

■ Estudio Comparado

sobre el Impacto que tienen las Instituciones
que resguardan el Acceso a la Información
Pública en Chile y México sobre los Derechos
Humanos en la Ciudadanía

Claudio Nash
Director

Gina I. Chacón Fregoso
Macarena Rodríguez
Investigadoras

Estudio comparado sobre el impacto que tienen las instituciones que resguardan el acceso a la información pública en Chile y México sobre los derechos humanos en la ciudadanía

Claudio Nash Rojas

Director del Proyecto

Gina I. Chacón Fregoso

(Fundar, Centro de Análisis e Investigación A.C. México)

Macarena Rodríguez Atero

(Universidad Alberto Hurtado, Chile)

Investigadoras



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
CENTRO DE DERECHOS HUMANOS

Estudio comparado sobre el impacto que tienen las instituciones que resguardan el acceso a la información pública en Chile y México sobre los derechos humanos en la ciudadanía

Autores:

Claudio Nash Rojas (director y co-editor)
Gina I. Chacón Fregoso (investigadora)
Macarena Rodríguez Atero (investigadora)

Co-edición:

Centro de Derechos Humanos
Facultad de Derecho - Universidad de Chile
Pío Nono N° 1, 4° piso, Providencia
Santiago de Chile
www.cdh.uchile.cl

Diseño y digramación:

Andros Impresores
Santa Elena N° 1955, Santiago
Santiago de Chile

Santiago, Julio 2016

Esta publicación ha sido posible gracias al valioso aporte de:



**OPEN SOCIETY
FOUNDATIONS**

**fundar**
Centro de Análisis e Investigación

El contenido de este documento es responsabilidad exclusiva del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y en modo alguno debe considerarse que refleja la posición de FUNDAR ni de *Open Society Foundation*.

TABLA DE CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN	9
1) Antecedentes, contexto, propósito del estudio	9
2) ¿Por qué es importante este proyecto, y cómo aborda el problema u oportunidad?	11
3) Algunas cuestiones acerca de transparencia y acceso a la información a la luz de los derechos humanos	13
4) Algunas cuestiones importantes que surgen de los informes	14
5) Lecciones para el futuro	16
II. MÉXICO	21
A. MARCO GENERAL	21
1) Evolución histórica de la protección del derecho de acceso a la información en México	21
2) Reseña de la normativa respecto de acceso a la información e institucionalidad	31
3) Logros y desafíos del marco regulatorio	36
B. CASOS DE ESTUDIO	40
CASO I: “Participación ciudadana y uso de recursos públicos en las localidades mayas de Sanahcat y Komchén de Martínez, Yucatán”	40
CASO II: “Acceso efectivo a servicios de salud para pacientes con VIH/SIDA: construcción del Pabellón 13 en el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias (INER), México”	48
CASO III: “Derecho a la igualdad y al trabajo: el acceso a permisos de pesca ribereña en el golfo de Baja California, México”	57
CASO IV: “Límites en el acceso a la información: la figura del secreto fiscal en México”	68
C. TENDENCIAS, LECCIONES APRENDIDAS Y EN EL EJERCICIO DEL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN COMO HERRAMIENTA DE EMPODERAMIENTO SOCIAL	73

III. CHILE	77
A. MARCO GENERAL	78
1) Evolución histórica de la protección del derecho a la información	78
2) Reseña normativa de la Ley N° 20.285	81
3) Logros y desafíos del marco regulatorio	85
B. CASOS DE ESTUDIO	87
Caso I: Derecho a la salud y niños migrantes	87
Caso II: Derecho a la educación y gestión municipal	94
Caso III: Acceso a archivos, verdad y justicia transicional	102
Caso IV: Derechos sexuales y reproductivos. Información para incidencia	107
C. TENDENCIAS, LECCIONES APRENDIDAS Y RECOMENDACIONES	114
IV. CONCLUSIONES DEL PROYECTO	119
1) Las conclusiones en México	119
2) Las conclusiones en Chile	120
3) Algunas reflexiones finales	121

Investigación a cargo de:

Claudio Nash Rojas (director del proyecto y co-editor)

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (1998) y Doctor en Derecho (2008) de la Universidad de Chile. Académico del Departamento de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Director del Proyecto “Transparencia, lucha contra la corrupción y derechos humanos: fortalecimiento profesional e institucional en América Latina (2013-2015)”, del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Co-editor del presente *Estudio comparado sobre el impacto que tienen instituciones que resguardan el acceso a la información pública en Chile sobre los derechos humanos en la ciudadanía*.

Gina I. Chacón Fregoso (estudio México)

Estudios de posgrado en la Maxwell School of Citizenship and Public Affairs de la Universidad de Syracuse, New York, donde obtuvo la especialidad en Administración Pública, como becaria *Fulbright-Hubert Humphrey Fellowship Program* (2012-2013). Maestra en Estudios Políticos y Sociales, con orientación en Sociología, por la Universidad Nacional Autónoma de México, y licenciada en Estudios Latinoamericanos, con orientación en Historia, por la misma casa de estudios. Desde 2009 se ha desempeñado como investigadora en organizaciones de la sociedad civil en México y en 2013 en Washington D.C. A partir de 2015 es investigadora del área de Transparencia y Rendición de Cuentas en Fundar, Centro de Análisis e Investigación.

Macarena Rodríguez Atero (estudio Chile)

Licenciada en ciencias jurídicas y sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996. Master en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad de Notre Dame, Estados Unidos, Escuela de Derecho, 2011 y 2012. Diplomado en Reforma Procesal Penal, Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, 2001. Profesora titular Clínica Jurídica de Acceso a la Información Pública Universidad Alberto Hurtado, 2008 hasta la actualidad. Directora Clínicas Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, desde el 2004 hasta la actualidad.

I. INTRODUCCIÓN

El área de Transparencia, *Accountability* y Lucha contra la corrupción fue creada en el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el 2004, con el decidido apoyo de *Open Society Foundations*, a fin de realizar un trabajo coordinado de formación, investigación y redes en estas materias, haciendo el correspondiente vínculo con temas tradicionalmente considerados propios del campo de los derechos humanos.

El presente libro es parte de este esfuerzo. La idea ha sido desarrollar un estudio comparado de la forma en que la sociedad civil ha utilizado la institucionalidad de acceso a la información para ejercer este derecho y el impacto que dicho uso ha tenido para mejorar la participación de la población como parte del ejercicio de derechos humanos en una sociedad democrática. Se han elegido dos experiencias relevantes en la región: México y Chile. En ambos países se ha desarrollado una institucionalidad interesante en materia de acceso a la información pública mediante organismos públicos autónomos. Además, en ambos países hay un debate común acerca de la necesidad de profundización democrática y el fortalecimiento de la sociedad civil.

Por ello, la Universidad de Chile se acercó a Fundar, centro de Análisis e Investigación quien lleva más de 15 años trabajando los temas de *accountability*, transparencia y acceso a la información en México y la Universidad Alberto Hurtado para desarrollar esta investigación. La chilena Macarena Rodríguez y la mexicana Gina Chacón fueron las dos expertas encargadas de realizar el estudio de caso que nos permitirían avanzar en una respuesta a la pregunta de fondo que cruza todo este estudio: ¿el acceso a la información como derecho y la institucionalidad desarrollada para su implementación están logrando los objetivos planteados al instaurar dicha institucionalidad?

Los estudios buscan presentar algunos casos relevantes de utilización del sistema de acceso a la información pública en ambos países y adelantan algunas conclusiones que esperamos sirvan de base para una discusión regional acerca de las mejoras que deben realizarse para lograr una mejor garantía de derechos y mejores estándares acerca de transparencia y lucha contra la corrupción en las Américas.

1) ANTECEDENTES, CONTEXTO, PROPÓSITO DEL ESTUDIO

La mayoría de los países de América Latina cuenta formalmente con un sistema democrático, después de haber pasado por severas dictaduras y violaciones

sistemáticas a los derechos humanos. Sin embargo, muchas de estas democracias no están bien consolidadas. Con frecuencia enfrentan problemas como inestabilidad política, altos índices de corrupción, falta de mecanismos de rendición de cuentas y opacidad en la gestión pública.

Los países de América Latina enfrentan, además, un desafío derivado de la persistencia de rasgos autoritarios en todas las ramas del gobierno y la exclusión social de vastos sectores sociales debido a la pobreza y a diversas formas de discriminación. Dicho autoritarismo y exclusión se manifiestan en condiciones extremas de desigualdad e injusticia para muchos grupos sociales. En particular, las mujeres, niños y niñas, migrantes e indígenas enfrentan obstáculos considerables que les impiden disfrutar de los derechos humanos, particularmente en lo que se refiere a la discriminación y violencia por motivos de género y la participación política efectiva.

Existen múltiples conexiones entre el ejercicio de los derechos humanos y el problema de la corrupción y el adecuado funcionamiento del Estado. La lucha contra la corrupción está en el centro del debate respecto de profundización democrática, debido a que el uso de dinero o poder que permite influencias indebidas afecta el principio de igualdad. Particularmente preocupante es la “captura del Estado” por parte de poderosos grupos políticos, sociales o económicos, que manipulan las leyes, políticas públicas y reglamentos a su favor, socavando el funcionamiento de las instituciones democráticas.

La preocupación por la probidad pública se ha erigido como una de las principales prioridades a nivel internacional, emergiendo con especial fuerza en los últimos veinte años. En este contexto, han surgido múltiples iniciativas para combatirla. Estas incluyen los procesos de reforma institucional, la persecución penal, y acciones desde la sociedad civil. La promoción de la transparencia y la rendición de cuentas son herramientas centrales en este complejo escenario. No solo contribuyen a un mejor funcionamiento de las instituciones, también son relevantes en términos del ejercicio de derechos de las personas, las posibilidades de ejercer control social y el acceso a servicios básicos.

Al igual que ocurrió en su momento con otros grandes movimientos sociales, el campo de la transparencia y lucha contra la corrupción está llegando a un nivel de madurez que revela la necesidad de sistematizar sus avances y dinamizarlos con nuevas herramientas; desarrollar programas académicos para capacitar a profesionales, oficiales públicos y activistas; y, ampliar la base social y política que dominen estas materias y que ejerzan sus funciones en otros campos de la acción democrática.

En este contexto, el aporte que puede hacer el mundo académico es fundamental.

Este estudio es parte de estos esfuerzos desde el mundo académico en estrecha colaboración con la sociedad civil organizada. La estrategia que está detrás del diseño de esta investigación se basa en dos principios. El primero es que el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) es cada vez más relevante e importante para promover un sistema democrático sólidamente fundado en los derechos humanos. Sin embargo, hay pocos profesionales en la región con conocimientos sobre el DIDH. El segundo principio es que el mundo académico debe tener un enfoque de incidencia en la realidad.

El presente *Estudio comparado sobre el impacto que tienen instituciones que resguardan el acceso a la información pública en Chile sobre los derechos humanos en la ciudadanía*

se enmarca dentro de estos esfuerzos por establecer puentes entre el debate teórico y el activismo, entre países de la región, y entre los derechos humanos y la lucha contra la corrupción.

En 2016, el Instituto Nacional de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI, México) cumple 14 años de vigencia y el Consejo para la Transparencia (Chile) cumple 8 años. Ambas instituciones fueron creadas para resguardar el cumplimiento a la ley de Acceso a la Información Pública que entraron en vigencia en los respectivos países en 2003 y 2008. Mientras que sí se han hecho investigaciones analizando los fallos de estas instituciones, a la fecha no se ha realizado ningún estudio que mida cuál es el real efecto que tienen estas instituciones acerca del ejercicio y goce de los derechos humanos de la ciudadanía en general. Por ello en 2012 nos propusimos realizar un estudio comparado (estudiando cinco casos relevantes de cada institución) de la evolución del derecho de acceso a la información, particularmente en los procesos de institucionalización de las leyes respecto de la materia en México y Chile, particularmente nos interesaba conocer el efecto que tienen estas instituciones en el ejercicio y goce de los derechos humanos de la ciudadanía en general. La idea siempre fue que este estudio se centrara en un análisis de los casos y entrevistas con solicitantes para evaluar si el paso por las instituciones encargadas del acceso a la justicia había permitido obtener mejores resultados en las estrategias de incidencia pública de instituciones de la sociedad civil en estos dos países.

2) ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE ESTE PROYECTO, Y CÓMO ABORDA EL PROBLEMA U OPORTUNIDAD?

Nos ha parecido importante abordar la temática de transparencia, *accountability* y lucha contra la corrupción, desde el enfoque de la teoría democrática y los derechos humanos, visibilizando los efectos que estas prácticas tienen en los derechos humanos. Nos parece que esta perspectiva contribuye a fortalecer el conocimiento y el análisis concerniente a los instrumentos e instituciones que se han ido desarrollando con los años en materia de transparencia y anticorrupción, con la finalidad de que se conviertan en herramientas efectivas de trabajo.

A continuación se detallan ambos enfoques:

La lucha contra la corrupción tiene que incorporar la perspectiva de derechos humanos, debido al impacto real que tiene la corrupción en el desarrollo de la democracia. Como se ha estudiado ampliamente, la corrupción socava las bases de las instituciones democráticas y afecta la vigencia de los derechos humanos. Tal como valiosos estudios¹ han señalado, para luchar de manera más efectiva contra la corrupción, es preciso incorporar una mirada de derechos y entender su conexión con el sistema democrático. Lo que se pretende con esto es que las personas puedan

¹ Consejo Internacional para el Estudio de los Derechos Humanos e Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, *Corrupción y Derechos Humanos: estableciendo el vínculo*, 2009; y Consejo Internacional para el Estudio de los Derechos Humanos, *Corruption and Human Rights-Integrating Human Rights in the Anti-Corruption Agenda: Challenges, Possibilities and Opportunities*, 2010; LAUZÁN, S. y TORO, C., *Anticorrupción: Actualizando los Desafíos*, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2009.

tener la posibilidad de fiscalizar al Estado y velar así, tan directamente como sea posible, por los intereses propios y los de la comunidad. Instrumentos extremadamente útiles para esta tarea provienen tanto de la teoría democrática como de los derechos humanos que hasta ahora no parecen haber sido usados de forma suficiente por aquellos que trabajan en la lucha contra la corrupción.

Por otra parte, sin perjuicio de que las consecuencias de la corrupción pueden llegar a constituir una afectación y violación de todos los derechos humanos, hay algunos que notoria y directamente son relevantes para esta empresa. Dos son dignos de atención: la libertad de expresión en sus distintos aspectos (expresarse, solicitar y recibir información) y la participación política, derechos que son además componentes esenciales de la democracia.

Los derechos humanos reconocidos en tratados tienen hoy una legitimidad que no se pone en discusión. Enfocar la corrupción como una potencial violación de derechos humanos otorga un marcado peso simbólico a la urgencia de combatir la corrupción y abre las puertas a nuevos modos de supervisión y *accountability*.

Para los países de América Latina, el sistema de protección de derechos humanos y en nuestra región, particularmente, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) es una herramienta esencial para construir la democracia y asegurar el respeto y goce de los derechos humanos. Hasta ahora, los profesionales que trabajan en el área de transparencia y lucha contra la corrupción no han utilizado de modo sistemático los mecanismos del SIDH, en circunstancias de que esa herramienta les podría ser de extrema utilidad, como lo demuestran las iniciativas en materia de acceso a la información. Por otra parte, debido a las reformas de la Comisión y la Corte, se han incrementado las facultades de los individuos para tener un papel más relevante en los procesos.

La Corte IDH da una primordial importancia en sus sentencias a las garantías de no repetición, entre estas está –por ejemplo– la decisión de ordenar a un país que cambie su legislación o cree los mecanismos adecuados para proteger a las personas de circunstancias similares en el futuro –el litigio mismo, particularmente si se selecciona un caso emblemático, puede tener efectos mucho más amplios que solucionar el problema de la parte involucrada en él–. Este tipo de medidas tienen un potencial evidente en materia de transformaciones sistémicas vinculadas con actos de corrupción².

Por esta razón es necesario capacitar a profesionales que se dedican a la lucha contra la corrupción en los elementos de la democracia, en el alcance y contenido de los derechos humanos más pertinentes al tema, las obligaciones del Estado, la respuesta penal y sus límites, y las estrategias nacionales e internacionales basadas en los derechos humanos. Estos conocimientos serán muy útiles para la lucha contra la corrupción en el ámbito nacional, pues todas las personas a las que queremos llegar viven en Estados que han ratificado los tratados internacionales que contienen los derechos humanos de que se habla. Pero para eso, el trabajo de profesionales capacitados dentro de los Estados es básico, por lo que constituyen un poderoso instrumento para avanzar la democracia y los derechos humanos en la región.

² C. NASH, et al. *Corrupción y Derechos Humanos*. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Chile, 2014.

3) ALGUNAS CUESTIONES ACERCA DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS

Hace un par de años publicamos el Informe de la reunión de expertos respecto de Corrupción y Derechos Humanos, organizada por el Centro de Derechos Humanos, en noviembre de 2011³. Parece oportuno recordar algunas de las conclusiones de dicha reunión a la luz de los informes de acceso a la información en Chile y México.

Desde la mirada de la lucha contra la corrupción, la participación ha sido progresivamente incorporada como una herramienta fundamental que permite prevenir los actos corruptos y controlar la existencia de los mismos. El artículo 3 N° 11 de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) establece la necesidad de que los Estados implementen “mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción”. Asimismo, el artículo 13 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) contempla que los Estados parte deben “fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción”. Ahora bien, desde una mirada de derechos humanos, los riesgos que se vislumbran es que las herramientas de participación tengan un efecto meramente retórico. Si fuera el caso, terminarían por reforzar las exclusiones existentes, al permitir únicamente la participación de quienes ya tienen voz en los asuntos públicos, pero no incorporando a los grupos más vulnerables, quienes se ven afectados desproporcionadamente por la corrupción. Un claro ejemplo de esta situación puede verse en el tipo de reclamante de información pública en Chile y México, que pertenecen por lo general a la élite informada. En este sentido, los esfuerzos mancomunados desde los derechos humanos y la lucha contra la corrupción deben atender a que estos mecanismos de participación sean auténticamente democráticos e inclusivos.

En el área de transparencia y acceso a la información pública es donde se han podido vislumbrar los avances más sustantivos que han permitido el trabajo conjunto de las dos agendas y, en particular, el aporte del sistema interamericano en estas materias. El fallo de la Corte Interamericana en el caso *Claude Reyes vs. Chile*⁴ sin duda muestra cómo la determinación de estándares de derechos humanos puede tener consecuencias en la elaboración de leyes y políticas públicas en la materia, mediante la fijación de “mínimos exigibles”. El acceso a la información pública, también consagrado en el artículo 10 de la CNUCC, forma parte del catálogo de derechos consagrados en las convenciones de derechos humanos: el derecho de acceso a la información pública, además de estar íntimamente vinculado con el derecho a la libertad de expresión, es fundamental para la protección de otros derechos.

³ C. NASH y M. GONZÁLEZ (editores). *Transparencia, lucha contra la corrupción y el sistema interamericano de derechos humanos. Informe de la tercera reunión regional de especialistas 7 y 8 de noviembre de 2011*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Chile, 2012.

⁴ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C N° 151.

La rendición de cuentas o *accountability* que “obliga al poder a abrirse a la inspección pública, lo fuerza a explicar y justificar sus actos, y lo supedita a la amenaza de sanciones”⁵, ha sido un concepto promovido desde las organizaciones de lucha contra la corrupción, pero es también parte del aparataje esencial del trabajo en derechos humanos. En este sentido, cuando se producen violaciones a los derechos humanos y se persigue la responsabilidad de los implicados, lo que se está haciendo es poner en marcha los mecanismos de rendición de cuentas, entre estos se encuentra el Poder Judicial, aunque debe recordarse que esta no es la única instancia de rendición de cuentas.

Finalmente, en materia de igualdad y no discriminación es importante tener presente algunas consideraciones. Un principio que puede ser compartido por las agendas de lucha contra la corrupción y derechos humanos es el principio de igualdad y no discriminación. La discriminación es una forma agravada de negación del derecho a la igualdad, y la prohibición de discriminación se ha erigido como una de las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos. Las estrategias desde la agenda anticorrupción se verían notoriamente potenciadas si se hiciera visible que los actos de corrupción significan, en un sentido, una forma de discriminación. Esto, pues la obtención de cualquier ventaja o beneficio mediante un acto corrupto constituye una forma de trato arbitrario, es decir, una forma de discriminar o excluir a otras personas de dicha ventaja o beneficio, sin una justificación objetiva y razonable.

La corrupción constituye, en la mayoría de los casos, una afectación del principio formal de igualdad ante la ley. Pero, más grave aún, la corrupción ha sido una forma de profundizar la discriminación en contra de grupos en situación de vulnerabilidad de sus derechos, porque la corrupción impacta en forma desproporcionada sobre el goce y ejercicio de sus derechos y libertades. La perspectiva de los derechos humanos en la no discriminación puede iluminar este impacto desproporcionado, el que se podría pasar por alto desde miradas únicamente centradas en la gestión pública.

Por ejemplo, en el caso de Chile, vinculado con derecho a la educación o en el de México, relativo al derecho a la salud, es evidente que lo que está en juego es una perspectiva de igualdad y no discriminación, donde es posible preguntarse por qué se desvían estos fondos y no otros, y además, preguntarse por los efectos que produce este desvío de fondos en estos grupos que ya están extremadamente desaventajados.

4) ALGUNAS CUESTIONES IMPORTANTES QUE SURGEN DE LOS INFORMES

En los dos informes que constituyen el centro de este libro, el lector podrá observar un esquema metodológico similar. Ambos parten exponiendo el contexto en el que se inserta la institucionalidad acerca del Acceso a la Información. Es interesante en esta materia observar cómo en diferentes tiempos hay desafíos similares

⁵ SCHEDLER, Andreas. “¿Qué es la rendición de cuentas?”. *Cuadernos de Transparencia* N° 3. México: Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI), 2008, p. 13.

para ambos países. Tanto en el caso de México como en el de Chile estas discusiones se dan en el marco de reformas institucionales destinadas a mejorar la respuesta del Estado frente a situaciones de corrupción. Además, en ambos casos, es evidente el impacto del contexto político para el desarrollo de esta institucionalidad. Sin duda, no era suficiente que existiera claridad en el fundamento de estas medidas, su vínculo con el cumplimiento de compromisos en materia de derechos humanos, ni tampoco que fueran medidas que contaban con un amplio apoyo; en ambos procesos hay una cultura del secretismo en el ámbito de la administración pública que fueron determinantes para ir demorando su consolidación y han sido determinantes también para ir configurando su implementación hasta nuestros días.

Los estudios continúan con una exposición de las características de la legislación que rigen en ambos países en materia de acceso a la información. Son análisis dogmáticos interesantes, ya que permiten hacerse una idea clara de los objetivos de estas legislaciones, los beneficios para un correcto uso de dicha institucionalidad y de los problemas que impiden alcanzar plenamente los objetivos planteados al discutirse la necesidad de estas normas. Uno puede apreciar que hay una constante tensión a la hora de diseñar las instituciones y los procedimientos entre las fuerzas que buscaban abrir el aparato del Estado y aquellas que intentaban mantener ciertos espacios de opacidad. Aquí el tema de la seguridad del Estado cumple un rol muy interesante porque pasa a ser una suerte de "As" bajo la manga para que la administración mantenga fuera del alcance de las personas información valiosa para controlar la actividad pública.

Pero obviamente no nos interesaban estudios que se quedaran en una descripción de las normas, lo que buscábamos era saber qué había pasado al momento de ponerse en marcha estas instituciones. ¿Cómo se habían usado? ¿Qué resultados se habían obtenido? ¿Cómo evaluaban los usuarios el resultado obtenido? Particularmente, nos interesaba saber si el diseño normativo e institucional implementado en los dos países ha permitido que el ejercicio del derecho de acceso a la información sea útil para la ciudadanía, mejore el aparato gubernamental e impacte en la vida de las personas.

Por ello en ambos estudios nos encontramos con varios casos que buscan responder algunas de estas preguntas. Cada grupo investigador eligió cuatro (4) o cinco (5) casos que, de preferencia, hubiesen sido conocidos por los órganos encargados de resolver las discordias entre peticionarios y administración pública, se contextualizan los casos, se analizan sus resultados, se discute con los usuarios y se llega a algunas conclusiones.

En el caso de México, los casos tienen relación con los siguientes temas: límites en el acceso a la información, acceso a la información a nivel municipal, acceso a la información para controlar la rendición de cuentas de la autoridad, y uso del acceso a la información como parte de una estrategia de litigio. Invitamos a los lectores a que presten especial atención en estos estudios a la forma sofisticada en que las instituciones de la sociedad civil mexicana han utilizado los instrumentos de acceso a la justicia y acceso a la información. Es muy interesante esta diversidad de usos, porque habla de que el acceso a la información claramente no es un derecho que solo tenga un objetivo en sí mismo, sino que es por sobre todo un derecho instrumental que permite cumplir con fines diversos, desde la mejora en la estrategia jurídica hasta un ejercicio más clásico de control.

En el caso de Chile, son cinco casos vinculados con: acceso a la información en casos de salud y niños migrantes como parte de una estrategia para efectivizar el derecho a la salud; educación y gestión municipal como parte de un proceso de control ciudadano a la gestión de la administración estatal; otro caso de acceso a la información respecto de archivos que dan cuenta de violaciones de derechos humanos ocurridas bajo la dictadura militar; y, finalmente, un caso sobre derechos sexuales y reproductivos donde el acceso a la información busca generar una estrategia comunicacional.

Ambos trabajos terminan con sendas conclusiones, las que analizaremos al final de este libro.

5) LECCIONES PARA EL FUTURO

De la lectura de los dos estudios hay algunas cuestiones que parecen importantes resaltar. Por una parte, lo profundamente arraigada que está en nuestros países la cultura del secretismo en la administración del Estado. No hay duda que esta es una fuente de poder y también un espacio propicio para prácticas de corrupción. En este sentido, el objetivo propio de la institucionalidad acerca de transparencia es reducir estos espacios de opacidad y generar transformaciones en la cultura del secretismo. Por ello, es preocupante el riesgo de que los propios órganos encargados de garantizar el acceso a la información se vayan acomodando a esta cultura que va en sentido contrario al objeto y fin de esta institucionalidad. Por ello nos parece que el caso de Chile respecto de derechos sexuales y reproductivos debe ser estudiado con especial atención.

Otro aspecto que debe ser mirado con especial cuidado es la calidad de la información que se obtiene por medio de estos mecanismos institucionales. Tanto en los casos de Chile como en los de México está presente la desazón por parte de quienes usaron el acceso a la información y se les suministró información que no era útil o era inentendible o incompleta. Si estamos ante un derecho humano, el derecho de acceso a la información como parte del derecho a la libertad de expresión, el Estado debe cumplir con sus obligaciones de buena fe. Esto implica que la información que entrega debe ser completa, entendible y entregada en la forma adecuada para su uso. Este es un camino aún por recorrer para nuestra institucionalidad relacionado con acceso a la información.

Finalmente, como podrá apreciar quien lea los estudios, la evaluación de la institucionalidad pertinente al acceso a la información para mejorar la participación ciudadana en una sociedad democrática es de dulce y agraz. Sin duda, hay posibilidades de acceder a la información que hace algunos años en nuestros países era simplemente inimaginable; muchas de la información puede ser usada para ejercicios de control ciudadano respecto de la actividad del Estado; se pueden obtener beneficios cuando el acceso a la información se enmarca dentro de una estrategia de litigio que busca mejorar ciertas posiciones argumentativas. Todo ello es un avance.

Pero también hay aspectos negativos. Superar la cultura del secretismo, esa insoportable tendencia a la confidencialidad de toda la actividad del Estado, aún es un obstáculo serio para que la participación de la ciudadanía en tanto derecho político pueda efectivamente concretizarse. Los Estados aun tienen un espacio para

plantear cuestiones como la excusa de “no está la información solicitada”, que no tiene forma de ser controvertida, ni sancionada adecuadamente.

Frente a este escenario, nos parece importante seguir avanzando en la mejora de la institucionalidad en transparencia, hacer un adecuado seguimiento a los órganos encargados de estos procesos y ampliar las instancias de capacitación de los funcionarios encargados de estos temas.

Este proyecto de investigación tuvo su propio “paso por el desierto”, como director del mismo quiero agradecer la paciencia de las investigadoras Macarena Rodríguez y Gina Chacón Fregoso, a la directora de Fundar, Centro de Análisis e Investigación A.C., Haydeé Pérez, a las directoras del Centro de Derechos Humanos, Claudia Cárdenas y Myrna Villegas, quienes hicieron posible concluir en buena forma esta investigación. Finalmente, mi gratitud a María Luisa Bascur, exinvestigadora del CDH, quien lideró la primera parte de este proyecto.

Asimismo, agradecemos una vez más a Open Society Foundation por su permanente apoyo a este proyecto.

Claudio Nash Rojas
Director del proyecto y co-editor
Tinguiririca, abril de 2016

MÉXICO

AGRADECIMIENTOS

A las (os) colegas de Fundar, Centro de Análisis e Investigación que participaron en la lectura y revisión del texto. Un reconocimiento especial a quienes acompañaron la elaboración de los estudios de caso en la primera etapa en 2014 y en 2016, sin sus conocimientos y su retroalimentación este texto no hubiese llegado a buen puerto.

Haydeé Pérez y Gabriela Aguirre por sus aportaciones en la redacción de la sección Evolución histórica de la protección del derecho de acceso a la información en México. A Renata Terrazas por sus comentarios, los que enriquecieron la versión final del texto.

María Sánchez de Tagle e Iván Benumea por las entrevistas concedidas y por la valiosa colaboración para la redacción del caso “Acceso efectivo a servicios de salud para pacientes con VIH/Sida: construcción del Pabellón 13 en el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias (INER), México”. A Itzel Silva por las observaciones realizadas a la versión final del estudio de caso.

Iván Benumea por la construcción y redacción del caso “Límites en el acceso a la información: la figura del secreto fiscal en México”.

Eduardo Rolón Sánchez por sus valiosas aportaciones para la redacción y revisión del estudio de caso “Derecho a la igualdad y al trabajo: el acceso a permisos de pesca ribereña en el golfo de Baja California, México”.

Paulina Gutiérrez y Almudena Ocejo por las entrevistas y la retroalimentación para la redacción del caso “Participación ciudadana y uso de recursos públicos en las localidades mayas de Sanahcat y Komchén de Martínez, Yucatán”.

Ingrid Ebergenyi Salinas por sus revisiones y comentarios en la edición final del texto.

Justine Dupuy coordinadora del área de Transparencia y Rendición de Cuentas, mi agradecimiento por acompañar la etapa final de este estudio.

II. MÉXICO

Gina I. Chacón Fregoso

Fundar, Centro de Análisis e Investigación. A.C

A. MARCO GENERAL

1) *Evolución histórica de la protección del derecho de acceso a la información en México*

En México, los avances en la protección del derecho de acceso a la información (DAI) han sido resultado de esfuerzos emprendidos desde distintos sectores de la sociedad: organizaciones civiles, academia, periodistas y actores gubernamentales, para fortalecer el ejercicio pleno de los derechos humanos y para crear instituciones democráticas garantes más robustas y eficientes.

La construcción del andamiaje normativo del derecho de acceso a la información se remonta a finales de la década de 1970. Específicamente, la reforma política de 1977 incluyó una modificación constitucional que incorporó el “derecho a la información” en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. De tal forma se adicionó al artículo 6º una oración que a la letra dice: “El derecho a la información será garantizado por el Estado”⁶. Sin embargo, no se desarrollaron –en ese momento ni en los años subsecuentes– leyes secundarias para operativizar este mandato.

Ya en la década de 1980 el Poder Judicial de la Federación, y –principalmente– la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) tuvieron un rol trascendental en la determinación del derecho a la información. Al respecto, la SCJN hizo las primeras consideraciones al emitir algunas resoluciones emblemáticas.

La primera de ellas derivó de un amparo en revisión interpuesto por Ignacio Burgoa (político y constitucionalista destacado), quien alegando el ejercicio de los derechos constitucionales contenidos en los artículos 6º y 8º, solicitó el monto de la deuda externa durante el sexenio del presidente José López Portillo. La Segunda Sala de la Corte, tomando como referencia el dictamen de la reforma a la Constitución, negó el amparo y señaló que:

⁶ “Dentro del contexto político mexicano, esta reforma constituyó uno de los hitos transformadores de las relaciones entre el poder del sistema de partido único detentado por el Partido Revolucionario Institucional (PRI) y las fuerzas de oposición”. PULIDO, Miguel Ángel. 2013. *Otra lectura del Derecho de Acceso a la Información*. Tesis para obtener el grado de Maestro en Derechos Humanos y Democracia. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO, México, p. 35.

[...]“ la definición del derecho a la información queda a la legislación secundaria y que no se pretendió establecer una garantía individual consistente en que cualquier gobernado, en el momento en que lo estime oportuno, solicite y obtenga de órganos del Estado determinada información”⁷.

La segunda resolución fue emitida a raíz de un caso en el que se solicitó información para esclarecer los hechos registrados en 1995 en el municipio de Aguas Blancas, en el estado de Guerrero, donde tuvo lugar una brutal matanza a un grupo de indígenas. Al respecto, el pleno de la Suprema Corte aprobó una tesis jurisprudencial en la que reconoce que “los individuos tienen derecho a obtener información de las actividades del Estado, a efecto de mantener una ciudadanía informada y que la información sea veraz”⁸.

Este tribunal pleno amplió los alcances de dicha garantía al establecer el derecho a la información, estrechamente vinculado con el derecho a conocer la verdad. Además, exigió a las autoridades se abstengan de dar a la comunidad información manipulada, incompleta o falsa, so pena de incurrir en violación grave a las garantías individuales en términos del artículo 97 constitucional.

De esta manera, las tesis jurisprudenciales permitieron establecer los cimientos del Derecho de Acceso a la Información.

En el año 2000, la transición a la democracia en México marcada por la salida del Partido Revolucionario Institucional del poder y por la alternancia política, planteó un nuevo escenario que favoreció la apertura y transparencia en torno al quehacer público⁹. A partir de este momento organizaciones de la sociedad civil coordinadas en redes y colectivos, académicos y periodistas han tenido un papel clave y permanente en la agenda de promoción y defensa del DAI¹⁰.

Un acontecimiento crucial en la construcción de contenidos de este derecho fue la realización de un seminario convocado en la ciudad de Oaxaca en mayo del 2001, donde académicos, especialistas y medios de comunicación abordaron la exigencia de contar con una ley de acceso a la información. Los resultados de este seminario se condensaron en la llamada *Declaración de Oaxaca*, la que tuvo un considerable impacto en la opinión pública¹¹. Este grupo realizó un primera propuesta de ley a partir de diez principios básicos, que fue avalada por las principales fracciones parlamentarias y presentada por el Partido de la Revolución Institucional (PRI) en diciembre de ese mismo año.

⁷ *Ibidem*, 37. Sentencia correspondiente al Amparo en Revisión 10556/83. Ignacio Burgoa Orihuela. 15 de abril de 1985. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Atanasio González Martínez. Secretario: Mario Pérez de León E. Octava Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. X, agosto de 1992.

⁸ La tesis desarrollada fue: Derecho a la información. La Suprema Corte interpretó originalmente el artículo 6º constitucional como garantía de los partidos políticos, ampliando posteriormente ese concepto al de garantía individual y a obligación del Estado de informar verazmente. Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, XI, abril de 2000, p. 72.

⁹ HOFBAUHER, Helena. 2007. *Derecho a saber. Balance y Perspectivas Cívicas*. México, Fundar, Centro de Análisis e Investigación, p. 17.

¹⁰ En la última década algunas de las redes y colectivos más activos en la elaboración y difusión de esta agenda son: el Colectivo por la Transparencia (creada en 2004), México Infórmate (creada en 2009) y, la Red por la Rendición de Cuentas (creada en 2011).

¹¹ PULIDO, *Op. cit.*, pp. 40. Para mayor información acerca de las actividades que realizó el Grupo Oaxaca ver: <http://www.eluniversal.com.mx/notas/767835.html> [Consulta 3 de marzo, 2016].

En el 2002, bajo la presidencia de Vicente Fox se promulgó la ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG), que marcó un hito en la materia. En el artículo 1° se estableció que: “La Ley es de orden público, tiene como finalidad proveer lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los Poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal, y cualquier otra entidad federal”¹².

La LFTAIPG, que entró en vigor en junio de 2003, se destacó en el ámbito internacional por tres aspectos *innovadores*. El primero, porque señala explícitamente que “ninguna de las excepciones para el acceso a la información pública se aplicará cuando se trate de la investigación de violaciones graves de derechos fundamentales o delitos de lesa humanidad” (artículo 14). El segundo, por las sólidas garantías procedimentales de la ley, que ordena a las dependencias gubernamentales del poder ejecutivo establecer unidades especiales para atender las solicitudes de información, presiona a las dependencias a que respondan de forma expedita a las solicitudes en un plazo máximo de veinte días hábiles, e implementa un sistema electrónico de acceso a la información que permite solicitar información a todas las agencias gubernamentales del ámbito federal. Y el tercero, por la creación del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), que sobresale internacionalmente por ser un órgano descentralizado y no sectorizado de la Administración Pública Federal que cuenta con autonomía presupuestaria y de decisión, que funciona como un tribunal administrativo¹³ encargado de garantizar el derecho de acceso de las personas a la información pública gubernamental.

De acuerdo con especialistas, los principales atributos del modelo federal mexicano radican en su contenido y en sus mecanismos de aplicación. La LFTAIPG habilita a cualquier persona a solicitar información y obtener una respuesta sin temor a represalias, en este sentido genera confianza entre la ciudadanía. La ley tiene criterios claros de interpretación, como lo es la máxima publicidad, con excepciones mínimas, y protege la privacidad de los solicitantes. “Asegura un proceso de acceso simple, amigable, económico y expedito”¹⁴. Un ciudadano puede utilizar el sistema de solicitudes de información (por medio de portales de internet de las dependencias) para pedir la información que requiere. Dicha solicitud va directamente a la dependencia, la que responde al ciudadano por el mismo sistema. En caso de que el

¹² La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, publicada el 11/06/2002 en el Diario Oficial de la Federación, tiene 64 artículos que se encuentran en cuatro Títulos. El título primero acerca de Disposiciones comunes para los sujetos obligados. Título segundo: Acceso a la Información en el poder ejecutivo federal. Título Tercero, Acceso a la información de los demás sujetos obligados; Título cuarto, responsabilidades y sanciones. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/244.pdf>.

¹³ ACKERMAN John. 2007. “La ley de acceso a la información pública mexicana en perspectiva internacional”. *Derecho a saber. Balance y Perspectivas Cívicas*. México, Fundar, Centro de Análisis e Investigación, pp. 359-361.

¹⁴ FOX Jonathan y HAIGHT Libby. 2007. “Las reformas a favor de la transparencia: teoría y práctica”. *Derecho a saber. Balance y Perspectivas Cívicas*. México, Fundar, Centro de Análisis e Investigación, pp. 34-36. GUERRERO, Juan Pablo. 2013. “Diez años de la Ley Federal de Transparencia: balance y discusión sobre reformas”, en: *Derecho de acceso a la información. La visión de los usuarios*. Cécile Lachenal y Ana Joaquina Ruiz, coordinadoras. México, GEDISA Editorial; Fundar, Centro de Análisis e Investigación, pp. 456-457.

solicitante quede inconforme con la respuesta, puede ingresar un recurso de revisión ante el IFAI, órgano garante del DAI, que cuenta con la atribución de confirmar o revertir las respuestas de las dependencias y obligarlas a entregar la información cuando por sus características deba ser pública¹⁵.

La promulgación de la ley federal tuvo –a su vez– efectos en los procesos legislativos de todos los estados de la República mexicana; gradualmente el total de las entidades del país y el Distrito Federal emitieron su propia legislación y establecieron órganos garantes del DAI¹⁶. A partir de entonces, el desarrollo de las leyes de transparencia y acceso a la información en los estados fue asimétrico, no protegían de la misma manera el DAI. Mientras en un estado se podía realizar una solicitud de información anónima vía telefónica, por correo o, a partir del sistema electrónico y contar con un lapso de 20 días para obtener la respuesta; en otro estado, una persona solo podía solicitar información acudiendo a las oficinas de la dependencia, acreditando su personalidad y con el doble de días para obtener una respuesta por parte de las autoridades. Lo mismo sucedió con el recurso de revisión, las modalidades para interponerlo, los requisitos y los tiempos, que varían dependiendo de la entidad federativa.

El proceso de designación e integración de los órganos garantes del derecho ha tenido características similares. En algunos estados los titulares eran designados directamente por el gobernador, situación que impactó directamente en la autonomía e independencia de los organismos. En contraste, en otras entidades los funcionarios son elegidos por el congreso local incorporando elementos de participación ciudadana en el proceso, aspecto que fortalece la legitimidad y confianza ciudadana en estas instituciones.

Con la entrada en vigor de la LFTAIPG y el consecuente uso del DAI por parte de la ciudadanía se hicieron evidentes las debilidades del modelo mexicano, tanto en el ámbito legal como en el diseño institucional. En primer lugar, el alcance de la ley promulgada en 2002 era limitada, pues no consideraba a otros actores o prestadores de servicios que ejercían recursos públicos, como los partidos políticos y sindicatos. En segunda instancia, el modelo de las sanciones de la LFTAIPG era ineficaz, ya que los órganos internos de control de las dependencias eran juez y parte de la vigilancia de las resoluciones del IFAI; además los contralores internos fungían como empleados del estado sin la autonomía necesaria para llevar a cabo funciones de control y sanción. Por último, es importante señalar la vulnerabilidad de los órganos garantes del DAI, de acuerdo con especialistas “la autonomía del máximo órgano garante ha estado en constante riesgo, por lo que es preciso implementar rigurosos controles en el proceso de nombramiento de sus titulares para garantizar su especialización e independencia”¹⁷.

