público de las agendas de los actores públicos relevantes y un sistema que permita seguir la huella legislativa.
14. Protección a los denunciantes.
15. Un sistema que dé información de los inputs, outputs y outcomes, así como de los procesos para alcanzarlos.
16. Un sistema de regulación del lobby que permita conocer quién lo ejerce, para qué, con quién se reúne y con qué presupuesto.

La aceptación de estos estándares, su definición y concreción a través de pautas comunes e indicadores de resultados, permitiría establecer una metodología común de medición del desempeño de la normativa existente.

Por su parte, Gutiérrez David (2018) aporta evidencia interesante sobre los costes de la transparencia, que no puede ser nunca gratis ya que tanto el gobierno como los administrados deben destinar recursos a proporcionar información y a manejarla, respectivamente. En Australia, por ejemplo, el coste medio de respuesta por solicitud ascendió

a 1.799 dólares australianos en el año 2010/11, mientras que ha bajado hasta los 1.316 dólares en el año 2016/17. Los costes totales en este último ejercicio han alcanzado los 44'8 millones de dólares, con un total de casi 671.000 horas dedicadas a la tramitación de solicitudes. En los Estados Unidos, los costes de tramitación calculados para el año fiscal 2016 superan los 478 millones de dólares, lo que supone una magnitud realmente considerable. A la vista de estos datos, es pertinente preguntarse cuándo podremos contar en España con medidas similares de coste y beneficio del ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

Finalmente, la lectura del trabajo de Klink (2018) sobre la situación en Alemania conduce inevitablemente a la melancolía. La aplicación del Registro de transparencia para "seguir el rastro del dinero en sociedades", tras el escándalo de los "papeles de Panamá", o la alineación de los objetivos de la transparencia con la Directiva europea anti-blanqueo de capitales muestran que queda mucho camino por recorrer en España.

IV. EL RIESGO DE "SOBRE-VIGILANCIA".

Gersen y Stephenson (2014) han descrito un concepto muy novedoso e interesante, al que han llamado "*Over-Accountability*", de difícil traducción al castellano ("sobre-rendición de cuentas"). Se preguntan los autores si un exceso de rendición de cuentas puede llevar a las instituciones a no tomar las decisiones efectivamente correctas. No es un debate menor, ni baladí. Con una ciudadanía mejor informada pero que puede basar sus decisiones y su evaluación de las decisiones públicas en sus propios mecanismos de interés individual, los incentivos a tomar decisiones necesarias pero dolorosas, o con un alto coste político (pensemos en el debate actual sobre la sostenibilidad de las pensiones en España) pueden acabar sesgados negativamente por el riesgo de evitar problemas sociales.

En este sentido, la transparencia debe considerarse siempre como una herramienta que debe contribuir al debate público constructivo, dirigido a la consecución de objetivos de interés general. La parcelación del debate público en función de intereses localistas, tribales o puramente ideológicos puede acabar haciendo un flaco favor a los valores subyacentes al concepto de gobierno abierto del que forman parte las políticas de transparencia.

La Ley de Transparencia, camino de su quinto aniversario. Reflexiones sobre su eficacia y aplicación

BIBLIOGRAFÍA

- Berliner, D. 2014. "The Political Origins of Transparency". *The Journal of Politics*, vol. 76, nº 2, April, pp. 479-491.
- Buijze, A. 2013. "The Six Faces of Transparency". *Utrecht Law Review*, vol. 9, Issue 3 (July).
- Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: Datos sobre reclamaciones del año 2018 (acumulado a 31 de mayo).
- Fenster, M. 2015. "Transparency in search of a theory". *European Journal of Social Theory*, vol. 18(2), pp. 150-167.
- Gersen, J. E. y Stephenson, M. C. 2015. "Over-accountability". Published by Oxford University Press.
- Gutiérrez David, M. E. 2018. "El coste de la transparencia y del derecho de acceso. Lecciones desde el ámbito anglosajón". *Dilémata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº 27, pp. 167-182.
- Klink, T. 2018. "El nuevo Registro de transparencia alemán y otras cuestiones actuales de transparencia en Alemania". *Dilémata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº 27, pp. 149-165.
- Meijer, A. J., Curtin, D. y Hillebrandt, M. 2012. "Open government: connecting vision and voice". *International Review of Administrative Sciences*, vol. 78(1), pp. 10-29.
- Portal de la Transparencia: Estadísticas actualizadas a 31 de mayo de 2018.
- Pozen, D. E. 2017. "Freedom of Information beyond the Freedom of Information Act". *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 165, pp. 1097-1158.
- Pozen, D. E. 2018. "Transparency's Ideological Drift". *Yale Law Journal* (forthcoming 2018, Draft of June, 8).
- Villoria, M. 2018. "La transparencia, la imparcialidad y la calidad de la democracia". *Dilémata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº 27, pp. 1-16.
- Worthy, B. y Hazell, R. 2016. "Disruptive, Dynamic and Democratic? Ten Years of FOI in the UK". Draft for Parliamentary Affairs.