



ARTÍCULO

OPEN ACCESS

Indeterminación del derecho y racionalidad de la administración de justicia, con respecto a los nuevos paradigmas de transparencia en México

Indeterminacy of the law and rationality of the administration of justice, with respect to the new paradigms of transparency in Mexico

Alejandra Monserrat Esquivel Medina

0000-0003-3622-5853

Recibido: 06 de diciembre 2022.

Aceptado: 20 de abril 2023.

Sumario

I. Introducción. II. Reflexiones sobre la indeterminación y racionalidad en el derecho. III. Aspectos relevantes sobre la rendición de cuentas, derecho al acceso a la información y transparencia en México. IV. Análisis de caso práctico; V. Conclusiones.

Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la Licencia *Creative Commons* Atribución-No Comercial-Compartir igual ([CC BY-NC-SA 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/)), que permite compartir y adaptar siempre que se cite adecuadamente la obra, no se utilice con fines comerciales y se comparta bajo las mismas condiciones que el original.



Indeterminación del derecho y racionalidad de la administración de justicia, con respecto a los nuevos paradigmas de transparencia en México

Indeterminacy of the law and rationality of the administration of justice, with respect to the new paradigms of transparency in Mexico

Alejandra Monserrat Esquivel Medina*

Resumen

El presente artículo aborda una aproximación a la indeterminación del derecho en análisis a la hermenéutica jurídica respecto al derecho a la transparencia y rendición de cuentas. Igualmente, se aborda la racionalidad en la administración de justicia; ambos como fenómenos que afectan el ejercicio y garantía final del derecho a la transparencia en México.

Palabras clave: Indeterminación de la ley, racionalidad en la administración de justicia, transparencia, rendición de cuentas.

Abstract

This article addresses an approach to the indeterminacy of law in the analysis of legal hermeneutics with respect to the right to transparency and accountability. It also addresses the rationality in the administration of justice; both as phenomena that affect the exercise and final guarantee of the right to transparency in Mexico.

Keywords: Indeterminacy of the law, rationality in the administration of justice, transparency, accountability.

“Para que no se pueda abusar del poder hace falta que, por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder. Una constitución puede ser tal que nadie se verá obligado a hacer las cosas que la ley no le obliga, y no hacer aquellas que la ley le permite.”¹²⁹

I. INTRODUCCIÓN

La filosofía del derecho se sienta sobre diversos enfoques: uno de ellos se compone de la evolución que el pensamiento filosófico tiene para dar una definición de lo que es el

* Doctorante en Ciencias del Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa, parte del Programa Nacional de Posgrado de Calidad inscrito en el CONACYT, maestra de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa.

¹²⁹ MONTESQUIEU De l'esprit des lois, 1758, disponible en: <https://bit.ly/3ADRtdJ> [consultado el 28 de febrero de 2020].

derecho mismo; otro enfoque se compone del estudio de la lógica, el lenguaje, y las herramientas que éstos proveen en la interpretación de las normas y la aplicación de estas.

A fin de abordar el tema propuesto en el presente, se analizaron de manera preliminar algunas nociones sobre la indeterminación y la racionalidad del derecho; así, se tuvo en primera instancia el desarrollo de temas relativos a la interpretación y el apunte hacia algunas teorías que detallan el fenómeno de la racionalidad en el derecho.

Como cuestión primigenia de la interpretación y determinación de las normas, se puede partir de las ideas del pensador Tomás de Aquino, quien estableció como parteaguas que la finalidad de la norma positiva estaba dada por el derecho natural, y se deja al creador de la norma la libertad de elegir los medios más adecuados.

Por otra parte, se esbozaron también principios del naciente derecho a la buena administración, de donde nacen ahora paradigmas que definen qué es una buena administración y bajo qué principios se regirá.

Se planteó también la evolución del principio de transparencia en la administración pública, a fin de ilustrar la finalidad de las leyes que la enmarcan y con ello dar luz sobre la influencia que la convencionalidad y otros sistemas jurídicos han ejercido sobre estas instituciones; de igual manera, se ilustró sobre la finalidad y alcances que este principio tuvo en el sistema mexicano.

Una vez analizado el marco contextual, se realizó un análisis de caso concreto en el que se aprecia la aplicación de los criterios de indeterminación y racionalidad del derecho, de acuerdo con los alcances y propósitos mismos de la norma vigente y cómo estos influyen en la administración de justicia.

II. REFLEXIONES SOBRE LA INDETERMINACIÓN Y RACIONALIDAD EN EL DERECHO

Se asume en principio de cuentas que el desarrollo más interesante de la teoría de la interpretación viene no del significado abstracto de las normas como se plantea por Kelsen, sino de la perspectiva del caso concreto desde donde se cuestiona la norma o se busca la regla en cuestión¹³⁰.