¹⁵ Para conocer más acerca del sistema de solicitudes de información consultar: <https://www.infomex.org.mx>.

¹⁶ El proceso de elaboración de leyes terminó hasta el 2007, Tabasco fue el último estado en promulgar una ley de transparencia. Para ver detalles de la heterogeneidad de las leyes estatales consultar: LÓPEZ AYLLÓN, Sergio (coordinador). 2006. Democracia, transparencia y Constitución. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie de Doctrina Jurídica N° 350. Universidad Nacional Autónoma de México. p. 262.

¹⁷ GUERRERO, *Op. cit.*, 476-477.

La reforma constitucional del 2007 tuvo como principal objetivo establecer las bases y principios del DAI en el artículo 6° constitucional y homologar el marco normativo de acceso a la información y transparencia en el país. Esta reforma fue producto de un análisis pormenorizado y exhaustivo en distintos foros públicos en los que participaron académicos, organizaciones civiles, gobernadores y autoridades locales en materia de transparencia, quienes propusieron modificaciones acordes con los criterios internacionales y mejores prácticas en la materia. Estos esfuerzos que comenzaron desde el 2005 tuvieron su principal antecedente en un documento conocido como la “Declaración de Guadalajara”, firmado por tres gobernadores de las principales fuerzas políticas del país (Partido Revolucionario Institucional [PRI], Partido Acción Nacional [PAN] y Partido Revolución Democrática [PRD]), dentro del marco del Primer Foro Nacional de Transparencia Local).

En esta se propuso una reforma constitucional que incorporara el derecho de acceso a la información pública y los requisitos mínimos a cumplir en todo el país, como: “otorgar a todo mexicano y a toda persona los mismos derechos, sujetar las leyes a los principios de máxima publicidad y gratuidad, facilitar al máximo la solicitud de información sin condicionantes, como la exigencia de demostrar personalidad, firma, identificación o interés jurídico, poner a disposición del público todas las modalidades para tramitar solicitudes de información, incluyendo las herramientas electrónicas, crear instancias profesionales, autónomas e imparciales para generar una cultura de transparencia y garantizar el acceso a la información en caso de controversia, establecer sanciones para los funcionarios que nieguen dolosamente la información, obligar a todos los órganos públicos de transparentar los principales indicadores de gestión y asegurar la protección de los datos personales”¹⁸. Las propuestas vertidas en la “Declaración de Guadalajara” llegaron a la Reunión Ordinaria de la Conferencia Nacional de Gobernadores, celebrada en marzo de 2006. Posteriormente en el segundo Congreso de Transparencia Local, gobernadores de cinco estados firmaron la “Iniciativa Chihuahua”, en donde subrayaron la necesidad de reforzar el DAI. Estas reuniones, aunadas a las discusiones realizadas por legisladores en la Cámara de Diputados, impulsaron una agenda en materia de transparencia con modificaciones específicas para fortalecer el DAI.

De este modo, la reforma constitucional de 2007 adicionó siete fracciones al artículo 6°¹⁹ e incorporó el principio de máxima publicidad; la protección de datos

¹⁸ *Reforma al Artículo 6° constitucional que establece el acceso a la información pública como un derecho fundamental de los mexicanos, 2007* IFAI. pág.13. Disponible en: <http://inicio.ifai.org.mx/Publicaciones/ModificacionArt6.pdf/>.

¹⁹ Las fracciones son: I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y solo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad. II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes. III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de estos. IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Los procedimientos se sustanciarán ante órganos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión. V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y se publicarán en los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada acerca de sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos

personales y la privacidad; el establecimiento de mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos; la creación de órganos garantes especializados e imparciales; la gratuidad de la información; el almacenamiento y la publicación de información relativa al ejercicio de los recursos públicos e indicadores de gestión; y el establecimiento de un régimen de sanciones ante la inobservancia de la norma. La reforma estableció –además– dos obligaciones en los artículos transitorios. Por un lado, que la federación, los estados, y el Distrito Federal deberán expedir leyes en la materia, o en su caso, realizar las modificaciones necesarias para adecuarlas al nuevo texto constitucional a más tardar un año después de la entrada en vigor de la reforma; la segunda, que la federación, los estados, y el Distrito Federal deberán contar con sistemas electrónicos para que cualquier persona pueda ingresar solicitudes de información y recursos de revisión por esta vía, a más tardar en dos años a partir de la entrada en vigor de la reforma²⁰.

A la par del fortalecimiento normativo del DAI, el acceso a información comenzó a mostrar –con mayor fuerza– su potencial como herramienta para el empoderamiento ciudadano y como un mecanismo efectivo para evidenciar casos de corrupción y discrecionalidad en el uso de los recursos públicos. Las solicitudes de información se convirtieron en una actividad fundamental por parte de algunas organizaciones de la sociedad civil, las que utilizaron los datos provistos por los sujetos obligados como insumos para demandar a las autoridades gubernamentales una mayor transparencia y rendición de cuentas, o la exigibilidad y protección de algún derecho humano.

Al respecto, es importante mencionar dos casos que ejemplifican el uso estratégico del DAI para demandar transparencia y rendición de cuentas, y exigir el goce de derechos económicos y sociales. El primero, el caso *Provida* (en 2004)²¹ puso en evidencia la discrecionalidad en la asignación de recursos públicos; el segundo, *Subsidios al campo* (en 2008)²², reveló cómo la desigual distribución del presupuesto

públicos. VI. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales. VII. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes. Artículo 6º, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²⁰ *Reforma al Artículo 6º constitucional 2007*. IFAI. *Op. cit.*, p. 6.

²¹ El caso “Provida” que se dio a conocer en julio de 2004, evidenció cómo el presidente de la Comisión de Presupuesto y Cuenta Pública de la Cámara de Diputados decidió –de manera unilateral– sustraer 30 millones de pesos del presupuesto destinado para programas de salud de mujeres con VIH-SIDA del ejercicio fiscal del 2003, para asignarlos a centros de ayuda a mujeres operados por la organización civil Provida. Esta última dispuso de los recursos sin apearse a los rubros para los que había sido solicitado, e incurrió en irregularidades fiscales: dio donativos a terceros, compró artículos de lujo (lapiceros Mont Blanc) y tangas (ropa interior) para las mujeres que pretendía atender. Dichas irregularidades salieron a la luz luego de que seis organizaciones de la sociedad civil realizaron solicitudes de información y demandaron la rendición de cuentas por parte de autoridades correspondientes, en un claro ejercicio de contraloría ciudadana. Ver: Helena Hofbauer. *Caso Provida, Los alcances del acceso a la información vs. los límites de la rendición de cuentas*. Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2456/10.pdf> [Consulta 2 de marzo, 2016]. Jesús Ramírez. “Ganancias Privadas con dinero público”, *La Jornada*, 6 de marzo de 2005, disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2005/03/06/mas-jesus.html> [Consulta 2 de marzo, 2016].

²² En 2008 la Asociación Nacional de Empresas Comercializadoras de Productores del Campo (ANEC), interesada en condiciones más justas para sus agremiados y los pequeños y medianos productores; Fundar, Centro de Análisis e Investigación y la Universidad de California Santa Cruz se reunieron

asignado a los programas para el campo ha beneficiado –durante los últimos años– a los productores agrícolas con ingresos más altos.

En este período de avances significativos en el ejercicio del DAI también se presentaron intensos embates por parte de algunas autoridades y dependencias públicas de los ámbitos local y federal, que pusieron en evidencia la notable resistencia por transparentar el quehacer público. Muestra de ello fueron los intentos por debilitar a los órganos garantes del DAI, que se realizaron por la vía formal o por la vía de los hechos. Pese a que una de las principales fortalezas de los órganos garantes radica en que sus resoluciones tienen carácter vinculatorio, en este periodo algunas dependencias comenzaron a impugnar las resoluciones ante tribunales administrativos que no tenían la atribución de resolución de asuntos entre dependencias del gobierno. En unos estados se llegaron a proponer reformas a las leyes de transparencia para que las resoluciones de los órganos garantes pudieran ser revisadas por dichos tribunales.

Uno de los casos más representativos ocurrió en el estado de Campeche, cuando una mayoría de diputados del Partido de la Revolución Institucional (partido que gobernaba el estado) aprobó una reforma en 2009, que estableció que las resoluciones de la Comisión de Acceso a la Información Pública de Campeche no serían definitivas y podrían ser apeladas por las autoridades públicas ante el Tribunal Judicial del estado. De este modo las autoridades obligadas por la ley de transparencia del estado podían evadir el cumplimiento de las decisiones de la Comisión de Transparencia, acudiendo al Tribunal Judicial. Ante esta afrenta, legisladores del Partido Acción Nacional (PAN) presentaron una acción de inconstitucionalidad por contravenir las bases y principios del artículo 6º de la Constitución. Finalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación atrajo el caso y ratificó que las resoluciones de los órganos garantes son definitivas e inatacables²³.

Pese al fortalecimiento al marco normativo del DAI, instrumentos como IDAIM²⁴ o la Métrica de Transparencia²⁵ revelaron que la reforma constitucional

para crear el proyecto *Subsidios al Campo* y conocer hacia dónde y a quiénes se dirigen los recursos asignados al campo mexicano. Más información en: CEJUDO, Guillermo. 2012. "Evidence for Change: The case of subsidies al Campo in Mexico". International Budget Partnership. Disponible en: <http://internationalbudget.org/wp-content/uploads/LP-case-study-Fundar.pdf>.

²³ Más información en: <http://fundar.org.mx/mexico/?p=891>. *Acción de inconstitucionalidad 56/2009 "Acceso a la información pública en el estado de Campeche"*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. <http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=111407&SeguimientoID=471>.

²⁴ El Índice del Derecho de Acceso a la Información en México (IDAIM) mide la calidad de las leyes de transparencia federal y en las entidades federativas en relación con los principios constitucionales y las mejores prácticas en la materia; en su primera edición en 2010 mostró que la mayoría de las legislaciones de los 32 estados y el Distrito Federal tenían algún problema de armonización constitucional. Solo 16 leyes habían determinado la obligación de los sujetos obligados de contar con un órgano revisor de las negativas o declaratorias de inexistencia; y 15 leyes habían establecido la creación de unidades de revisión de la información pública como órganos colegiados. Es factible subrayar que ambos mecanismos se consideran indispensables para asegurar la interpretación adecuada del principio de máxima publicidad y para cuidar que las reservas obedezcan estrictamente a razones de interés público. PULIDO, *Op. cit.*, pp. 44.

²⁵ La *Métrica de Transparencia 2010* fue desarrollada por el Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C. México. Más información acerca de la metodología y resultados consultar: <http://metricadetransparencia.cide.edu/>.

del 2007 no logró homologar las legislaciones de las entidades federativas. Aunque algunas leyes de acceso a la información fueron modificadas, no siempre lograron adecuarse al texto constitucional, de manera que continuó la protección diferenciada del DAI en los estados del país.

Esta problemática, sumada al debilitamiento de los órganos garantes y el rezago de actores políticos como el Poder Legislativo y Judicial, los sindicatos y partidos por transparentar sus acciones y rendir cuentas a la ciudadanía, llevaron a la sociedad civil organizada a comenzar una nueva campaña para solicitar ciertas reformas al marco normativo federal y estatal que atendieran estas cuestiones.

En el periodo que va de 2008 al 2012 el escenario político se caracterizó por la constante exigencia de organizaciones de la sociedad civil de impulsar una nueva ola de reformas en materia de transparencia. Sin embargo, fue hasta el proceso electoral de 2012, específicamente en el marco de las campañas políticas y los debates presidenciales, que las demandas de fortalecimiento de la transparencia y la rendición de cuentas lograron posicionarse con suficiente fuerza en el debate público. De hecho, el candidato del Partido de la Revolución Institucional (PRI) Enrique Peña Nieto incorporó en su campaña política tres asuntos de interés: 1) regulación de la publicidad oficial; 2) combate a la corrupción y; 3) fortalecimiento del sistema de transparencia y rendición de cuentas.

Una vez electo como Presidente de la República, Peña Nieto promovió un acuerdo político nacional, el “Pacto por México”, firmado el 2 de diciembre de 2012 por las dirigencias de los principales partidos políticos, el Partido Revolucionario Institucional (PRI), el Partido de la Revolución Democrática (PRD) y el Partido Acción Nacional (PAN). Este acuerdo para la democratización del país tuvo como base tres grandes ejes: el fortalecimiento del Estado democrático de derecho; la democratización de la política, la economía y los derechos sociales; y la participación de los ciudadanos como actores fundamentales, en el diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas²⁶. En específico, los partidos políticos se comprometieron en avanzar en la implementación de reformas que estaban rezagadas por falta de consensos, como la relativa a la transparencia y la rendición de cuentas.

De esta manera, la primera propuesta de reforma legislativa presentada por el PRI en la LXII Legislatura fue la reforma al artículo 6º constitucional, que tuvo como objetivo dotar de autonomía al IFAI y fortalecer el sistema de transparencia y acceso a la información en el país. El proceso de aprobación de la reforma se distinguió por intensas discusiones y negociaciones entre las fracciones parlamentarias del Congreso de la Unión, organizaciones de la sociedad civil, académicos, periodistas, funcionarios y especialistas en la materia.

Dos factores hicieron posible la aprobación de esta reforma histórica en el desarrollo democrático de México. El primero, la activa participación de una sociedad civil organizada, con un fuerte nivel de conocimientos en la materia e influencia política que logró abrir canales de interlocución de alto nivel con las fracciones parlamentarias para incluir sus propuestas. El segundo, la apertura del Senado de la República para llevar a cabo un proceso plural y abierto para la discusión de la reforma. Estos actores mostraron –en la práctica– cómo puede funcionar un “Parlamento

²⁶ Más información de los acuerdos del Pacto por México consultar: <http://pactopormexico.org/acuerdos/>.

abierto". De este modo y tras un proceso legislativo abierto acompañado por una campaña en medios electrónicos #TransparenciaYA, liderada por el Colectivo por la Transparencia y México Infórmate, se aprobó la reforma²⁷.

La nueva reforma constitucional en materia de transparencia se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 2014, esta incorporó las demandas impulsadas por organizaciones de la sociedad civil encaminadas a fortalecer y garantizar el acceso a la información. La primera de ellas, la homologación de las garantías de este derecho, para que los ciudadanos en todo el país lo ejerzan de forma libre y plena. La segunda, la incorporación de otros actores relevantes que ejercen recursos públicos como sujetos obligados del sistema de acceso a la información: partidos políticos, sindicatos, fideicomisos y fondos públicos. Y por último, la apremiante necesidad de generar y transparentar información que documente de manera efectiva la gestión de las autoridades gubernamentales, para evitar el exceso de declaraciones de inexistencia de información. Esta reforma significó la concreción de experiencias y la mejora de los mecanismos para fortalecer el derecho de acceso a la información, así como también la transparencia y la rendición de cuentas dentro de la administración pública.

La reforma constitucional requirió de leyes secundarias en materia de transparencia, de datos personales y de archivos. Tras la promulgación se transitó por un intenso periodo de elaboración de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. De hecho, la redacción de la ley fue un proceso de participación inédito, en el que –una vez más– la sociedad civil tuvo un papel fundamental en las propuestas y en la negociación del contenido de este instrumento²⁸. Esta fase comenzó en 2014 cuando el Colectivo por la Transparencia, la Red por la Rendición de Cuentas y México Infórmate solicitaron a los senadores acompañar el proceso legislativo para crear un grupo de redacción plural integrado por legisladores (miembros del senado) y representantes de la sociedad civil organizada. En la primera reunión se definieron las reglas del juego, en el caso de que algunas de las partes involucradas no estuviera de acuerdo con la redacción o el sentido de algún artículo, entonces se pondría en corchetes y se pondría a consideración de los senadores, ellos tendrían la decisión final de los corchetes y de ninguna manera podrían cambiar la redacción de lo que se aceptó por consenso²⁹.

Sobre la base de estos acuerdos se instaló un grupo de trabajo que como punto de partida recuperó los avances en materia de transparencia de la última década,

²⁷ La reforma en materia de transparencia fue resultado de tres iniciativas presentadas por senadores de la República de los grupos parlamentarios del Partido Revolucionario Institucional (PRI), Partido de la Revolución Democrática (PRD), y Partido Acción Nacional (PAN). El 20 de diciembre de 2012 el Pleno del Senado aprobó el Dictamen, posteriormente fue enviado a la Cámara de Diputados para ser aprobado el 22 de agosto de 2013. El 26 de noviembre de 2013 se remitió a las legislaturas estatales y el 22 de enero de 2014 se envió al Ejecutivo Federal para su posterior publicación en el Diario Oficial de la Federación (DOF). Más detalles de la campaña #TransparenciaYA ver: <http://www.gesoc.org.mx/site/wp-content/uploads/2013/10/Comunicado-M%C3%A9xico-Infórmate-Colectivo-por-la-Transparencia.pdf> [Consulta 20 de marzo de 2016].

²⁸ En el texto, *La Transparencia en México: un trabajo colectivo*. Fundación Friedrich Ebert. México. 2016, la autora, Ana Cristina Ruelas, hace un recuento detallado del proceso de elaboración y aprobación de la Ley de Transparencia 2015.

²⁹ Como lo señala Ana Cristina Ruelas, "además se tomó la decisión de que coexistiera una ley general con una ley federal", *Ibidem*, p. 10.

así como los “principios internacionales, leyes nacionales y diversos criterios jurisprudenciales”³⁰.

Las organizaciones de la sociedad civil impulsaron y defendieron la incorporación de algunos elementos para garantizar y ampliar la protección del derecho a la información, entre los más relevantes: a) que el concepto de derecho a la información se entendiera como la solicitud, investigación, difusión, búsqueda y recepción de información; b) la información pública comprende toda aquella que se genere, obtenga, adquiera, transforme o posea un sujeto obligado; c) la información de interés público se encuentre accesible sin que sea necesario hacer una solicitud; d) que la información relacionada con violaciones graves a derechos humanos y delitos de lesa humanidad siempre sean públicos y e) ninguna reserva de información es categórica y se requiere un análisis de caso mediante la prueba de daño para restringir el derecho a la información³¹.

El borrador elaborado por las organizaciones de la sociedad civil recibió observaciones de un grupo de veinte expertos y posteriormente fue sujeto a consideración de los senadores que firmarían la iniciativa. Así, los legisladores discutieron los artículos que se encontraban encorchetados. Durante esta etapa, la Consejería Jurídica de Presidencia hizo propuestas regresivas que intentaron limitar la posibilidad de abrir información relevante (como la figura de recurso de reserva en materia de seguridad nacional). Ante estas propuestas que impactaban la ley, el Senado de la República decidió abrir las discusiones para obtener la redacción final del documento. En esta fase los senadores escucharon las posturas de académicos, funcionarios públicos (entre ellos el Consejero Jurídico de Presidencia) y representantes de la sociedad civil.

Luego de varios meses, la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIP) fue aprobada en las Cámaras de Senadores y de Diputados, y finalmente publicada el 4 de mayo de 2015³². Un aspecto que es importante subrayar es que la ley se centra en el ejercicio ciudadano del DAI y en la responsabilidad de los sujetos obligados de garantizar la máxima publicidad de sus funciones, facultades y competencias. “La construcción plural de la ley y en particular los aportes de las organizaciones de la sociedad civil permitieron una valiosa transformación en materia de rendición de cuentas y en la protección de los derechos humanos”³³.

³⁰ *Ibidem*. Más información consultar, Versión Estenográfica de la Reunión de Trabajo, para la instalación del equipo redactor de la Legislación Secundaria en materia de Leyes de Transparencia. 7 de octubre 2014. <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/versiones/15877-version-estenografica-de-la-reunion-de-trabajo-para-la-instalacion-del-equipo-redactor-de-la-legislacion-secundaria-en-materia-de-leyes-de-transparencia.html>.

³¹ *Ibidem*, p. 11. Iniciativa de Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2 de diciembre de 2014. Senado de la República. Disponible en: <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/17361-presentan-iniciativa-de-ley-general-de-transparencia-y-acceso-a-la-informacion-publica.html> [Consulta 5 de marzo, 2016].

³² La Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública es de observancia general en toda la República, y es reglamentaria del Artículo 6 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf> [Consulta 5 de marzo, 2016].

³³ RUELAS, *op. cit.*, p. 1.

En la actualidad el régimen de acceso a la información en México cuenta con una reforma al artículo 6 de la Constitución que incorpora de manera detallada el derecho de acceso a la información (DAI) y una ley General de Transparencia de observancia general en toda la República, la que establece los principios, bases generales y procedimientos para garantizar este derecho.

2) *Reseña de la normativa respecto de acceso a la información e institucionalidad*

El marco normativo e institucional en materia de transparencia y acceso a la información en México –de acuerdo con especialistas– se distingue por ser uno de los más avanzados en América Latina y por ocupar un lugar destacado en el ámbito internacional³⁴.

Como se expuso previamente, el derecho de acceso a la información en México se ha regulado en tres reformas constitucionales: en 1977, 2007 y 2014. En estas se ha ampliado paulatinamente el ejercicio del derecho, incorporando nuevas garantías que buscan atacar la heterogeneidad del acceso a la información en las entidades federativas.

No obstante, la disparidad entre las legislaciones de las entidades federativas sigue siendo considerable. De acuerdo con el Índice de Acceso a la Información en México (IDAIM), en sus ediciones 2014 y 2015, todas las leyes de transparencia de los estados presentan deficiencias en mayor o menor grado³⁵.

Por su parte, el funcionamiento de los órganos u organismos garantes (OG) también ha sido muy heterogéneo. Según el Índice Nacional de Órganos Garantes del Derecho de Acceso a la Información (INOGDAI) 2013, que mide la transparencia y rendición de cuentas, la promoción del derecho de acceso a la información por parte de los propios OG y la calidad en la resolución de controversias, la mayoría de las entidades federativas tiene resultados reprobatorios. De hecho el promedio nacional de desempeño se ubica en 53%, respecto del 100% que significa la máxima garantía del DAI³⁶.

³⁴ ACKERMAN, John. 2007a. “La ley de acceso a la información pública mexicana en perspectiva internacional”. *Derecho a saber. Balance y Perspectivas Cívicas*. México. Fundar, Centro de Análisis e Investigación, pp. 359-361. El Índice sobre Acceso a la Información Global (Global Right to Information Map, 2014) mide la calidad de las leyes de transparencia en el mundo basado en las mejores prácticas en los temas de alcance a la protección del derecho, los procedimientos de acceso y apelación, las sanciones y la promoción del derecho. El índice sitúa a México en la posición 7 entre más de 97 leyes de transparencia y acceso en el mundo. Disponible en: <http://www.rti-rating.org>. En el ámbito regional, ver los Informes Anuales de la Alianza Regional por la libre expresión e información, disponibles en: <http://www.alianzaregional.net/contenidos/saber-mas/> [Consulta 5 de marzo, 2016].

³⁵ El IDAIM considera tres variables principales para calificar las leyes de 0 a 10: el diseño normativo, diseño institucional, y procedimiento de acceso a la información pública y obligaciones de transparencia. En la edición 2014 la ley del Distrito Federal obtuvo la mejor calificación con 8,1 y el estado de Hidalgo la peor con 4,59. En el 2015 Coahuila, que armonizó su ley con la LGTAIP, obtuvo la mejor calificación con 9,33, mientras que la ley del estado de Hidalgo se mantuvo como la peor. <http://idaim.org.mx/> [Consulta 5 de marzo, 2016].

³⁶ Para consultar la metodología y los resultados ver: <http://www.inogdai.org/docs/Resultados.pdf> [Consulta 5 de marzo 2016]; y “Graves deficiencias de los OG de transparencia en el país” en <http://>

Al respecto, la reforma constitucional en materia de transparencia promulgada en 2014 estableció principios y bases que –en teoría– permitirán abatir las asimetrías de las legislaciones locales, avanzar en el fortalecimiento de las instituciones garantes, e incrementar la transparencia y rendición de cuentas de los distintos órdenes de gobierno.

Con la publicación de la LGTAIP el 5 de mayo de 2015 entró en vigor el plazo previsto (de un año) para armonizar las 33 leyes estatales con la Ley General, y con ello dar paso a la creación de un Sistema Nacional de Transparencia³⁷. Durante este periodo la participación de la sociedad civil y del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, INAI (antes IFAI)³⁸ ha sido sustancial para impulsar la reforma de las leyes locales³⁹. Sin embargo, este proceso ha tenido un avance lento y no ha estado libre de propuestas que plantean retrocesos en la protección del DAI.

En este sentido, es importante subrayar que la reciente reforma constitucional en materia de transparencia constituye uno de los principales logros del marco regulatorio del derecho de acceso a la información en México. Por ello, es necesario destacar las particularidades de la reforma y sus implicaciones.

- a) **Ampliación de los sujetos obligados (SO) a rendir cuentas**, se extiende a partidos políticos, sindicatos, órganos autónomos, fideicomisos, fondos públicos y a cualquier persona física, moral, que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad. Este punto constituye una de las grandes bondades de la reforma, pues incluye a sujetos e instituciones que no estaban obligadas a rendir cuentas pero que llevaban a cabo funciones de interés público, por lo que ahora están obligados a publicar su información.
- b) **Obligación de los sujetos obligados de documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones**. Esta medida permitirá la existencia de un registro de actividades y favorecerá el ejercicio de rendición de cuentas. Ello supone los retos de archivar y conservar información que deberá detallar la ley secundaria. Al respecto, es admisible resaltar que en el sistema jurídico mexicano la información es considerada como pública si se encuentra en posesión de las autoridades.
- c) **Autonomía del máximo órgano garante de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales**. Esta facultad implica, por un lado, la

mexicoinformate.org/noticias/graves-deficiencias-en-la-actuacion-de-los-organos-de-transparencia-en-el-pais/ [Consulta 5 de marzo, 2016].

³⁷ Al 15 de marzo de 2016 siete entidades han armonizado sus leyes: Coahuila, Chihuahua, Jalisco, Querétaro, Oaxaca, Morelos y Tabasco. Ximena Puente, Comisionada Presidenta del INAI, <http://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/articulo/ximena-puente-de-la-mora/nacion/2016/03/18/menos-de-50-dias-para> [Consulta 18 de marzo, 2016].

³⁸ Después de la aprobación de la Ley General de Transparencia y Acceso a Información Pública en abril de 2015, el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (IFAI) se transformó en el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI).

³⁹ Campaña #Armonizatuley, más detalles en: <http://colectivoporlatransparencia.org/armoniza-tu-ley> [Consulta 18 de marzo, 2016].

suficiencia presupuestaria y administrativa del organismo⁴⁰ y, por otro, la ampliación de su ámbito de competencia a todos los poderes y autoridades del Estado. En términos prácticos esto significa que podrá conocer los asuntos relacionados con el acceso a la información pública de cualquier entidad u organismo que forme parte de cualquiera de los tres Poderes de la Unión, de los tres órdenes de gobierno, órganos autónomos, partidos políticos, sindicatos, fondos, fideicomisos públicos, así como de cualquier persona física o moral que reciba y ejerza recursos públicos. La autonomía también supone:

- **Facultad de atracción del INAI**, que puede revisar las resoluciones de órganos garantes locales que no hayan dejado satisfecho al solicitante. Esta capacidad representa simultáneamente un logro y un desafío, ya que supone la centralización de las decisiones, limitando –en cierta medida– el margen de acción de los órganos locales. También abre la puerta a una complejidad técnica debido a la inexistencia de un modelo similar, lo que implica la acumulación de instancias de revisión.
 - **Definitividad e inapelabilidad de las resoluciones del INAI**, reafirma a este órgano como la máxima autoridad en la materia. Esta medida busca evitar que las autoridades cuestionen y apelen las decisiones del IFAI ante órganos administrativos o jurisdiccionales.
- d) **Facultad a los organismos garantes de promover acciones de inconstitucionalidad**⁴¹, se refiere a la potestad de impugnar ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación leyes y disposiciones que sean contrarias a los principios y las bases al Derecho de Acceso a la Información.
- e) **Nuevo procedimiento para el nombramiento de las y los comisionados del INAI**. El nombramiento y designación de los miembros debe llevarse a cabo de manera plural, incluye el escudriño y participación de la ciudadanía, considera la consulta a organizaciones de la sociedad civil especializadas en la materia para acompañar y vigilar el proceso de selección⁴². En este sentido, la reforma imprime un sello ciudadano en el diseño y conformación del instituto.

⁴⁰ De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia mexicana los órganos constitucionales autónomos “permiten satisfacer garantías de actuación e independencia en su estructura orgánica para que alcancen los fines para los que fueron creados, es decir, para que ejerzan una función propia del Estado que por su especialización e importancia social requería autonomía de los clásicos poderes del Estado”. Tesis Jurisprudencial núm. 20/2007, Pleno SCJN; la doctrina establece que estos órganos “tienen todos los atributos para garantizar su autonomía constitucional, presupuestal, operativa y técnica. La condición de autonomía constitucional los dota de estabilidad y les permite afianzar su independencia presupuestal, operativa y técnica”. Al respecto, ver ACKERMAN, John. 2007 *Organismos Autónomos y Democracia. El Caso de México*. IJ-UNAM. Siglo XXI Editores. México; y PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía. Los órganos constitucionales autónomos. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/306/7.pdf>.

⁴¹ Las acciones de inconstitucionalidad son un medio de defensa legal en donde se pide se expulse una norma del orden jurídico por considerarla contraria a la Constitución.

⁴² Las 14 organizaciones civiles reunidas en el Colectivo por la Transparencia expresaron en diversos posicionamientos la necesidad de evaluar el perfil de los comisionados para fortalecer y garantizar la autonomía del organismo garante. Ver: “<http://colectivoporlatransparencia.org/2013.htm> [Consulta: 5 de marzo de 2016].

En suma, la reforma al artículo 6° de la Constitución significó un cambio favorable para el reconocimiento y protección del DAI. En lo que respecta al **diseño institucional**, es valioso destacar que la reforma fortalece el ámbito de aplicación y protección del derecho con los órganos garantes al reconocerlos como instancias especializadas, imparciales y autónomas que garantizan el derecho de acceso a la información. Además, robustece significativamente al IFAI, ya que se vuelve la máxima instancia revisora en el ámbito federal y a partir de ahora revisa a todos los sujetos obligados.

En la parte **procedimental**, el INAI tendrá ahora un rol revisor de los organismos garantes de las entidades federativas, lo que la habilita a emitir una decisión definitiva e inatacable⁴³. Esto permite aumentar la certeza y seguridad jurídica de los usuarios del derecho porque el órgano garante federal se considera una institución sólida y vanguardista en la protección del derecho. Este modelo implica en cierta medida la centralización del procedimiento y plantea a su vez el reto de fortalecer a los órganos garantes locales para que garanticen el goce efectivo del DAI.

Tomando en cuenta lo antes expuesto, se puede afirmar que existen muchas fortalezas en el marco regulatorio de la transparencia y el acceso a la información en México. Los principales obstáculos han sido atacados en la última reforma constitucional con mayores garantías legales e institucionales. Esta reforma también consideró la creación de una ley general de transparencia, una de datos personales y una de archivos⁴⁴.

La Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública incorporó estándares para proteger el DAI y para robustecer el andamiaje institucional que garantiza este derecho. Por un lado, la LGTAIP amplió el catálogo de sujetos obligados a los sindicatos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, privados que ejerzan recursos públicos o realicen actos de autoridad y al Poder Judicial (a excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

Además, la ley contempla una ampliación de las obligaciones de transparencia (a más de 200), el objetivo es que la información relevante se haga pública sin que medien solicitudes de acceso a la información. Sin embargo esto contempla un reto, ya que el cumplimiento de todas las obligaciones requiere de una labor de vigilancia de los organismos garantes.

En particular, la ley dispone obligaciones de transparencia específicas por sujeto obligado, lo que permite acceder a información útil según las funciones que desempeña cada uno de estos. Al respecto, existen desafíos para estandarizar la información en cumplimiento de estas obligaciones, y con ello evitar que se publique

⁴³ El carácter de definitividad e inatacabilidad de las resoluciones del INAI lo marca el propio texto constitucional. No obstante, existe una excepción cuando el Consejero Jurídico del Presidente de la República puede llevar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación casos en los que considere que no debe entregarse la información porque, de hacerlo, afectaría intereses de seguridad nacional.

⁴⁴ Estas últimas están en proceso de elaboración. A marzo de 2016 existe un proyecto de dictamen de Ley de Archivos en la Cámara de Senadores. <http://www.lja.mx/2015/02/urgente-la-creacion-de-un-sistema-nacional-de-archivistica-senala-archivo-general-de-la-nacion/> Más información: <https://www.gob.mx/agn/prensa/discuten-en-el-senado-lineamientos-para-la-aprobacion-de-ley-general-de-archivos> En esa misma Cámara también se revisa un proyecto de dictamen de la Ley de Datos Personales ver: <http://articulo19.org/retrocesos-en-la-ley-de-datos-personales/> [Consultadas 18 de marzo, 2016].

información de mala calidad, incompleta o en formatos que impidan su utilización (es decir, contrario a datos abiertos).

En cuanto al diseño institucional, este se fortalece con los organismos (locales) garantes de la transparencia; las Unidades de Transparencia, que tienen el contacto con los solicitantes y son los encargados de recabar la información y atender sus dudas; los Comités de Transparencia⁴⁵ es un cuerpo colegiado al interior de las instancias de gobierno así como en el resto de los sujetos obligados y están a cargo de verificar el proceso donde se declara la información como reservada o inexistente; y el Consejo Consultivo, el que tiene la facultad de emitir opiniones técnicas para la mejora del ejercicio de las funciones de los organismos garantes, dar opiniones no vinculantes acerca de temas relevantes en materia de transparencia, acceso a la información, accesibilidad y protección de datos personales, entre otros⁴⁶.

La LGTAIP en los artículos 27 al 36 establece la creación del Sistema Nacional de Transparencia, su objetivo es crear lineamientos, instrumentos, objetivos, indicadores para la promoción de transparencia y su transversalización como política pública⁴⁷. Este sistema deberá integrarse por el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos INAI, Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Archivo General de la Nación (AGN) y los organismos garantes locales.

El anterior se complementa con la Plataforma Nacional de Transparencia, que se establece en la LGTAIP en los artículos 49 a 52, que tiene por objetivo crear un sistema de solicitudes de acceso a la información, sistema de gestión de medios de impugnación, sistema de portales de obligaciones de transparencia y un sistema de comunicación entre organismos garantes y sujetos obligados.

La implementación de este nuevo Sistema Nacional de Transparencia está en construcción, al igual que los lineamientos que permitirán operarlo⁴⁸.

⁴⁵ El artículo 24 de la LGTAIP establece que los sujetos obligados deberán cumplir con las obligaciones de constituir el Comité de Transparencia, las Unidades de Transparencia y vigilar su correcto funcionamiento de acuerdo con su normatividad interna. Estos deben constituir y mantener actualizados sus archivos y la gestión documental, conforme a la normatividad, y generar, documentar y publicar la información en formatos abiertos y accesibles.

⁴⁶ El artículo 47 de la LGTAIP establece que los organismos garantes contarán con un Consejo Consultivo integrado por consejeros que serán honoríficos y no excedan siete años en el cargo. El artículo 48 detalla las funciones del Consejo.

⁴⁷ Artículo 31 de la LGTAIP menciona que el Sistema Nacional de Transparencia debe desarrollar y establecer programas de alcance nacional, para la promoción, investigación, diagnóstico y difusión en materias de transparencia, acceso a la información, protección de datos personales y apertura gubernamental en el país. El Sistema Nacional deberá emitir sus lineamientos y publicarlos en el Diario Oficial de la Federación antes del 6 de mayo de 2016 (fecha en la que se cumple un año de la entrada en vigor de la LGTAIP), de igual manera los sujetos obligados tienen hasta este día para incorporarse a la Plataforma Nacional de Transparencia.

⁴⁸ En relación con los instrumentos para operar el nuevo Sistema Nacional de Transparencia, es importante mencionar que la Ley Federal de Transparencia y Acceso a Información Pública se aprobó el 19 de noviembre de 2015 por la Cámara de Senadores y fue enviada a la Cámara de Diputados. El 4 de abril de 2016 fue aprobada por las comisiones de esta Cámara y la turnó al Pleno para su discusión.

3) *Logros y desafíos del marco regulatorio*

En la última década en México, el vertiginoso desarrollo en materia legislativa del acceso a información pública ha permitido transparentar espacios que históricamente se caracterizaron por su opacidad (como la asignación y uso de los recursos públicos o la toma de decisiones en la política pública), y avanzar en el empoderamiento de los ciudadanos por medio del ejercicio de un derecho básico, el derecho a saber y a tener acceso a información que les permita caminar hacia el ejercicio pleno de sus derechos humanos⁴⁹.

Los avances en el marco normativo e institucional constituyen pasos sólidos para la protección y defensa del DAI. A la par, resulta imprescindible identificar los desafíos en el ámbito de la administración pública para establecer mecanismos que garanticen y protejan el goce efectivo de este derecho por parte de la ciudadanía.

En este sentido es importante señalar que estos retos, inherentes a la transformación de prácticas en el ámbito institucional, suponen la eliminación de hábitos muy arraigados dentro la administración pública, como la corrupción, el exceso de discrecionalidad y la opacidad en la toma de decisiones. Por otra parte, también implican el fortalecimiento de la participación ciudadana dentro la esfera pública, la que ha sido obstaculizada –en parte– por la desconfianza que tiene la población en las autoridades de los distintos órdenes de gobierno⁵⁰.

En el contexto actual, los retos que enfrenta el DAI emanan precisamente de los logros obtenidos en el terreno normativo, a continuación se presentan algunos puntos relevantes:

1) *Implementación de la reforma constitucional*. Es requisito obligatorio la elaboración de leyes estatales que den cuenta de la reforma constitucional y la doten de contenidos que permitan operarla. Además, la implementación de una reforma constitucional que pretenda modificar sustancialmente el ejercicio de la administración pública supone no solo ajustes en el diseño institucional, sino también cambios en el funcionamiento de la estructura organizacional. Para algunos especialistas, este es un desafío que implica –necesariamente– “la construcción de estrategias múltiples, con una visión amplia y de largo plazo acerca de la *endogeneización de la transparencia* en las organizaciones gubernamentales”; de ello implicaría construir la transparencia como un valor en el sector público y no solo una arena donde se da una batalla entre buenos y malos, quienes solicitan y quienes proveen la información⁵¹. En otras palabras, deben modificarse los hábitos de los funcionarios públicos y poner en marcha prácticas que favorezcan la transparencia de su quehacer.

2) *Armonización legislativa acorde al principio de máxima publicidad*. En este punto es necesario eliminar las reservas absolutas de información que impiden el goce efectivo del derecho de acceso a la información. A la fecha, persisten instituciones

⁴⁹ HOFBAUER, Helena. *Op. cit.*, pp. 13-16.

⁵⁰ MORENO, Alejandro. 2010. *Confianza en las instituciones. México en perspectiva comparada*. Centro de Estudios Sociales de Opinión Pública, Cámara de Diputados, ITAM. México, p. 31.

⁵¹ ARELLANO, David. 2008. “Transparencia y organizaciones gubernamentales”. En: ACKERMAN, John. *Más allá del Acceso a la Información. Transparencia, Rendición de Cuentas y Estado de Derecho*. Siglo XXI Editores, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Pág. 265.

y actores claves que omiten llevar a cabo interpretaciones garantistas del acceso a la información y ampliar al máximo el goce del derecho. Para ilustrar esta problemática, es esencial mencionar que aún existe un desfase normativo de algunas legislaciones en relación con los principios y garantías –como la de máxima publicidad– que otorga el artículo 6° constitucional. Como ejemplo de reserva absoluta está el resguardo legal de toda la información de las declaraciones patrimoniales de los servidores públicos. De hecho, la publicidad de estos documentos es un medio que facilitaría la fiscalización ciudadana y el combate a la corrupción.

3) *Inversión de recursos humanos y materiales*, elemento indispensable para el cumplimiento de las obligaciones de las instituciones y los sujetos obligados (SO). Esta permitirá la implementación de sistemas de procedimientos y la capacitación de personal para garantizar el derecho. Aquí es importante hacer énfasis en la obligación que tienen los sujetos obligados de generar información; esta actividad también incluye la coordinación y organización de los SO para cumplir con la obligación de digitalizar la información y mantener un orden documental archivístico. Además, es necesario ampliar el uso de tecnologías de información para dar cumplimiento con las obligaciones en materia de transparencia.

4) *La publicación de información de forma proactiva por parte de las instituciones gubernamentales*. Este punto se refiere a las obligaciones de transparencia de la administración pública, las cuales van más allá del ejercicio específico de responder a las solicitudes de información mediante las unidades de enlace, sino que la obligan a reportar su quehacer de manera permanente.

Un reto significativo para dar cumplimiento a los puntos anteriores es la generación de información de “calidad”. No basta con generar datos, sino que es preciso que la información generada se presente de manera clara y aprovechable para la ciudadanía, y que se entregue de forma íntegra⁵². De acuerdo con la experiencia de ciudadanos que han buscado o solicitado información en los portales digitales, la entrega de documentos por parte de los sujetos obligados no se traduce necesariamente en una provisión “completa” de la información que solicitan⁵³.

5) *Sanciones*. Incorporar un sistema de sanciones en el marco normativo que tenga como objetivo no solo la sanción directa sino también el cumplimiento de DAI. En términos prácticos, ello se debe traducir en la entrega efectiva de la información al peticionario. Otro de los desafíos lo representan las sanciones y las medidas de apremio para que los órganos garantes locales y el Federal hagan valer sus resoluciones. Esto ha sido un problema porque si no se cumplen y ejecutan se resta fortaleza

⁵² De acuerdo con López Ayllón, la transparencia en el flujo de la información debe contar con características específicas como: accesibilidad, oportunidad, relevancia, inteligibilidad e integralidad. En: “Transparencia y acceso a la información en los programas sociales. Una propuesta de política pública”. Ponencia presentada en el Proyecto Protección de Programas Sociales. PNUD. México. 2007.

⁵³ “Ello contrasta con las estadísticas de cumplimiento de las resoluciones IFAI, que desde 2003 han sido cercanas al 100%, los sujetos obligados han incumplido un total de 77 resoluciones, entre ellas, existen casos paradigmáticos que no se cumplen y se llevan a tribunales, 41 de estos corresponden a la Procuraduría General de la República [PGR]”. GUERRERO, Juan Pablo. “Diez años de la Ley Federal de Transparencia: balance y discusión sobre reformas” en: *Derecho de acceso a la información. La visión de los usuarios*. Cécile Lachenal y Ana Joaquina Ruiz. GEDISA Editorial; Fundar, Centro de Análisis e Investigación. México, 2013, p. 461.

al máximo órgano garante y deja en estado de inseguridad e indefensión jurídica al usuario y, por tal razón, no se garantiza su derecho de acceso a la información.

6) *Sistema de control*. Es necesario contar con órganos garantes especializados e independientes con una visión amplia de su mandato. En el ámbito local, los órganos garantes se han limitado a resolver recursos de revisión, no obstante por mandato constitucional tienen la responsabilidad de realizar tareas de generación de conocimiento, de protección y de difusión del DAI. De este modo también resulta esencial fortalecer y mejorar el funcionamiento de los órganos garantes en las entidades federativas, algunas de ellas presentan rezagos enormes en su desempeño y protección del DAI.

7) *Ampliación del uso del derecho de acceso a la información*. Este es –sin duda– un desafío que merece una atención inmediata, pues actualmente existe una gran concentración en el uso del derecho. De acuerdo con datos del Instituto Nacional de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos, en México el perfil promedio de los solicitantes es un joven ciudadano de altos ingresos que tiene las siguientes características: 59% de varones que residen principalmente en la Ciudad de México o en la zona metropolitana colindante con el estado de México, 46% tiene entre 20 y 34 años, 59% cuenta con estudios universitarios. Además, 37% de los solicitantes reportan pertenecer al sector académico, 19% como parte del sector empresarial, 9,5% como servidor público, y 9,4% proviene de medios de comunicación. Así, el perfil de los solicitantes de información está por arriba del ciudadano promedio y no es representativo de la mayoría de la población.

El INAI y los organismos garantes en las entidades federativas tienen como tarea pendiente difundir su uso y sus beneficios, pues tan solo un sector de la población ha formulado poco más de un millón de solicitudes de información desde 2003 al 2016⁵⁴.

En un país con notorias desigualdades sociales (como en el acceso a la educación), el acceso y el uso de las plataformas o sistemas de información está restringido a ciertos sectores de población; si a ello se suma la falta de conocimiento de los derechos de ciudadanía, se puede explicar el uso limitado del DAI como una herramienta que habilita a las y los ciudadanos a exigir el cumplimiento de otros derechos humanos. No obstante, ello no ha limitado el trabajo de defensa y protección de intereses básicos.

Los estudios de caso que se presentan en la siguiente sección muestran la diversidad de ámbitos desde los cuales ciudadanas y ciudadanos, que viven en zonas urbanas y rurales del país, acompañadas por organizaciones de la sociedad civil han emprendido esfuerzos ya sea para exigir su derecho a la salud, oportunidad para ejercer su derecho al trabajo, así como el derecho a saber y a participar en la toma de decisiones de sus comunidades. En suma, los estudios muestran problemáticas sociales profundas y cómo la ciudadanía ha utilizado el derecho de acceso a la información como una herramienta para avanzar en el cumplimiento de los derechos humanos.

⁵⁴ El total de solicitudes de información ingresadas a la Administración Pública Federal desde junio de 2003 al 17 de marzo de 2016 es de 1.082. 261. De acuerdo con las estadísticas del INAI, en 2015 se registró un crecimiento de 4,6 por ciento en relación con el año anterior, el mayor registrado hasta ahora. INAI, estadísticas, 2016. Disponible en: <<http://inicio.ifai.org.mx/Estadisticas/Estad%C3%ADsticas%20semanales%2017%20de%20marzo%20de%202016.pdf>> [Consulta: 18 de marzo de 2016].

Cronología del DAI en México

1977: Reforma constitucional que incorpora el derecho a la información en la Constitución: “El derecho a la información será garantizado por el Estado”

1980-2000: Tesis jurisprudenciales y jurisprudencias que establecieron los cimientos del Derecho de Acceso a la Información.

2001: Declaración de Oaxaca. Académicos, especialistas y medios de comunicación proponen una ley de acceso a la información al Congreso de la República. La propuesta es avalada por distintas fracciones parlamentarias y presentada por el Partido Revolucionario Institucional (PRI) el 24 de mayo.

2002: Promulgación y publicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (24 de diciembre).

2003: Entra en vigor la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y se crea el Instituto Federal de Acceso a la Información (junio de 2003). Se establecen leyes locales, órganos estatales y sistemas electrónicos de información.

2007: El DAI se consagra en la Constitución a partir de una reforma que adiciona siete fracciones al artículo 6º, estas incorporan las bases y principios del derecho.

2010: Se aprueba la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares y el mandato del IFAI para protegerlos. La ley amplió sustancialmente las facultades, atribuciones y responsabilidades de dicho órgano garante al considerarlo como la autoridad nacional en la materia.

2014: Reforma constitucional que otorga autonomía al IFAI, órgano garante del acceso a la información y la protección de datos personales e incluye nuevos sujetos obligados: partidos políticos, sindicatos, fideicomisos y fondos públicos.

2015: Decreto y publicación de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, de observancia general en toda la República y reglamentaria del artículo 6 de la Constitución. Tiene como objetivos establecer los principios, bases generales y procedimientos para garantizar el derecho de acceso a información.

B. CASOS DE ESTUDIO

CASO I: “Participación ciudadana y uso de recursos públicos en las localidades mayas de Sanahcat y Komchén de Martínez, Yucatán”

Centro Interdisciplinario de Investigación y Desarrollo Alternativo, *U Yich Lu’um* A.C. Número de entrevistas o reuniones: dos entrevistas con las coordinadoras externas del proyecto, colaboradora y directora del Centro de Contraloría Social y Estudios de la Construcción Democrática. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), México.

En la actualidad persisten en México importantes retos para el fortalecimiento de un sistema democrático que favorezca la participación en los asuntos públicos de todos los sectores de la sociedad. La inexistencia de mecanismos efectivos de participación ciudadana que permitan transmitir las necesidades de la población a los gobiernos de los órdenes, federal, estatal y municipal es un problema latente, que se suma al desconocimiento que tienen las y los ciudadanos acerca de sus derechos (políticos, económicos y sociales) y el funcionamiento de la gestión pública, aspectos que los limitan a exigir a las autoridades una rendición de cuentas íntegra y expedita⁵⁵.

En el ámbito municipal esta problemática adquiere un matiz especial. Debido a que este espacio político-administrativo es el responsable de operar el presupuesto público para atender a la población (al proveer servicios básicos de bienestar: salud, educación, infraestructura sanitaria, etc.), concentra diversas limitaciones de índole política, administrativa, entre otras, para garantizar la efectiva participación ciudadana en la toma de decisiones.

El caso que se presenta a continuación es un ejercicio ciudadano que se inscribe en dicho contexto. Este proyecto encabezado por la organización *U Yich Lu’um*⁵⁶ (nombre maya que significa “los frutos de la tierra”) se puso en marcha en dos localidades habitadas –en su mayoría– por indígenas mayas, en el estado de Yucatán. La relevancia de la iniciativa radica en la organización y en la activación de la participación ciudadana, la que ejerció su derecho a saber con el propósito de incidir en la toma de decisiones, en particular en el uso de los recursos públicos asignados a municipios. Aquí, interesa exponer las actividades que la organización implementó para organizar e informar a la población, así como las estrategias para obtener información e incidir en la gestión del presupuesto municipal.

⁵⁵ GUTIÉRREZ Paulina y GALÁN, Erick. *Iniciativas de Control Democrático Municipal*. Centro de Contraloría Social y Estudios de la Construcción Democrática. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, México, 2015.

⁵⁶ *U Yich Lu’um* la conforman profesionistas mayas (biólogos, antropólogos, administradores e ingenieros) de la comunidad de Sanahcat, Yucatán. Su principal objetivo es trabajar por el pueblo maya yucateco en temas como agroecología, educación, manejo y conservación de recursos naturales, género y derechos humanos. Más información acerca de la organización ver: <https://uichluum.wordpress.com/about/> [Consulta 10 de marzo 2016].

Reseña de los hechos

Las localidades de Sanahcat⁵⁷ y Komchén de Martínez⁵⁸, en el estado de Yucatán, son habitadas –principalmente– por indígenas mayas. En ambas comunidades la principal actividad productiva es la agrícola, en especial el cultivo de frutas y hortalizas, que son las más importantes entre los ejidatarios de la región. El acceso que tienen sus habitantes a servicios sociales como salud y educación es limitado, apenas cuentan con clínicas de primer nivel de atención y con escuelas de nivel básico. En términos generales, las condiciones de vida de las personas son precarias, habitan en viviendas inadecuadas (con piso de tierra, sin energía eléctrica y sin agua entubada) y tienen ingresos monetarios insuficientes para cubrir necesidades básicas de alimentación y vestido⁵⁹.

En estas comunidades la relación entre la población y las autoridades municipales es muy limitada. De hecho, uno de los principales problemas de la gestión pública es la opacidad y la inexistencia de rendición de cuentas por parte de los alcaldes y encargados de la administración local.

Es importante destacar que la población no tiene noción de sus derechos políticos y sociales, lo que se traduce –en la práctica– en que no demandan a las autoridades incorporar sus opiniones en la toma de decisiones. En general, los habitantes desconocen el funcionamiento de la administración municipal y, más aún, la forma en que se distribuyen los recursos que llegan de la federación para la inversión en proyectos productivos o en infraestructura básica (como energía eléctrica, drenaje, pavimentación y obras públicas).

Ante este contexto, el Centro Interdisciplinario de Investigación y Desarrollo Alternativo *U Yich Lu'um* A.C., con sede en el municipio de Sanahcat, decidió implementar un proyecto con el propósito de sensibilizar e informar a la población acerca del Fondo de Infraestructura Social Municipal (FISM)⁶⁰

⁵⁷ El municipio de Sanahcat cuenta con 1.600 habitantes. En el 2010 el grado promedio de escolaridad de la población de 15 años o más en el municipio era de 6,7, frente al grado promedio de escolaridad de 8,2 en el estado de Yucatán. La Secretaría de Desarrollo Social clasifica a la localidad con un grado de marginación alto. <http://www.microrregiones.gob.mx/catloc/contenido.aspx?refnac=310640001> [Consulta 10 de marzo 2016].

⁵⁸ La comisaría de Komchén Martínez es parte del municipio de Motul, en Yucatán. Esta localidad es habitada por 150 personas, en su mayoría indígenas hablantes de lengua maya, quienes tienen un nivel de educación básico incompleto o en algunos casos nulo. Esta comisaría también tiene un grado de marginación alto. <http://www.microrregiones.gob.mx/catloc/contenido.aspx?refnac=310520021> [Consulta 10 de marzo 2016].

⁵⁹ Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. <http://www.cdi.gob.mx/cedulas/2000/YUCA/31064-00.pdf> [Consulta 10 de marzo 2016].

⁶⁰ Este fondo tiene como objetivo el financiamiento de obras, acciones sociales básicas e inversiones que beneficien directamente a población en pobreza extrema. Los rubros son: agua potable, alcantarillado, drenaje y letrinas, urbanización, electrificación rural y de colonias pobres, infraestructura básica del sector salud y educativo, mejoramiento de vivienda, así como mantenimiento de infraestructura, según lo señalado en el catálogo de acciones establecido en los Lineamientos del Fondo que emita la Secretaría de Desarrollo Social. http://www.sedesol.gob.mx/en/SEDESOL/FAIS_ [Consulta 10 de marzo 2016].

del Ramo 33⁶¹ en Sanahcat y en la vecina comisaría de Komchén de Martínez⁶².

Las condiciones que motivaron a la organización a implementar este proyecto fueron, por un lado, la escasa participación ciudadana en los asuntos públicos, por otro, la opacidad en el manejo del presupuesto y la falta de rendición de cuentas por parte de las autoridades municipales. En particular, *U Yich Lu'um* identificó que en Sanahcat y Komchén de Martínez las autoridades priorizan más los planes de obras públicas (parte de infraestructura social municipal) que los proyectos productivos que contribuyan a reactivar la economía local. Como ejemplo de ello, en el municipio de Sanahcat los recursos públicos se destinan primordialmente a obras de drenaje y letrinas, electrificación y urbanización⁶³.

Aunque la Ley de Coordinación Fiscal (LCF) establece que uno de los rubros en el que puede emplearse el FISM es el de Infraestructura Rural Productiva, este se considera muy poco para la planeación y uso del presupuesto público. Al respecto *U Yich Lu'um* comprobó que las autoridades tampoco fomentan la participación de la población para decidir los rubros en los que se pueden utilizar los recursos asignados a los municipios, como lo establece la ley.

Por lo anterior, los objetivos del proyecto se enfocaron en tres ejes: a) en el corto plazo, en la activación de la participación ciudadana, en especial para aumentar sus conocimientos respecto del manejo del FISM del Ramo 33, en coordinación con las autoridades municipales; b) en mediano plazo, en lograr que las autoridades municipales transparenten el uso de los recursos del FISM y, c) a largo plazo, en la diversificación del uso de los recursos del FISM, para que estos recursos también se inviertan en el rubro del infraestructura productiva rural.

Reseña de la estrategia

Para lograr la activación de la participación ciudadana, prácticas de transparencia entre las autoridades municipales, y el uso del presupuesto municipal en proyectos productivos, los colaboradores de *U Yich Lu'um* implementaron cuatro fases para el desarrollo del proyecto. En primer lugar realizaron un diagnóstico referente al conocimiento que tenía la población de Sanahcat y Komchén de Martínez,

⁶¹ Las aportaciones federales para las entidades federativas y municipios o Ramo 33, es el mecanismo presupuestario diseñado para transferir recursos que les permitan fortalecer su capacidad de respuesta y atender demandas de gobierno, como por ejemplo en materia de educación, salud e infraestructura básica. Más información ver: <http://hacienda.gob.mx/ApartadosHaciendaParaTodos/aportaciones/33/aportaciones.html> [Consulta 10 de marzo 2016].

⁶² La iniciativa que se llevó a cabo de noviembre de 2013 a enero de 2015 formó parte del proyecto del Centro de Contraloría Social del CIESAS: *Fortalecimiento de iniciativas de control democrático municipal (CDM) en Chihuahua, Veracruz y Yucatán*, que consistió en fortalecer las capacidades de organizaciones locales para realizar ejercicios de control democrático, con el objeto de incidir en la gestión municipal y mejorar el nivel de vida de las comunidades. El proyecto contó con financiamiento de la Unión Europea y tuvo respaldo de la organización Frente Cívico Familiar localizada en Mérida, la capital del estado de Yucatán.

⁶³ Los colaboradores de *U Yich Lu'um* participaron previamente con el Frente Cívico Familiar en un proyecto de participación ciudadana y Ramo 33. Sobre la base de la experiencia e información obtenida en ese proyecto decidieron implementar una iniciativa en las comunidades de Sanahcat y Komchén de Martínez. Ver: <http://frentecivicofamilia.org/>.

así como las autoridades locales acerca de temas relacionados con la participación ciudadana, la transparencia, rendición de cuentas y acerca del uso de los recursos del FISM del Ramo 33⁶⁴. El mecanismo que utilizaron durante esta fase fue el levantamiento de encuestas. Un aspecto que facilitó la interacción con los habitantes de estas localidades es que los colaboradores de la organización son residentes de Sanahcat, por ello, conocen la lengua maya, las costumbres y dinámicas socio culturales de la región.

La segunda etapa consistió en la sistematización de la información obtenida y en la investigación documental relativa a la asignación de los recursos del FISM del Ramo 33. Con este propósito acudieron a la Secretaría de Finanzas del estado y a la Secretaría de Desarrollo Social de la Delegación de Yucatán para averiguar cómo se realiza el cálculo de la asignación de los recursos del Ramo 33. Aunque no consiguieron toda la información deseada, obtuvieron elementos suficientes para saber cómo se hace el cálculo de los recursos. Los colaboradores del proyecto también realizaron pesquisas para acceder a información pública municipal. Con este propósito realizaron solicitudes a la Unidad Municipal de Acceso a la Información Pública (UMAIP), sin embargo, no tuvieron respuesta formal por parte de las autoridades. Para obtener información del uso de los recursos públicos en las localidades recopilaron datos de las encuestas levantadas y de charlas informales que sostuvieron con las autoridades⁶⁵.

A la par de estas actividades de investigación, los colaboradores crearon materiales gráficos y escritos como un manual de capacitación, infografías y carteles concernientes al FISM y el Ramo 33⁶⁶, para utilizarlos en los talleres de capacitación en las localidades de Sanahcat y Komchén de Martínez.

En la tercera fase, los colaboradores de *U Yich Lu'um* iniciaron la capacitación en las comunidades. Como parte de su estrategia invitaron a regidores (de los partidos políticos Acción Nacional y Verde Ecologista de México), a funcionarios como el secretario de obras públicas y los síndicos. Algunos de ellos participaron en las primeras reuniones pero posteriormente abandonaron la capacitación. De acuerdo con los colaboradores de *U Yich Lu'um* esto se debió a la suspicacia que generó entre los funcionarios la enseñanza de estos temas. Además, el desarrollo de los talleres no estuvo exento de rumores y de comentarios negativos, inclusive despertó la molestia de los alcaldes, como en el caso de Sanahcat, en donde el presidente municipal prohibió a sus allegados participar en las capacitaciones⁶⁷.

Además, los talleres que se realizaron para la población también causaron diversas reacciones. Para algunas personas la convocatoria escondía intereses políticos, lo que causó división entre la población que asistió a las capacitaciones y quienes estaban en contra. A esto se sumó la actitud que tomaron las autoridades, que acusaron a los colaboradores de *U Yich Lu'um* de ser agitadores y amenazaron a la personas con quitarles los apoyos económicos de los programas sociales. Pese a

⁶⁴ GUTIÉRREZ Paulina y GALÁN, *op. cit.*, p. 26.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 27.

⁶⁶ Materiales disponibles en: <https://uichluum.files.wordpress.com/2014/06/manual-de-capacitacion-b3n-sobre-el-ramo-33-u-yich-luum-a-c.pdf> [Consulta 10 de marzo 2016].

⁶⁷ GUTIÉRREZ Paulina y GALÁN, *op. cit.*, p. 27. *Reporte. Sensibilizar e informar sobre el FISM-Ramo 33 y diversificación del Fondo de Infraestructura Productiva Rural*. Centro Interdisciplinario de Investigación y Desarrollo Alternativo *U Yich Lu'um*. pp. 6-7.

esta situación, se logró la asistencia y capacitación de varias personas en Sanahcat y en Komchén de Martínez.

En los talleres se abordaron temas como la transparencia, acceso a información (cómo realizar solicitudes de información), derechos de las comunidades y las obligaciones de las autoridades en el uso y asignación de recursos públicos federales asignados a municipios. Este último generó mayor interés, por lo que se le dedicaron más sesiones en las que presentaron datos específicos del municipio y los tipos de obra que se pueden realizar con los recursos del Ramo 33. En estos talleres además se realizó un punteo de las principales necesidades de cada una de las localidades, ello con el propósito de solicitar a las autoridades la inversión de recursos del FISM para poder cubrirlos. En el caso de Sanahcat se solicitó que destinaran recursos del FISM para proyectos productivos como huertos familiares de traspatio; mientras que en Komchen de Martínez los participantes solicitaron la construcción de una carretera, pues esta obra se consideró como prioritaria para la comunidad.

En la última fase del proyecto se buscó a las autoridades para que se involucraran en diversas acciones. En primer lugar, *U Yich Lu'um* sostuvo reuniones con servidores públicos de ambos municipios para presentar los objetivos del proyecto e invitarlos a participar. Como parte de la estrategia llevaron a cabo reuniones entre los participantes de los talleres con las autoridades con el propósito de entablar un diálogo público para solicitar obras públicas en beneficio de la comunidad.

La organización –además– intentó persuadir a las autoridades locales para que participaran en tareas que por un lado fomentarían la transparencia y rendición de cuentas de los municipios, así como la participación de la población en asuntos públicos, en concreto, en el uso del presupuesto público. En esta fase se consideró la elaboración de solicitudes de obras públicas y proyectos productivos hacia los gobiernos municipales.

Reseña del impacto

El proyecto desarrollado durante 18 meses por *U Yich Lu'um* tuvo resultados positivos en las localidades mayas de Sanahcat y Komchén de Martínez. Aunque la iniciativa no logró todos los objetivos que se trazó en términos de incidencia, es decir, en la asignación y uso de los recursos públicos para proyectos productivos rurales como huertos familiares de traspatio, sí tuvo impactos importantes en otros rubros.

En primer lugar, se avanzó en la organización comunitaria y la participación ciudadana, específicamente en actividades de enseñanza-aprendizaje, tanto del funcionamiento de la gestión municipal como de los recursos públicos destinados a los municipios mediante el Ramo 33. En segundo lugar, tuvo éxito la difusión de información pública obtenida mediante la consulta a autoridades municipales, la que se hizo accesible a la población con materiales impresos. Por lo demás, se enriqueció el trabajo comunitario con la incorporación de tareas de monitoreo de la gestión pública, y en consecuencia se fortaleció el interés de la población por participar en la toma de decisiones en sus comunidades⁶⁸. “A la gente le es útil conocer estos temas, les

⁶⁸ GUTIÉRREZ y GALÁN, *Op. cit.*, p. 30.

preocupa saber adónde se va todo el dinero, para qué sirve y cómo se está utilizando en la comunidad”⁶⁹.

Para la organización *U Yich Lu’um* este proyecto incrementó sus conocimientos respecto de estrategias de control ciudadano como una forma de evaluación de las funciones gubernamentales.

En cuanto al impacto que tuvo el proyecto en la participación de la población, es necesario destacar que, de acuerdo con los colaboradores de *U Yich Lu’um* después de los talleres realizados, las personas adquirieron conocimientos que les permitieron concebirse como sujetos de derecho, en consecuencia, comenzaron a investigar y a solicitar información acerca del funcionamiento de sus municipios, en particular, conocer cómo se gasta el dinero público, en esa medida se involucraron poco a poco en la toma de decisiones de sus comunidades.

Uno de los principales logros del proyecto fue informar a la ciudadanía acerca de temas específicos como el FISM-Ramo 33, enseñarles cómo hacer solicitudes de información pública, así como las obligaciones que marca la ley para las autoridades municipales. Los participantes obtuvieron herramientas y conocimientos suficientes para demandar mejoras en sus comunidades, estas solicitudes fueron entregadas a los ayuntamientos. Además, se establecieron comités ciudadanos para realizar las solicitudes de obras públicas, dar seguimiento al estatus de las mismas y mantener informada a la comunidad de los avances. Estos son, sin duda, logros significativos del proyecto, porque actualmente la población cuenta con más elementos para participar en la vida política de sus comunidades.

Otro aspecto que se considera positivo fue el conocimiento de derechos territoriales y en dependencias relacionadas con temas agrarios. Con la investigación documental que llevó a cabo la organización se obtuvo información del Registro Agrario en donde se demuestra que los espacios públicos de la localidad de Komchén de Martínez pertenecen al municipio de Motul y no a un particular (a una persona como se creía por parte de las autoridades locales)⁷⁰, esto permitió a los pobladores proponer la realización de obras públicas en esos espacios.

De acuerdo con los colaboradores de *U Yich Lu’um*, la organización logró fortalecer su presencia en las comunidades, donde se ha conformado un grupo de trabajo para dar continuidad al proyecto. La colaboración entre la organización y las comunidades ha logrado empoderar a las personas involucradas, quienes han comenzado a exigir cuentas a las autoridades locales.

Por otra parte, también es necesario hacer mención de las dificultades que enfrentó *U Yich Lu’um*, ya que algunas de estas continúan siendo un reto para el avance y ejercicio efectivo de los derechos humanos en estas comunidades.

El principal obstáculo fue el desinterés de las autoridades municipales para participar en el proyecto. Es posible mencionar que continuaron con prácticas “opacas” en el ejercicio de la función pública, al no proporcionar información y al no rendir cuentas acerca de su gestión. A ello se suma otro factor, el poder (político y económico) que tienen los alcaldes propicia que tengan una enorme influencia entre la población; en este caso frenaron la participación de la gente (con amenazas

⁶⁹ Reporte. *Sensibilizar e informar sobre el FISM-Ramo 33 y diversificación del Fondo de Infraestructura Productiva Rural*. Centro Interdisciplinario de Investigación y Desarrollo Alternativo *U Yich Lu’um*.

⁷⁰ *Ídem*, p. 28.

directas e indirectas) en las actividades implementadas por *U Yich Lu'um*, en los talleres de capacitación y en las solicitudes de obras públicas.

Otro elemento que limitó el avance del proyecto fue la falta de participación de la población en las actividades que se pusieron en marcha en Sanahcat y Komchén de Martínez. Como me mencionó previamente, la colaboración ciudadana se frenó debido a las amenazas de los alcaldes de detener las transferencias monetarias a los beneficiarios de programas sociales. Además, la población también sintió desconfianza y desilusión al no obtener resultados inmediatos, por lo que muchas personas abandonaron el proyecto. En Komchén de Martínez tan solo colaboraron diez familias (la mitad de las que habitan la comunidad) durante el desarrollo del proyecto.

En este punto, es importante subrayar que en el ámbito municipal el ejercicio del derecho de acceso a información DAI enfrenta muchos obstáculos, y prácticamente está muy lejos de garantizarse. Ello se explica, por un lado, a que la noción de derechos entre la población es aún incipiente y, por ello, no es común que las personas participen de manera activa en las decisiones políticas, ya sea para solicitar información pública o demandar rendición de cuentas a las autoridades. Este comportamiento no es exclusivo de pequeñas localidades cuya población tiene bajos niveles educativos o de las comunidades indígenas, como lo son Sanahtac y Komchén de Martínez⁷¹. Como se planteó en el capítulo introductorio, el ejercicio del derecho de acceso a la información, así como el uso de mecanismos oficiales para obtener información pública, se concentra principalmente en los sectores urbanos –mayoritariamente varones– que se dedican a la investigación (académica o periodística).

En el caso que aquí nos ocupa, los colaboradores de *U Yich Lu'um* consideran que las autoridades municipales no tienen interés ni voluntad política para proporcionar información pública de forma proactiva (por medios institucionales). En este sentido, es importante subrayar que la información que la organización obtuvo fue por medio de encuestas y pláticas informales con autoridades, lo que les permitió conocer el uso y la distribución que se hace de los recursos públicos FISM-Ramo 33. Además, la experiencia previa de los colaboradores de *U Yich Lu'um* en estos temas facilitó el proceso de implementación del proyecto.

Finalmente, es necesario hacer énfasis en que las actividades puestas en marcha por *U Yich Lu'um* tuvieron impactos significativos en la participación ciudadana, al convocar y empoderar a miembros de comunidades mayas para la implementación de acciones de control ciudadano.

⁷¹ En México, la noción de los derechos de ciudadanía entre distintos sectores de la población se explica por diversos factores, el nivel educativo de la población o su lugar de residencia (urbes vs. zonas rurales) no son suficientes para comprender las razones por las cuales algunas personas tienen una considerable noción de sus derechos económicos, políticos, sociales y culturales.

Mapa 1. Sanahcat y Komchén de Martínez, Yucatán, México.



Materiales elaborados por la organización

Conoce más sobre el Rango 33...

Algunos Derechos sobre acceso a la información son:

- ✓ Que exista en cuenta un espacio para elegir las obras que se necesitan en tu comunidad
- ✓ Que el Presidente Municipal me informe sobre el dinero que llega a mi pueblo

¿Qué es el Rango 33? Es un dinero que el gobierno federal recabada de nuestros impuestos y que se distribuye entre los estados quienes a su vez lo distribuyen entre las municipalidades y éstas lo dividen entre las comunidades para realizar mejoras en los pueblos.

Nuestros Beneficiarios

🇲🇽 Gobierno Federal → 🇲🇽 Gobierno Estatal → 🇲🇽 Gobierno Municipal → 🇲🇽 Mejoras en Comunidades

¿Qué obras se pueden hacer con el Rango 33?

Agua Potable	Delegados y Locales	Absorbentes	Subvenciones para Escuelas	Salones Escolares	Alcance a Ciudad	Ciudad	Mejoras Vitrinas	Comercios Rurales	Subvenciones para Productores

¿Qué es Contraloría Social?
Es un derecho que tenemos como ciudadanos y consiste en vigilar, controlar y evaluar las obras públicas que se realizan en nuestro pueblo con el fin de verificar que los beneficiados sean los más necesitados.

Nuestro Objetivo:
Lograr que se pueda trabajar Huertos de Traspatio.

Centro Interdisciplinario de Investigación y Desarrollo Alternativo U Vich Lu'um A. C.

CASO II: “Acceso efectivo a servicios de salud para pacientes con VIH/SIDA: construcción del Pabellón 13 en el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias (INER), México”⁷²

Pacientes del Comité de Usuarios con VIH/Sida de los Servicios de Salud del INER (USINER) y Fundar, Centro de Análisis e Investigación. Número de entrevistas: 5 reuniones con abogados de estrategias jurídicas de Fundar (tres en 2014 y dos en 2016).

En México, según registros oficiales del 2014, existen 119.200 personas con VIH y Sida, además la epidemia continúa siendo predominantemente masculina⁷³. En el país la mayoría de las personas con VIH/Sida se atienden en hospitales públicos que les proveen de forma gratuita antirretrovirales y otros medicamentos para su tratamiento. Para estas personas el acceso a los servicios públicos de salud también significa enfrentar diversos obstáculos, como la falta de infraestructura o material clínico en los hospitales, que les impiden el pleno goce de su derecho a la salud.

El presente estudio de caso da cuenta del proceso jurídico que fue emprendido por tres pacientes con VIH (usuarios de una institución de salud), quienes en colaboración con Fundar, Centro de Análisis e Investigación, entablaron un proceso legal para demandar al Estado mexicano la construcción de un hospital con las condiciones necesarias para garantizar su derecho humano a la salud. A lo largo de este estudio, también se demuestra la manera en que el acceso a la información fue indispensable para lograr la exigibilidad de este derecho.

A continuación se exponen los antecedentes, las motivaciones y la estrategia jurídica que siguieron en un proceso legal que se inició en 2012 y que tuvo una resolución (2014) en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, máxima autoridad jurisdiccional.

*Reseña de los hechos*⁷⁴

En México, “el instituto de salud que atiende a la mayor cantidad de personas que viven con VIH/Sida es el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias ‘Ismael Cosío Villegas’ (INER), el que brinda atención hospitalaria y ambulatoria a más de 1.200 pacientes en esta situación. En el INER la mayoría de pacientes con VIH/Sida que son hospitalizados se encuentran en etapas tardía y avanzada

⁷² Para la realización de este estudio de caso se contó con la colaboración de la abogada María Sánchez de Tagle, quien concedió entrevistas e hizo revisiones durante la redacción del caso, por su parte, el abogado Iván Benumea aportó valiosos comentarios que enriquecieron la edición final del texto.

⁷³ El número de personas que viven con VIH asciende a 53.225, y quienes desarrollaron el SIDA son 65.975. “Vigilancia Epidemiológica de casos de VIH/Sida en México. Registro Nacional de Casos de Sida, 2014”. Centro Nacional para la prevención y el control del VIH/Sida disponible en: http://www.censida.salud.gob.mx/descargas/epidemiologia/RN_CIERRE_2014.pdf [consulta, 15 marzo 2016]. La predominancia en la población masculina es tanto en los casos de SIDA reportados como en los casos que continúan como cero positivos al VIH, en: *VIH, SIDA en México, 2014*. CENSIDA. Disponible en: http://www.censida.salud.gob.mx/descargas/biblioteca/VIHSIDA_MEX2014.pdf [consulta, 15 marzo 2016].

⁷⁴ En este apartado se recupera en buena medida la argumentación que fue presentada en el escrito inicial de la Demanda de Amparo Indirecto que fue interpuesta por Fundar. De esta manera se transcriben párrafos con datos e información relevante que permiten comprender el problema que se aborda y su contexto.

de la enfermedad y son admitidos por padecimientos pulmonares e insuficiencia respiratoria que requieren cuidados intensivos. El instituto proporciona estos servicios a pacientes con VIH/Sida mediante su Departamento de Investigación en Enfermedades Infecciosas, CIENI, en urgencias, o consulta externa⁷⁵.

Pese a ser un hospital que atiende a gran cantidad de personas con VIH/Sida, el INER no tiene un servicio clínico que reúna las características y requisitos necesarios para brindar a sus pacientes óptimas condiciones para su tratamiento. Al respecto, es importante mencionar que las complicaciones que se observan en pacientes que viven con VIH/Sida requieren del diseño de instalaciones que permitan generar un balance entre la atención clínica especializada que se brinda y el control apropiado de los microorganismos mediante mecanismos de contención. Dicho control debe generarse en distintos niveles, como: a) la separación física de los cuartos en los que se atiende a personas susceptibles a infecciones; b) captura de los microorganismos por sistemas de ventilación y filtración del aire; c) control en la dirección del flujo de aire para prevenir contaminación cruzada; d) remoción del aire contaminado; e) descontaminación periódica; f) equipos de protección personal, entre otros. Al no contar con las instalaciones idóneas, el Instituto ha ocupado parte del Servicio de Neumología Oncológica, “Clínica 4”, también conocido como Pabellón 4, para el tratamiento a pacientes con VIH/Sida⁷⁶.

En el 2007, el Pabellón contaba con 32 camas, de estas seis estaban asignadas para pacientes con VIH/Sida, dos para mujeres y cuatro para varones. Además, los cuartos eran compartidos hasta por tres o cuatro pacientes, al igual que los sanitarios y las regaderas, no había sistema de aire acondicionado, por lo que la circulación del aire en los cuartos era con las ventanas abiertas y ventilar. Estas condiciones no solo limitaban la atención a las y los usuarios del INER que recibían atención médica en el Pabellón 4, sino que ponían en riesgo su de por sí delicado estado de salud.

Así, en 2007 el INER realizó diversas gestiones administrativas para remodelar el Pabellón 4 y con ello mejorar la atención médica de las personas con VIH/Sida. Sin embargo, “las autoridades sanitarias del INER identificaron que las necesidades de las personas con VIH/Sida no se podían satisfacer con una simple remodelación, pues la infraestructura debía de estar diseñada no solo para prevenir y evitar la coinfección por transmisión aérea de las y los usuarios del INER, sino también debía satisfacer la demanda de atención clínica especializada de pacientes con estas condiciones⁷⁷. Por estas razones, en 2008 las autoridades del instituto consideraron que era más adecuado solicitar a las autoridades de salud una cantidad aproximada de 300 millones de pesos para construir el “Pabellón 13” en un nuevo hospital que ofrecería los más altos estándares de atención para pacientes con VIH/Sida y para personas con enfermedades respiratorias en estado crítico.

⁷⁵ Escrito inicial de demanda de amparo indirecto interpuesta por Fundar, resuelto en primera instancia por el Juzgado Tercero del Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal (Amparo Indirecto 1669/2012), y en revisión por la Segunda Sala de la SCJN (Amparo en Revisión 378/2014). En adelante “Demanda de Amparo Indirecto”.

⁷⁶ Párrafo retomado de la Demanda de Amparo Indirecto.

⁷⁷ *Ibidem*.

“El Comité Técnico del Fideicomiso del Sistema de Protección Social en Salud aprobó entonces el proyecto arquitectónico denominado ‘Construcción y Equipamiento del Servicio Clínico para pacientes con VIH/Sida y Coinfección por Enfermedades de Transmisión Aérea’ –*proyecto conocido como construcción del Pabellón 13*–”⁷⁸.

Con la finalidad de dar seguimiento a la construcción del Pabellón 13, el “Comité de Usuarios con VIH/Sida de los Servicios de Salud del INER”, un grupo de pacientes que pugnan por la mejora de atención al interior del instituto, solicitó en diversas ocasiones información acerca de la situación del proyecto. Desde el 2008, y a pocos meses de haberse planeado la construcción del Pabellón 13, el USINER pidió a las autoridades informes respecto del avance físico y financiero del proyecto, obteniendo respuestas inmediatas por parte de las autoridades.

Sin embargo, con el paso del tiempo las autoridades comenzaron a evadir las solicitudes de información del USINER, y en 2012 los integrantes del Comité se enteraron de manera informal de la suspensión del Pabellón 13. Las razones de la suspensión eran desconocidas, y no se recibió justificación alguna por parte de las autoridades que explicara las razones por las que se suspendió la construcción del Pabellón 13. En ese año los pacientes con VIH/Sida que procuraron atención médica en el INER siguieron siendo atendidos dentro de las instalaciones del Pabellón 4, condición que expuso la salud de pacientes inmunocomprometidos, ya que eran susceptibles a adquirir otras infecciones (oportunistas y no oportunistas) que se transmiten por vía aérea en las habitaciones del área o al compartir otros espacios del hospital (como los inodoros).

En el periodo comprendido entre noviembre de 2011 y junio de 2012, tres pacientes varones que estuvieron internados en el Pabellón 4 vieron su estado de salud severamente afectado debido a la falta de “atención adecuada e inmediata”. A consecuencia de ello los tres pacientes presentaron complicaciones, lo que les obligó a permanecer por más tiempo en el Pabellón 4; dos de ellos adquirieron otras infecciones (por contagio intrahospitalario) e inclusive un paciente estuvo en riesgo de perder la vida⁷⁹.

A raíz de esta situación los tres pacientes afectados se unieron al USINER⁸⁰. Por medio del comité de usuarios los tres pacientes afectados también entraron en contacto con la organización civil Fundar⁸¹. Tras exponer su situación a los colaboradores de la organización, y luego de hacer un recuento de las implicaciones

⁷⁸ Sistema de Protección Social en Salud es una instancia vinculada de la Secretaría de Salud encargada de autorizar y otorgar presupuesto para obras de infraestructura a instituciones públicas que atienden a población abierta, es decir, a personas no adscritas al sistema de seguridad social. Demanda de Amparo Indirecto.

⁷⁹ Testimonio de pacientes. Demanda de Amparo Indirecto.

⁸⁰ El comité de usuarios USINER ha tenido un papel activo en el seguimiento del proyecto de construcción del Pabellón 13. El trabajo que han realizado sus miembros destaca por el compromiso constante de defender los derechos humanos de los pacientes con VIH/Sida que procuran atención en el INER. http://www.notiese.org/notiese.php?ctn_id=5387#.

⁸¹ El USINER y Fundar habían colaborado previamente, pues unieron esfuerzos en 2009, 2010 y 2011 para incidir en el incremento de los recursos públicos asignados a la atención y prevención de VIH/Sida en las negociaciones presupuestarias –del ámbito federal– en la Cámara de Diputados. Por esta relación, Fundar dio seguimiento a todo el proceso desde el momento del proyecto de remodelación y luego con el proyecto de construcción del Pabellón 13.

de la atención recibida en el Pabellón 4 del INER, decidieron emprender acciones concretas para exigir a las autoridades de salud y al Estado mexicano, las condiciones para ejercer plenamente su derecho a la salud, consagrado en el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

“Para los pacientes, esto significó la posibilidad de exigir a las autoridades infraestructura, equipamiento y servicios médicos disponibles, accesibles y de calidad para beneficio de todas las personas con VIH/Sida que se atienden en el INER”⁸².

Estrategia de litigio

Debido a las condiciones de los servicios de salud en el Pabellón 4 y la suspensión del proyecto de construcción del Pabellón 13, los pacientes y otros miembros del USINER decidieron realizar las gestiones necesarias para acceder a servicios adecuados a sus necesidades.

Esta motivación llevó a los pacientes afectados a presentar una queja ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos, y a emprender un litigio con apoyo del área de Estrategias Jurídicas de Fundar para exigir al Estado mexicano el cumplimiento de la construcción del Pabellón 13, como condición para avanzar en el ejercicio efectivo del derecho a la salud.

La decisión de entablar una demanda de amparo indirecto la tomó el equipo jurídico de Fundar, por considerarla una vía idónea para incidir en la mejora de la atención médica de los usuarios del INER⁸³. Las razones para promover la demanda de amparo indirecto fueron, en primera instancia, revertir prácticas violatorias de derechos humanos por parte de diversas autoridades gubernamentales, y hacer extensivos los beneficios de la construcción del Pabellón 13 a todas las personas usuarias de los servicios del INER, y no solo a los tres quejosos. En segundo lugar, incidir en la exigibilidad de los recursos públicos destinados a la provisión del derecho a la salud.

Una vez que se tomó la decisión de entablar el juicio, el equipo jurídico de Fundar y los pacientes del USINER trabajaron de manera conjunta para reunir las pruebas documentales necesarias para presentar la demanda. Con este propósito realizaron solicitudes de acceso a información para conocer los datos oficiales del número de pacientes hospitalizados con VIH/Sida en el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias del 2004 al 2010⁸⁴. La respuesta otorgada por el instituto dio a conocer que esta es la institución pública que atiende a la mayor cantidad de personas que viven con VIH/Sida en México, y que hasta el 2010 había brindado atención activa, hospitalaria y ambulatoria a poco más de 1.200 personas que se encontraban en esta situación. Mediante otra solicitud de información también se pudo conocer que en el INER los pacientes con VIH/Sida registran el mayor número de

⁸² María Sánchez de Tagle, abogada del Área de Estrategias Jurídicas de Fundar, en entrevista 2/abril/2014.

⁸³ El amparo indirecto es el medio de control constitucional principal para la protección de los derechos humanos.

⁸⁴ Solicitud de Información número 1222300011810 hecha al Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias “Ismael Cosío Villegas” (INER) vía INFOMEX, realizada por FUNDAR, 2010.

defunciones, y que el Sida es la primera causa de muerte por enfermedades infecciosas en personas entre los 18 y 45 años⁸⁵.

Esta información se utilizó para construir un argumento que demostrara la importancia de mejorar los servicios de salud en el INER, esencial para la demanda de amparo.

De igual forma, se documentó el proceso de atención, diagnóstico y tratamiento que recibieron los pacientes (basado en sus testimonios) como pruebas para evidenciar que su salud se afectó severamente tras recibir tratamiento en el Pabellón 4 del INER.

Durante el periodo de planeación de la demanda, el equipo jurídico de Fundar, los pacientes (quejosos) y el presidente del USINER sostuvieron varias reuniones con el objetivo de compartir información y tomar decisiones relativas a este proceso.

Reseña de los hechos jurídicos

La omisión por parte de las autoridades del INER de ejecutar el proyecto denominado “Construcción y Equipamiento del Servicio Clínico para Pacientes con VIH/Sida y Coinfección por Enfermedades de Transmisión Aérea”, tuvo consecuencias directas en la atención de los usuarios con VIH/Sida. Por ello, el acto que se reclamó en el amparo fue la omisión por parte de las autoridades responsables de construir el Pabellón 13, lo que constituía un incumplimiento a la obligación estatal de realizar todos los esfuerzos posibles para utilizar todos los recursos que están a su disposición para garantizar y hacer efectivo el derecho al nivel más alto posible de salud de los pacientes del INER.

En particular, la omisión del proyecto violó diversos preceptos constitucionales, estos son: los artículos 1, 4, 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativos a los derechos humanos, la protección de la salud y protección de garantías de seguridad jurídica, respectivamente⁸⁶.

Como se argumenta en la demanda de amparo interpuesta por Fundar, “el marco normativo del derecho a la salud, que incluye todos los ordenamientos

⁸⁵ Información obtenida vía Recurso de Revisión del expediente 1793/2009 emitida por el Instituto Nacional de Acceso a la Información (antes IFAI), mediante la cual el INER da respuesta a la solicitud de información 1222300013809 realizada por FUNDAR, 2009.

⁸⁶ “Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como las garantías para su protección y cuyo ejercicio no podrá restringirse, ni suspenderse salvo en los casos y bajo las condiciones que establece la constitución” (Reformado mediante decreto, 10 de junio 2011).

“Artículo 4. Toda persona tiene derecho a la protección a la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la federación en materia de salubridad general (Adicionado mediante decreto, 3 de febrero de 1983)”.

“Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante un juicio seguro y ante los tribunales previamente establecidos”.

“Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de mandamiento escrito por la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: [http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/4.htm?s=\[Consulta 14 de abril, 2014\]](http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/4.htm?s=[Consulta 14 de abril, 2014]).

aplicables en la materia tanto en el ámbito nacional como en el internacional, obliga al Estado mexicano a garantizar para sus ciudadanos el nivel más alto posible de salud que les permita vivir dignamente, esta, entendida como un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades. El derecho a la salud debe comprenderse como el derecho al goce de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias para alcanzar ese nivel más alto posible de salud, para ello es necesario que el Estado adopte un conjunto de medidas, entre ellas el reconocimiento jurídico del derecho, la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de programas de salud, entre otros⁸⁷.

Además, el artículo 4º Constitucional establece que *toda persona tiene derecho a la protección de la salud*. Este precepto ha sido interpretado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quienes han establecido que este derecho se traduce como *la obligación del Estado de establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud*⁸⁸. Asimismo, la Primera Sala ha interpretado que “el derecho a la salud comprende el disfrute de servicios de salud de calidad en todas sus formas y niveles, entendiendo calidad, como la exigencia de que sean apropiados médica y científicamente, esto es, que exista personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, y condiciones sanitarias adecuadas⁸⁹”.

Por otra parte, la omisión del proyecto violó otros derechos y garantías consagrados en documentos internacionales de los cuales forma parte el Estado mexicano; estos son: a) Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; b) Artículos 1 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José”; c) Artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”; d) Artículos 2.1, 12.1 y 12.2 incisos c y d del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC; e) Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas⁹⁰.

⁸⁷ Demanda de Amparo Indirecto 378/2014 presentada por Fundar, Centro de Análisis e Investigación, A.C.

⁸⁸ Novena Época, Registro 168549, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVIII, 136/2008, p. 61, bajo el rubro “SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 4o., TERCER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES UNA RESPONSABILIDAD SOCIAL”, citada en Demanda de Amparo Indirecto 378/2014 presentada por Fundar, Centro de Análisis e Investigación, A.C.

⁸⁹ Novena Época, Registro 167530, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIX, Abril de 2009, Tesis jurisprudencial 50/2009, p. 164, bajo el rubro “DERECHO A LA SALUD. SU PROTECCIÓN EN EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD”, citado en Demanda de Amparo 378/2014 interpuesta por Fundar, Centro de Análisis e Investigación, A.C.

⁹⁰ El Artículo 25 apartado 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. De igual forma, el artículo XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

Sobre la base de los puntos anteriores, en diciembre de 2012 los tres pacientes usuarios del INER promovieron la demanda de amparo indirecto en contra de varias autoridades responsables, entre ellas, el Comité Nacional de Protección Social en Salud, el Comité Técnico del Fideicomiso del Sistema de Protección Social en Salud y el INER, instancias responsables de la autorización del proyecto y de la asignación de recursos públicos para la infraestructura en salud.

El amparo fue resuelto en primera instancia por el Juez Tercero de Distrito en materia Administrativa en el Distrito Federal, mediante sentencia el 21 de junio de 2013, quien determinó negar el amparo a los quejosos pacientes miembros del USINER, al considerar, entre otras razones, que “el disfrute del más alto nivel posible de salud es un derecho a lo posible, no a que se concedan una serie de prerrogativas exclusivas como la construcción del Pabellón 13”. Inconformes con esta decisión, en julio de 2013 se presentó un Recurso de Revisión en contra de la determinación del Juez de Distrito. La resolución de dicho recurso quedó en manos del Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa en el Distrito Federal, el que decidió remitir a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), debido a la importancia y trascendencia del caso para definir la naturaleza del derecho al nivel más alto posible de salud. Así, esta instancia tendría la posibilidad de establecer si la construcción de un hospital especializado es una forma de garantizar el derecho a la salud de las personas⁹¹.

En esta etapa, el equipo de estrategias jurídicas de Fundar publicó algunos artículos en distintos medios de comunicación con la finalidad de difundir el caso y fortalecer así la demanda de amparo en la Corte⁹².

El 15 de octubre de 2014 la Segunda Sala de la SCJN concedió el amparo a los pacientes con VIH/SIDA usuarios del INER. La Corte determinó que “el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias Ismael Cosío Villegas, en coordinación con el Comisionado Nacional de Protección en Salud y Comité Técnico del Fideicomiso en Protección Social en Salud, debían tomar todas las medidas necesarias para

En el Artículo 12 apartado 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el que establece el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. El PIDESC contempla que entre las medidas que deben adoptar los Estados Partes en el Pacto, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figuran las necesarias para la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas (Artículo 12, apartado 2, fracción c), así como la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (*Artículo 12, apartado 2, fracción d*). En la Observación General No. 14, el Comité estableció que el derecho a la salud, en todas sus formas y a todos los niveles, abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados: disponibilidad, accesibilidad (presenta cuatro dimensiones superpuestas: la no discriminación, la accesibilidad física, la accesibilidad económica y el acceso a la información), aceptabilidad (adecuación de sistemas a las condiciones socioculturales de la población), y calidad (los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser apropiados desde el punto de vista científico y médico). La Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que el derecho a la salud abarca el derecho a la prevención y al tratamiento, el que a su vez comprende la creación de un sistema de atención médica urgente en los casos de accidentes, epidemias y peligros análogos para la salud.

⁹¹ María Sánchez de Tagle, abogada del área de estrategias jurídicas de Fundar, en entrevista 2/ abril/2014.

⁹² María SÁNCHEZ DE TAGLE, “VIH/Sida: el hasta aquí de los pacientes”, 27 de marzo de 2014, en *Animal Político*, disponible en: <http://www.animalpolitico.com/blogueros-res-publica/2014/03/27/el-hasta-aqui-de-los-pacientes/#ixzz2zZo5b4Vq> [Consulta 10 de abril de 2014].

salvaguardar el derecho humano al nivel más alto posible de salud de los quejosos, considerando que son portadores del VIH, motivo por el cual deben recibir tratamiento médico en instalaciones separadas del resto de los pacientes, a efecto de evitar el contagio de alguna enfermedad”. Además, la sentencia estableció que las autoridades responsables debían valorar la medida que resultara más adecuada para cumplir con tal objetivo, ya fuese la remodelación de las instalaciones del servicio clínico 4 o la construcción de un nuevo pabellón en el INER. Y que la decisión tenía que demostrar que se realizaron todos los esfuerzos posibles para utilizar el máximo de recursos de que disponía la autoridad⁹³.

“A finales de 2014, el INER informó al Juzgado Tercero de Distrito en materia Administrativa del D.F. –instancia encargada de la ejecución de la sentencia– que había optado por la remodelación del servicio clínico 4, sin que mediara razonamiento alguno que justificara la adopción de la medida, ni que explicara por qué se había descartado la construcción de un nuevo pabellón. Ello en contravención a lo establecido por la SCJN, quien afirmó en su sentencia que el Estado mexicano debe demostrar que ha realizado todos los esfuerzos posibles para utilizar el máximo de recursos que están a su disposición, a fin de garantizar el derecho al nivel más alto posible de salud”⁹⁴. En la fase de cumplimiento de la sentencia, el acceso a la información ha sido fundamental para la elaboración de diversos recursos jurídicos que han tenido como propósito demostrar que la construcción de un nuevo pabellón es la medida más adecuada para garantizar el derecho a la salud de los pacientes.

Mediante solicitudes de acceso a información realizadas durante el 2015⁹⁵, el equipo jurídico de Fundar obtuvo datos relevantes acerca del presupuesto del Fideicomiso del Sistema de Protección Social, que en ese año contaba con aproximadamente 61.000 millones de pesos. Además, la información remitida por las autoridades sanitarias reveló que de 2013 a 2015 el INER atendió a un promedio anual de 216 personas con VIH/Sida⁹⁶.

Basado en estos datos oficiales el equipo jurídico de Fundar ha argumentado, por un lado, que la remodelación del Pabellón 4 no cumple con la obligación de adoptar todas las medidas necesarias y hasta el máximo de los recursos, para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la salud; y por otro, que la remodelación no garantiza que todos los pacientes con VIH/Sida usuarios del INER sean atendidos de manera aislada, con sistema de ventilación adecuado que evite el contagio y co-infección de otras enfermedades.

Aunado a las labores de seguimiento en el cumplimiento de la resolución, en noviembre 2015 se inició una campaña mediática desde Fundar llamada “Que se

⁹³ Revisión de Amparo Indirecto 378/2014. Iterpueso por Fundar, Centro de Análisis e Investigación A.C. 15 de octubre de 2014. Ponente Alberto Pérez Dayán, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=166107> [Consulta 16 de marzo de 2016].

⁹⁴ Itzel Silva. “El Pabellón 13: un pendiente del derecho a la salud” 24/06/2015.<http://fundar.org.mx/el-pabellon-13-un-pendiente-del-derecho-a-la-salud/?ID> [consulta 10 de marzo de 2016]. A partir del 2015 el equipo jurídico de Fundar lo integran la abogada Itzel Silva y el abogado Iván Benumea, quienes han presentado varios recursos jurídicos.

⁹⁵ Solicitudes de Información con folio 1210200009515, 1210200022615, 1210200019015 hechas a la Comisión Nacional de Protección Social en Salud (CNPSS) vía INFOMEX, realizadas por FUNDAR, 2015.

⁹⁶ En el 2013 el INER atendió un total de 220 personas, en 2014 180 personas y en 2015 a 220. Solicitud de acceso a información 1222300008316 realizada por FUNDAR vía INFOMEX, 2016.

construya”, esta consistió en la difusión en redes sociales de videos para dar a conocer la problemática de los pacientes con VIH/Sida y apoyar la construcción de un nuevo pabellón en el INER. Además, se lanzó una campaña de firmas para buscar el apoyo de la sociedad civil⁹⁷.

Actualmente el USINER y el equipo jurídico de Fundar continúan trabajando, desde distintos frentes, para demandar la construcción de nuevas instalaciones que permitan la atención efectiva y adecuada de los usuarios, para ejercer así su derecho al nivel más alto posible de salud.

Reseña del impacto

El proceso de litigio estratégico emprendido por los pacientes con VIH/Sida, usuarios del INER con apoyo de Fundar, ha sido un proceso de colaboración intenso y enriquecedor para ambas partes.

En términos de incidencia confirma el potencial que tiene el litigio estratégico como un instrumento clave para evidenciar prácticas identificadas como violatorias y, por otra parte, demuestra cómo el acceso a la información es fundamental para documentar el incumplimiento a las obligaciones estatales en materia de derechos humanos.

En particular el ejercicio del derecho de acceso a información permitió conocer datos importantes para el desarrollo de la estrategia jurídica. En un primer momento, para la elaboración de la demanda de amparo los documentos solicitados por el USINER fueron claves para probar que la construcción había sido proyectada por las propias autoridades y que posteriormente fue cancelada de manera injustificada.

En la etapa de cumplimiento de la sentencia, las respuestas de las solicitudes de información realizadas por el equipo jurídico de Fundar evidenciaron que el Estado no había adoptado todas las medidas necesarias, como lo señaló la SCJN hasta el máximo de los recursos disponibles para garantizar el derecho a la salud de los pacientes. Así, el acceso a la información oficial ha sido muy importante para documentar la demanda de servicios que tiene el INER y su insuficiente capacidad para atender a los pacientes con VIH/Sida, y en este sentido, la omisión de construir el Pabellón 13 viola el derecho a salud de los pacientes.

El impacto del caso, en términos de las resoluciones, radica en haber llegado a la máxima instancia jurisdiccional del país. La Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo en sus manos la interpretación de los alcances del derecho a la salud de un sector especialmente vulnerable de la sociedad mexicana, como lo son los pacientes con VIH/Sida.

Es admisible subrayar que el hecho de que la demanda llegara a la SCJN generó una importante presión a nivel político, por tanto, abrió la posibilidad de una mayor incidencia con las autoridades del INER y con tomadores de decisión del ámbito federal. Ello es un factor de gran relevancia para revertir prácticas que obstaculizan el ejercicio efectivo del derecho a la salud de pacientes con VIH/Sida.

⁹⁷ Más detalles de la campaña ver: <http://fundar.org.mx/queremos-que-se-construya-el-pabellon-13/?ID> [consulta 10 de marzo de 2016]. Campaña de firmas en la plataforma Change. Org ver: <https://goo.gl/RaQuft>.

Por último, se reitera que durante este proceso el ejercicio del derecho de acceso a la información fue una herramienta esencial para que el equipo jurídico de Fundar documentara los casos de pacientes con VIH/Sida, y emprendiera una estrategia jurídica con el propósito de exigir al Estado mexicano el cumplimiento del derecho a la salud.

CASO III: “Derecho a la igualdad y al trabajo: el acceso a permisos de pesca ribereña en el golfo de Baja California, México”⁹⁸

Comunidad y Biodiversidad A.C. (COBI)⁹⁹ y Contraloría Ciudadana para la Rendición de Cuentas A.C. Responsable del proyecto: Eduardo Rolón, director de Política Pública COBI.

En México, la actividad comercial pesquera solo se puede realizar de manera legal accediendo a un “permiso de pesca” que expide el gobierno federal. Este garantiza que la persona interesada pueda dedicarse a la pesca sin ser sancionado y, además, que pueda acceder a subsidios económicos y apoyos técnicos por parte de las autoridades gubernamentales (como combustible, motores, capacitaciones, entre otros).

El uso y aprovechamiento del permiso de pesca afecta la distribución de los beneficios económicos entre los diferentes usuarios de esos recursos, donde necesariamente hay ganadores y perdedores¹⁰⁰. Por ello, la percepción acerca de la forma en que se toman estas decisiones de asignación (otorgamiento de permisos de pesca) influye en su aceptación por todas las partes involucradas y, por tanto, en su cumplimiento y en la resolución de los conflictos que puedan surgir.

Ante la creciente sobreexplotación de los recursos pesqueros en el país, las autoridades han buscado limitar la pesca mediante la restricción en la expedición de permisos en especies sobreexplotadas o al límite de explotación. En parte, a consecuencia de esta política, se han generado conflictos entre pescadores y autoridades en relación con los criterios de asignación de los permisos, entre quienes reciben un permiso y quienes no. Esta situación se inscribe además en un contexto de desconfianza de la población ante las instituciones de gobierno, debido a casos de corrupción de funcionarios y a la ineficiencia de la burocracia gubernamental.

El trámite para obtención de permisos de pesca afecta a un importante sector de la población que vive en las costas del golfo de California, y que comprende los estados de Nayarit, Sinaloa, Sonora, Baja California y Baja California Sur. La importancia de esta región radica en ser la principal productora de recursos pesqueros

⁹⁸ Agradecemos a Eduardo Rolón, director de Política Pública de Comunidad y Biodiversidad A.C. las entrevistas concedidas, así como su valiosa colaboración en la redacción y la revisión del estudio de caso.

⁹⁹ Es una organización civil sin fines de lucro, creada en 1999, que trabaja para fomentar una pesca sustentable para la conservación de sus ecosistemas marinos. La organización tiene un intenso trabajo en la región del golfo de California, principalmente en los estados de Baja California, Baja California Sur y Sonora, además trabaja en la región del Arrecife Mesoamericano en el estado de Quintana Roo. Para mayor información consultar: <http://cobi.org.mx/>.

¹⁰⁰ TURNER, R.K., PEARCE, D. and BATEMAN I., 1993. Environmental Economics an elementary Introduction. Great Britain. The Jonh Hopkins University Press.

para el mercado interno y de exportación, pues concentra 50% de la pesca realizada en el país y genera más de 50.000 empleos¹⁰¹. No obstante, la región tiene problemas para el manejo de las pesquerías comerciales (como el atún, camarón, jaiba, etc.), entre ellos está el ordenamiento de las actividades realizadas por pescadores ribereños¹⁰². De hecho, la asignación de permisos de pesca es de suma relevancia en este proceso¹⁰³.

La falta de transparencia en los trámites para obtener permisos puede generar un acceso “desigual” a los mismos. Las implicaciones que ello trae consigo para los pescadores que viven en la franja costera de la región pueden ser múltiples. En primer lugar puede afectar la posibilidad de ejercer el derecho fundamental a la igualdad que garantiza el artículo 1 de la Constitución mexicana y, en consecuencia, vulnerar el derecho al trabajo digno establecido en el artículo 123. Estas limitaciones propician desventajas económicas para quienes viven de la pesca (ribereña), ya que pueden generar otro tipo de privaciones como el acceso a otros elementos básicos de bienestar (canasta de alimentación, vivienda digna, y vestido).

Por lo antes expuesto, este estudio de caso retoma un problema público relevante: la desigualdad en las oportunidades de acceso a los permisos de pesca en la región de mayor explotación de recursos pesqueros de México. Además, detalla cómo la organización de la sociedad civil COBI, que trabaja estrechamente con comunidades de pescadores, inició junto con una organización socia un trabajo de investigación que tuvo por objetivo conocer los mecanismos para la obtención de los permisos, identificar los obstáculos que tienen los pescadores para acceder a ellos y proponer soluciones para mejorar los trámites. A partir de lo anterior, se expone cómo las organizaciones plantearon una agenda de incidencia política para transparentar la información relativa a los permisos de pesca, y para mejorar la regulación del sector pesquero. Es valioso resaltar que en esta agenda el ejercicio del derecho de acceso a la información cobra especial relevancia como mecanismo para conocer el estado actual de los permisos de pesca, y para monitorear el cumplimiento de los programas y políticas públicas del sector pesquero; para así exigir a las autoridades responsables la protección y cumplimiento del derecho a la igualdad y del derecho al trabajo de los pescadores, así como políticas públicas encaminadas a la sustentabilidad y buen manejo del recurso pesquero.

Reseña de hechos

En la región del golfo de Baja California existen conflictos en torno al acceso a permisos de pesca, estos se expresan en múltiples quejas por parte de pescadores, en especial respecto de los plazos extremadamente largos de espera y a los trámites burocráticos para la obtención o renovación de un permiso de pesca comercial¹⁰⁴. Esto puede ocasionar que los plazos para pescar dentro de las temporadas reglamentarias

¹⁰¹ ULLOA *et al.* 2006, en: Cinti, A. Shaw. W. Cudney-Bueno R, Rojo. 2009. “The unintended consequences of formal fisheries policies. Social disparities and resource overcue in a major fishing community in the Gulf of California, Mexico”. *Marine Policy*, vol.34 PP.329.

¹⁰² Los pescadores ribereños usan embarcaciones de pequeña escala, van máximo de tres a cuatro personas. Eduardo Rolón, Director de Política Pública, COBI; en entrevista 5 de marzo de 2014.

¹⁰³ CINTI *et al.* 2009. *Op. cit.*, 2009.

¹⁰⁴ CINTI *et al.* 2009, *Ibidem*, pp. 328-339.

sean rebasados por el tiempo de espera, impulsando a los pescadores a realizar su actividad en la ilegalidad¹⁰⁵. A ello se agregan el descontento por la falta de transparencia en los criterios para asignar los permisos y la percepción –por parte de los pescadores– de ineficiencia y corrupción en los funcionarios encargados de llevar a cabo los trámites.

Derivado de la interacción con pescadores en sus comunidades¹⁰⁶ en los estados arriba mencionados, COBI identificó inicialmente posibles problemas en el acceso a los trámites de permisos de pesca; que se reflejan en la falta de claridad de criterios de asignación, requisitos difíciles de cumplir, además de desconfianza hacia las autoridades encargadas de estos trámites, con sospechas de parte de pescadores de posibles casos de corrupción de funcionarios encargados de los trámites.

La problemática observada en la región del golfo de California llevó a COBI a establecer una agenda para impulsar la transparencia en la política pesquera¹⁰⁷, que dio inicio con un estudio piloto denominado “Análisis de los trámites para obtener permisos de pesca comercial ribereña”. En este, la organización se concentró en investigar cómo es el proceso para obtener permisos de pesca comercial ribereña. La intención fue realizar un diagnóstico que permitiera detectar áreas de discrecionalidad y oportunidad de mejoras en la asignación de permisos; ello, con la finalidad de transparentar el proceso de obtención de los mismos, y clarificar las decisiones acerca de quiénes son los que obtienen permisos de pesca, quiénes no y por qué. Además, COBI tuvo el propósito de utilizar este estudio para posicionar el tema de transparencia en la agenda de manejo pesquero de organizaciones civiles, darlo a conocer a los pescadores y a la opinión pública en general.

Para dar cauce a la investigación y análisis del otorgamiento de permisos de pesca, COBI hizo una alianza con la organización civil Contraloría Ciudadana para la Rendición de Cuentas A.C., localizada en el Distrito Federal, con experiencia en estudios de monitoreo ciudadano y políticas públicas dentro del ámbito federal. La colaboración con Contraloría Ciudadana permitió desarrollar un estudio con una perspectiva integral, pues la unión de conocimientos y experiencia de ambas organizaciones lograron enriquecer el análisis de los hallazgos de campo. Adicionalmente,

¹⁰⁵ Para dar una idea de esta situación, basta mencionar que 45% de la actividad pesquera en el país se realiza sin permisos de pesca. Este cálculo no oficial, tiene como base entrevistas a 25 expertos que son parte de un estudio realizado por el Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO). *La pesca ilegal e irregular en México: Una barrera para la competitividad*. 2012.

¹⁰⁶ De acuerdo con Eduardo Rolón se realizan diversas actividades con los pescadores para implementar sistemas de reservas marinas que les permitan recuperar las poblaciones de especies marinas, por ejemplo la del abulón en la región del Golfo de Baja California. Otro programa de colaboración de COBI y Reef Check, es el trabajo con cooperativas de mujeres que están entrenándose en el uso de mejores prácticas para minimizar la mortalidad de las especies comerciales. Para mayor información, consultar: <http://cobi.org.mx/lineas-estrategicas/pesqueras-sustentables/pesqueria-de-peces-de-ornato-con-mujeres-del-golfo-loreto/>.

¹⁰⁷ En el 2010, COBI crea su Programa de Política Públicas con el objetivo de impulsar cambios en la agenda nacional de las políticas pesqueras y del manejo marino en general. En los procesos iniciales de creación de la agenda se identificó al tema de transparencia y rendición de cuentas como uno de los grandes vacíos que debían atender. Esta agenda de políticas públicas tuvo como base a la información de las diferentes regiones donde trabaja la organización en el país. La necesidad de transparencia en la asignación de permisos de pesca se percibió por el programa como una de las demandas más mencionadas a nivel de socios comunitarios. Eduardo Rolón, director de Política Pública de COBI, en entrevista 20 de marzo de 2014.

COBI consideró que la participación de una organización –ajena al sector ambiental– ayudaría a fortalecer la objetividad e independencia de los resultados (pues Contraloría Social no tenía vínculos con instituciones pesqueras, caso contrario de COBI que mantenía proyectos con varias instancias de gobierno).

El estudio se llevó a cabo entre 2011 e inicios del 2012. En el proceso, Contraloría Ciudadana adaptó su metodología de monitoreo ciudadano apoyándose en la asesoría de COBI para adecuarla a las necesidades del sector pesquero. La metodología¹⁰⁸ consideró cinco indicadores con las definiciones y operacionalización de las mismas para evaluar el trámite de permiso de pesca, estos se presentan en el siguiente cuadro.

Cuadro 1

ESTÁNDARES DE EVALUACIÓN DEL TRÁMITE DEL PERMISO DE PESCA

Eje de análisis	Definición	Estándar	Indicadores
<i>Imparcialidad</i>	Atender todas las solicitudes bajo los mismos criterios, sin discriminar o dar preferencia.	Atender todas las solicitudes bajo los mismos criterios.	Porcentaje de usuarios que percibieron algún tipo de discriminación o preferencia.
<i>Transparencia</i>	Dar a conocer el estado de avance del trámite de acuerdo con el procedimiento establecido.	Dar a conocer el estado de avance del trámite de acuerdo con el procedimiento establecido.	Porcentaje de usuarios informados acerca del procedimiento del trámite.
<i>Honestidad</i>	Ningún servidor público solicitará gratificación, pagos o documentos adicionales a lo establecido.	Ningún servidor público solicitará gratificación, pagos o documentos adicionales a lo establecido.	Porcentaje de usuarios a los que les solicitaron requisitos adicionales. Porcentaje de usuarios a quienes se les solicitó un pago adicional de permisos.

¹⁰⁸ El estudio se realizó en los estados de Nayarit, Sinaloa, Sonora y Baja California Sur. En las zonas pesqueras de Loreto, Santa Rosalía y La Paz en Baja California Sur; Bahía Kino y Puerto Libertad en Sonora; bahía Santa María y Teacapán en Sinaloa; y Mexcaltitán en Nayarit. Se aplicaron 301 cuestionarios a pescadores, se visitaron siete oficinas de pesca locales, tres subdelegaciones y la oficina de contacto ciudadano de las oficinas centrales. También se realizó observación de la página de Internet de la CONAPESCA. *Monitoreo ciudadano al trámite "Permisos de pesca comercial para embarcaciones menores. Región Golfo de California"*. Contraloría Ciudadana. 2012, pág. 5. Disponible en: <http://www.contraloriaciudadana.org.mx/2014/MonitoreoPermisosdePesca.pdf> [Consulta 17 de marzo de 2016).

Eje de análisis	Definición	Estándar	Indicadores
<i>Oportunidad</i>	Atención eficiente del trámite en todas sus etapas, desde el tiempo para ingresarlo hasta el plazo de respuesta.	Emitir la resolución del trámite dentro de los 60 días hábiles contados a partir de la recepción de la solicitud.	Nivel de percepción de tiempo requerido para ingresar el trámite. Porcentaje de respuesta al trámite dentro del plazo.
<i>Accesibilidad</i>	Disponer de diversos medios accesibles en donde los usuarios pueden obtener la información clara y completa del trámite.	Disponer de diversos medios accesibles en donde los usuarios pueden obtener información clara y completa del trámite.	Nivel de percepción de la calidad de la información brindada en los distintos medios (oficinas locales, páginas de Internet, carteles/trípticos).

Fuente: *Monitoreo ciudadano al trámite. "Permisos de pesca comercial para embarcaciones menores. Región Golfo de California"*. Contraloría Ciudadana. 2012, pág. 8.

COBI colaboró en la realización del trabajo en campo facilitando la presentación con algunas cooperativas de pescadores de Sonora, Baja California, Sinaloa y Nayarit, para que posteriormente Contraloría Ciudadana pudiera realizar las entrevistas pertinentes con pescadores de la región.

Una vez realizado el estudio de campo Contraloría Ciudadana elaboró el análisis; los hallazgos arrojaron que:

- La accesibilidad de información de trámites de permisos de pesca fue de 41%, dato que revela deficiencias en la calidad de los medios de información respecto del trámite, en particular en la atención que se brinda en las oficinas locales, la que está disponible en la página de Internet de las instancias gubernamentales y en la disponibilidad de carteles y folletos.
- El indicador de honestidad fue de 91% de cumplimiento. Aunque este porcentaje podría interpretarse como favorable, el estándar de calidad establece que ningún servidor público debe solicitar gratificación, pago o documentos adicionales a lo establecido, por lo que este resultado señala deficiencia en el funcionamiento de los trámites.
- El cumplimiento de oportunidad fue de 60%, lo que muestra problemas en la atención del trámite que se presentan principalmente en los plazos de respuesta, no tanto en el momento de ingresar la solicitud. El incumplimiento en los plazos de respuesta puede deberse a la falta de recursos humanos y materiales.
- En cuanto a la imparcialidad, esta fue de 74%, esta cifra da cuenta de la opinión de los usuarios acerca de algún tipo de discriminación o preferencia, que la perciben no solo al momento de solicitar información o presentar la solicitud, sino también en la forma en que se resuelve el trámite. Esto se puede relacionar con la falta de criterios específicos y claros de asignación de permisos

- (no encontrados en la revisión documental) o la falta de difusión de tales criterios en los usuarios.
- Finalmente, el cumplimiento del nivel de transparencia fue de 45%, esta cifra demuestra la falta de publicidad y difusión del proceso de obtención del permiso de pesca y de los criterios para otorgarlos¹⁰⁹.

Reseña de la estrategia de incidencia

Como aliados en este proyecto de investigación y como parte de una estrategia para tener mayor resonancia mediática y un mayor apoyo para la incidencia política, COBI y Contraloría Ciudadana se encargaron de realizar la divulgación del estudio entre los pescadores de la región y con otras organizaciones civiles.

Para lograr el propósito de incidencia buscaron a la Comisión Nacional de Acuicultura y Pesca (CONAPESCA)¹¹⁰. Ambas organizaciones juzgaron necesario compartir los objetivos del estudio con las autoridades monitoreadas, esto para que los resultados del ejercicio ciudadano fueran aceptados y las propuestas tuvieran una mayor posibilidad de ser adoptados por la institución. Siguiendo esta lógica, Contraloría Ciudadana intentó establecer interlocución con la CONAPESCA para compartir –desde un inicio– el diseño de la metodología hasta la presentación de los resultados preliminares. La idea era que CONAPESCA estuviera de acuerdo con la metodología del estudio, abriera las puertas de la institución durante la recopilación de datos, y aportara comentarios para mejorar los resultados del análisis.

Contraloría Ciudadana buscó interlocución con la CONAPESCA, de manera que le envió invitaciones para participar en las distintas etapas del estudio (en la verificación de la metodología, en el análisis y en la revisión de los resultados preliminares). Sin embargo, el sexenio del presidente Felipe Calderón (Partido Acción Nacional) concluyó a finales del 2012 sin que se tuviera una respuesta por parte de la institución. Aunque no lograron una reunión oficial, las organizaciones sí sostuvieron reuniones informales con funcionarios de la CONAPESCA, quienes aprobaron la metodología del estudio y la validez de los resultados.

En 2013, al iniciar la administración del presidente Enrique Peña Nieto, las organizaciones decidieron cambiar de estrategia, debido a que en la campaña política de quien fuera candidato a la presidencia por el Partido Revolucionario Institucional (PRI), Enrique Peña Nieto manifestó la necesidad de aumentar la transparencia en las instituciones de gobierno. Frente a este escenario político, las organizaciones consideraron que era un momento propicio para presentar los resultados del estudio. Así, la nueva administración se mostró un poco más receptiva a la solicitud de reunión, celebrándose una primera junta en marzo de 2013, en esta se revisaron los resultados por varios funcionarios de CONAPESCA de nivel medio. En la reunión se llegó al acuerdo de que varias de las recomendaciones eran factibles de

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 13-21.

¹¹⁰ La CONAPESCA es un órgano desconcentrado de la Secretaría y Agricultura Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (SAGARPA) encargado de fomentar y desarrollar mecanismos de coordinación con diferentes instancias, para implementar políticas, programas y normatividad que conduzcan y faciliten el desarrollo competitivo y sustentable del sector pesquero y acuícola del país. Para mayor información, consultar: http://www.conapesca.gob.mx/wb/cona/cona_inicio.

implementarse, sobre todo el Manual de Procedimientos para Expedir Permisos de Pesca Comerciales, mismo que ya existía dentro de la institución como un borrador, pero que no había sido aprobado ni implementado. Al final de la reunión se manifestó que antes de la CONAPESCA se comprometiera a realizar algún cambio, los funcionarios tendrían que buscar aprobación de sus superiores.

Después de esperar varios meses para obtener una respuesta por parte de los funcionarios de la CONAPESCA se decidió llevar a cabo un evento público y una campaña en medios de comunicación para presentar los resultados. El objetivo de la campaña fue aumentar la visibilidad del estudio (resultados y recomendaciones), y con ello colocar en la agenda pública el tema de transparencia en el sector pesquero, en especial en los permisos de pesca.

Para esta etapa, ambas organizaciones decidieron utilizar el Internet y redes sociales para ampliar la difusión del estudio y para contar con un espacio –más estable– donde impulsar la demanda de transparencia en el manejo pesquero por parte del gobierno. Para ello se hicieron alianzas con otras dos organizaciones de la sociedad civil, Factual, especializada en comunicación social para el sector no gubernamental, y con Borde Político, dedicada a la realización de aplicaciones en el Internet para fortalecer el trabajo de ciudadanos en la demanda de transparencia de las instituciones públicas, principalmente en el poder legislativo.

El resultado de la colaboración con estas organizaciones fue la creación de la plataforma de Internet *Iniciativa MaresMx*¹¹¹ y sus redes sociales de Facebook y Twitter, desde donde se divulgaron los resultados del estudio al público y se hizo alusión a la necesidad de aumentar la transparencia en la expedición de permisos de pesca.

El estudio se presentó a los medios en septiembre de 2013, paralelamente a una campaña en redes sociales e Internet. Además se produjo el video “El derecho a pescar”¹¹², para su difusión en redes sociales. Este contó con la colaboración y participación activa de pescadores del golfo de California, quienes –en el video– expresaron la importancia que tiene el permiso de pesca, cómo les favorece en su vida cotidiana, y cómo consideraban que se podrían mejorar los trámites¹¹³. Es significativo decir que varios de ellos habían tenido problemas con el trámite o tenían a alguien que lo había experimentado, por ello decidieron tomar parte del proyecto. No obstante, algunos pescadores decidieron no participar por miedo a represalias de la autoridad.

Para las organizaciones el lanzamiento en medios de comunicación fue exitoso pues la campaña tuvo varias notas en medios impresos y electrónicos nacionales que retomaron los resultados y las recomendaciones del estudio¹¹⁴. De manera paralela,

¹¹¹ En este proyecto también participó Contraloría Ciudadana y Arkemetría Social, para mayor información del proyecto consultar la página de Internet de Mares MX: <http://maresmx.org/calendar/> en redes sociales: <https://www.facebook.com/MaresMX/>.

¹¹² Video “Derecho a pescar”, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=ZQPg0BcEwKA>.

¹¹³ Como ejemplo, cabe mencionar que un pescador no quiso participar en el video porque le acababan de dar su permiso y temía que la autoridad fuera a hacer algo para cambiar esa decisión si salía con alguna crítica públicamente. Este caso evidencia las dificultades que los pescadores enfrentan para obtener el permiso y el temor de que las autoridades puedan actuar fuera de la ley. Eduardo Rolón, Director de Política Pública, COBI, en entrevista, 28 de marzo de 2014.

¹¹⁴ Ver notas: Expok News <http://www.expoknews.com/luego-de-hasta-2-anos-de-tramites-pescadores-desconocen-por-que-les-niegan-su-permiso-de-pesca/> Mi Ambiente: <http://www.miambiente.com.mx/?p=32395>.

Contraloría Ciudadana volvió a solicitar a las autoridades pesqueras la reunión pública para que presentaran las propuestas derivadas del estudio. Mientras tanto las organizaciones continuaron con el trabajo de difusión en redes sociales y la plataforma *MaresMx*, buscando llegar a más público en las redes sociales para divulgar el tema de mares y de transparencia marina en México.

En marzo de 2014 Contraloría Ciudadana logró una reunión con altos funcionarios de la CONAPESCA, en donde se expusieron las recomendaciones y propuestas de mejora para transparentar el proceso de asignación de permisos de pesca.

Reseña de los hechos jurídicos

Las actividades y estrategia desplegadas por COBI y sus aliados tuvieron como fundamento los derechos que tienen los pescadores para ejercer una actividad económica, los que se establecen en varios artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En primer lugar, es preciso mencionar que el derecho a la igualdad¹¹⁵ está garantizado en el artículo 1 Constitucional, este establece que “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse salvo en los casos y condiciones que la constitución establezca”.

Por su parte, en el artículo 123 se establece el derecho a un trabajo digno y socialmente útil. Este se complementa a su vez con el artículo 5, que a la letra dice: “a ninguna persona podrá impedírsele que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos”. Esto por supuesto abarca la pesca; no obstante, para poder llevar a cabo esta actividad se necesita contar con un permiso de pesca comercial, el que faculta a una persona física o moral para que pueda extraer recursos pesqueros de aguas de jurisdicción nacional.

Además, en el artículo 27 se marcan los términos en que se rige el aprovechamiento de los recursos naturales, dentro de aguas nacionales podrá realizarse mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes. Asimismo, menciona que el gobierno tendrá en todo tiempo el derecho de regular en beneficio social el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación con objeto de: a) hacer una distribución equitativa de la riqueza pública; cuidar de su conservación; b) lograr el desarrollo equilibrado del país, c) la mejora de las condiciones de vida de la población rural y urbana.

¹¹⁵ “El artículo 1 de la Constitución Mexicana dispone que todos los individuos que se encuentren en los Estados Unidos Mexicanos gozan de las garantías que otorga la Constitución. Es el *primer paraguas* igualitario del sistema; el artículo 2°, apartado B, porque establece el tema igualitario tratándose de comunidades indígenas; el artículo 4°, pues proclama la igualdad jurídica de los sexos, el derecho igual a la salud, al medioambiente protegido y a la igualdad de oportunidades para los niños. Es el *segundo paraguas* igualitario; el artículo 5°, pues la libertad de comercio o de industria debe ser disfrutada por igual”. *El Régimen Constitucional Mexicano de Igualdad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 223, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3173/9.pdf>.

Bajo estos criterios rectores que marca la Constitución Mexicana se desarrollan las leyes secundarias para cada materia de la política pública en recursos naturales y en particular en la distribución de los permisos¹¹⁶.

Para el caso de la pesca, la ley marco es la Ley General de Pesca y Acuacultura Sustentables (LGPAS). Dicha ley establece en el artículo 43 criterios generales con los que se guiará la expedición y asignación de permisos de pesca comercial:

“El otorgamiento de concesiones y permisos quedará sujeto a las modalidades que dicte el interés público, condicionado siempre a la disponibilidad y preservación del recurso de que se trate. La Secretaría basará sus decisiones en criterios de equidad social y en la información científica disponible del recurso pesquero. Asimismo, se otorgarán preferentemente a los habitantes de las comunidades locales, siempre y cuando utilicen artes de pesca autorizadas.

En igualdad de circunstancias, tendrán preferencia las solicitudes de las comunidades indígenas. Cuando la concesión o permiso pueda afectar el hábitat de alguna comunidad indígena la autoridad deberá recabar el parecer de los representantes de dicha comunidad”¹¹⁷.

Con ello, la LGPAS le indica al gobierno, en este caso la CONAPESCA, que para otorgar permisos deberá velar por el interés público, la conservación del recurso y basado en criterios de equidad social (distribución equitativa de recursos conforme al Art. 27 Constitucional) e información científica, además de dar preferencia a las comunidades indígenas y habitantes locales.

De tal forma, ni la Constitución ni la LGPAS establece criterios específicos para la decisión de asignación o no de un permiso de pesca. Ello es relevante, ya que existe una alta demanda de ellos, en un contexto en que la pesca tiene a muchas especies en estado de sobreexplotación en el país. Según la Carta Nacional Pesquera, el documento oficial que indica el estado de las pesquerías comerciales de México, solo alrededor de 13% de las pesquerías comerciales tiene un margen de crecimiento, del resto 71% está en su máximo aprovechamiento, y 15% en deterioro¹¹⁸. Al haber cada vez menos capacidad de dar nuevos permisos de pesca frente a las demandas de poblaciones rurales que se quieren dedicar a esta actividad de forma legal, los criterios específicos para que la autoridad defina a quién asignar estos derechos de pesca son fundamentales. Estos criterios ayudarían a resolver conflictos en las comunidades pesqueras, evitar espacios de discrecionalidad en las decisiones que pueden prestarse a corrupción, o simplemente que se comprenda por qué unos pescadores pueden ser beneficiados con un permiso que les permita ejercer su derecho a dedicarse a esta actividad y otros no.

En este sentido, la relevancia del estudio que desarrollaron estas organizaciones radica en la construcción, documentación y análisis de un problema público que había permanecido fuera de la agenda gubernamental, que además se aborda desde la perspectiva de derechos, y permitió plantear una estrategia con diferentes

¹¹⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/2.htm?s=>.

¹¹⁷ Ley General de Pesca y Acuacultura Sustentables, disponible en: http://www.conapesca.sagarpa.gob.mx/wb/cona/cona_ley_de_pesca.

¹¹⁸ Carta Nacional Pesquera, 2010. CONAPESCA.

frentes, para buscar erradicar la desigualdad de oportunidades en el acceso a permisos de pesca.

Reseña del impacto

El impacto del estudio y de la estrategia que implementó se ha reflejado de manera puntual en términos de incidencia política, específicamente en la interlocución con tomadores de decisión. En marzo de 2014, después de varios meses de espera, COBI y Contraloría Ciudadana, agrupados en la *Iniciativa MaresMx*, sostuvieron una reunión con funcionarios de la nueva administración de la CONAPESCA, allí se reconoció el problema de transparencia en la institución, de manera que el nuevo comisionado y otros funcionarios consideraron el estudio realizado por las organizaciones como recomendaciones acerca de las áreas que debían mejorar, además este constituía un aporte que para que los funcionarios impulsaran las mejoras de desde adentro de la institución. En esta reunión se alcanzaron los siguientes acuerdos:

- Se incorporó en la agenda de la CONAPESCA la elaboración del Manual de Procedimientos de Trámites para Permisos de Pesca enfocado en los pescadores, que tendrá como base el manual interno de la institución. Este manual de procedimientos se trabajará durante el 2014 para que esté disponible al público en 2015.
- CONAPESCA trabajará en la elaboración de carteles que tengan información –clara y precisa– respecto de requisitos de trámites y cobros, para que sean colocados en las oficinas de pesca locales. La institución instalará –además– un número telefónico gratuito para dar información solamente del proceso y del estado del trámite de permisos de pesca solicitado por pescadores de manera individual.
- La institución terminará de desarrollar, en el 2014, un sistema disponible en Internet donde el pescador podrá seguir a detalle la disponibilidad de espacios para permisos de pesca, y donde podrá consultar las etapas del proceso.
- La *Iniciativa MaresMx* dará seguimiento a los puntos antes mencionados –también–, y se encargará de realizar un nuevo estudio de transparencia en pesca en el 2015, para evaluar los avances e identificar las áreas de mejora en la materia.

Así, los impactos del trabajo realizado por estas organizaciones fueron en el ámbito de la interlocución con tomadores de decisión y en los acuerdos a los que llegaron, que se pueden considerar como un paso importante para la implementación y ejercicio “efectivo” de la transparencia (por parte de CONAPESCA) en la asignación de permisos de pesca, y por otro, para el monitoreo de esta agenda por parte de organizaciones civiles. En este punto se menciona que, de acuerdo con el área de Política Pública de COBI, la Comisión está teniendo un papel más proactivo en el tema¹¹⁹.

¹¹⁹ Dr. Eduardo Rolón, director de Política Pública, COBI, en entrevista 10 de abril de 2014.

A partir de esta experiencia, miembros de la *Iniciativa MaresMx* están explorando la elaboración de otro estudio acerca de la distribución de derechos de pesca. Para poner en marcha un análisis concerniente a las asignaciones de los permisos, se tiene contemplada la realización de solicitudes de información orientadas a conocer detalles de los permisos de pesca que se otorgan, respecto de qué especies, los tipos de artes permitidos y sus áreas de pesca. Con esta información se pretende que los pescadores conozcan cómo se asignan los derechos de pesca en sus comunidades; ello les permitirá tener más herramientas para exigir mayor equidad en la asignación de permisos, combatir actos de corrupción que se pudieran presentar, y contar con mejores bases de datos para poder participar en la planeación del manejo y conservación de sus pesquerías.

En este punto, interesa detenerse en el trabajo que este grupo de organizaciones está realizando en términos del uso del DAI, pues este es un instrumento esencial para aportar evidencia y conocimiento de las asignaciones de los permisos de pesca. De hecho, con los datos oficiales que han obtenido, además de la información que recaban directamente con los pescadores, han podido demandar rendición de cuentas a las instancias responsables de la política pesquera en México. El ejercicio del DAI por parte de las organizaciones reunidas en la *Iniciativa MaresMx* contribuye al conocimiento y evaluación (mediante el análisis de información de datos oficiales y basados en evidencia empírica) del funcionamiento de la política del sector pesquero. Además, las organizaciones han elaborado propuestas concretas para modificar los manuales, con esto contribuyen a una mejora sustancial en la comunicación oficial relativa a los trámites para acceder a los permisos; esto es un factor indispensable para que la población tenga información que le permita ejercer sus derechos a la igualdad y al trabajo.

Además, también es necesario mencionar que el alcance del trabajo de COBI y estas organizaciones civiles –por ahora– es limitado, pues aún no hay evidencias de un impacto o de una mayor equidad en el acceso a permisos de pesca. Sin embargo, su labor sí ha contribuido a que los pescadores ribereños fortalezcan su noción de derechos de ciudadanía, incluido el DAI. Las organizaciones han realizado actividades con comunidades pesqueras en las que han compartido los resultados del estudio y con ello el derecho que tiene la población a recibir información clara y oportuna por parte de las autoridades, y también que ellos pueden exigir a las instituciones gubernamentales la información que necesitan o desean conocer.

No obstante, es necesario subrayar que el DAI sigue siendo un derecho difícil de ejercer, no solo por la falta de conocimiento y noción de este derecho por parte de la ciudadanía, sino también porque los mecanismos para hacerlo exigible, como es el caso de las solicitudes de acceso a la información disponibles en las páginas de Internet habilitadas por las autoridades, no son de uso generalizado entre la población. En este caso, la mayoría de los pescadores ribereños carecen de acceso a tecnología (computadoras, acceso y uso de Internet).

Por ahora, no se podría afirmar que como resultado del trabajo realizado por esta iniciativa de la sociedad civil, los pescadores tienen mayores herramientas para verificar el trabajo de las autoridades pesqueras, pues eso se podrá medir hasta que las recomendaciones se materialicen y sean conocidas por ellos.

Finalmente, en el trabajo realizado por estas organizaciones civiles, el derecho de acceso a información es un instrumento decisivo para proteger y avanzar en el

cumplimiento efectivo de los derechos humanos de los pescadores ribereños, en particular, el derecho a la igualdad de participar de forma equitativa en la distribución de derechos de pesca y, así, estar en posibilidades de ejercer el derecho al trabajo, por medio de la participación en una actividad económica que genera beneficios no solo a un grupo de individuos sino también a toda la sociedad.

CASO IV: “Límites en el acceso a la información: la figura del secreto fiscal en México”

Fundar, Centro de Análisis e Investigación A.C. Área de Estrategias Jurídicas. Autores: Iván Benumea, abogado del área de Estrategias Jurídicas y Gina Chacón Fregoso.

En la última década, los avances en el marco normativo en materia de transparencia y acceso a la información en México derivaron en la implementación de mecanismos institucionales que han favorecido la apertura y la publicación de información en manos de las autoridades gubernamentales. De igual manera, progresivamente ha mejorado el acceso de la ciudadanía a la información pública, no solo en términos de la eficacia en la entrega de la información por parte de los sujetos obligados, sino también en cuanto a la calidad de la misma (es decir, que se entregue completa y con un lenguaje que facilite su comprensión).

En este sentido, la transparencia de la información ha permeado las esferas de gobierno y de la política pública, en particular en espacios que hasta hace algunos años estaban cerrados al escrutinio ciudadano, como es el caso de la política fiscal. Pese a los esfuerzos del gobierno mexicano por transparentar el uso y destino de los recursos públicos, aún persisten zonas de opacidad que impiden conocer cabalmente el funcionamiento de las instituciones encargadas del manejo del gasto público y la recaudación de impuestos¹²⁰.

Aquí interesa subrayar el caso del sistema tributario, en particular de ciertos actos de autoridad como las cancelaciones y condonaciones de los créditos fiscales. Este tema adquiere especial relevancia, ya que con dichas figuras legales algunos miembros del sector empresarial se han visto favorecidos al ser eximidos del pago de adeudos, ello en detrimento del interés público, en particular de los recursos con los que cuenta el Estado para financiar el acceso a otros derechos humanos como la salud, la educación y la vivienda. La importancia de este caso radica en señalar cómo el secreto fiscal se contrapone al derecho de acceso a la información, y funge como una limitante para el pleno ejercicio de este derecho.

Reseña de los hechos

Hasta antes del 2014, uno de los principales obstáculos para el control de las políticas fiscales consistía en la posibilidad de que las autoridades tributarias reservaran y clasificaran información basada en el “secreto fiscal”, que se contempla en el

¹²⁰ María SÁNCHEZ DE TAGLE. *El caso de los créditos fiscales*. Transparencia fiscal y presupuestaria. Razones Fundar. Disponible en: <http://www.fundar.org.mx/mexico/pdf/creditofiscales.pdf>.

artículo 69 del Código Fiscal de la Federación (CFF). Mediante el uso de esta figura, el Servicio de Administración Tributaria (SAT)¹²¹ mantuvo bajo resguardo el nombre de las personas físicas y morales que han sido beneficiadas con la cancelación y condonación de adeudos fiscales.

La cancelación de un crédito fiscal es el acto mediante el cual la autoridad tributaria, para efectos de sus registros contables y controles internos, elimina los créditos en caso de existir imposibilidad práctica de cobro o porque este sea incosteable. Se considera que existe imposibilidad práctica de cobro, por ejemplo, cuando los deudores no tienen bienes embargables, el deudor hubiera fallecido o cuando por sentencia firme hubiera sido declarado en quiebra. Para que un crédito se considere incosteable, la autoridad fiscal evalúa el monto del crédito, el costo de las acciones de recuperación, la antigüedad del crédito y la probabilidad de cobro del mismo.

Para las autoridades tributarias, la cancelación de créditos fiscales consiste en movimientos en los registros internos que no generan beneficio alguno. Esto es parcialmente cierto, pues si bien constituyen cambios en los registros contables, la cancelación de un crédito equivale a un gasto fiscal; es decir, se trata de ingresos que dejará de percibir el Estado por beneficios concedidos a favor de ciertos contribuyentes.

Por otro lado, la condonación consiste en la extinción total o parcial de un adeudo fiscal en beneficio de los contribuyentes. Los programas de condonación pueden ser realizados de manera discrecional y tienen como objetivo que los contribuyentes rectifiquen y se pongan al tanto de sus obligaciones.

En 2007 se llevó a cabo un programa de condonación masiva, cuyo total condonado fue de 86.992 millones de pesos, en donde los grandes contribuyentes fueron quienes más se beneficiaron¹²². En ese mismo año se realizó también una cancelación masiva de créditos fiscales que ascendió a 73.960,4 millones de pesos. A propósito de este acto de autoridad, en octubre de 2010, Fundar, Centro de Análisis e Investigación, inició una estrategia jurídica con la intención de someter al escrutinio judicial la figura del “secreto fiscal”. En primera instancia, Fundar realizó una solicitud de acceso a la información al SAT para conocer los nombres de las personas morales y físicas a las que se les cancelaron créditos fiscales, así como los montos de los mismos y los motivos que las fundamentaron¹²³.

La información requerida fue negada por el SAT con fundamento en el artículo 69 del CFF, donde ordena a todo el personal oficial que interviene en los diversos trámites fiscales guardar “absoluta reserva” en lo concerniente a las declaraciones y datos suministrados por los contribuyentes o por terceros, así como los obtenidos en el ejercicio de las facultades de comprobación. Ante esta respuesta, se determinó acudir ante el Poder Judicial de la Federación para solicitar, vía amparo, que se declarara la inconstitucionalidad del artículo 69 del CFF.

¹²¹ El Servicio de Administración Tributaria (SAT) es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, orientado a observar y asegurar la aplicación correcta y oportuna de la legislación fiscal y aduanera, así como promover la eficiencia en la administración tributaria y el cumplimiento voluntario del contribuyente de las obligaciones derivadas de dicha legislación. <http://www.sat.gob.mx/Paginas/Inicio.aspx>.

¹²² Informe de la Auditoría Superior de la Federación, disponible en: http://www.asf.gob.mx/Trans/Informes/IR2013i/Documentos/Auditorias/2013_0035_a.pdf.

¹²³ Solicitud de acceso a la información folio 0610100156010b, realizada por Fundar vía INFOMEX.

El principal argumento de la demanda presentada por Fundar fue que el artículo 69 del CFF es contrario al derecho de acceso a la información que contempla el artículo 6° de la Constitución, toda vez que, conforme a este precepto, las autoridades deben registrarse por la presunción de que toda información en su poder es de carácter público y únicamente podrá ser reservada de manera excepcional por razones de interés público. Contrario a este mandato, el artículo 69 establece una regla general de reservar toda la información en posesión de las autoridades que intervienen en trámites fiscales. En términos prácticos, ello significa la existencia de un régimen de excepciones opuesto a los principios de máxima publicidad contenidos en el artículo 6° de la Constitución.

Por otra parte, en la demanda de amparo también se alegó que la reserva absoluta que plantea el artículo 69 del CFF no puede justificarse como una excepción legítima a la luz del derecho de acceso a la información. Esto debido a que la información acerca de los créditos fiscales cancelados es de interés público y darlos a conocer es la única forma en que la ciudadanía puede verificar la manera en que se aplican los criterios para la cancelación de créditos y que, por tanto, no son resultado de la ineficiencia en el cobro o de actos de corrupción¹²⁴.

La sentencia de primera instancia negó el amparo al considerar que el artículo 69 del CFF no debe entenderse como una reserva absoluta. Por lo anterior es posible que la información que se refiera a la cancelación de créditos fiscales, por corresponder a las contribuciones que deja de recibir el erario, sea del conocimiento público.

A pesar de haber negado el amparo, es importante subrayar que la sentencia de primera instancia es positiva, pues declara que, bajo el pretexto interpretativo del secreto fiscal, se protegen nombres, cifras y datos concernientes a cancelaciones de créditos fiscales que son de interés público para los gobernados, quienes tienen derecho a saber la razón por la que los montos cancelados no llegaron a las arcas públicas. En abril de 2011 se interpuso recurso de revisión en contra de la sentencia de primera instancia, este fue atraído¹²⁵ para su resolución definitiva por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)¹²⁶.

La SCJN resolvió que el artículo 69 del CFF no era contrario a la Constitución, pues esta norma solo establece una protección *prima facie* que obliga a las autoridades a no revelar la información de los contribuyentes. Sin embargo, no se opone al mandato constitucional de acceso a la información, en virtud de que las solicitudes en este tema se deben analizar, en cada caso concreto, atendiendo a las reglas de

¹²⁴ Juzgado Quinto de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región. Amparo indirecto 1761/2010. "La solicitud de amparo y protección de la Justicia Federal en contra de las autoridades responsables: Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. Presidente de los Estados Unidos Mexicanos. Secretario de Gobernación Director General del Diario Oficial de la Federación. Presidente del Servicio de Administración Tributaria. Administradora General de Recaudación del Servicio de Administración Tributaria. Coordinador de Apoyo Operativo de Recaudación del Servicio de Administración Tributaria. Titular del Comité de Información del Servicio de Administración Tributaria; y Titular de la Unidad de Enlace del Servicio de Administración Tributaria".

¹²⁵ Hasta el 2013 solamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación podía pronunciarse y resolver respecto de la constitucionalidad de las normas, facultad que ahora comparte con los Tribunales Colegiados de Circuito.

¹²⁶ Amparo en Revisión 699/2011. Tras varios meses de estudio y tras la elaboración del proyecto de resolución del asunto por parte de la ponencia del Ministro Zaldívar, el 9 y 10 de julio de 2012, el Pleno de la SCJN finalmente estudió el amparo en revisión 699/2011.

reserva y confidencialidad establecidas en la Ley de Transparencia y, en su caso, al interés público que justifique la desclasificación de la información reservada.

Es importante señalar que dos ministros¹²⁷ votaron en contra de dicho criterio por considerar que el artículo 69 del CFF sí establece una reserva absoluta, pues permite a la autoridad no realizar el análisis del acto concreto y justificar en una causal genérica –y de manera prácticamente automática– la excepción al principio de máxima publicidad; además de que existen medidas menos restrictivas del derecho de acceso a la información, como la posibilidad de entregar la información salvaguardando datos o información que debe ser reservada, o la posibilidad de generar versiones públicas.

A pesar de que la SCJN confirmó la sentencia recurrida, el resultado de la discusión fue parcialmente positivo, pues permitió conocer que las posturas de la mayoría de los ministros, además de ser diversas¹²⁸, reconocen el conflicto existente entre el derecho de acceso a la información, el principio de máxima publicidad y el artículo 69 del CFF.

Reseña del impacto

A raíz del litigio emprendido por Fundar y de diversas publicaciones en medios de comunicación, se colocó con fuerza este tema en la agenda pública. Inclusive, el secreto fiscal se transformó sustancialmente a nivel normativo. El 9 de diciembre de 2013, el artículo 69 del CFF se modificó para acotar la reserva absoluta para que esta no resultara aplicable respecto del nombre, la denominación o razón social y la clave de identificación de aquellos contribuyentes que se encontraran incumpliendo sus obligaciones fiscales, ni para aquellos a quienes se les hubiesen condonado y cancelado créditos fiscales. En la exposición de motivos de la reforma legal se señaló que:

[...] se propone la adición de un nuevo supuesto de excepción a la reserva del secreto fiscal, relativo a la información de los contribuyentes a los cuales se les hubiera cancelado un crédito fiscal en los términos del artículo 146-A del Código Fiscal de la Federación, es decir, por incosteabilidad en el cobro o por insolvencia del deudor o de los responsables solidarios, y de aquellos a quienes se les hubiere condonado algún crédito fiscal, a fin de hacer transparente la aplicación de dichas figuras, en respuesta a una exigencia social, a efecto de que el ejercicio de esa facultad por parte de la autoridad esté sujeta al escrutinio público.

En enero de 2014, cuando la nueva disposición entró en vigor, el SAT reveló la lista de los contribuyentes incumplidos, pero omitió publicar la de los contribuyentes cuyos créditos fiscales habían sido objeto de cancelaciones o condonaciones en años anteriores¹²⁹. La autoridad señaló que esta última lista se comenzaría a elaborar

¹²⁷ Los ministros Juan Silva Meza y Ramón Cossío.

¹²⁸ Que se demuestran con la cantidad de votos concurrentes y particulares que emitieron. Más detalles del amparo ver: <http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=132394&SeguimientoID=472> [Consulta, 30 marzo 2016].

¹²⁹ “Señalados en la lista negra de morosos desmiente el SAT”. 4/enero/2014 <http://www.eluniversal.com.mx/primera-plana/2014/impreso/senalados-en-lista-negra-de-morosos-desmienten-al-sat-43967.html> [Consulta, 30 marzo 2016].

a partir de 2014. La razón que el SAT expuso para no revelar a los beneficiados de esta política fue no aplicar la nueva disposición hacendaria de manera retroactiva en perjuicio de los particulares que están en ese supuesto.

La publicación de la lista de contribuyentes incumplidos fue retomada por medios de comunicación. En ese momento, Fundar hizo hincapié en que el SAT debió haber publicado también la lista de personas que fueron beneficiadas por la cancelación o condonación de créditos fiscales, tal y como se hizo para el caso de los contribuyentes incumplidos¹³⁰. La aplicación a modo de la nueva disposición fue defendida por el responsable del SAT, quien manifestó públicamente que se darían a conocer los créditos cancelados y condonados conforme se presentaran los casos a partir del 1 de enero de 2014 o cuando un órgano competente así lo decidiera¹³¹.

No obstante, el SAT se negó a hacer pública la información que existía antes de que entrara en vigor la reforma al CFF, aun cuando el máximo órgano –el entonces Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, IFAI (ahora INAI)– había ordenado la entrega de esta información en reiteradas ocasiones. De hecho, durante el largo trayecto judicial que emprendió Fundar, el IFAI¹³² resolvió diversos asuntos en donde ordenó la entrega de información en materia de cancelación y condonación de créditos fiscales, y tras el incumplimiento a sus resoluciones, este órgano presentó las primeras denuncias en contra del SAT ante la dependencia federal encargada de sancionar a los servidores públicos¹³³. De acuerdo con información recabada por Fundar, hasta agosto de 2015 el máximo órgano garante ha presentado 17 denuncias en esta materia; de estas, 14 no han prosperado por “falta de elementos para sancionar”.

Aunado a la imposibilidad de conocer toda la información previa al 2014, la reforma al artículo 69 del CFF no contemplaba que el nombre de las personas físicas y morales apareciera vinculado al monto del adeudo fiscal y al motivo de cancelación o condonación. A pesar de que el IFAI ya había ordenado una relación exhaustiva de la información, el SAT continuó impidiendo el acceso a la información.

Por esta razón, en 2015, durante la discusión de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIP), la sociedad civil exigió que el nuevo marco normativo incluyera la obligación de vincular el monto y el motivo con el nombre del beneficiario¹³⁴. Así, en la nueva Ley General de Transparencia, en el artículo 71, se estableció la obligación de publicar el nombre, la denominación o razón social y la clave del registro federal de los contribuyentes a los que se les hubiera cancelado o condonado algún crédito fiscal, así como los montos respectivos.

¹³⁰ El argumento del SAT era muy debatible y la propia Procuradora de la Defensa del Contribuyente se pronunció en distintos medios de comunicación para que estas listas se publiquen de la misma forma en la que se dieron a conocer los otros casos. *Reflexiones sobre impuestos condonados*. Oscar Arredondo. 16 de enero de 2014. Disponible en: <http://www.animalpolitico.com/blogueros-res-publica/2014/01/16/reflexiones-sobre-los-impuestos-condonados/> [Consulta 2 de abril, 2016].

¹³¹ Más información ver: <http://eleconomista.com.mx/finanzas-publicas/2014/01/17/sat-mantiene-posicion-sobre-creditos> [Consulta 2 de abril, 2016].

¹³² Conforme a la Ley Federal de Transparencia, las resoluciones del órgano garante son definitivas e inatacables para los sujetos obligados.

¹³³ “Refuta Fundar a SAT sobre secreto fiscal” 14 de julio de 2012. <http://archivo.eluniversal.com.mx/notas/859082.html> [Consulta 2 de abril, 2016].

¹³⁴ <http://fundar.org.mx/ocho-preocupaciones-fundamentales-de-la-ley-general-de-transparencia/?ID=>.

A partir de la entrada en vigor de la LGTAIP, en mayo de 2015, el SAT publicó en su página electrónica dicha lista de contribuyentes a quienes, desde el 2015, se les han condonado o cancelado créditos fiscales.

Aunque la publicación de esta información constituye un progreso para avanzar en la transparencia de la política fiscal en México, el equipo jurídico de Fundar continúa explorando alternativas para exigir que esta lista incluya una explicación detallada respecto del motivo de cada beneficio que ha sido otorgado por el Estado y para allegarse de la información que aún se mantiene en opacidad. En una perspectiva más amplia, la transparencia de esta información contribuye a garantizar derechos humanos fundamentales, como el derecho a la información y el derecho a participar en la vida política del país.

C. TENDENCIAS, LECCIONES APRENDIDAS Y EN EL EJERCICIO DEL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN COMO HERRAMIENTA DE EMPODERAMIENTO SOCIAL

Desde su promulgación en 2003, los impactos de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental han sido contundentes, pues ha permitido el acceso a información de distintas áreas de la actividad estatal. En otros términos, ha contribuido a la apertura del Estado y al conocimiento público de asuntos relevantes de interés nacional, además ha puesto en manos de las y los ciudadanos información relevante para la toma de sus propias decisiones. Ejemplos de ello son los debates entre transparencia y secreto bancario a propósito de los fondos públicos y fideicomisos, el conocimiento de las transacciones y contrataciones que hacen las principales empresas públicas del país como Petróleos Mexicanos, la identificación de infractores de leyes y reglamentos federales al medio ambiente. El acceso a la información se convirtió en una herramienta útil e indispensable para la democratización, a la vez que comenzó a remover inercias dentro de la administración pública como la corrupción y la discrecionalidad¹³⁵.

Los avances en el fortalecimiento de DAI se inscriben en un contexto de activa participación de la sociedad civil, académicos, especialistas, periodistas y organizaciones reunidas en redes y colectivos que, por un lado, han generado conocimiento especializado en la materia y, por otro, han hecho uso permanente del DAI como herramienta de empoderamiento ciudadano y de contraloría social. El trabajo de las organizaciones y la participación ciudadana ha sido factores decisivos en el desarrollo y la evolución del DAI.

En la actualidad, el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información en México tiene grandes desafíos y la nueva Ley General de Transparencia, publicada en 2015, contribuye de manera significativa a superarlos. Sin embargo, persisten resistencias en la aplicación de los principios y bases que allí se establecen. De hecho, algunas instancias de gobierno buscan la forma de evadir las solicitudes de acceso a la información, como el caso del Servicio de Administración Tributaria. Por otro lado, algunos congresos locales aprueban legislaciones contrarias al derecho. Para

¹³⁵ *Reforma al artículo 6° constitucional. 2007, IFAI, op. cit., p. 11.*

algunos especialistas el DAI no ha alcanzado su potencial democrático y, además, no es utilizado ampliamente por la sociedad como una herramienta para la exigibilidad de otros derechos humanos¹³⁶.

Uno de los aspectos más relevantes es que “el DAI ha servido a la ciudadanía en cierta medida para detener abusos, favorecer su involucramiento en el desarrollo comunitario y lograr el acceso a servicios y bienes públicos”¹³⁷. Pese al uso limitado que tiene el DAI entre la población mexicana, las experiencias que se presentaron en los casos de estudio tienen como característica principal la articulación de dos actores sociales: personas, en algunos casos reunidas en organizaciones de base, con grupos de la sociedad civil especializadas en la investigación e incidencia política. El trabajo realizado por estos actores es muestra de un ejercicio colaborativo, eficaz y complementario que ha tenido como resultado el empoderamiento ciudadano en distintos niveles.

En este sentido, los estudios de caso dan cuenta del uso que ha tenido el DAI como un instrumento para avanzar en el cumplimiento y en el goce de derechos económicos, políticos y sociales de la población mexicana.

REFERENCIAS

- ACKERMAN, John. 2007a. “La ley de acceso a la información pública mexicana en perspectiva internacional”. *Derecho a saber. Balance y Perspectivas Cívicas*. México. Fundar, Centro de Análisis e Investigación, pp. 359-361.
- ACKERMAN, John. 2007b. *Organismos Autónomos y Democracia. El Caso de México*. IJ-UNAM. México. Siglo XXI Editores.
- ARELLANO, David. 2008. “Transparencia y organizaciones gubernamentales”. En: ACKERMAN, John. *Más allá del Acceso a la Información. Transparencia, Rendición de Cuentas y Estado de Derecho*. México. Siglo XXI Editores, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad, Nacional Autónoma de México.
- CEJUDO, Guillermo. 2012. “Evidence for Change: The case of subsidies al Campo in Mexico”. *From Analysis to Impact. Partner Initiative Case Study Series*. International Budget Partnership. Disponible en: <http://internationalbudget.org/wp-content/uploads/LP-case-study-Fundar.pdf>
- FOX Jonathan y HAIGHT Libby. 2007. “Las reformas a favor de la transparencia: teoría y práctica”. *Derecho a saber. Balance y Perspectivas Cívicas*. México, Fundar, Centro de Análisis e Investigación, pp. 29-63.
- GUERRERO, Juan Pablo. 2013. “Diez años de la Ley Federal de Transparencia: balance y discusión sobre reformas”, en: *Derecho de acceso a la información. La visión de los usuarios*. Cécile Lachenal y Ana Joaquina Ruiz. México, GEDISA Editorial; Fundar, Centro de Análisis e Investigación. pp. 455-477.
- HOFBAUHER, Helena. 2005a. *Caso Provida, Los alcances del acceso a la información Vs los límites de la rendición de cuentas*. Biblioteca virtual del Instituto de

¹³⁶ RUELAS, Ana Cristina. *La Transparencia en México: un trabajo colectivo*. Fundación Friedrich Ebert. México. 2016, p. 7.

¹³⁷ GUERRERO, *Op. cit.*, pp. 465-46.

- Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2456/10.pdf> [Consulta 2 de abril de 2014].
- HOFBAUHER, Helena. 2007b. *Derecho a saber. Balance y Perspectivas Cívicas*. México, Fundar, Centro de Análisis e Investigación, pp. 13-16.
- Ley Federal de Transparencia y Acceso a la información Pública Gubernamental, *Diario Oficial de la Federación (DOF)*. 11/06/2002.
- Ley Federal de Transparencia y Acceso a la información Pública Gubernamental, *Diario Oficial de la Federación (DOF)*. Última reforma 08/06/12.
- Ley General de Transparencia y Acceso a la información Pública. Nueva Ley publicada en el *Diario Oficial del Federación (DOF)*. 04/05/2015
- LÓPEZ AYLLON, Sergio (coordinador). 2006. *Democracia, transparencia y Constitución*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Serie de Doctrina Jurídica N° 350. UNAM. p. 262.
- MORENO, Alejandro. 2010. *Confianza en las instituciones. México en perspectiva comparada*. Centro de Estudios Sociales de Opinión Pública, Cámara de Diputados, ITAM. México.
- PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía. Los órganos constitucionales autónomos. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/306/7.pdf> [Consulta: 4 de marzo de 2014].
- PULIDO, Miguel Ángel. 2013. *Otra lectura del Derecho de Acceso a la Información*. Tesis para obtener el grado de Maestro en Derechos Humanos y Democracia. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO. México. 92 p.
- RAMÍREZ, Jesús. "Ganancias Privadas con dinero público". *La Jornada*, 6 de marzo de 2005, disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2005/03/06/mas-jesus.html> [Consulta 2 de abril, 2014].
- Reforma al artículo 6° constitucional que establece el acceso a la información pública como un derecho fundamental de los mexicanos, 2007*. Disponible en: <http://inicio.ifai.org.mx/Publicaciones/ModificacionArt6.pdf/>.
- RUELAS, Ana Cristina. *La Transparencia en México: un trabajo colectivo*. Fundación Friedrich Ebert. México. 2016.
- RUIZ, Ana Joaquina. 2011. *Transparencia en acción: la experiencia de subsidios al campo en México*. Fundar, Centro de Análisis e Investigación. Woodrow Wilson International Center for Scholars. Reporte 13. Disponible en: http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Monografia_13_Transparencia_en_Accion.pdf.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, XI, abril de 2000, p. 72.

PÁGINAS ELECTRÓNICAS

- Colectivo por la Transparencia. <http://colectivoporlatransparencia.org/>.
- Global Right to Information. Map, 2014. <http://www.rti-rating.org>.
- Grupo Oaxaca <http://www.eluniversal.com.mx/notas/767835.html> [Consulta 2 de abril, 2014].
- Índice de Acceso a la Información en México. <http://www.inogdai.org/docs/Resultados.pdf>.

Índice del Derecho de Acceso a la Información en México. www.idaim.org.mx.
Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos (INAI). <http://inicio.ifai.org.mx/SitePages/ifai.aspx>.
Estadísticas semanales. INAI. 2016. <http://inicio.ifai.org.mx/Estadisticas/Estad%C3%ADsticas%20semanales%202017%20de%20marzo%20de%202016.pdf>.
INFOMEX. <https://www.infomex.org.mx/gobiernofederal/home.action>.
Métrica de Transparencia en México, 2010. Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C. <http://metricadetransparencia.cide.edu/>.
México Infórmate. <http://mexicoinformate.org/noticias/graves-deficiencias-en-la-actuacion-de-los-organos-de-transparencia-en-el-pais/>.
Pacto por México. <http://pactopormexico.org/acuerdos/>.
Red por la Rendición de Cuentas. <http://rendiciondecuentas.org.mx/>.

III. CHILE

Macarena Rodríguez
(Universidad Alberto Hurtado, Chile)

El derecho de acceso a la información pública puede ser analizado y conceptualizado enfatizando alguna de sus distintas esferas de acción. Así por ejemplo, puede ser definido como una herramienta de control de los actos de la administración pública en los sistemas democráticos, esto es, como un instrumento en apoyo de la integridad pública. Al mismo tiempo, puede ser descrito como un derecho fundamental de la persona humana, implícito en el derecho a la libertad de expresión, que favorece la libre circulación de las ideas, el debate público informado y el ejercicio de otros derechos¹³⁸⁻¹³⁹.

En esta materia, resulta interesante destacar el reconocimiento que realizan algunos actores relevantes en el proceso de formación y discusión de la actual Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, en adelante LAIP, en orden a que, desde sus inicios, aunque con distinto grado de relevancia, coexistieron las ya señaladas dos corrientes o razones que justificaron la aprobación y dictación de esta Ley¹⁴⁰:

- a) Aquella que buscaba dotar al sistema de un mecanismo de control efectivo, para prevenir la corrupción al interior del Estado y así entregar una señal de tranquilidad y seguridad a la ciudadanía en relación con los escándalos que, escasos en número, pero importantes en notoriedad mediática, afectaban a

¹³⁸ Acerca de esta misma doble valoración véase; Olmedo, Juan Pablo, Comentarios acerca del Derecho de Acceso a la Información Pública, en *Hacia una nueva Institucionalidad de Acceso a la Información Pública en Chile*, Fundación Pro Acceso, 2008, p. 10.

¹³⁹ En línea argumental similar, aunque con un matiz diferente, Abramovic y Curtis, distinguen entre el derecho de acceso a la información como un derecho individual o como un derecho colectivo y dentro de esta última categoría, aquellos casos en que la información es en sí misma el bien directo perseguido en contraposición a aquellos casos en que la información es un instrumento de otros derechos, por ejemplo, cuando la información es un mecanismo de fiscalización de la gestión de la autoridad, un presupuesto para la participación ciudadana, un supuesto necesario para la exigibilidad de otros derechos –especialmente derechos sociales– o una condición indispensable para el ejercicio de un derecho. En este sentido, véase; ABRAMOVIC, V., y COURTIS, C., *El acceso a la información como derecho*, Buenos Aires, sin año.

¹⁴⁰ Así se concluye por ejemplo en la mesa redonda “El Fenómeno de la Transparencia en el Estado: Análisis de sus antecedentes desde una perspectiva crítica”, 20 de enero de 2011, Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado y Consejo para la Transparencia. En igual sentido: SCHÖNSTEINER, Judith, FEDDERSEN, Mayra y VALENZUELA, Pablo A., *Fortalecimiento de la Democracia y el Derecho de Acceso a la Información en Chile: entre Estado y Ciudadanía*, N° 9, Chile, 2012, Fundación Konrad Adenauer, p. 30.

- la coalición política que en ese momento se encontraba gobernando el país (Coalición de Partidos por la Democracia) y,
- b) Aquella que tenía un interés por incorporar en el ordenamiento jurídico nacional el derecho de acceso a la información pública, como un derecho fundamental y ciudadano, ya reconocido como tal por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante también, Corte IDH–. Esta aspiración era significativa, si se considera que una de las primeras expresiones de este derecho, a nivel regional, se produce precisamente en un fallo dictado por la Corte IDH contra Chile, en el caso *Claude Reyes y otros vs.*, el Estado de Chile¹⁴¹.

A. MARCO GENERAL

1) *Evolución histórica de la protección del derecho a la información*

Hasta 1989, Chile vivió bajo una dictadura caracterizada en este ámbito por una absoluta opacidad y secreto. Los actos de la administración del Estado, sin lugar a discusión, estaban bajo el control total de unos pocos y, en este escenario, el acceso a la información como un derecho ciudadano era algo impensado.

A los pocos años del retorno a la democracia se comienzan a observar los primeros cambios, tendientes a reconocer la necesidad de transparentar los actos del Estado, como una manera de promover la probidad de la administración.

En una visión general, es posible concluir que el paso desde el máximo silencio y secreto por parte de la autoridad, hacia el reconocimiento del acceso a la información pública como un derecho consagrado legalmente e implícitamente reconocido en el orden constitucional, se desarrolla en una lógica de acción y reacción: esto es, que se hace público algún acto de corrupción, con características de escándalo y el gobierno de turno reacciona creando una comisión encargada de proponer medidas para evitar otras situaciones similares. Las propuestas de los grupos de expertos implican, cada vez, cambios más profundos en la institucionalidad vigente en esta materia para la administración del Estado¹⁴².

Es importante indicar que hasta el 2014 tanto dentro del país como en el foro internacional Chile era percibido como un Estado con uno de los mejores índices de probidad dentro de la región, y con una posición igualmente destacable, aunque en menor escala en el ranking, a nivel mundial. Así lo confirman los datos entregados por el Índice de Percepción de la Corrupción, elaborado por Transparencia

¹⁴¹ *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia del 19 de septiembre 2006, Serie C, N° 151. Este caso es el primer fallo de una corte internacional que establece en forma expresa el derecho a la información como un derecho incluido en la libertad de expresión: “La Corte estima que el artículo 13° de la Convención, al estipular expresamente los derechos a ‘buscar’ y a ‘recibir’ informaciones, se protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención”.

¹⁴² Así se concluye, por ejemplo, de la sistematización efectuada por Miguel Ángel Fernández González [en] FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, “Causales de secreto o reserva en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Hacia una Nueva Institucionalidad de Acceso a la Información Pública en Chile*, Santiago, 2008, pp. 36-40.

Internacional, que sitúa a Chile, desde 1995 y hasta la actualidad, dentro de los 25 mejores países del mundo¹⁴³.

En consecuencia, los avances en la agenda de gobierno, en materia de probidad y transparencia, obedecían a una lógica de prevención, donde pocos y más bien aislados escándalos lograron encender las alertas y generar una respuesta de gran envergadura, de acuerdo con los tiempos, con la finalidad de evitar que hechos similares se repitieran. Estas situaciones de gran notoriedad ocurren en 1994, 2002 y 2006¹⁴⁴.

¹⁴³ Transparencia Internacional, Índice de Percepción de la Corrupción, diciembre de 2015, [disponible en] <https://www.transparency.org/cpi2015#results-table>

¹⁴⁴ El primer hito se produce al término del gobierno del presidente Patricio Aylwin, como consecuencia de la exposición mediática de un caso de corrupción al interior de la administración, en el que la Empresa Nacional del Cobre –Codelco– perdió más de USD\$ 200 millones en las operaciones de mercados a futuro, por fraudes cometidos por su entonces jefe de futuros, Juan Pablo Dávila.

Como efecto de lo anterior, se crea la Comisión de Ética Pública y en forma paralela se convoca al Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública. Ambos sugieren, entre sus conclusiones, la dictación de una ley de acceso a la información del Estado, que se materializó en 1999 en la Ley N° 19.653 que reconoció la transparencia y probidad en los actos de la administración, estableció un procedimiento judicial para hacer efectivo el derecho y sistematizó las causales de reserva por las que se podía negar el acceso a información de la administración pública. Esta ley facultó a la propia autoridad para determinar la extensión de la publicidad de sus actos, lo que en la práctica se tradujo en la proliferación de decretos que declaraban secretos diferentes actos y documentos y que convirtieron el acceso a la información en una garantía casi inoperante. El reclamo por denegación de acceso a la información ante los Tribunales de Justicia tuvo importantes obstáculos que impidieron el real ejercicio del derecho. La necesidad de contar con la asesoría de un abogado, entre otras razones, generó que en la práctica se presentaran muy escasas demandas por acceso a la información, durante el período de vigencia de este procedimiento.

El 2002 nuevas denuncias, esta vez relativas a irregularidades administrativas cometidas por altos funcionarios de gobierno, como el pago de sobresueldos a ministros de Estado, con fondos reservados de la Presidencia de la República, el pago a funcionarios del Ministerio de Obras Públicas por trabajos no realizados y el pago injustificado a terceros (GATE) por autopistas concesionadas y sus proyecciones, desde 1997, provocaron una nueva crisis de credibilidad, por lo que el gobierno convocó a una comisión asesora presidencial para estudiar el fortalecimiento de los principios de probidad y transparencia. Sin embargo, no es por medio de dicha Comisión sino de un acuerdo político-legislativo, alcanzado entre el gobierno y la oposición, como se logra dar solución a la crisis. Este acuerdo da cuenta de la existencia de una conciencia, políticamente transversal, respecto de la necesidad de reforzar la agenda de probidad como elemento fundamental para mejorar la gestión del Estado y parte de esta se materializó en Ley de Compras Públicas, Ley de Alta Dirección Pública, Ley de Procedimiento Administrativo y Ley de Financiamiento del Gasto Electoral.

En septiembre del 2006 la Corte Interamericana de Derechos Humanos conoce el caso *Claude Reyes y otros vs. Estado de Chile*, en el que un grupo ambientalista solicitó al Comité de Inversiones Extranjeras información acerca de un proyecto a desarrollarse por el consorcio extranjero Forestal Trillium, y que contemplaba la tala de una reserva de bosque nativo en el sur del país. En su decisión, la Corte IDH reconoce al Derecho de Acceso a la Información al señalar que "... de acuerdo a la protección que otorga la Convención Americana, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de *buscar, recibir y difundir* informaciones e ideas de toda índole...". Igualmente la Corte estima que "... el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a 'buscar' y a 'recibir' 'informaciones', protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención...". Esta decisión constituye el referente internacional en la evolución y reconocimiento del Derecho de Acceso a la Información Pública en Chile y que se transformó en un aliciente fundamental para las organizaciones que trabajaban en la defensa y promoción de este derecho.

El 2015 se develan 2 importantes escándalos de corrupción, que generan la adopción de una medida similar, esto es, la creación de una comisión experta que elaborara propuestas para corregir y evitar situaciones de igual naturaleza en el futuro, sin embargo, por su proximidad en el tiempo y porque aún no han sido aclarados en su totalidad, no es posible concluir si luego de estos acontecimientos se volverá a un período de cierta estabilidad, donde se implementen las medidas indicadas o si por el contrario, esta vez, la desconfianza y el descrédito general en las autoridades e instituciones, producirá un quiebre del paradigma de las últimas décadas.

Volviendo a la revisión histórica, es a partir de la crisis del 2006 que se elabora la actual Ley de Acceso a la Información Pública, en cuya rápida materialización tuvo un importante rol la Secretaría Ejecutiva de la Agenda de Probidad y Transparencia, creada precisamente para impulsar y darle concreción a las medidas propuestas por los expertos¹⁴⁵.

El gobierno presenta la propuesta de Ley de Acceso a la Información mediante una indicación sustitutiva a un proyecto de ley acerca de la misma materia y que se encontraba en tramitación en el Congreso¹⁴⁶, y luego de nueve meses de discusión parlamentaria se aprueba, en agosto de 2008, el texto de la actual Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

Como señalan quienes fueron partícipes en el debate especializado de la Ley de Acceso a la Información Pública, concurren en este último proceso particulares circunstancias, que permitieron la dictación de esta ley, que contiene ciertas regulaciones y diseños institucionales que otras normativas, en diferentes países, no han alcanzado¹⁴⁷.

En noviembre de 2006 y como consecuencia de la revelación de nuevos casos de corrupción, esta vez correspondientes a la falsificación de 77 proyectos de actividades deportivas, financiadas por la oficina de promoción de actividades deportivas –ChileDeportes–, y cuyos fondos habrían sido destinados a campañas políticas de candidatos oficialistas, se elabora la Agenda Presidencial para favorecer la Probidad y la Eficiencia en la Gestión Pública, que contenía 30 medidas orientadas a dicho fin.

¹⁴⁵ SÁNCHEZ, Moisés, “Nueva Institucionalidad de Acceso a la Información en Chile. Comentarios Legales”, en: *Hacia una nueva Institucionalidad de Acceso a la Información Pública en Chile*, Fundación Pro Acceso, 2008, p. 15.

Entre las medidas adoptadas se encuentra la instrucción general presidencial N° 8 publicada en diciembre de 2006, complementado por el oficio N° 3 de enero de 2007 y N° 9 de marzo de 2007, de los ministerios del Interior y de Hacienda, y el oficio N° 555 de los ministerio del Interior, Hacienda y Secretaría General de la Presidencia (SEGPRES), todos estos establecen obligaciones para los órganos de la Administración del Estado, respecto de la información que deben mantener disponible en sus sitios *web*.

¹⁴⁶ La indicación sustitutiva fue presentada el 8 de mayo de 2007, fue informada por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia y por la Comisión de Hacienda, ambas de la Cámara de Diputados y luego aprobada en sala en julio de 2007. Debido a las modificaciones introducidas en este segundo trámite constitucional, el proyecto es enviado al Senado para su aprobación, el que resuelve la creación de una comisión mixta para un nuevo debate. La comisión sesiona desde julio de 2007 a enero de 2008 y la propuesta de dicha comisión mixta es aprobada por la unanimidad del Senado y de la Cámara de Diputados en el mismo mes de enero de 2008.

¹⁴⁷ Intervención de Eolo Díaz-Tendero, ex-Director de Estudios del Consejo para la Transparencia, en la mesa redonda “El Fenómeno de la Transparencia en el Estado: Análisis de sus antecedentes desde una perspectiva crítica”, enero de 2011.

Uno de los factores más gravitantes y que presiona la aprobación de esta ley es la demanda ciudadana de control de la corrupción. Sin embargo, en esta ocasión –a diferencia de lo ocurrido en situaciones anteriores de escándalos de esta naturaleza– se logra que la agenda de transparencia y probidad del gobierno fuera capaz de avanzar más audazmente en su propuesta, llevando a discusión un estatuto que regulara integralmente la materia y que proponía la creación de un Consejo para la Transparencia, como órgano autónomo¹⁴⁸.

Otro de los factores que aporta en esta conjunción, aunque con una capacidad de presión más limitada, es la existencia de un consenso técnico, en el grupo de organizaciones de la sociedad civil vinculadas al tema, respecto del contenido específico que debía comprender la norma. Existía en ellas un marcado perfil profesional de sus integrantes (en su mayoría abogados y abogadas), lo que facilitó la negociación del texto final. Concuerdan también sus partícipes, en que no existe en esta ley una intervención de organizaciones defensoras de Derechos Humanos y particularmente de aquellas vinculadas al esclarecimiento de las graves violaciones cometidas durante el régimen militar, quienes no logran ser motivados por esta iniciativa¹⁴⁹.

Por último, hay acuerdo en que otro elemento determinante para su aprobación, fue que al momento de la discusión parlamentaria existían actores políticos de todos los sectores, que vieron esta ley como una herramienta valiosa en el control de la corrupción que la democracia chilena requería, permitiendo contar con un amplio apoyo para esta iniciativa.¹⁵⁰ En la discusión parlamentaria se legitimó la idea que el país podía tener una normativa e institucionalidad que cumpliera con los más altos estándares internacionales y que ello no guardaba, necesariamente, relación con el nivel de desarrollo que hubiésemos alcanzado como nación en otras áreas. En este aspecto, el ejemplo latinoamericano de México fue un antecedente gravitante y dinamizador de la discusión¹⁵¹.

2) *Reseña normativa de la Ley N° 20.285*

Como ya se señaló, la ley en sí misma constituye un importante avance, ya que se crea un estatuto independiente y autónomo en materia de acceso a la información. El artículo 1° inciso 1 señala que esta ley regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la

¹⁴⁸ Intervención de Rafael Blanco Suárez, académico de la Universidad Alberto Hurtado y ex-Secretario Ejecutivo de la Agenda de Probidad y Transparencia (2006-2007), en la mesa redonda “El Fenómeno de la Transparencia en el Estado: Análisis de sus antecedentes desde una perspectiva crítica”, enero 2011.

¹⁴⁹ Intervención de Moisés Sánchez, ex-Director Ejecutivo de Pro Acceso, en la mesa redonda “El Fenómeno de la Transparencia en el Estado: Análisis de sus antecedentes desde una perspectiva crítica”, enero 2011.

¹⁵⁰ Intervención de Rafael Blanco Suárez, académico de la Universidad Alberto Hurtado y ex-Secretario Ejecutivo de la Agenda de Probidad y Transparencia (2006-2007), en la mesa redonda “El Fenómeno de la Transparencia en el Estado: Análisis de sus antecedentes desde una perspectiva crítica”, enero 2011.

¹⁵¹ Intervención de Felipe del Solar, ex-Secretario Ejecutivo de la Comisión de Transparencia del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, en la mesa en la mesa redonda “El Fenómeno de la Transparencia en el Estado: Análisis de sus antecedentes desde una perspectiva crítica”, enero 2011.

Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información.

Destaca en ella también la incorporación de principios rectores del derecho de acceso a la información pública, con los que se fijan estándares en la calidad de la información a entregar. Así por ejemplo, de acuerdo con el principio de apertura o transparencia, toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública. El principio de máxima divulgación obliga a proporcionar información en los términos más amplios posibles, excluyendo solo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales o legales. En conformidad al principio de divisibilidad, si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida e información que debe denegarse en virtud de causa legal, se dará acceso a la primera y no a la segunda.

La ley comprende una definición amplia del concepto de información pública, que se extiende a los actos y resoluciones de los órganos de la administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial y los procedimientos que se utilicen para su dictación, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado. Asimismo, se define como pública la información elaborada con presupuesto público y toda la que obre en poder de los órganos de la administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen y clasificación.

Se consagra el derecho de toda persona a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, lo que comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos y la correspondiente obligación del Estado de responder en un plazo determinado.

En relación con el procedimiento administrativo en donde se materializa el derecho de acceso, la ley define los requisitos que deben cumplir las solicitudes de acceso a la información, precisando que deben ser formuladas por escrito o mediante los sitios electrónicos de cada institución, teniendo el órgano un plazo de veinte días hábiles para contestar, considerando la posibilidad de prorrogarlos, cuando existan circunstancias que hagan difícil reunir la información solicitada, por otros diez días hábiles. En caso de existir negativa, esta deberá ser fundada, especificando la causal legal invocada y las razones que en cada caso motiven su decisión.

Luego, la ley contempla un régimen de recursos. En casos de denegación, de entrega parcial de la información o de no respuesta por parte de la autoridad, se podrá interponer un amparo de acceso a la información, ante el Consejo para la Transparencia (en adelante CPLT), órgano administrativo especialmente creado para este fin y dotado de un importante grado de autonomía, quien resolverá ejerciendo una labor jurisdiccional.

En contra de la resolución del Consejo que acoge el amparo y otorga acceso a la información que se hubiere denegado por parte del órgano, la entidad pública puede interponer un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, en el plazo de quince días contados desde la notificación de la resolución reclamada, a menos que la causal de denegación se hubiere fundado en el buen funcionamiento del órgano, en cuyo caso la decisión del Consejo no reconoce recurso alguno. Los requirentes de información cuyo amparo no haya sido acogido por el Consejo para la Transparencia y, en consecuencia, se les haya

denegado la información, también pueden recurrir de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones.

Así como existe un derecho de solicitar información pública, conocido también como transparencia pasiva, la ley también contempla la obligación de transparencia activa de los órganos de administración del Estado, y que consiste en el deber de publicar en sus sitios electrónicos –y de mantener actualizada– un conjunto de informaciones relevantes, como estructura orgánica, facultades y marcos normativos, planta de personal y remuneraciones, contrataciones y transferencias de fondos públicos, asignaciones de subsidios y beneficiarios (con exclusión de los datos de carácter sensible), presupuesto, auditorías y la identificación de las entidades en que tenga participación, entre otros.

Se contempla igualmente la posibilidad de reclamar ante el Consejo para la Transparencia por las deficiencias detectadas en el cumplimiento de esta obligación.

En cuanto al ámbito de aplicación de la ley y sujetos obligados, esta comprende, de manera general, a los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. No obstante, para las empresas públicas, Contraloría General de la República, Tribunal Constitucional, Ministerio Público, Poder Judicial y Congreso Nacional se contemplan estatutos especiales, que les hacen aplicables solo de manera parcial las disposiciones de la ley.

Esta distinción respecto de la forma como diferentes instituciones son obligadas por la ley obedeció, principalmente, al poder de negociación que cada una de ellas desplegó durante la discusión parlamentaria del proyecto de ley. Concurden quienes participaron de este proceso, en el rol preponderante que cumplió en este escenario el Contralor General de la República¹⁵².

Es por ello que el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, la Contraloría General de la República y la Justicia Electoral, incorporan estatutos especiales de acceso a la información en sus propias leyes orgánicas, que las obligan a respetar tanto los deberes de transparencia activa como pasiva de la ley, pero excluyendo el recurso de amparo ante el Consejo para la Transparencia.

En cuanto al Banco Central, sigue parte de las mismas reglas aunque con algunas diferencias. Así, el procedimiento para recurrir a la Corte es el establecido en su propia Ley Orgánica Constitucional, igualmente, se establecen causales de reserva legal específicas respecto de ciertas operaciones de crédito de dinero e inversiones.

La ley también define un estatuto especial para las empresas públicas, aplicable tanto a las creadas por ley como a las empresas del Estado y a las sociedades en que este tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, como Televisión Nacional de Chile, Empresa Nacional de Minería, Empresa de Ferrocarriles del Estado, Corporación Nacional del Cobre de Chile o Banco Estado. Debido al rol privado que desarrollan, tienen obligaciones de transparencia activa específicas. Además, quedan obligadas a entregar a la superintendencia, a cuya

¹⁵² Intervención de Moisés Sánchez, ex-Director Ejecutivo de Pro Acceso, en la mesa redonda “El Fenómeno de la Transparencia en el Estado: Análisis de sus antecedentes desde una perspectiva crítica”, enero 2011.

fiscalización se encuentren sometidas, la misma información a que están obligadas las sociedades anónimas abiertas.

Esta regla, con obligaciones específicas en materia de transparencia, se aplica también a los tribunales especiales y a los órganos que ejercen jurisdicción, en cuyo caso la obligación se debe cumplir mediante sus propios sitios electrónicos. Además, establece la obligación de publicación de las sentencias definitivas que cumplan con ciertos requisitos de certeza, al quinto día desde que hayan quedado ejecutoriadas.

Otro aspecto regulado en la ley es la oposición de terceros. En caso que la solicitud de acceso se refiera a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos de terceros, se debe comunicar a estos la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de la información solicitada. La oposición debe ser formulada por escrito y con expresión de causa, dentro del plazo de tres días hábiles contado desde la fecha de notificación. En virtud de la numerosa información que posee el Estado respecto de los ciudadanos y ciudadanas, esta disposición ha sido altamente utilizada tanto por los órganos de la administración como invocada en las decisiones del CPLT.

Un aspecto muy relevante lo constituyen las causales de secreto o reserva. La ley contempla un régimen legal de calificación de reserva o secreto que solo puede ser establecido por una ley de quórum calificado y de acuerdo con las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política. Fuera de estos casos de reserva legal, se establece en el artículo 21 un régimen de causales de reserva que habilitan para denegar total o parcialmente el acceso a la información, cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte:

1. El debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente a) si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales; b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquellas sean públicos una vez que sean adoptadas; y c) tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.
2. Los derechos de las personas, en especial tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.
3. La seguridad de la Nación, en particular si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.
4. El interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.

Como se ha señalado, una de las grandes innovaciones de la ley está constituida por la creación del Consejo para la Transparencia, un órgano especializado de carácter administrativo y con facultades jurisdiccionales y cuyo mandato es garantizar, para todos, el derecho de acceso a la información. De acuerdo con la ley, este se concibe como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio.

Dentro de sus funciones se contempla la de fiscalizar el cumplimiento de la ley; resolver los reclamos de denegación de información; dictar instrucciones generales, formular recomendaciones y requerir a la administración para que ajuste sus procedimientos y sistemas de atención al público; efectuar estadísticas y reportes; velar por la reserva de los datos calificados como reservados por la Constitución y la ley; y velar por el cumplimiento de la ley sobre protección de datos personales, por parte de los órganos de la administración del Estado.

El Consejo para la Transparencia tiene un Consejo Directivo integrado por cuatro consejeros designados por el Presidente de la República, previo acuerdo del Senado. Al Consejo Directivo le corresponde la dirección y administración superior del Consejo. Los consejeros permanecen seis años en sus cargos, pudiendo ser designados solo para un nuevo período.

Finalmente, la ley establece como infracción, cuya sanción económica afecta directamente al jefe superior del órgano o servicio requerido, los casos de no entrega injustificada de información y el incumplimiento de normas de transparencia activa y que pueden alcanzar hasta el cincuenta por ciento de su remuneración.

3) *Logros y desafíos del marco regulatorio*

La creación del Consejo para la Transparencia, como un órgano caracterizado, principalmente, por su labor de conocimiento y resolución de amparos presentados contra organismos públicos y estando dotado para ello de una autonomía que le permite ser juez entre pares, es sin duda una de las mayores ganancias obtenidas con la ley¹⁵³. En este escenario, el paso de la norma al cumplimiento efectivo se visualiza de inmediato como uno de los grandes desafíos. Satisfacer las altas expectativas que esta institucionalidad genera no es tarea fácil, sin embargo, la consistencia argumentativa y la audacia en la incorporación de estándares internacionales en sus decisiones ha sido, hasta ahora, la mejor manera de demostrar el cumplimiento exitoso de esta tarea asignada al CPLT¹⁵⁴.

Durante los primeros años de funcionamiento del Consejo se adoptaron decisiones que fijaron las bases fundacionales o los criterios matrices para definir los límites del derecho del acceso a la información, la competencia del Consejo para la Transparencia, los alcances de las causales de reserva establecidas en la ley, la ponderación del derecho de acceso a la información frente al derecho a la protección de la vida privada, entre otros temas¹⁵⁵. El desafío se presenta entonces en mantener en el tiempo el patrón de referencia, utilizando argumentos y razonamientos sólidos que respalden sus decisiones y que, como ha ocurrido en estos años, sean escasamente

¹⁵³ Intervención de Rafael Blanco Suárez, académico de la Universidad Alberto Hurtado y ex-Secretario Ejecutivo de la Agenda de Probidad y Transparencia (2006-2007), en la mesa redonda “El Fenómeno de la Transparencia en el Estado: Análisis de sus antecedentes desde una perspectiva crítica”, enero 2011.

¹⁵⁴ Entrevista a Juan Pablo Olmedo realizada con fecha 1 de abril de 2014. Abogado, ex-Presidente del Consejo Para la Transparencia periodo 2008-2010.

¹⁵⁵ En esta línea, véase Rajevic Mosler, Enrique, El primer año de jurisprudencia del Consejo para la Transparencia, en *Transparencia en el ámbito público y privado: Balance y desafíos pendientes*, Fundación Chile Transparente, Santiago, 2010, pp. 53 y ss.

objetados mediante la interposición de recursos de inaplicabilidad ante las Cortes de Apelaciones¹⁵⁶.

Como era de esperar, desde la entrada en vigencia de la ley han surgido algunos conflictos que dan cuenta de intentos por restringir la noción y la fuerza del derecho de acceso a la información. Así por ejemplo, con ocasión de decisiones adoptadas al conocer recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional¹⁵⁷ ha sostenido que la publicidad ordenada por la Constitución solo se limita a los actos o resoluciones administrativas, sus fundamentos y procedimientos, declarando inconstitucional el precepto que establece el derecho de acceso a la información elaborada con presupuesto público o que obra en poder del Estado. Por otra parte, y en virtud de una solicitud efectuada para acceder a la nómina y honorarios de los abogados que asesoraron a Chile en su litigio contra Perú ante la Corte Internacional de Justicia, se interpusieron diversas acciones tendientes a impedir su publicidad¹⁵⁸, llegando algunos diputados a proponer reformar la Constitución y la ley para permitir que el Ministerio de Defensa y el de Relaciones Exteriores tuviesen la facultad, por vía de decretos, de determinar cierta información como secreta¹⁵⁹, pretendiendo con ello regresar a una de las prácticas más dañinas que conoce nuestra historia en materia de transparencia y acceso a la información.

Es necesario mantener, en primera línea de importancia, el valor que representa para una democracia y sus ciudadanos el derecho de acceso a la información, favoreciendo aquellas iniciativas que buscan su fortalecimiento, por ejemplo, por medio de la explicitación en la Constitución del derecho de acceso a la información pública o las que buscan dar mayor solidez institucional al CPLT, otorgándole autonomía constitucional.¹⁶⁰

Sobre esta base ya edificada, es necesario que el CPLT profundice en aquellas decisiones que corresponden a solicitudes de acceso en que existe un interés público comprometido. Si bien la ley no distingue, ni permite efectuar diferencias en atención al fin que se persigue con la solicitud de acceso a la información, es evidente el rol de empoderamiento y finalmente de mejoramiento de la labor pública, cuando son los propios ciudadanos en su condición de miembros de una comunidad quienes solicitan al Estado la información y la rendición de cuentas.

En los casos analizados en este estudio se observa cuán importante y cuánto se requiere de decisiones contundentes para favorecer el ejercicio de otros derechos fundamentales y para incentivar una mayor y mejor informada participación ciudadana. Es aquí donde radica uno de los desafíos más importantes para la institucionalidad actual.

Así por ejemplo, el interés de un exfuncionario público de conocer ciertos datos respecto de su pasado laboral en la institución, es por cierto un interés legítimo y la ley constituye una buena herramienta para facilitar información que de otra forma no habría podido obtener, sin embargo, la finalidad del derecho de acceso

¹⁵⁶ Desde la entrada en vigencia de la ley, en abril de 2009, se han presentado 434 recursos de inaplicabilidad ante las diferentes Cortes de Apelaciones del país.

¹⁵⁷ STC Rol 2153-2012

¹⁵⁸ Recurso de Queja Rol ICA N° 4680-12, Rol Corte Suprema N° 13.510-13.

¹⁵⁹ Dicho proyecto se encuentra contenido en el Boletín 8461-07.

¹⁶⁰ En este sentido, Contreras, Pablo, El Futuro (cercano) para la Transparencia [en] El Dinamo, [disponible en] <<http://www.eldinamo.cl/blog/el-futuro-cercano-para-la-transparencia-en-chile/>>.

a la información no se agota en ese uso y se requiere por tanto de una comunidad que haga suyo el derecho de acceso y un Consejo que fomente estas solicitudes, mediante una vigorosa difusión del derecho y adoptando decisiones que reconozcan y valoren el interés público comprometido en muchos de los casos.

B. CASOS DE ESTUDIO

En esta segunda parte se efectúa un análisis de los hechos, revisión de las estrategias utilizadas, entrevistas con los protagonistas y una evaluación de impacto, de cuatro casos en que se ha utilizado el derecho de acceso a la información para exigir, proteger, promover o garantizar otros derechos fundamentales.

Para la revisión y selección de los casos se ha utilizado la información disponible en el Consejo para la Transparencia, por lo que el universo desde el que fueron escogidos corresponde solo a casos en que efectivamente se denegó la información por parte del órgano o servicio público y posteriormente se interpuso un amparo de acceso a la información. La inexistencia de una plataforma unificada y obligatoria, en donde se deban ingresar todas las solicitudes de acceso a la información a los diferentes órganos de la administración del Estado, impide efectuar una búsqueda en universo mayor.

Cada uno de los casos seleccionados ha sido estudiado a partir de la decisión adoptada por el CPLT y complementado con otros antecedentes relevantes, para demostrar cómo este derecho se configura en un instrumento de empoderamiento social.

Caso I: Derecho a la salud y niños migrantes

Contexto de la inmigración en Chile

Si bien Chile ha tenido en su historia ejemplos de inmigración, estos corresponden a situaciones específicas y acotadas¹⁶¹. Por esta razón, las cifras totales de extranjeros en el país han estado permanentemente por debajo de los niveles de migración en la región, reduciéndose aún más durante el período de la dictadura militar, donde la política pública –materializada en la Ley de Extranjería y Migración de 1975– se caracterizaba por una mirada de desconfianza hacia el extranjero, a la que se sumó la crisis económica que vivió el país durante la década de 1980. Ambos factores operaron como un importante desincentivo de la movilidad hacia Chile.

Con el retorno a la democracia y las exitosas cifras alcanzadas en materia económica, la tendencia de baja migración se revierte y se produce, por primera vez en Chile, una migración que responde a los cánones comúnmente observados en otros importantes flujos en Europa y Norteamérica. Esta es una migración de mano de obra no calificada y motivada fundamentalmente por las expectativas de mejores

¹⁶¹ Compañía de Jesús-Chile, Mesas Hurtadianas 2013, Documento sobre: Pueblo Mapuche, Migrantes y Pobreza Multidimensional, Santiago, 2013, p. 38. El texto completo elaborado por las Mesas Hurtadianas [disponible en] <<http://creasfile.uahurtado.cl/Mesas%20Hurtadianas%202013%20%28completo%29.pdf>>. En adelante se hará referencia a ellas como Mesas Hurtadianas.

ingresos asociados a que el valor de la hora trabajada en el país de destino supera considerablemente lo obtenido en el país de origen.

De acuerdo con las cifras entregadas por el Departamento de Extranjería y Migración, se estima que 410.988 extranjeros viven hoy en Chile¹⁶², alcanzando 2,3% de la población, lo que representa un aumento cercano al 100% respecto de la medición del censo del 2002. Los inmigrantes provienen principalmente desde Argentina, Perú y Bolivia, aunque en la última década a la población intrarregional se han sumado nacionales de Colombia, Haití, República Dominicana y Ecuador.

En los hechos, si bien el porcentaje total de inmigrantes en Chile aún es bajo, en comparación con países habitualmente receptores de flujos migratorios, el fenómeno no ha pasado inadvertido. La concentración en algunas zonas del país,¹⁶³ el hecho de compartir características étnicas claramente identificables y el tratamiento relativamente recurrente en los medios de comunicación, han generado la sensación que el país está recibiendo oleadas masivas de extranjeros¹⁶⁴. Esta y otro tipo de percepciones hacen que dichos grupos sufran situaciones de discriminación por parte de otros individuos, pero también por la acción u omisión del Estado, potenciando los contextos de vulnerabilidad en que algunos de ellos llegan al país¹⁶⁵.

Migración irregular y derecho a la salud en Chile

Los inmigrantes que se encuentran en situación migratoria irregular en el país ven impedido su acceso a los servicios de salud de la red pública, lo que ha generado situaciones dramáticas por la falta de atención médica oportuna¹⁶⁶ y ha transformado el derecho a la salud en una constante vulneración para este grupo de personas.

En el 2007 informes en materia de derechos humanos daban cuenta de los graves problemas que sufrían las personas inmigrantes para acceder a las prestaciones de salud pública¹⁶⁷, cuestión que se debe principalmente al hecho que quienes se encuentran en situación migratoria irregular no cuentan con una cédula de identidad chilena y consecuentemente con un documento de identificación para la atención en la red de salud.

¹⁶² Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Anuario Estadístico 2016, Migración en Chile 2005-2015, disponible en www.extranjeria.gob.cl. Esta cifra no comprende una estimación del número de personas que residen de manera irregular en el país.

¹⁶³ Mesas Hurtadianas, *Op. cit.*, p. 40. Según el DEM (DEM, 2011), en la I Región de Tarapacá, la población extranjera representa el 6,9% del total regional, mientras que en la XV Región de Arica y Parinacota, el 6,5%. Para el caso de la Región Metropolitana, el Censo 2012 señalaba que en la comuna de Santiago 12,4% de la población residente en la comuna eran inmigrantes.

¹⁶⁴ Mesas Hurtadianas, *Op. cit.*, p. 40. Vale hacer notar la transmisión en el año 2011 de un reportaje acerca de la inmigración en Chile, titulado "La invasión silenciosa" realizado por el programa "En la Mira", emitido el 22 de julio de 2011 en CHV [disponible en] <<https://www.youtube.com/watch?v=5Bv0zQDcOdM>><<https://www.youtube.com/watch?v=JLwtut6jKxo>>.

¹⁶⁵ STEFONI, Carolina, *Perfil Migratorio de Chile*, Organización Internacional para las Migraciones (OIM), 2011, pp. 90 y ss.

¹⁶⁶ Muestra de ello es el bullado caso de la mujer que dio a luz a su hijo en el baño de la sala de urgencia del Hospital San José [disponible en] <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2008/04/07/299595/mujer-da-a-luz-en-bano-de-hospital-san-jose.html>>.

¹⁶⁷ Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile, 2007*, p. 336.

Producto de lo anterior y dando señales iniciales de reconocimiento de los migrantes como sujetos de derechos, el gobierno chileno, a partir de la última década, ha adoptado acciones tendientes a reconocer el derecho a la atención de salud para determinados grupos de inmigrantes: niños, niñas, adolescentes y mujeres embarazadas en situación migratoria irregular¹⁶⁸:

a) En el 2003 se dictó el Oficio Circular N° 6232 del Ministerio de Salud, que tuvo por objetivo facilitar la inscripción en consultorios de salud de mujeres extranjeras embarazadas que se encontraran en situación migratoria irregular, a fin de efectuar una adecuada evaluación y seguimiento de ellas y de los niños, en su período de gestación.

b) En el 2007 se firmó un Convenio de Colaboración entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Salud, donde se señala que “...el Gobierno de Chile ha adoptado la decisión de otorgar atención de salud –en los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud– a los niños, niñas y adolescentes extranjeros, menores de 18 años, cualquiera sea su situación migratoria de permanencia en Chile, la de sus padres, tutores o representantes legales”¹⁶⁹.

El Convenio señala además que la inscripción de dichos extranjeros en los establecimientos de atención primaria correspondientes a su domicilio será el documento fundante que los habilitará para solicitar un permiso de residencia temporaria (en el caso de no estar matriculado en un establecimiento educacional reconocido por el Estado), asegurando que tanto el derecho a la educación como a la salud se hagan efectivos.

Sin bien mediante estos Convenios se logró que la administración del Estado formulara las políticas públicas que reconocen el derecho a la salud para estos grupos de inmigrantes, estas no habían logrado implementarse adecuadamente, al ser desconocidas por quienes deben aplicarlas, generando obstáculos para su ejercicio y haciéndolas, en definitiva, ineficaces.

En el mismo sentido, el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, en sus observaciones finales al informe presentado por Chile, en septiembre de 2011, señaló que si bien acogía con satisfacción la publicación del Oficio Ordinario N° 3229 de 2008 del Ministerio de Salud¹⁷⁰, acerca de la atención médica de urgencia de los inmigrantes en situación irregular y el acceso de las inmigrantes embarazadas y los niños inmigrantes en situación irregular a la atención de la salud, “.. Sigue preocupado por la información recibida sobre la insuficiente aplicación de este oficio ordinario, así como sobre el descono-

¹⁶⁸ Otras medidas adoptadas por el Estado en relación con la población migrante pueden encontrarse en el Instructivo Presidencial N° 9 de 2008, sobre Política Migratoria, que tenía por objeto crear un Consejo de Política Migratoria de manera de abordar, a nivel de autoridades ministeriales y desde los distintos ejes comprometidos, el fenómeno de la inmigración. Sin embargo, hasta el término del primer gobierno de la presidenta Bachelet, dicho Consejo no fue convocado. En el mismo sentido, el Oficio Ordinario N° 2.551 se estipula que los inmigrantes con credencial FONASA y permiso de residencia en trámite mantendrán los beneficios en salud aun con la cédula de identidad caducada, asegurando su cobertura en salud durante ese período intermedio.

¹⁶⁹ Gobierno de Chile, Ministerio de Salud, Convenio de Colaboración Ministerio del Interior y Ministerio de Salud 10/10/2007, aprobado mediante Resolución Exenta N° 1914 de abril de 2008, del Ministerio del Interior.

¹⁷⁰ Este oficio es el instrumento en donde se da cumplimiento al Convenio de Colaboración aprobado mediante Resolución Exenta 1914 del 10 de marzo de 2008.

cimiento del personal sanitario de los derechos de los trabajadores migratorios en materia de acceso a la salud, por lo que se recomienda velar por su aplicación eficaz, en particular dando a conocer sus disposiciones al personal de salud y estableciendo un mecanismo de control de su aplicación”¹⁷¹.

Otra muestra de su deficiente implementación es que el Departamento de Extranjería y Migración, por medio de la Subsecretaría del Interior, señaló el 2014 que no existían visas otorgadas a niños como consecuencia de haberlos inscrito en los establecimientos de atención primaria de salud y en que este hecho fuera el fundamento de la petición y otorgamiento de la visa¹⁷².

Por su parte, el Comité de Refugiados Peruanos en Chile, colectivo que efectúa la solicitud de acceso a la información en este caso de estudio, surge en Santiago de Chile y se constituye como consecuencia del asentamiento de peruanos y peruanas que abandonaron su país a causa de la represión política, en un primer momento, bajo el gobierno de Alan García en la década de 1980, pero fundamentalmente bajo la administración de Alberto Fujimori entre 1990 y 1994¹⁷³.

El Comité se encuentra legalmente constituido como una organización comunitaria, ante la I. Municipalidad de Santiago¹⁷⁴ e inscrito en el Registro de Instituciones Vinculadas a la Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, ante el Ministerio del Interior¹⁷⁵.

Solicitud de acceso a información pública

En el contexto antes descrito, don Rodolfo Isaac Noriega Cardó, por sí y en representación del Comité de Refugiados Peruanos en Chile, solicitó a la Jefa del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, en adelante DEM, la siguiente información:

¹⁷¹ CMW/C/CHL/CO/1, Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 15° Periodo de sesiones, 12 al 23 de septiembre de 2011, [disponible en] <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/CMW.C.CHL.CO.1-S.pdf>>.

¹⁷² En respuesta a solicitud de acceso a la información en la que se requirió el número total de visas solicitadas y otorgadas en virtud de este Convenio, el Ministerio del Interior respondió que: “... [N]o existen registros sistematizados de las visiones solicitadas ni otorgadas en virtud de dicho convenio, ya que no existen variables en el registro de datos que identifiquen los permisos otorgados teniéndolo como fundamento.

La forma de hacer operativo el convenio relativo a salud de niños, niñas y adolescentes es utilizarlos como referencia para cualquier solicitud que involucre a estas personas, teniéndolo en consideración especialmente cuando se observen casos en que existen altos grado de vulnerabilidad.

Por tanto los criterios que se establecen en el convenio permiten complementar y en algunos casos flexibilizar el análisis de las solicitudes de estos niños, pero finalmente el permiso que se otorga considera la situación del grupo familiar al que pertenece el menor...”.

¹⁷³ LUQUE BRAZÁN, José Carlos, *Los refugiados peruanos y sus asociaciones políticas en Santiago de Chile (1990-2006)*, Universidad Autónoma de la Ciudad de México/Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México 2008, p. 89.

¹⁷⁴ Según antecedentes acompañados por el requirente de información en el Amparo C41-10, Consejo para la Transparencia, Amparo deducido por Rodolfo Isaac Noriega Cardó, por sí y en representación del comité de refugiados peruanos en Chile, en contra de Departamento de Extranjería y Migración, Ministerio del Interior, 2010, de acuerdo con lo establecido en Ley sobre juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias.

¹⁷⁵ De acuerdo a lo establecido en el Decreto Supremo 859 de 2009, del Ministerio del Interior.

- Copia certificada de la resolución exenta del Ministerio del Interior, de 9 de abril de 2008, referente al convenio que tiene con el Ministerio de Salud, respecto de la regularización migratoria de los menores de edad extranjeros.
- Igualmente pide que se les informe de cualquier directiva específica o procedimiento particular, para que los beneficiarios puedan acceder al beneficio antes señalado.

Es el desconocimiento de esta normativa gubernamental, por parte de los trabajadores en la red de atención de salud, la que motiva la solicitud de acceso a la información. Mediante el ejercicio del derecho a la información se busca acceder a los documentos en que se plasma un nuevo estado en la concreción del derecho a la salud para este grupo y que les permitirá exhibir el Convenio, en los centros de salud, para exigir su atención. Es esta la razón por la que piden copia autorizada del documento, de manera de demostrar su autenticidad ante los funcionarios públicos. Los Convenios, hasta ese momento, tampoco habían sido divulgados en los sitios *web* de los respectivos servicios¹⁷⁶.

El Departamento de Extranjería y Migración no respondió el requerimiento del Comité de Refugiados Peruanos en Chile dentro del plazo legal establecido en el artículo 14 de la Ley de Transparencia, ni notificó al solicitante de prórroga de este, por lo que el solicitante interpuso un amparo de su derecho de acceso a la información ante el Consejo para la Transparencia.

En la decisión adoptada por el CPLT se acoge el amparo interpuesto, reconociendo que los documentos solicitados, referentes a una directiva específica o procedimiento para acceder a un determinado beneficio es, a todas luces, información pública y que no puede ser obstáculo para su entrega, el que la solicitud se haya presentado ante un departamento dependiente jerárquicamente de un servicio y no directamente ante dicho superior, como en los hechos ocurrió.

Señala específicamente que "...[r]especto de la información solicitada, tal como ya se señaló, se trata de información pública, toda vez que lo requerido en primer lugar es copia certificada de una resolución exenta que aprueba un convenio de colaboración entre dos secretarías de Estado que tiene como objeto asegurar la regularización migratoria y el acceso a los servicios de salud para niños, niñas y adolescentes extranjeros que se encuentren en situación irregular y, en segundo lugar, información acerca de alguna directiva específica o procedimiento para acceder a los beneficios contemplados en dicho convenio".

Por esta razón se ordena hacer entrega de los antecedentes al requirente, en la forma solicitada, a lo que finalmente el DEM da cumplimiento.

Impacto de la solicitud

Señala el entrevistado que él acostumbra a hacer uso del derecho de acceso a la información, especialmente ante el DEM¹⁷⁷, en virtud de la naturaleza y el fin

¹⁷⁶ Entrevista a Rodolfo Noriega Cardó realizada el 21 de febrero de 2014. Presidente del Comité de Refugiados Peruanos en Chile.

¹⁷⁷ Rodolfo Noriega señala que ha efectuado más de 30 solicitudes de acceso a la información, recurriendo de amparo ante el CPLT en 6 oportunidades.

que persigue la institución que preside. Indica que el acceder a estos documentos les permitió y les permite hasta hoy, a muchos inmigrantes indocumentados, exigir la materialización de esta política pública en su más concreta expresión, esto es, en la atención de salud en los consultorios y hospitales del país. Reconoce el Presidente del Comité de Refugiados Peruanos en Chile que el ejercicio del derecho de acceso a la información pública fue el que permitió la obtención de los documentos necesarios para exigir, a continuación, el reconocimiento de otro derecho fundamental: el derecho a la atención de salud para mujeres, niños, niñas y adolescentes inmigrantes en situación irregular.

“Ellos [los inmigrantes en situación irregular] llevan una copia certificada del Convenio y se presentan en los centros de salud pública para lograr que sean atendidos”, señala Rodolfo Noriega.

La Ley de Acceso a la Información, en opinión de este Comité, es un indudable avance. Solo con la ley ellos comenzaron a recibir respuesta a sus solicitudes, pues antes de esta la administración del Estado simplemente no contestaba las solicitudes que se pudieran hacer. Sin embargo, estima el entrevistado que la autoridad aún tiene muchas herramientas que operan en su favor: la entrega de información incompleta, de documentos irrelevantes y de desprolijidad en la información entregada, sumado a la escasa aplicación de sanciones hacen, a su juicio, que en reiteradas ocasiones el ejercicio de este derecho se haga complejo e ineficaz para el requirente de información.

Acceso a información pública y derecho a la salud

Corresponde este a un caso en que el derecho de acceso a la información ha sido utilizado como mecanismo para la exigibilidad de otro derecho fundamental, el derecho a la salud.

En efecto, la atención de salud para niños, niñas, adolescentes y mujeres embarazadas en situación migratoria irregular es posible de exigir, en la medida que el propio Estado ha definido concretamente sus obligaciones, las que solo pudieron ser conocidas, en este caso, por medio del ejercicio del derecho de acceso a la información.

En el ámbito internacional, Chile ha firmado y ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular esta última Convención señala que los Estados adoptarán las medidas apropiadas para, entre otras: b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; y d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres.

De igual manera, estas convenciones internacionales establecen en la materia el principio de progresividad, es decir, la obligación estatal de mejorar gradualmente las condiciones de goce y ejercicio de los derechos sociales.

Para algunos autores, el reconocimiento y la materialización de uno de aquellos derechos en una política pública no solo da cumplimiento a la obligación estatal de implementación progresiva de los mismos, sino que, a la vez, establece otra obligación concreta asumida por el Estado que es la de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar decisiones, en el futuro, que empeoren la situación de los

derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población una vez ratificado el Pacto o adoptada una determinada medida¹⁷⁸.

Por lo anterior, resulta una condición absolutamente necesaria el conocer la medida adoptada, pero es también necesario el poder acceder a la información acerca “del estado de goce de un derecho social”, para determinar el contenido exacto de la obligación estatal. La falta de información respecto de la situación de ese derecho impedirá cualquier intento de exigibilidad, pues resulta imposible establecer una comparación entre la situación anterior y la posterior a la adopción de medidas por parte del Estado¹⁷⁹.

Es por ello que, de acuerdo con la interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto impone a los Estados la obligación de relevamiento y producción de información, y aun de formulación de un plan de acción para la implementación progresiva¹⁸⁰. Uno de los motivos más comunes de censura del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a los Informes de los Estados se centra en la falta o desactualización de la información presentada por el Estado.

En el caso en estudio, si bien el Estado ha generado una determinada política pública, de reconocimiento del derecho a la salud para ciertos extranjeros en situación irregular, su exigibilidad y la obligación de no regresividad quedaron sujetas al conocimiento público de dicha política, lo que solo se logró por medio del ejercicio del derecho de acceso a la información.

Acceso a la información pública y derecho a la no discriminación

La Convención de los Derechos del Niño garantiza el derecho al más alto nivel posible de la salud, el tratamiento de enfermedades y rehabilitación de su salud, señalando a continuación que los Estados se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

Respecto de los niños, niñas, adolescentes y embarazadas en situación migratoria irregular, existía en este caso una violación a su derecho a la no discriminación, pues a diferencia del resto de este grupo de la población, pero de nacionalidad chilena o extranjera en condición migratoria regular, no se les garantizaba el derecho a la atención de salud, poniéndolos en una evidente situación de desigualdad en cuanto al goce y ejercicio efectivo de este derecho. En otras palabras, la residencia legal se constituía como condición necesaria para que el Estado respetara y garantizara un derecho ya reconocido al resto de las personas sujetas a su jurisdicción.

El Convenio celebrado en el 2007 entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Salud busca precisamente poner término a la discriminación. Así se reconoce expresamente cuando señala que “este instructivo se propone igualar la atención de salud que brinda el Estado entre los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años que tienen nacionalidad chilena, con aquellos niños, niñas y adolescentes que no

¹⁷⁸ En este sentido véase: ABRAMOVIC, V., y COURTIS, C., *El acceso a la información como derecho*, Buenos Aires, sin año.

¹⁷⁹ SABA, Roberto, *Derechos Sociales, Políticas Públicas y Acceso a la Información*, Centro de Estudios de Estado y Sociedad, Buenos Aires, 2004, pp. 2 y ss.

¹⁸⁰ ABRAMOVIC, V., y COURTIS, C., *Op. cit.*, p. 10.

siendo chilenos, residen en el país en compañía de sus padres, tutores o representantes legales”¹⁸¹.

La propuesta de esta política pública, como una medida tendiente a evitar la discriminación, proviene del Consejo Asesor Presidencial para la Reforma de las Políticas de Infancia, del 2006, que en ese momento sostenía: “El Consejo propone que los niños y niñas extranjeros o hijos de padres o madres extranjeros accedan a los mismos servicios y prestaciones propuestas para los niños y niñas chilenas a partir de sus condiciones y necesidades específicas, y que se les resguarde de cualquier discriminación en este acceso, independiente de la situación legal de migración de sus padres y madres”¹⁸².

En los hechos, la discriminación seguía ocurriendo, razón por la que transcurridos casi dos años desde la aprobación del Convenio, se solicitó, haciendo uso del derecho de acceso a la información, copia del documento para exigir su cumplimiento.

Caso II: Derecho a la educación y gestión municipal

Contexto de la educación pública en Chile

El derecho a la educación y consecuentemente la educación pública en Chile ha sido, probablemente, la política pública más cuestionada en democracia. En agosto de 2011 medios de comunicaciones nacionales e internacionales¹⁸³ señalaban, en sus titulares, que las protestas por una reforma a la educación estaban golpeando a Chile. Lo que había comenzado como una manifestación para la extensión de la tarifa preferencial para los estudiantes en el sistema de transporte público a días no cubiertos, se había transformado, junto con las movilizaciones del 2006, en las más grandes protestas contra el gobierno en Chile en las últimas dos décadas, dañando con ello severamente la popularidad de la autoridad del momento¹⁸⁴. La protesta de agosto no correspondía a un hecho aislado, sino que desde junio de 2011 casi todos los jueves los estudiantes estaban saliendo a las calles, manifestando su descontento con la educación que estaban recibiendo¹⁸⁵.

¹⁸¹ Así lo indica el Convenio de Colaboración del Ministerio del Interior y Ministerio de Salud 10/10/2007 en su punto N° 2.

¹⁸² Consejo Asesor Presidencial para la Reforma de las Políticas de la Infancia, El futuro de los niños es siempre hoy, propuestas del Consejo Asesor Presencial, Santiago, 2006, p. 90, [disponible en] <http://www.oei.es/inicial/futuro_ninos_siempre_hoy_chile.pdf>.

¹⁸³ MORRIS, Allie. *Student Education Reform protest Rock Chile*, PBS Newshour, August 31, 2011, [disponible en] <http://www.pbs.org/newshour/updates/world/july-dec11/chile_08-31.html>.

¹⁸⁴ Carolina Mascareño y María Belén Medina, Piñera culmina Gobierno con un 50% de aprobación y 36% de rechazo según encuesta Adimark de febrero, 3 de marzo de 2014, [disponible en] <<http://www.latercera.com/noticia/politica/2014/03/674-567703-9-pinera-culmina-gobierno-con-un-50-de-aprobacion-y-36-de-rechazo-segun-la.shtml>>.

La presidenta Michelle Bachelet en el período 2006-2010 tuvo su momento más bajo en las encuestas durante la revolución pingüina de los estudiantes secundarios y el expresidente Sebastián Piñera 2010-2014, durante las movilizaciones estudiantiles.

¹⁸⁵ Una muestra de lo relevantes que fueron estas demandadas, es que a partir del 2014 y dando cumplimiento a uno de los pilares de su campaña presidencial, la actual presidenta Michelle Bachelet (2014-2018), mediante el Ministerio de Educación, lleva adelante un proceso de Reforma Educacional que abarca todos los niveles de la enseñanza, con transformaciones tanto en el orden estructural como

Chile ha firmado y ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PDESC), y como tal se encuentra obligado por sus disposiciones. En materia de educación, al igual que en el resto de los derechos de esta naturaleza, se establece el principio de progresividad, donde el Estado se obliga, utilizando el máximo de los recursos de que disponga, para alcanzar la plena efectividad del derecho¹⁸⁶.

Por su parte, en Chile, desde 1920 se encuentra establecida la educación primaria como obligatoria y gratuita y desde el 2003 la Constitución Política reconoce la educación secundaria como obligatoria y gratuita para todos los habitantes de la República, entregándose al Estado la responsabilidad de garantizar el acceso a la educación en los doce años de enseñanza escolar y dos de educación parvularia¹⁸⁷.

Sin embargo, la condición de plena vigencia y aseguramiento para todos del derecho a la educación en Chile presenta una importante contradicción, ya que la inmensa mayoría de los niños, niñas y adolescentes asisten a la escuela, un alto porcentaje de los docentes tiene formación universitaria y la disponibilidad de infraestructura y mobiliario se encuentra entre las mejores de la región¹⁸⁸, sin embargo, la educación es percibida socialmente como deficitaria, con pobres resultados en pruebas internacionales, con un cierto estancamiento en pruebas estandarizadas, –donde casi 40% de los niños en 4° básico no alcanza los aprendizajes que se esperan para el nivel–, con denuncias de violencia y malos tratos en la escuela que aumentan

en los ámbitos de la gestión educativa y pedagógicos y con un especial énfasis en el fortalecimiento de la calidad en la educación pública.

¹⁸⁶ En el PDESC se reconoce el derecho de toda persona a la educación y, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho, se establece que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; La enseñanza secundaria debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; Y la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

En igual sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño, en sus artículos 28 y 29, establece que la educación tiene por propósito asistir a los niños en el desarrollo de sus talentos personales, y sus capacidades físicas y mentales hasta el máximo de sus posibilidades, desarrollar respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, enseñar el respeto a sus padres, y a su propia identidad cultural y para con civilizaciones distintas a la suya, preparar para asumir una vida responsable en una sociedad libre, en espíritu de comprensión, paz, tolerancia, equidad de género, amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos.

¹⁸⁷ Art. 19. La Constitución garantiza a todas las personas: 10°. - El derecho a la educación.

La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida. Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

Para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia, para lo que financiará un sistema gratuito a partir del nivel medio menor, destinado a asegurar el acceso a este y sus niveles superiores. El segundo nivel de transición es obligatorio, siendo requisito para el ingreso a la educación básica. La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad. Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación. Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación.

¹⁸⁸ UNESCO, Educación de calidad para todos: un asunto de Derechos Humanos, Buenos Aires, 2007, pp. 26-53.

sostenidamente y, finalmente, donde se presentan rasgos evidentes de ser este uno de los sistemas de educación más segmentados del mundo¹⁸⁹.

A su vez, la educación pública admite, dentro de lo que se denomina un sistema descentralizado, dos modalidades para ser impartida: por las municipalidades¹⁹⁰ y donde los fondos provienen del gobierno central, y por medio de la intervención de privados, llamados sostenedores (educación particular subvencionada), quienes reciben desde el mismo gobierno central los fondos por cada niño que asiste a la institución de educación y que asumen ante el Estado la responsabilidad de mantener en funcionamiento el establecimiento educacional, y a partir de 2016 la obligación de no lucrar¹⁹¹.

En otro ámbito, durante la década de los ochenta, por la Ley Orgánica de Municipalidades, se les permitió a estas últimas la creación de corporaciones de derecho privado sin fines de lucro, cuyo objeto era administrar y operar servicios en las áreas de educación, salud y atención de menores. Dicha disposición fue posteriormente declarada inconstitucional, permitiéndose la subsistencia de las corporaciones que ya habían sido creadas, por lo que solo 53 corporaciones de derecho privado operan actualmente en las áreas mencionadas. Una de ellas es la Corporación Municipal de San Miguel, que tiene a su cargo los servicios de educación de la comuna y que es la institución a la que se le efectúa la solicitud de acceso a la información, en el caso a analizar¹⁹².

Solicitud de acceso a la información

En agosto de 2009 y haciendo uso de la recientemente estrenada Ley de Acceso a la Información Pública, la Asociación Nacional de Consumidores Pro Derechos de la Educación –Ancoprode– solicitó al Secretario General de la Corporación Municipal de San Miguel información sobre:

- a. El sumario administrativo realizado al ex-Director de Educación de esa corporación, como también los antecedentes relacionados al término del sumario, es decir, sus conclusiones, resoluciones y sanciones aplicadas.
- b. Listado del personal que trabaja en la Corporación Municipal de San Miguel, considerando antecedentes como nombre completo, función, idoneidad (si

¹⁸⁹ BALART, A y ESPEJO, N., Los derechos de los niños migrantes: desafíos para la legislación migratoria chilena, Oficina en Santiago del Alto Comisionado de Naciones Unidas para refugiados (ACNUR), Organización Internacional para las migraciones (OIM), Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Santiago, 2012.

¹⁹⁰ Uno de los cambios que contempla la Reforma Educacional es el traspaso de la gestión de los colegios públicos desde los municipios a los nuevos Servicios Locales de Educación. El Proyecto de ley, que crea un nuevo Sistema Nacional de Educación Pública, fue ingresado al Congreso en noviembre de 2015.

¹⁹¹ Mediante la dictación de la Ley N° 20.845 de Inclusión Escolar que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, promulgada el 29 de mayo de 2015, se busca asegurar que la educación será provista en un régimen de derecho social, con acceso equitativo, gratuidad y mayores recursos.

¹⁹² Artículo 12 del DFL 3063 de 1980, Ley N° 18.695 31 de marzo de 1988 y Dictamen N° 18.127/88 de la Contraloría General de la República, sobre la Ley N° 18.695.

- es profesional indicar título), remuneraciones, tipo de contrato y lugar de trabajo.
- c. Listado del personal contratado por la Corporación Municipal de San Miguel, durante un período determinado (2007 a 2009), considerando antecedentes como nombre completo, función, idoneidad (si es profesional indicar título), remuneraciones, tipo de contrato, lugar de trabajo y si fue finiquitado(a), monto de la indemnización.
 - d. Ingresos y egresos de la Corporación de Educación. Específicamente antecedentes como:
 - Ingresos percibidos para ser utilizados en salud, educación, administración de la Corporación Municipal y otros. Ingresos relacionados con subvención mensual por establecimiento recibida durante el 2009, respecto de todos los colegios municipales. Montos percibidos por concepto de proyectos en particular (debidamente identificados en la solicitud).
 - Egresos de la Corporación Municipal de San Miguel, distinguiendo aquellos en educación, salud, administración de la Corporación, egresos asociados al directorio o administración de la Corporación (gastos de representación, viajes, viáticos y otros), egresos por mantención de la infraestructura en inmuebles de la administración y otros.

Ancoprode es una organización que se constituyó con el fin de defender el derecho a la educación. Se encuentra legalmente constituida como una asociación de consumidores, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Ellos son un grupo de padres quienes eran apoderados de un mismo colegio en la comuna de San Miguel y que formaban parte de la directiva del centro de padres del establecimiento educacional. En esta posición observaban situaciones irregulares que ocurrían en la administración del colegio (por parte del sostenedor) y con la aquiescencia de la Corporación de Educación Municipal. Particularmente tomaron conocimiento que el sostenedor había postulado al financiamiento con fondos públicos para la construcción de obras nuevas en el Colegio, parte de las cuales ya se encontraban edificadas y en funcionamiento, todo ello avalado por la autoridad comunal.

Comenta el entrevistado que todos los padres estaban conscientes que el fiscalizar la labor de la autoridad, en el colegio y en la comuna, demandaría tiempo y dedicación de cada uno de ellos y que podría tener consecuencias para sus hijos. A pesar de esto, no dudaron en develar lo que ellos veían estaba ocurriendo. A su juicio, existían dos factores que les permitían estar en una posición más o menos autónoma, que facilitaba su rol fiscalizador: cada uno de los hijos de este grupo de padres eran alumnos de excelencia académica y ninguno de ellos recibía algún tipo de beca o concesión por parte del colegio (más allá de la subvención general por el número de alumnos).

La presión en su contra se hizo sentir de inmediato, ya que al año siguiente de iniciar las denuncias les exigieron, para permitir matricular a sus hijos, que cada uno de ellos renunciara a su calidad de apoderado en el colegio. Ante esta medida, interpusieron un recurso de protección, el que luego de dos años les dio la razón. Sin embargo, en el tiempo intermedio el hostigamiento en su contra fue en aumento,

por lo que finalmente decidieron, todos ellos, cambiar a sus hijos de establecimiento educacional.

En relación con la solicitud de acceso a la información, la Corporación Municipal de San Miguel no entregó una respuesta satisfactoria, argumentando por ejemplo que el sumario aludido había sido remitido a la Fiscalía de forma íntegra y en original, de manera que, sin perjuicio de ser improcedente la petición, los antecedentes se encontrarían en poder de la institución señalada. Respecto de todas las otras materias, negó acceso a la información argumentando que esta solicitud era improcedente, toda vez que la Corporación Municipal de San Miguel es una corporación de derecho privado, a la que no le son aplicables las normas sobre transparencia y acceso a la información pública.

En razón de lo anterior, Ancoprode dedujo amparo de su derecho de acceso a la información ante el Consejo para la Transparencia.

La decisión del Consejo para la Transparencia¹⁹³ razona fundamentalmente sobre la aplicabilidad de la Ley a las Corporaciones Municipales, concluyendo que “a pesar de ser entidades de derecho privado, por tratarse de organizaciones creadas y controladas por organismos públicos y por la relación de instrumentalidad que motivó su existencia, al ser creadas para el cumplimiento de funciones administrativas, la normativa de la Ley N° 20.285 las rige plenamente”¹⁹⁴.

De igual manera señala que es información pública la información sobre el personal que trabaja en la Corporación Municipal de San Miguel, e incluso parte de ella es información que debe publicarse de manera proactiva en virtud de las obligaciones de transparencia activa. La información contable y presupuestaria de la Corporación comparte la misma naturaleza de información pública.

Así, el Consejo para la Transparencia acogió el amparo de acceso a la información y requirió al Alcalde de la Municipalidad de San Miguel para que entregara la información solicitada. La Corporación Municipal de San Miguel recurrió en contra de la decisión del Consejo, interponiendo un reclamo de ilegalidad¹⁹⁵ ante la I. Corte de Apelaciones de San Miguel, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley de Acceso a la Información Pública.

Lo argumentos entregados por el Consejo para la Transparencia fueron refrendados por la Corte de Apelaciones de San Miguel en su decisión, al establecer que “es evidente que la dirección, decisión, control y administración de la aludida corporación, por expreso mandato del legislador, está entregada a su directorio, constituido por el Alcalde del Municipio, quien lo preside, y los demás directores, en calidad de Concejales; y su patrimonio proviene de aportes fiscales a través del Fondo Común Municipal, entregados justamente para el logro del fin para el que fue creada, subvenciones proporcionadas por el Ministerio de Educación...”. Por lo mismo sostuvo que: “forzoso es concluir que la reclamante, Corporación Municipal de San Miguel, pese a tener la forma jurídica de una corporación de derecho privado, clara, cierta e

¹⁹³ Decisión A327-09, Consejo para la Transparencia. Amparo deducido por la Asociación Nacional de Consumidores Pro Derechos de la Educación en contra de la Corporación Municipal de San Miguel, 2009.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 4.

¹⁹⁵ Alcalde y Presidente del Directorio de la Corporación Municipal de San Miguel con Consejo para la Transparencia. Sentencia del 22 de julio de 2010, Rol N° 132-2009-ILE de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel.

inequívocamente es un órgano creado por un ente público...”. Además, consideró que debido a que la Corporación publica en su sitio *web* información conforme con las obligaciones de transparencia activa, “no se condice y hace inexplicable para esta Corte las alegaciones de la referida corporación en cuanto a la inaplicabilidad de la Ley 20.285”. En consecuencia, concluye que la ley es aplicable a la corporación reclamante y por ende debe proporcionar la información requerida por la solicitante.

Impacto de la solicitud

Esta decisión tuvo una amplia cobertura en el periódico de la comuna, a pesar de algunas acciones realizadas por funcionarios municipales destinadas a evitar que se diera mayor publicidad a la situación.

En cuanto a la información que en definitiva entregó la Municipalidad, señala el entrevistado que esta no fue del todo útil, pues se encontraba tabulada de tal manera que era muy difícil compararla o extraer conclusiones de esta. Existe aquí un reclamo más profundo que hace la agrupación, en orden a que no existe en el procedimiento de acceso una instancia de revisión de la calidad y contenido de la información que se entrega. En algunas materias la información entregada no pudo utilizarse por la forma en que se entregó y en otras la información fue parcial. A su juicio, la falta de sanciones efectivas hace que la autoridad esté en una posición favorecida donde finalmente ella misma determina qué y hasta cuánta información entregar.

Reconoce el requirente que ellos, como organización, tampoco tenían la capacidad para trabajar esa información. Sin embargo, con estos y otros antecedentes se reunieron con autoridades del Ministerio de Educación, del Consejo de Defensa del Estado y otros, denunciando las irregularidades y si bien estas instituciones mostraron una inicial preocupación, no tomaron acciones para efectivamente perseguir las irregularidades.

Así por ejemplo, el sumario del que estaban pidiendo copia correspondía a una denuncia realizada por ellos mismos ante la Municipalidad, ya que en los colegios de la comuna se comercializaba un texto denominado “material de apoyo pedagógico” y que era de uso obligatorio por parte de los alumnos, por lo que todos los apoderados debían comprarlo. La agrupación, mediante información recibida desde el interior de la Municipalidad, tomó conocimiento que se trataba de un libro impreso por una sociedad formada por el director subrogante de la Corporación y otras dos personas más de la Institución, y que no tenía el carácter de texto obligatorio de acuerdo con lo dispuesto por el Ministerio de Educación. Concluye el entrevistado que si bien hicieron uso del derecho de acceso a la información, no pudieron finalmente obtener copia del sumario que se inició por estos hechos, y que habiendo presentado una denuncia en la Fiscalía y en la Contraloría General de la República, tampoco obtuvieron resultados en esa instancia (o al menos desconocen si se adoptó alguna medida al respecto).

Por estas razones su percepción es que si bien se trata de una buena herramienta y en que hay un evidente avance, pues ahora la autoridad contesta las consultas, en los hechos, su uso es aún complejo para la ciudadanía, requiere de tiempo, de conocimientos especializados y finalmente los resultados pueden no ser los esperados, en relación con la información buscada.

Derecho de acceso a la información y participación ciudadana

En una democracia participativa, los sistemas tradicionales de administración del gobierno han dejado de ser eficaces y se muestran como insuficientes. El actuar autoritario y discrecional del Estado, fundado en una supuesta defensa del bien común, deja de ser un criterio razonable¹⁹⁶.

Así, las tendencias actuales en materia de participación ciudadana han dejado atrás los modelos donde la intervención de la ciudadanía se limitaba al ejercicio de su derecho a voto. Si bien se reconoce la capacidad de la democracia como la mejor forma de gobierno, también ha de relevarse que una de sus imperfecciones radica en que no tiene resuelto el problema de la participación ciudadana en las decisiones públicas y las formas de representación que se sustentan en el voto no garantizan una intermediación efectiva y eficaz entre representantes y representados, sino que, por el contrario, suelen acrecentar las distancias que existen entre ambos, una vez pasado el período electoral¹⁹⁷.

Muestra de este interés por promover y mejorar la relación entre el Estado y los ciudadanos son las leyes que incorporan la participación de la comunidad en las decisiones municipales, las leyes de participación ciudadana propiamente tales y las leyes de acceso a la información¹⁹⁸.

En este sentido, la OCDE, en su manual acerca de participación ciudadana y en lo referente a la elaboración de políticas públicas, individualiza al derecho de acceso a la información como un factor central del vínculo entre las instituciones públicas y la ciudadanía. Para la OCDE la democracia representativa descansa en la interacción que se produce entre los ciudadanos y la administración pública, distinguiendo tres ámbitos de relación: a) el de la Información, donde los órganos de la administración solo entregan antecedentes referentes a la elaboración de las políticas; b) el de la consulta, que corresponde a la demanda y recepción de respuestas (tanto desde la administración como desde la ciudadanía) sobre la elaboración de políticas, y c) la participación activa, donde los ciudadanos intervienen directamente en la toma de decisiones y en la elaboración de políticas públicas¹⁹⁹.

En particular, la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública²⁰⁰, suscrita el 2009 por las y los Jefes de Estado de los países de la región, reconoce a los ciudadanos el derecho a la participación ciudadana en la gestión pública como un derecho activo exigible ante los poderes públicos, de forma que estos establezcan y garanticen los cauces para su ejercicio efectivo por parte de la ciudadanía. Por su parte, en Chile la Ley N° 20.500, sobre Asociaciones y

¹⁹⁶ LÓPEZ OLIVERA, Miguel Alejandro, *Participación ciudadana y acceso a la Información Pública*, 2007, p. 2.

¹⁹⁷ ZICCARDI, Alicia, "Claves para el análisis de la participación ciudadana y las políticas sociales del espacio local", en *Participación Ciudadana y Políticas Sociales del Ámbito Local*, México, 2004.

¹⁹⁸ En este sentido, LÓPEZ OLIVERA, *Op. Cit.*, pp. 2-7.

¹⁹⁹ MLYNARDZ, D, DE LA FUENTE, G, ESTÉVEZ, F, RAMMSY, C, *Informe Acceso a la Información Pública y Participación Ciudadana*, Fundación ProAcceso, 2011, p. 22.

²⁰⁰ Corresponde a un acuerdo firmado entre Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, México, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, aprobada en el marco de la XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, Lisboa, Portugal, 2009. Adoptada por la XIX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, Estoril, Portugal, 2009.

Participación Ciudadana en la Gestión Pública, recoge explícitamente tal derecho, en el texto de la Ley de Bases Generales de Administración del Estado.

Así, información pública y participación ciudadana constituyen dos elementos inseparables, pues por ejemplo es necesario conocer los proyectos que pretende llevar a cabo la administración pública para provocar la participación ciudadana: no tiene sentido invitar a la comunidad a opinar respecto de una determinada política pública si no se le entrega la información con la que contó el gobierno para el diseño de esa política²⁰¹.

En el caso en estudio, si bien no se consiguió el resultado esperado, el acceso a la información del funcionamiento de la Corporación Municipal de San Miguel fue un mecanismo útil para promover la participación ciudadana. En una instancia de reunión de las autoridades municipales con los ciudadanos, sin duda que la información obtenida podría haber fortalecido la opinión de los apoderados, y así generar ideas, opiniones y en definitiva aumentar su injerencia en las decisiones que adoptara la autoridad municipal.

En un modelo de estas características, evidentemente la ciudadanía adquiere un rol más activo y el diálogo con la autoridad deja de ser esporádico y pasa a ser permanente, permitiendo que las políticas públicas incorporen la mirada ciudadana y, como consecuencia, dichas políticas se legitimen ante estos grupos, acrecentando la confianza en las instituciones. Desde esta perspectiva, el derecho a participar, intervenir y criticar se constituye, entonces, en un pilar de la democracia²⁰².

Sin embargo, de acuerdo con un estudio realizado por la Fundación ProAcceso a sitios *web* de distintos órganos de la administración del Estado, existe un cumplimiento más bien formalista de las normas acerca de participación ciudadana, donde la efectividad en el uso de estos mecanismos no es supervigilada por autoridad alguna, haciéndose necesario establecer una herramienta que permita verificar el grado de aplicación y consecuencias reales que tienen dichos mecanismos en la gestión de los ministerios y servicios²⁰³.

Precisamente porque parte de los instrumentos ya mencionados no han sido todo lo catalizadores de la participación que se esperaba²⁰⁴, algunos autores señalan que la intervención y protesta de los estudiantes por una educación pública de calidad es una nueva forma de participación ciudadana que nace como consecuencia –o rechazo– del diseño institucional dejado por la dictadura, el que lejos de haber sido reemplazado al asumir los gobiernos democráticos, se agudizó²⁰⁵.

En este mismo sentido, uno de los entrevistados en este estudio sostiene que la Ley de Acceso no ha sido una herramienta de empoderamiento social lo suficientemente enérgica como para levantar la voz de la comunidad. Sostiene que, a su

²⁰¹ SABA, Roberto, “El Derecho de la Persona a Acceder a la Información en Poder del Gobierno”, en *Derecho Comparado de la información*, México 2004, p. 157.

²⁰² En este sentido Nadia URBINATI y Marion Iris YOUNG en: Lovera, Domingo, *Constitución, Instituciones y Protesta Social en Chile*, Santiago, p. 16.

²⁰³ MLYNARDZ, D., DE LA FUENTE, G., ESTÉVEZ, F., RAMMSY, C., *Op. cit.*, p. 34.

²⁰⁴ En este sentido, Lovera, Domingo, *Op. cit.*, pp. 32-33.

²⁰⁵ Por las razones que sean –entre ellas el evitar una transición sin control–, los gobiernos de la Coalición de Partidos por la Democracia optaron por la negociación directa con los partidos de derecha, por la llamada “democracia de los acuerdos”, prescindiendo de los movimientos sociales que justamente habían ayudado a poner fin al régimen militar. Lovera, Domingo, *Op. cit.*, p. 3.

juicio, la ley ha sido utilizada por pequeños y determinados grupos, algunas organizaciones o periodistas, pero no por la ciudadanía. Hay un desconocimiento de la ley producto de la despolitización de la sociedad. Las personas esperan que el Estado les “entregue algo” pero no aspiran a ser titulares de un derecho ciudadano. “El derecho de acceso es un derecho a saber día a día lo que ha hecho la autoridad, es el 21 de mayo moderno”, sin embargo no existe esa conciencia de “lo colectivo” y de la rendición de cuentas, en la ciudadanía²⁰⁶.

Así por ejemplo, agrega: el otorgamiento de cualquier beneficio a nivel municipal no se ve como parte de una política pública (que puede venir desde el nivel central), sino como un favor del alcalde.

Caso III: ACCESO A ARCHIVOS, VERDAD Y JUSTICIA TRANSICIONAL

Contexto sobre Verdad y Reparación en Chile

En 1990, al asumir Patricio Aylwin como Presidente de la República, Chile pone término a 17 años de dictadura del general Augusto Pinochet, caracterizada esta última por sus brutales persecuciones políticas contra quienes habían formado parte del gobierno de la Unidad Popular y, posteriormente, contra cualquiera que fuera opositor a la dictadura. Mediante organismos secretos dedicados al terrorismo estatal se cometieron las más graves violaciones a los derechos humanos, como torturas, ejecuciones sumarias, exilio, desapariciones forzadas y otras²⁰⁷. Las cifras oficiales indican 40.018 víctimas, 3.065 ejecutados políticos y detenidos desaparecidos, de estos más del 85% fueron hombres y 12% mujeres²⁰⁸.

En abril de 1990 se crea la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y, como indica su texto fundacional, tuvo por misión “... contribuir al esclarecimiento global de la verdad sobre las más graves violaciones a los derechos humanos cometidas en los últimos años... con el fin de colaborar a la reconciliación de todos los chilenos y sin perjuicio de los procedimientos judiciales a que puedan dar lugar tales hechos”²⁰⁹. Otras iniciativas complementarias se crean con posterioridad, como la Corporación Nacional de Reparación, la Mesa de Diálogo, la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura y la Comisión Asesora Presidencial para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión, Política y Tortura, y si bien en todas ellas hay importantes avances en materia de verdad y de reparación, la sucesión de instancias de esta naturaleza da cuenta también de la insatisfecha necesidad de acceder a toda la verdad acerca de lo ocurrido en Chile²¹⁰.

²⁰⁶ Entrevista a Leonardo Arenas Obando realizada el 20 de febrero de 2014. Investigador y activista en temas de derechos sexuales y reproductivos y miembro de organización AKI.

²⁰⁷ ÁNGEL BOTERO, Carolina, *El proceso de Justicia Transicional y el Derecho a la Reparación por Violencia Sexual como Tortura en Chile*, Santiago, 2008, p. 71.

²⁰⁸ DÉLANO, Manuel, [en] *Diario el País*, Archivo, Chile reconoce a más de 40.000 víctimas de la dictadura de Pinochet, Santiago, 20 de agosto de 2011 [disponible en] <http://elpais.com/diario/2011/08/20/internacional/1313791208_850215.html#despiece1>.

²⁰⁹ Ministerio de Justicia, Decreto Supremo N° 355, crea Comisión de Verdad y Reconciliación, Santiago, 1990, p. 2.

²¹⁰ ÁNGEL BOTERO, Carolina, *Op. cit.*, p. 71-78.

Derecho a la verdad en el contexto interamericano

El derecho a la verdad ha sido reconocido como un derecho humano por sí mismo, que no está condicionado necesariamente al requerimiento de información de víctimas, ni a la existencia de una investigación en curso. El derecho a la verdad, ha señalado la CIDH así como la Corte Interamericana, existe como derecho de las víctimas y de la sociedad en general, en los casos de violaciones graves de los derechos humanos, y violaciones graves del derecho internacional humanitario y que incluye, como mínimo, *el derecho a conocer toda la verdad acerca de los hechos acaecidos, sus circunstancias específicas y los participantes en los mismos, teniendo especial relevancia durante una transición democrática o tras un periodo de represión estatal*²¹¹.

Es en el caso *Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* donde la Corte IDH hace un punto de inflexión, al reconocer la autonomía del derecho a la verdad, ya no subsumido en otros derechos, fundamentando su existencia en lo dispuesto en los artículos 8, 13 y 25, en conjunción con el artículo 1 de la Convención Americana²¹².

En su faceta como un derecho colectivo o social, el derecho a la verdad permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo y fortalecimiento de sus procesos democráticos y, como un derecho particular para los familiares de las víctimas, permite una forma de reparación²¹³.

Si bien el derecho a la verdad se erige con su propia identidad, el derecho de acceso a la información constituye una importante base para su ejercicio, pues en el sentido más inmediato “el acceso a los registros custodiados por las autoridades públicas (y en particular a los archivos de información directa o indirectamente relacionados con los abusos cometidos por los agentes del gobierno) resulta esencial en cualquier proceso que busque reconstruir la verdad acerca de crímenes atroces y otras violaciones graves de los derechos humanos”. El derecho a la información es, por tanto, un instrumento imprescindible para llegar a la verdad, tanto para las víctimas como para la sociedad en general²¹⁴.

Como ya se señalara, el derecho a la verdad tampoco se agota en una investigación judicial, la determinación de los responsables y su sanción, sino que supone una forma diferente y esencial de reparación de las víctimas y la sociedad, pues la verdad proporciona una forma de alivio que no puede ser igualada con el resultado de una investigación penal²¹⁵. Aunque la verdad nunca es un substitutivo de la justicia, los requisitos del derecho a la verdad van más allá del castigo a los autores individuales.

²¹¹ Véase, *v.gr.*, *Caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C N.º 219, párrafos 200-201; *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafos 118, 192, 243. En la CIDH: Véase, *v.gr.*, Informe de la CIDH, artículo 50, párrafo 456.

²¹² The Open Society Justice Initiative, Asociación Pro-Derechos Humanos y Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C., Presentación en calidad de *Amicus Curiae* en el Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs., Guatemala, Presentación a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, p. 6. En adelante “*Amicus Curiae*”.

²¹³ Véase, *v.gr.*, CIDH. *Lucio Parada Cea, y Otros vs. El Salvador*, párrafo 151.

²¹⁴ *Amicus Curiae*, *Op. cit.*, p. 10.

²¹⁵ Véase *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C N.º 202, párrafo 119.

El derecho a la verdad, han señalado diversas organizaciones internacionales, impone a los Estados los correspondientes deberes, entre los que se incluyen: (a) el de archivar, evitar la destrucción y permitir el acceso a los registros; (b) limitar las restricciones a la revelación de información y demostrar la necesidad del secreto ante un tribunal o corte independiente; (c) buscar los registros y, en algunas circunstancias, reunir, generar y reconstruir la documentación no disponible; (d) asegurar la supervisión efectiva e intachable de los registros; y (e) cumplir sus obligaciones en un tiempo razonable²¹⁶.

Solicitud de acceso a la información

En este escenario, los estudiantes de la Clínica de Acceso a la Información Pública de la Universidad Alberto Hurtado, representando el interés del Centro de Ética de la mencionada Universidad, solicitaron a la Subsecretaría de Relaciones Exteriores se les otorgara copia de la respuesta entregada por el Estado chileno a determinados requerimientos efectuados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y que se originan en diferentes denuncias presentadas ante esta, en su momento, por la detención, desaparición y exilio de un número importante de personas entre 1973 y 1990.

Así por ejemplo, se pide copia de las respuestas entregadas por el Estado de Chile en relación con las denuncias efectuadas ante la CIDH: a) por la detención arbitraria, en 1974, de la señorita Lucy Lorstch; b) por el asesinato del señor Carmelo Soria Espinoza, funcionario internacional de CEPAL; c) por la violación del derecho a la vida, integridad personal, libertad individual y otras garantías, en perjuicio de Tomás Lares Cipriano; d) por la detención, torturas y presunta muerte del Dr. Enrique París Roa, médico, miembro del personal asesor del Presidente de Chile Salvador Allende, ocurrida a partir del 17 de septiembre de 1973; e) por la prohibición de ingreso a Chile de sus nacionales el señor Alberto Texier y la señora María Aránguiz de Texier; f) por la negativa a la solicitud de Víctor J. Soto Álvarez para regresar a su patria.

En su respuesta –señala la Subsecretaría– que los documentos requeridos por medio de la Ley de Acceso a la Información, a excepción de tres de ellos, no se

²¹⁶ Véase, *v.gr.*, CIDH, El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF. 1/09 (2010), párrafos 83-87 (deber de crear los archivos donde recoger y organizar la información concerniente a las violaciones graves de los derechos humanos para “preservar la memoria colectiva de lo ocurrido”); Antonio González Quintana, *El papel de archivos y archiveros en la defensa de los Derechos Humanos* (original de 1995, revisado en 2009) (en adelante “Informe UNESCO/ICA 2009”), p. 50 (“los documentos que contienen testimonios sobre violaciones de derechos humanos deben ser conservados”). Principios Actualizados contra la Impunidad, Principio N° 3. Véase también *Ibidem*, Principio N° 14. OEA AG/RES. 2406; OEA AG/RES. 2595. Véase también la Resolución 9/11 del Consejo de Derechos Humanos. Véase *Anzualdo Castro vs. Perú*, párrafo 135. Véase también Informe del ACNUDH sobre el derecho a la verdad, párrafo 52. *Claude Reyes vs. Chile*, párrafos 89-91. Véase también Oficina de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual de 2011 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA (“Informe 2011 de la Relatoría Especial de la OEA”), Cap. III, párrafos 342-343, 347. Ley Modelo Interamericana, artículo 32.

encuentran en el Archivo General Histórico del Ministerio, “razón por la cual los documentos solicitados no existen en sus registros”²¹⁷.

Atendida esta respuesta, los alumnos de la Clínica Jurídica deducen amparo de acceso a la información²¹⁸, sosteniendo, entre otros argumentos, que es inexcusable la respuesta del órgano, atendido que este cuenta con un departamento dedicado al registro y conservación de los documentos objeto de su solicitud (Archivo General Histórico), cuya función es, según informa su sitio electrónico, “[o]rganizar, conservar y dar a conocer la documentación del Ministerio de Relaciones Exteriores y la labor desempeñada por esta Secretaría de Estado a través del tiempo, desde su creación hasta hoy día”. Agregando que “[d]esde la creación del Ministerio de Relaciones Exteriores en el año 1871, el Archivo General Histórico ha mantenido la custodia de la mayor parte de la documentación de nuestra historia diplomática y consular a partir de 1817, la que ha sido ordenada, clasificada y descrita de acuerdo a su procedencia, esto es según embajadas, consulados o instituciones nacionales”.

El Consejo para la Transparencia rechaza el amparo interpuesto, pues a su juicio se encontraría acreditada la inexistencia de la información al interior del órgano o servicio.

Señala que, como sostienen los reclamantes, la información requerida dice relación con las violaciones a los derechos humanos o la violencia política a que se refiere el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, razón por la que su conservación y divulgación reviste un interés público preponderante para la Administración del Estado. Sin perjuicio de lo anterior, la Subsecretaría de Relaciones Exteriores ha sostenido que los documentos requeridos no se encuentran en el Archivo General Histórico del Ministerio, desconociéndose los motivos de su inexistencia y para acreditar lo anterior, acompaña certificados que dan cuenta de las búsquedas efectuadas.

El Ministerio de Relaciones Exteriores mantiene un archivo histórico propio y en este obran documentos de similar naturaleza y data a los solicitados. Por lo anterior, señala el Consejo, es necesario representar a este Ministerio la falta de cuidado que evidencia su respuesta, en la conservación y recopilación de su archivo, *máxime* considerando el interés público involucrado en la conservación y divulgación de esta información. Sin embargo, más allá del juicio que pueda merecer la ausencia en los registros históricos del organismo de los documentos solicitados, conforme a lo expuesto por el Ministerio en sus descargos y la certificación acompañada, el Consejo concluye que el organismo no posee la información requerida.

Finalmente y en aplicación del principio de facilitación en materia de acceso a la información pública, el Consejo le recomienda al Ministerio que realice todas las gestiones pertinentes frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, conducentes a que, a la brevedad posible, el Ministerio obtenga copia de los documentos requeridos, haciendo entrega de los mismos a los reclamantes.

Con posterioridad a esta decisión, en diciembre de 2010 los alumnos de la Clínica de Acceso a la Información requirieron, por medio de una solicitud de acceso a la Información, conocer el estado de avance de la consulta efectuada por

²¹⁷ Decisión C21-10; C22-10; C23-10; C24-10 y C25-10, Consejo para la Transparencia. Amparo deducido por Young Park y otros en contra de la Subsecretaría de Relaciones Exteriores, 2010, p. 3 y ss.

²¹⁸ *Ibidem*.

el Ministerio de Relaciones Exteriores a la CIDH, en cumplimiento de lo señalado por el CPLT en la decisión ya aludida. En la respuesta, el Ministerio de Relaciones Exteriores señala que ha enviado una petición a la CIDH requiriendo la información y que en cuanto esta llegue será enviada a los peticionarios. De la lectura del texto enviado a la CIDH es posible apreciar que el requerimiento se hizo solo una vez que los alumnos solicitaron conocer el estado de avance de las gestiones ante la CIDH y hasta la fecha los alumnos no han recibido la documentación solicitada, ni información alguna por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores²¹⁹.

Impacto de la solicitud

Elizabeth Lira²²⁰, Directora en ese momento del Centro de Ética de la Universidad Alberto Hurtado y a quien representaba la Clínica de Acceso a la Información en este caso, se muestra escéptica frente al rol de Ley de Acceso como instrumento para el ejercicio del derecho a la verdad. Señala que el problema de base, a su juicio, está dado por la muy desarrollada costumbre de secreto que existió en la administración del Estado, por largo tiempo y que tiene como consecuencia:

1. Que los encargados de mantener los archivos no estén acostumbrados a que les pidan la información y muchas veces se sientan violentados cuando se les solicita un documento por vía legal.
2. Que no exista conciencia y responsabilidad en ellos, por el patrimonio cultural, por lo que significa la historia, los archivos y el derecho a la verdad para una comunidad. Muchas veces los expedientes están comidos por ratones, con evidentes signos de humedad, etc., y se aprecia una absoluta indiferencia al respecto.
3. Que no haya registros y una clasificación adecuada de los archivos. A veces los índices solo contienen un número o una indicación que en realidad no permite saber qué tipo de documento es y cuál es su contenido y, en consecuencia, solo accediendo al original (lo que es muy difícil) es posible saber si es el texto que se busca. Los registros (índices) no son hechos bajo una lógica de su uso posterior por terceros, por ejemplo, señala: “he visto índices donde lo único que se indica es si se trata de una resolución exenta o una providencia”.
4. La labor de búsqueda es tediosa y “si los funcionarios señalan que no tienen el documento, que lo buscaron y que no fue encontrado, no pasa nada”, es decir, no hay ninguna consecuencia para ellos.

Así, el sistema conspira para que la ley sea inoperante en lo que acceso a archivos y registros se refiere. En estas condiciones, no es posible sostener que tenemos una herramienta eficiente, como ciudadanos, para ejercer nuestro derecho a la memoria y verdad.

²¹⁹ Solicitud de Acceso a la Información AC001-0000068 presentada a la Subsecretaría de Relaciones Exteriores en diciembre de 2010.

²²⁰ Entrevista a Elizabeth Lira realizada el 5 de mayo de 2014. Psicóloga, ex-Directora del Centro de Ética de la Universidad Alberto Hurtado y Decana de la Facultad de Psicología de la misma casa de estudios.

En muchas ocasiones los archivos son de difícil acceso, pero sinceramente yo dudo –señala la entrevistada– que no los tengan. Existe un obstáculo de orden administrativo para acceder a ellos y que está dado por la falta de incentivos para los funcionarios para su búsqueda. Muchas veces podemos encontrar negligencia al respecto.

Para graficar lo anterior, señala que en una investigación en materia de derechos humanos requería acceder a documentos oficiales enviados por las autoridades del régimen militar a la Organización Internacional del Trabajo (OIT). La misma entrevistada concurrió al archivo del Ministerio de Relaciones Exteriores para obtener cierta información preliminar y luego le pidió a un estudiante que solicitara la documentación, sin indicar que se trataba de documentos del gobierno militar, sino que le sugirió consultar identificándolos por la institución a la que habían sido enviados. La funcionaria accedió a buscar los documentos y entregárselos, sin embargo, la entrevistada cree que si hubiese sido ella de manera personal e indicando que dichos documentos correspondían a antecedentes enviados por autoridades del gobierno militar, era altamente probable que le señalaran que la documentación no había sido encontrada.

Lamentablemente, prosigue, decisiones como la adoptada por el CPLT en este caso, donde se justifica la inexistencia mediante un documento emitido por el mismo funcionario consultado, que dice que buscó y no encontró, es suficiente para el CPLT. No se realiza en este caso, por ejemplo, una visita inspectiva para confirmar lo señalado o un seguimiento al cumplimiento de la recomendación efectuada. Decisiones como esta no empoderan a los ciudadanos.

Para Elizabeth Lira, es necesario que se hagan redefiniciones en esta materia, capacitando a los funcionarios públicos no solo en materia de archivística, sino también en la importancia que tiene para un país disponer de sus archivos históricos. Compara la situación con diferentes países de Europa donde ha habido guerras importantes, pero donde los archivos permanecen intactos, porque quienes trabajan allí son conscientes de su relevancia y de la necesidad de mantenerlos en buen estado.

Señala que en Chile el nivel de deterioro de los archivos es insospechado, existen muchos documentos de indudable valor histórico, a las que se puede acceder en su versión original. Todos estos documentos debieran estar digitalizados para evitar su deterioro, sin embargo no hay digitalización de documentos porque no hay noción del patrimonio. Tampoco existe una conciencia respecto de la importancia de conocer lo que efectivamente ocurrió accediendo a su fuente legítima y no a interpretaciones interesadas.

Caso IV: Derechos sexuales y reproductivos. Información para incidencia

Contexto de los derechos sexuales y reproductivos en Chile

La Ley N° 20.418, publicada el 28 de enero de 2010, fija en Chile las normas concernientes a información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad. El artículo primero de dicho cuerpo normativo reconoce a toda persona el derecho a recibir educación, información y orientación en materia de regulación de la fertilidad, en forma clara, comprensible, completa y, en su caso, confidencial, estableciendo su inciso tercero que “[E]ste derecho comprende el de recibir

libremente, de acuerdo con sus creencias o formación, orientaciones para la vida afectiva y sexual. Un reglamento, expedido por el Ministerio de Salud, dispondrá el modo en que los órganos con competencia en la materia harán efectivo el ejercicio de este derecho”.

El Reglamento que haría aplicable esta ley y que regularía, entre otras materias, la forma de entrega en la red de salud pública de los anticonceptivos regulares y de emergencia, así como el deber de entregar información pertinente para su utilización, demoró tres años hasta entrar en vigencia, tiempo durante el que solo se dio cumplimiento parcial y discrecional a la normativa, sin claridad en el procedimiento y evidenciándose casos en que profesionales de la salud objetaron la entrega de tales anticonceptivos por razones valóricas. Un estudio realizado por la Universidad Central en diciembre de 2011 concluía que, a esa fecha, el 29,7% de los municipios no entregaba el fármaco de emergencia²²¹.

La demora en la dictación del reglamento es una muestra de la tensión permanente que ha existido entre diferentes sectores de la población, en el campo de la salud sexual y reproductiva, y que ha tenido un enorme impacto en las políticas públicas asociadas a la temática, tanto en salud como en educación.

En una breve síntesis es posible señalar que si bien las controversias comienzan a mediados de los 90, es a partir del 2008 cuando se desencadenan en Chile importantes decisiones judiciales y administrativas en la materia, particularmente vinculadas a la distribución del anticonceptivo de emergencia, conocido como la píldora del día después. Ese año, un grupo de 36 parlamentarios presentaron un requerimiento por inconstitucionalidad, ante el Tribunal Constitucional, por el que impugnaron las Normas Nacionales de Regulación de la Fertilidad, dictadas por el gobierno de ese momento²²². La decisión del Tribunal Constitucional prohibió la distribución de la píldora del día después²²³, sin embargo esta resolución afectó solo al sistema de salud central, dependiente del Ministerio de Salud, por lo que los consultorios y centros de salud administrados municipalmente mantuvieron la libertad para distribuir el fármaco, quedando la decisión en manos de lo(a)s alcalde(a)s de cada comuna.

En junio de 2009 la Contraloría General de la República, siguiendo la argumentación del Tribunal Constitucional, dictaminó la prohibición de la entrega del medicamento por parte de los municipios. Ante esta situación, el gobierno envió al Congreso un proyecto de ley, con carácter de suma urgencia, para reponer la entrega de la píldora en el sector público de salud, proyecto que fue rápidamente aprobado y que con algunas modificaciones posteriores se transformó en la Ley N° 20.418 que

²²¹ DIDES C., Claudia, BENAVENTE R., Cristina, SÁEZ A., Isabel, NICHOLLS S., Leslie y CORREA D, Tomás, *Provisión de anticoncepción de emergencia en el sistema de salud Municipal de Chile. Estado de Situación*, 2011.

²²² Ministerio de Salud de Chile, Gobierno de Chile, Normas Nacionales de Regulación de la Fertilidad, [disponible en] <http://www.icmer.org/documentos/anticoncepcion/normas_nacionales_sobre_reg_de_la_fert.pdf>. Específicamente se impugna la utilización de la píldora del día después, además de la entrega de consejería a menores a partir de los 14 años de edad sin el consentimiento ni el conocimiento de sus padres.

²²³ Así puede apreciarse en la sentencia que recae sobre la causa Rol N° 740-2007 del Tribunal Constitucional.

Fija Normas sobre Información, Orientación y Prestaciones en Materia de Regulación de la Fertilidad.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) ha señalado en su Observación General N° 14, en particular, que el ejercicio del derecho de la mujer a la salud requiere que se supriman todas las barreras que se oponen al acceso de estas a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva. De igual manera ha enfatizado, en relación con la adolescencia, el compromiso de proporcionar un entorno seguro que permita a los y las adolescentes participar en las decisiones relativas a su salud, así como adquirir experiencia y tener acceso a información adecuada. Se deben considerar aspectos de confidencialidad y necesidad de servicios adecuados en salud sexual y reproductiva para esta población en particular, dando cuenta de la especificidad en que se da el ejercicio del derecho para este grupo de la población²²⁴.

Por su parte, en el informe que corresponde al resumen de comunicaciones de interlocutores (informes alternativos) presentado ante el Consejo de Derechos Humanos para el Examen Periódico Universal de Chile del 2014²²⁵, se señalaba que en materia de salud sexual y reproductiva la situación en el país era crítica. El aborto seguía siendo penalizado y el Estado no había instalado un debate democrático acerca del mismo. Asimismo, si bien existe la obligación legal para los establecimientos de salud de distribuir métodos anticonceptivos, esta disposición no se cumple porque las autoridades municipales instalan barreras a la distribución de determinados anticonceptivos sobre bases ideológicas. Se solicitó recomendar al Estado de Chile la modificación de la legislación en materia de aborto, eliminando su penalización, de manera de garantizar el ejercicio de derechos sexuales y evitar la mortalidad materna producto de abortos clandestinos²²⁶.

Por su parte, Leonardo Arenas Obando es investigador y activista en materia de derechos sexuales y reproductivos, pertenece al Centro Cultural Aporte Colectivo Independiente AKI²²⁷ y es representante de la Coordinadora de ONG de las Américas sobre SIDA, Cárcel y Encierro (COASCE). En esta calidad ha efectuado, con cierta habitualidad, solicitudes de acceso a la información en materias de derechos sexuales y reproductivos y con similar frecuencia no ha recibido respuesta de la autoridad o la respuesta ha sido insatisfactoria. Por esta razón ha recurrido en varias oportunidades ante el Consejo para la Transparencia:

²²⁴ Para mayor detalle en el tema, véase: <<http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm14s.htm>>.

²²⁵ A/HRC/WG.6/18/CHL/3 Consejo de Derechos Humanos, Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, 18° período de sesiones, 27 de enero a 7 de febrero de 2014.

²²⁶ El 31 de enero de 2015 el gobierno presentó un Proyecto de Ley que busca despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo en tres circunstancias. Dicho proyecto se encuentra en actual tramitación, habiéndose ya aprobado la despenalización del aborto en tales casos, en la Cámara de Diputados y debiendo continuar su tramitación en el Senado.

²²⁷ Organización que goza de personalidad jurídica desde el 2000.

Solicitudes de acceso a la información

En marzo de 2010 Leonardo Arenas efectuó una solicitud de acceso a la información²²⁸, en la que pidió conocer a) la situación actual del Reglamento de la Ley N° 20.418 que fija normas sobre Información, Orientación y Prestaciones en Materia de Regulación de la Fertilidad. b) En caso que se hubiese ya expedido, solicitó una copia del documento. c) Conocer si en la elaboración de dicho Reglamento fueron o han sido consultadas organizaciones de la sociedad civil con trabajo en el ámbito de la educación sexual, prevención del VIH y prevención del embarazo adolescente y, en caso afirmativo, conocer el nombre de las instituciones consultadas. d) Finalmente, en caso que el reglamento no se hubiese dictado aún, conocer la fecha límite que tiene el Ministerio para dictarlo.

La Subsecretaría de Salud Pública no respondió dicho requerimiento dentro del plazo legal establecido en el artículo 14 de la Ley de Transparencia, ni notificó al solicitante de prórroga de este, de acuerdo con lo prescrito en el inciso 2° de dicha norma, por lo que el requirente de información interpuso un amparo de acceso a la información, ante el Consejo para la Transparencia.

El Consejo para la Transparencia si bien le representó a la autoridad la entrega extemporánea de la información, dio por cumplida la obligación de informar, toda vez que:

Se reconoció que se habría redactado un documento con la finalidad de ser aprobado como Reglamento de la Ley N° 20.418, sin embargo este no alcanzó a ser suscrito por las autoridades del gobierno saliente que debían firmarlo y, en definitiva, el proceso administrativo respectivo no concluyó ni fue afinado, por lo que en los hechos, al momento de la consulta no se había dictado el citado reglamento, encontrándose en revisión. Según lo anterior, señala el Consejo para la Transparencia, el órgano requerido no se encuentra en condiciones de proporcionar una copia del mismo, al Sr. Arenas Obando.

En la respuesta, la Subsecretaría de Salud Pública informó al requirente que el texto existente de la propuesta de Reglamento había sido elaborado por técnicos de los Ministerios de Salud, de Educación y del Servicio Nacional de la Mujer, no existiendo protocolo de consulta con las organizaciones de la sociedad civil, de lo que se concluye –señala el CPLT– que en la elaboración de dicha propuesta de documento no fueron consultadas organizaciones de la sociedad civil con trabajo en el ámbito de la educación sexual, prevención del VIH y prevención del embarazo adolescente y sin que conste que en el proceso de revisión del proyecto que se encuentra realizando la reclamada se hayan efectuado consultas a tales organizaciones. Por tal motivo, –concluye el CPLT–, debe tenerse por proporcionada la información solicitada por el Sr. Arenas Obando en los literales c) y d) de su solicitud.

Finalmente, respecto de la fecha límite que tendría el Ministerio para dictar el citado Reglamento, la Subsecretaría de Salud Pública informó al requirente que dicho cuerpo legal no establece un plazo para la dictación del Reglamento, lo que

²²⁸ Decisión C244-10, Consejo para la Transparencia. Amparo deducido por Leonardo Arenas Obando en contra de la Secretaría de Salud Pública, 2010.

fue comprobado por el Consejo, razón por la que se estima que se ha dado cabal respuesta a la solicitud de información del requirente en esta parte.

Otras de las materias en las que Leonardo Arenas ha efectuado solicitudes de acceso a la información y posteriormente ha debido recurrir al Consejo para la Transparencia para obtener respuesta, dicen relación con:

- 1) La elaboración, de acuerdo con lo anunciado por el Ministerio de Educación, de cinco textos sobre sexualidad que se pondrían a disposición de los establecimientos educacionales.
En esta oportunidad consultó por la metodología aplicada para la elaboración de dichos textos, la identificación de los/as profesionales que los elaboraron y de los/as consultores/as externos que apoyaron la elaboración de los textos. Igualmente, solicitó información respecto de la fecha en que se dispondría en la página *web* del Mineduc de la información pertinente a la educación sexual, plan de sexualidad 1993 y 2005, el documento de la Comisión de Evaluación y recomendaciones relativas a educación sexual, y el documento “Prevenir con Educación”, así como los textos que se pondrían a disposición de los establecimientos educacionales²²⁹.
- 2) Información del monto total que constituyó el Fondo de Capacitación en Sexualidad, Afectividad y Género en 2011, 2012 y 2013, los establecimientos educacionales que hubiesen postulado a dicho Fondo, con sus respectivos montos y programas que se han seleccionado. Monto total asignado a los establecimientos educacionales y nómina de aquellos que han solicitado capacitaciones de los Programas de Educación en Sexualidad y Afectividad, a cargo de la Subvención Escolar Preferencial SEP²³⁰.
- 3) Información referente a denuncias de no resguardo del derecho a la educación en estudiantes embarazadas o madres, acciones realizadas por el Ministerio de Educación en cada caso denunciado y la resolución de cada uno. Leyes, normativa e instructivos que se refieran al derecho a la educación de las adolescentes y su resguardo en caso de ser madres, padres o se encuentren en situación de embarazo; y, el o los programas del Ministerio de Educación a este respecto.
- 4) Finalmente, requirió información respecto del proyecto “Aceleración y Profundización de la respuesta nacional, intersectorial, participativa y descentralizada a la epidemia VIH/SIDA en Chile”, que contó con financiamiento del Fondo Global para la Lucha de la Malaria, Tuberculosis y SIDA. En este caso solicitó información de los estudios e investigaciones que se realizaron en el marco de este proyecto, así como las evaluaciones y gastos de las campañas de comunicación social de prevención del VIH-SIDA, realizadas con cargo a este proyecto²³¹.

²²⁹ Decisión C815-10, Consejo para la Transparencia. Amparo deducido por Leonardo Arenas Obando en contra del Ministerio de Educación, 2010.

²³⁰ Decisión C903-13, Consejo para la Transparencia. Amparo deducido por Leonardo Arenas Obando en contra del Ministerio de Educación, 2013.

²³¹ Krishna Sotelo, quien también trabaja junto a Leonardo Arenas en AKI, interpone amparo contra el Ministerio de Salud.

Impacto de la información, incidencia y participación ciudadana

Las respuestas –dice el entrevistado– generalmente le son entregadas luego de interponer un amparo de acceso a la información ante el Consejo para la Transparencia y muchas veces no son todo lo completas que espera. Con dicha información Leonardo Arenas desarrolla investigaciones, escribe columnas para diarios y medios de comunicación y, en general, genera incidencia en torno al tema de la educación sexual y reproductiva, VIH/SIDA y otras temáticas vinculadas.

Señala Arenas que a su juicio la ley de Acceso a la Información es un buen aporte. Dentro de las fortalezas destaca un hecho fundamental y es que hoy tiene respuesta a las consultas que hace al Estado. Hay un procedimiento definido y presentar un amparo ante el CPLT es relativamente simple: “se requieren conocimientos específicos, pero es más o menos fácil llegar al CPLT y con ello ejercer el derecho”²³².

De igual manera es destacable la labor que ha realizado el CPLT, reduciendo notablemente sus tiempos de respuesta y entregando decisiones fundamentadas, que hacen que, generalmente, sean confirmadas por las Cortes de Apelaciones. Sin embargo, también tiene la percepción que, en el último tiempo, el Consejo ha sido menos audaz en sus decisiones, acomodándose a una cierta forma de operar de los órganos de la administración del Estado.

Recuerda un caso en que –a su juicio– el CPLT actuó de manera particularmente adecuada: con ocasión de una respuesta entregada por el Ministerio de Educación, donde se señalaba que en ningún caso la solicitud efectuada implicaría la obligación para el Ministerio de procesar, producir o consolidar información, porque así lo disponía el Reglamento de la Ley, el Consejo señaló que tal afirmación no se ajustaba a la realidad y que fundar actuaciones en normas inexistentes desinformaba gravemente a los ciudadanos y erosionaba el régimen republicano y democrático que establece el texto constitucional. Decisiones de esta naturaleza –señala el entrevistado– son las que empoderan a la ciudadanía.

En este mismo sentido, se sostiene que solo con un flujo sin barreras y con vías jurídicas apropiadas, que de manera efectiva garanticen el cumplimiento del deber del Estado de entregar la información a la ciudadanía, es que es posible que la participación ciudadana sea un real contrapeso de los poderes del Estado²³³. Adquiere aquí importancia la necesidad que la información entregada sea de calidad, veraz y oportuna, para lograr el empoderamiento de la ciudadanía, de manera que participen, tomen decisiones y controlen al Estado²³⁴.

Leonardo Arenas es crítico de las respuestas que entrega el Estado: señala que en muchos casos estas no obedecen a un real reconocimiento de un derecho ciudadano, sino simplemente al cumplimiento de la meta fijada para ese servicio (por ejemplo como Plan de Mejoramiento de la Gestión) y que en otros casos, cuando la información solicitada es más compleja, optan por no contestar, ya que de esa

²³² Entrevista a Leonardo Arenas Obando realizada el 20 de febrero de 2014. Investigador y activista en temas de Derechos Sexuales y Reproductivos y miembro de organización AKI.

²³³ O'DONNELL, Guillermo *et al.* *The Quality of Democracy. Theory and Application*, University of Notre Dame, 2004.

²³⁴ LUNA PLA, Issa, *Empoderamiento Pro-Desarrollo Humano con Información Pública*, UNAM, 2013, p. 6.

forma obtienen mucho tiempo a su favor. Desde el vencimiento del plazo hasta que el CPLT los requiere para efectuar sus descargos pueden transcurrir varios meses.

De igual manera señala que a nivel del gobierno central reconoce que existe una plataforma de trabajo para las solicitudes de acceso a la información, sin embargo, no existe el mismo estándar a nivel municipal. Señala el entrevistado que las solicitudes que presenta ante Municipalidades, las envía siempre en una carta, porque de otra forma (internet o formulario) es altamente probable que no lleguen a la persona encargada de dar respuesta.

Leonardo Arenas es consciente que la información obtenida puede generar un alto impacto social o político, por eso cree que la entrega de información debe abrir las puertas de la administración para el diálogo y para dar cumplimiento a aquellas materias en que el órgano o servicio esté fallando. Lamentablemente –sostiene– para eso se necesita fundar muy bien la discusión y no todos los actores en este proceso están en condiciones de hacerlo.

En el mismo sentido, otro de los entrevistados señala que a su juicio muchas veces el impacto de la información obtenida o de la decisión adoptada por el CPLT se logra en la prensa, en la estrategia comunicacional que se adopte. Para ello se requiere que los solicitantes de información se encuentren organizados y conscientes de la importancia de la forma como se comunique la información. Cree que a los ciudadanos, de manera individual, se les hace imposible definir y ejecutar un plan de tal naturaleza y que las ONG y otras instituciones como las Clínicas Jurídicas no siempre están abocadas a hacer litigio estratégico y con ello a dar mayor reconocimiento y visibilidad al derecho de acceso a la información, como condición para el ejercicio de otros derechos fundamentales²³⁵.

Lo anterior se confirma con lo que señala la ex-Directora Ejecutiva de la Corporación Humanas, quien sostiene que ellos han hecho uso del derecho de acceso a la información para requerir datos oficiales de la autoridad, para contar con el respaldo de un documento por escrito y que constituye el insumo de sus investigaciones y denuncias, pero no han hecho uso de la LAIP en una mirada distinta y más estratégica, como por ejemplo para controlar el uso de los fondos públicos en los mismos planes y programas a los que ellos, como organización avocada a la protección de los derechos de la mujeres, les dan seguimiento en términos generales.

Por último, en relación con el ejercicio del derecho de acceso a la información como condición o instrumento para el ejercicio de otros derechos, Leonardo Arenas señala que, a su juicio, este objetivo se cumple en muchas de las solicitudes que él realiza. El problema no radica allí, sino en cuán masivo es el uso del DAIP para ese fin, cuán empoderada está la ciudadanía en los intereses colectivos. En su opinión, es aquí donde es necesario hacer el hincapié, de manera de involucrar a los ciudadanos en lo que hace o no hace la administración del Estado.

En relación con el uso de la información obtenida, considerando esta como un resultado *per se*, el vocero de Movilh, Óscar Rementería y quien solicitó conocer las políticas adoptadas al interior de diferentes reparticiones públicas para implementar la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación, reconoce que el

²³⁵ Entrevista a Juan Pablo Olmedo realizada el 1 de abril de 2014. Abogado, ex-Presidente del Consejo Para la Transparencia periodo 2008-2010.

derecho de acceso a la información funciona también como un articulador de otros derechos²³⁶.

En su caso, por medio de una adecuada estrategia comunicacional evidenciaron que los servicios públicos poco o nada habían hecho para implementar las medidas que la Ley Zamudio establece y ello les entregó una plataforma para proponer modificaciones tendientes a mejorar el uso de la ley. En definitiva, la información obtenida les permitió hacer incidencia con el fin de influir en la política pública de no discriminación ante la diversidad sexual.

Sin embargo, reconoce que esto no ocurre en la generalidad de los casos, ellos son una organización reconocida en la sociedad y que tiene una importante labor y dedicación a la defensa y promoción de los derechos de las minorías sexuales, donde la información obtenida les permite precisamente reforzar su discurso político, pero no ocurre lo mismo con organizaciones más pequeñas que no cuentan con esa capacidad. Se trata de una ley que no es accesible para los pobres, para personas sin educación o por ejemplo para la gente en el campo, que no tiene ni luz eléctrica. Se requiere fortalecer la asesoría a los ciudadanos, una especie de Sernac pero para el uso de la Ley de Acceso.

Finalmente, reconoce que existe también un problema cultural, Rementería estima que como sociedad estamos culturalmente preparados para reclamar, criticar y denunciar, pero no somos igualmente dedicados a la hora de trabajar y elaborar propuestas de mejora.

C. TENDENCIAS, LECCIONES APRENDIDAS Y RECOMENDACIONES

El reciente informe entregado por el Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, constituye un buen barómetro para medir el efecto que ha tenido la existencia de la Ley de Acceso a la Información Pública. Aun cuando se refiera a esta en su rol de garante de la probidad, más que en su dimensión de herramienta para el ejercicio de otros derechos fundamentales, entrega importantes propuestas que son compartidas y reflejan la opinión de este estudio.

El mencionado informe concluye que la Ley N° 20.285 ha sido un importante avance en materia de transparencia, gracias al buen funcionamiento de la ley y a la labor desplegada por el Consejo para la Transparencia en el fomento y protección de este derecho.

Sin embargo se reconoce en dicho informe y en este estudio de casos importantes desafíos, algunos de estos requieren de cambios legislativos o políticas públicas que permitan su adecuada implementación:

a) *Efectiva y plena aplicación de la ley al Poder Judicial y Poder Legislativo*

Un gran ausente en la ley es el reconocimiento del derecho de acceso a la información en el ámbito del poder judicial y del poder legislativo, con un estándar

²³⁶ Entrevista a Oscar Rementería realizada el 7 de abril de 2014. Vocero de MOVILH (Movimiento de Integración y Liberación Homosexual).

similar al del poder ejecutivo. Si bien ambos poderes del Estado deben dar cumplimiento a una obligación de transparencia activa con un contenido determinado, la falta de un procedimiento legal que asegure la efectiva tutela del derecho hace que en la práctica dicho cumplimiento no sea siempre el adecuado. El derecho a pedir información queda entregado a lo que las respectivas leyes orgánicas estipulen, lo que muchas veces puede ser insuficiente.

El poder judicial, mediante un auto acordado de la Corte Suprema de octubre de 2008, creó la Comisión de Transparencia del Poder Judicial, encargada de recibir solicitudes para acceder a información o reclamos por negativa de acceso a información. Se trata de una institución constituida al interior del mismo poder, conformada por miembros de la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones, Corporación Administrativa del Poder Judicial y Academia Judicial, entre otros, y que –a nuestro parecer– no se encuentra dotada de autonomía suficiente para resolver respecto de sus pares y superiores²³⁷.

En los hechos, el CPLT, en cada uno de los 71 amparos o reclamos que ha recibido en contra del Poder Judicial, ha sostenido inequívocamente que el ámbito de aplicación de la Ley N° 20.285 no hace referencia expresa a este poder del Estado en cuanto órgano sujeto a sus disposiciones y que el Reglamento de la ley señala expresamente que no se aplicarán sus disposiciones, entre otros, a los Tribunales que forman parte del Poder Judicial,²³⁸ por lo que, concluye, carece de la competencia necesaria para conocer de ellos, declarándolos en definitiva inadmisibles.

Sin duda que un reconocible ejemplo de buena práctica ha sido la incorporación, de manera voluntaria, a partir del 2013, del Poder Judicial al portal de transparencia del Estado. Sin embargo, una mejora de fondo requiere impulsar una reforma en la que se someta, por disposición legal, a ambos poderes del Estado y a otros órganos dotados de autonomía a la institucionalidad establecida por la LAIP.

En el mismo sentido, el informe del Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción señala que “[l]a Ley de Transparencia actualmente tiene importantes limitaciones respecto del Poder Legislativo, del Poder Judicial y de órganos con autonomía constitucional, aun cuando ha habido avances. El Consejo recomienda equiparar y fortalecer las obligaciones que establece la Ley 20.285 sobre el derecho de acceso a la información del Poder Legislativo, del Poder Judicial y de órganos con autonomía constitucional, obligándolos a cumplir con el mismo estándar que se aplica en el Poder Ejecutivo, y extendiendo la competencia del Consejo para la Transparencia a todas las instituciones del Estado”²³⁹.

²³⁷ http://www.poderjudicial.cl/modulos/Transparencia_InfoPubl/TRA_Comision_Transparencia.php?opc_menu=3&opc_item=1

²³⁸ Ejemplos de estos casos: Luis Navarro con Poder Judicial, Rol: C1116-15, 03/06/2015; Irma Varela Muñoz. con Poder Judicial, Rol: C1978-14, 24/09/2014; Daniela Núñez con Poder Judicial, Rol: C1406-14, 23/07/2014; Mauricio Fierro Lavado con Poder Judicial, Rol: C1433-14, 23/07/2014; Cristián Venegas Ahumada con Poder Judicial, Rol: C129-11, 24/02/2011.

²³⁹ Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, informe final, p. 47.

b) *Fiscalización del CPLT mediante el ingreso único de solicitudes*

Otro aspecto importante a considerar en la mejoras dice relación con el rol fiscalizador del CPLT y la inexistencia de una plataforma única de ingreso de solicitudes de acceso a la información, de carácter obligatorio. Lo anterior impide que esta institución pueda realizar una cabal revisión de lo que ocurre con las solicitudes presentadas a los distintos órganos y servicios, limitándose a conocer de aquellas que se efectúan a servicios que voluntariamente han ingresado a la plataforma creada para estos efectos, las que vía amparo llegan hasta el Consejo o aquellas que son objeto de fiscalizaciones específicas que desarrolla la dirección respectiva, a órganos y servicios de la administración del Estado.

Concordante con esta opinión, el Consejo Asesor Presidencial propone –vía reforma de la ley– establecer un portal de transparencia del Estado, bajo la administración y control del CPLT, “que permita unificar y sistematizar los antecedentes de transparencia activa y canales de acceso a la información de todos los sujetos obligados por el principio de transparencia en el Estado”²⁴⁰.

c) *Acceso a la información como derecho ciudadano y garantía de otros derechos*

Una tendencia que se observa en todos los casos analizados es la necesidad de afrontar de manera aún más directa y con recursos suficientes el fomento y promoción del uso del derecho de acceso a la información:

El VII Estudio Nacional de Transparencia²⁴¹ aplicado a 2.854 personas concluye que la percepción general de los niveles de transparencia respecto de los organismos públicos, así como de los funcionarios públicos, es baja y permanente en el tiempo: más del 80% de los encuestados considera que tanto las instituciones como los funcionarios son poco transparentes (con un promedio de nota 3,9 y 4,0, respectivamente). En este grupo, el porcentaje de quienes han ejercido el derecho de acceso a la información alcanza al 29% de los encuestados, quienes señalan haber hecho una solicitud de acceso durante los últimos doce meses.

Por su parte, los requirentes de información en los cuatro casos analizados en este estudio, así como otros usuarios de la ley, coinciden en señalar que se trata todavía de un derecho utilizado por élites, que tienen mayores conocimientos y facilidades para ejercerlo, pues, por ejemplo, el procedimiento de solicitud vía internet es aún complejo para muchos ciudadanos.

Todos ellos manifiestan que existe un cambio indudable y evidente en su relación con la administración del Estado a partir de la dictación de la Ley N° 20.285 y que en este cambio el CPLT ha tenido un rol clave. Antes de la actual ley, señalan, se trataba de un derecho ilusorio e imposible de ejercer y reclamarlo legalmente para un ciudadano que no contara con asesoría legal. Reconocen que hoy el

²⁴⁰ Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, informe final, *Op. cit.*, p. 47.

²⁴¹ Se trata del último estudio publicado y corresponde al 2015. Los referidos estudios son encargados por el Consejo para la Transparencia [disponibles en] <http://www.consejotransparencia.cl/estudios-nacionales-de-transparencia/consejo/2012-12-13/155411.html>

procedimiento de acceso a la información es en muchos casos eficiente y efectivo, obligando al Estado a destinar recursos para dar respuesta a los requerimientos. Sin embargo, de igual manera, señalan que perciben que la administración del Estado aún mantiene el control de la situación: que solo entregan la información cuando esto les conviene o tiene efectos inocuos y que en muchos casos y respecto de ciertas instituciones identificables, existe una actitud habitual de no dar respuesta a las solicitudes²⁴².

Señalan que solo algunos ciudadanos logran recurrir al Consejo, donde el órgano hace entrega de la información varios meses después de efectuada la solicitud, perdiendo los antecedentes su vigencia y sin que exista una sanción para los órganos de la administración del Estado que los conmine a tener un actitud diferente en el futuro. En muchos de los casos la información entregada se encuentra sistematizada de tal manera que no les es posible desagregarla y hacer un uso efectivo de la misma²⁴³.

Coincidente con esta apreciación son los resultados del Estudio Nacional de Transparencia antes mencionado, donde más de la mitad de los encuestados cree que la información que entrega el Estado al dar respuesta a una solicitud de acceso a la información no es confiable, pues es confusa, incompleta y en algunos casos se oculta información.

Todos estos antecedentes dan cuenta de la necesidad de profundizar en la difusión y capacitación del derecho de acceso a la información pública y de visibilizar su utilización, como un instrumento para el ejercicio de otros derechos.

En esta materia el CPLT, con sus decisiones, tiene un rol que desempeñar como articulador del valor instrumental del derecho de acceso a la información. Reconocer y explicitar que la información es valiosa en sí misma y por tanto que el derecho en juego es el acceso a la información *per se* resulta relevante, pero igualmente lo es resaltar aquellos casos en que la información obtenida permite el ejercicio de otros derechos, particularmente los derechos económicos, sociales y culturales.

Como señalan algunos autores, tanto en el caso de la progresividad en el cumplimiento por parte de los Estados de los compromisos asumidos en el ámbito internacional respecto de los DESC, así como también en el caso del efectivo respeto de los derechos constitucionales que requieren de políticas públicas para su vigencia efectiva, la información se torna un prerrequisito indispensable para su ejercicio²⁴⁴.

En el ámbito internacional, si la obligación del Estado de respetar y hacer respetar los DESC es progresiva y si ese deber se extiende hasta el máximo de los recursos disponibles, la única forma de determinar si se cumple o no con él, es contando con información del Estado que dé cuenta de los avances y de la utilización del máximo de los recursos disponibles en los esfuerzos para lograrlo. De igual manera, en el caso de los derechos reconocidos por la Constitución y que requieren

²⁴² Entrevistas realizadas a José Luis Salazar (21 de febrero de 2014), Rodolfo Noriega (21 de febrero de 2014) y Leonardo Arenas (20 de febrero de 2014).

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ Véase ABRAMOVIC, V., Y COURTIS, C., *El acceso a la Información como Derecho*, Buenos Aires, sin año y SABA, Roberto, *Derechos Sociales, Políticas Públicas y Acceso a la Información*, Centro de Estudios de Estado y Sociedad, Buenos Aires, 2004.

de políticas públicas para su ejercicio, el acceso a la información respecto de la implementación de estas políticas constituye una condición previa para el reclamo por su respeto y ejercicio efectivo²⁴⁵.

²⁴⁵ SABA, Roberto, *Op. cit.*, p. 13.

IV. CONCLUSIONES DEL PROYECTO

A continuación nos parece importante poder destacar las conclusiones y las propuestas de los dos estudios nacionales y formular algunas consideraciones generales que puedan servir de base a la discusión regional respecto del acceso a la información desde una perspectiva de derechos humanos.

En primer lugar, transcribiremos los aspectos centrales de las conclusiones de cada país y luego formularemos comentarios comunes a ambos informes.

1) LAS CONCLUSIONES EN MÉXICO

Desde su promulgación en 2003, los impactos de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental han sido contundentes, pues ha permitido el acceso a información de distintas áreas de la actividad estatal. En otros términos, ha contribuido a la apertura del Estado y al conocimiento público de asuntos relevantes de interés nacional, además ha puesto en manos de las y los ciudadanos información relevante para la toma de sus propias decisiones. [...] El derecho de acceso a la información (DAI) se convirtió en una herramienta útil e indispensable para la democratización, a la vez que comenzó a remover inercias dentro de la administración pública como la corrupción y la discrecionalidad.

Los avances en el fortalecimiento del DAI se inscriben en un contexto de activa participación de la sociedad civil, académicos, especialistas, periodistas y organizaciones reunidas en redes y colectivos que, por un lado, han generado conocimiento especializado en la materia y, por otro, han hecho uso permanente del DAI como herramienta de empoderamiento ciudadano y de contraloría social. El trabajo de las organizaciones y la participación ciudadana han sido factores decisivos en el desarrollo y la evolución del DAI.

En la actualidad, el ejercicio efectivo del DAI en México tiene grandes desafíos y la nueva Ley General de Transparencia, publicada en 2015, contribuye de manera significativa a superarlos. Sin embargo, persisten resistencias en la aplicación de los principios y bases que allí se establecen. [...] Por otro lado, ilustrando la resistencia del aparato gubernamental a la apertura, algunos congresos locales intentan aprobar legislaciones contrarias al derecho. Para algunos especialistas este derecho aun no ha alcanzado su potencial democrático y, además, no es utilizado ampliamente por la sociedad como una herramienta para la exigibilidad de otros derechos humanos.

Uno de los aspectos más relevantes es que el DAI ha servido a la ciudadanía en cierta medida para detener abusos, favorecer su involucramiento en el desarrollo comunitario y lograr el acceso a servicios y bienes públicos. Pese al uso limitado que tiene el DAI entre la población mexicana, las experiencias que se presentaron en los casos de estudio tienen como característica principal la articulación de dos actores sociales: personas, en algunos casos reunidas en organizaciones de base, con grupos de la sociedad civil especializados en la investigación e incidencia política. El trabajo realizado por estos actores son muestra de un ejercicio colaborativo, eficaz y complementario que ha tenido como resultado el empoderamiento ciudadano en distintos niveles.

En este sentido, los estudios de caso dan cuenta del uso que ha tenido el DAI como un instrumento para avanzar en el cumplimiento y en el goce de derechos económicos, políticos y sociales de la población mexicana.

2) LAS CONCLUSIONES EN CHILE

Un gran ausente en la ley es el reconocimiento del derecho de acceso a la información en el ámbito del poder judicial y del poder legislativo, con un estándar similar al del poder ejecutivo. [...] En los hechos, el CPLT, en cada uno de los 71 amparos o reclamos que ha recibido en contra del Poder Judicial, ha sostenido inequívocamente que el ámbito de aplicación de la Ley N° 20.285 no hace referencia expresa a este poder del Estado en cuanto órgano sujeto a sus disposiciones y que el Reglamento de la Ley señala expresamente que no se aplicarán sus disposiciones, entre otros, a los Tribunales que forman parte del Poder Judicial, por lo que, concluye, carece de la competencia necesaria para conocer de ellos, declarándolos en definitiva inadmisibles.

Otro aspecto importante a considerar en la mejoras dice relación con el rol fiscalizador del CPLT y la inexistencia de una plataforma única de ingreso de solicitudes de acceso a la información, de carácter obligatorio. Lo anterior impide que esta institución pueda realizar una cabal revisión de lo que ocurre con las solicitudes presentadas a los distintos órganos y servicios, limitándose a conocer de aquellas que se efectúan a servicios que voluntariamente han ingresado a la plataforma creada para estos efectos, las que vía amparo llegan hasta el Consejo o aquellas que son objeto de fiscalizaciones específicas que desarrolla la dirección respectiva, a órganos y servicios de la administración del Estado.

Una tendencia que se observa en todos los casos analizados es la necesidad de afrontar de manera aún más directa y con recursos suficientes el fomento y promoción del uso del derecho de acceso a la información. [...] Por su parte, los requirentes de información en los cuatro casos analizados en el estudio chileno, así como otros usuarios de la ley coinciden en señalar que se trata todavía de un derecho utilizado por élites, que tienen mayores conocimientos y facilidades para ejercerlo, pues, por ejemplo, el procedimiento de solicitud vía internet es aún complejo para muchos ciudadanos.

Todos ellos manifiestan que existe un cambio indudable y evidente en su relación con la administración del Estado a partir de la dictación de la Ley N° 20.285 y que en este cambio el CPLT ha tenido un rol clave. Antes de la actual ley, señalan, se

trataba de un derecho ilusorio e imposible de ejercer y reclamarlo legalmente, para un ciudadano que no contara con asesoría legal. Reconocen que hoy el procedimiento de acceso a la información es en muchos casos eficiente y efectivo, obligando al Estado a destinar recursos para dar respuesta a los requerimientos. Sin embargo, de igual manera, señalan que perciben que la administración del Estado aún mantiene el control de la situación: que solo entregan la información cuando esto les conviene o tiene efectos inocuos y que en muchos casos y respecto de ciertas instituciones identificables existe una actitud habitual de no dar respuesta a las solicitudes.

Señalan que solo algunos ciudadanos logran recurrir al Consejo, donde el órgano hace entrega de la información varios meses después de efectuada la solicitud, perdiendo los antecedentes su vigencia y sin que exista una sanción para los órganos de la administración del Estado que los conmine a tener un actitud diferente en el futuro. En muchos de los casos la información entregada se encuentra sistematizada de tal manera que no les es posible desagregarla y hacer un uso efectivo de la misma.

[...]

En esta materia el CPLT, con sus decisiones, tiene un rol que desempeñar como articulador del valor instrumental del derecho de acceso a la información. Reconocer y explicitar que la información es valiosa en sí misma y por lo tanto que el derecho en juego es el acceso a la información *per se*, resulta relevante, pero igualmente lo es resaltar aquellos casos en que la información obtenida permite el ejercicio de otros derechos, particularmente los derechos económicos, sociales y culturales.

[...]

En el ámbito internacional, si la obligación del Estado de respetar y hacer respetar los DESC es progresiva y si ese deber se extiende hasta el máximo de los recursos disponibles, la única forma de determinar si se cumple o no con él es contando con información del Estado que dé cuenta de los avances y de la utilización del máximo de los recursos disponibles en los esfuerzos para lograrlo. De igual manera, en el caso de los derechos reconocidos por la Constitución y que requieren de políticas públicas para su ejercicio, el acceso a la información respecto de la implementación de estas políticas constituye una condición previa para el reclamo por su respeto y ejercicio efectivo.

3) ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Lo primero que merece ser destacado es la opinión compartida en ambos informes de que la institucionalidad respecto del acceso a la información pública ha sido un avance en materia de transparencia y derechos humanos. No parece haber duda alguna que esta institucionalidad marca un antes y un después en estas materias en los países que avanzan seriamente en generar condiciones institucionales para que las personas puedan acceder a la información que es relevante para el uso y goce de los derechos, particularmente, aquellos que tienen un marcado contenido prestacional.

Un aspecto preocupante en ambos países es que el uso de la institucionalidad, particularmente, los reclamos ante los órganos de control es notoriamente elitista. Son grupos ya informados los que reclaman y usan el acceso a la información como

parte de estrategias más amplias de reivindicación de derechos o de rendición de cuentas. Este es evidentemente un aspecto que debiera ser de preocupación, ya que el ejercicio de un derecho tan importante para poder gozar y ejercer otros derechos debiera estar ampliamente desarrollado. En este sentido, deben revisarse los procedimientos de forma tal que sean efectivamente accesibles a toda la población y realizar formas de capacitación que lleguen a todos los potencialmente usuarios del sistema.

Otro aspecto a destacar es que en ambos estudios aparece con fuerza la idea de que el acceso a la información tiene sentido en la medida que la información a la que se accede sea de utilidad. No basta cualquier información, entregada de cualquier forma y en cualquier formato. Para que la información sea de utilidad para los fines que le son propios, debe ser una información completa, pertinente, ordenada y fácilmente entendible. La cuestión central es quién controla que esta información sea completa.

Finalmente, es importante destacar que la participación política mediante el acceso a la información pública aún tiene un potencial para el movimiento protransparencia y para el movimiento de derechos humanos. Es interesante observar cómo se van ampliando las temáticas consultadas y no han quedado en los temas más obvios, como son los de derechos económicos, sociales y culturales, sino que se van aventurando a otras materias. Si bien los resultados aún son tímidos, demuestran un camino que se va abriendo a la comunidad.

Esperamos que este informe sirva para motivar al debate respecto de las políticas de acceso a la información y los derechos humanos tanto en Chile y México como en otros países de la región.

Claudio Nash Rojas
Director del Proyecto



Centro de Derechos Humanos
Facultad de Derecho
Universidad de Chile

Pio Nono 1, Providencia
Santiago de Chile
Teléfono (56)229785271

www.cdh.uchile.cl
cdh@derecho.uchile.cl