¹³⁰ VIOLA, F. "Interpretación e indeterminación de la regla jurídica", en Cáceres, Enrique, *et al*, (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 22.

Retomando los preceptos de Hart, en situaciones donde la norma es indeterminada y existe una zona de penumbra en los casos difíciles, se considera que el juez tiene un margen de discrecionalidad para resolverlos, es decir:

La indeterminación, imprecisión y la vaguedad de las normas jurídicas, son características inherentes al proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico¹³¹.

Otro campo dentro del cual se ha desarrollado la teoría de la interpretación jurídica es el de la indeterminación de la regla jurídica, aspecto que tiene relación con el carácter general de la regla.¹³²

A ese espacio de discrecionalidad, la Real Academia Española, en su diccionario de español jurídico, indica que por concepto jurídico indeterminado debe entenderse:

[...] Concepto utilizado por las normas del que no puede deducirse con absoluta seguridad lo que aquellas han pretendido exactamente, siendo difícil alcanzar una solución exacta. De esta dificultad surgió la doctrina del «margen de apreciación», que deja cierta libertad, o al menos tolerancia jurídica, para que al concretar un concepto normativo puedan seguirse diversas opciones¹³³.

De igual manera, la Real Academia sostiene la doctrina del margen de apreciación que permite a la administración de justicia elegir entre varias opciones cuando existe discrecionalidad en la aplicación de los preceptos jurídicos indeterminados. Sin embargo, es importante destacar que la aplicación de estos preceptos sólo permite una solución justa para resolver las controversias planteadas.

La indeterminación normativa admite que es posible crear derecho por parte de los tribunales, postura compartida por parte de Hart y Endicott, quienes abogan por la indeterminación, que da paso a la discrecionalidad judicial. En sentido contrario, se encuentra la completitud del derecho, que defiende que el propio ordenamiento ofrece una solución a todos los casos posibles; postura compartida por Kelsen y Dworkin.

Aunque es cierto que la propuesta de Kelsen en su teoría pura del derecho nos acerca a una comprensión científica del derecho y a la interpretación de las normas desde su estructura, ha habido varias críticas debido a la complejidad de valorar la interpretación

¹³¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, R., "Indeterminación contenido esencial de los derechos humanos en la constitución mexicana.", en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 37, julio-diciembre 2017, México, pp. 229-263.

¹³² VIOLA, F., *op. cit.*, p. 23.

¹³³ Diccionario prehispánico del español jurídico. Disponible en: <https://dpej.rae.es/> [consultado el 3 de febrero de 2023].

de la norma y la diversidad de casos que podrían presentarse. Estas críticas han llevado a una reacción en contra del positivismo, especialmente a raíz de eventos históricos como la Segunda Guerra Mundial, donde la aplicación rígida del positivismo condujo a contradicciones que los juristas resolvieron mediante la integración del derecho natural a través de los derechos fundamentales.

Este pensamiento del derecho puro llevaba a pensar que cualquier conflicto, incluso si se tratare de conflictos entre normas, debe de resolverse a partir del mismo derecho positivo como si no existieran lagunas.

Dentro del positivismo, podemos decir entonces que impera la idea de la sujeción a la ley por parte del operador jurídico, negando la posibilidad de que existan lagunas o discrecionalidad de su parte a la hora de aplicar la norma.

Norberto Bobbio, citado por López Sánchez, ha abordado los fundamentos del positivismo jurídico de manera más elaborada a la época actual; mientras que Dworkin con su visión teórico-político, de naturaleza neoiusnaturalista, sostiene la completitud del ordenamiento jurídico.¹³⁴

Su modelo de la función judicial de resolución de casos difíciles se relaciona con la interpretación que el juez hace de la norma fundamental; así, su función es la de adaptarse y justificar los arreglos básicos del poder político de la comunidad.

Sin embargo, las críticas al modelo de Dworkin señalan que al abordar el tema bajo el enfoque del juez Hércules, este modelo se acerca más a la idea de la completitud que de la indeterminación, ya que es éste capaz de encontrar las soluciones a los asuntos planteados a partir de la integración e interpretación; de ahí que transite entonces al antipositivismo jurídico pues el modelo propuesto se ancla en un esquema de indeterminación.

Cabe aclarar que la integración propuesta por el filósofo se compone a partir de principios, que a su vez parten de exigencias de justicia, equidad o moralidad, haciendo la diferencia entre estos principios y las reglas.¹³⁵

Los principios del estado de derecho y los derechos fundamentales son ideas que se definen desde la abstracción, pero, se podría decir que la manifestación de estas ideas se encuentra en las constituciones y en los sistemas políticos de tal o cual estado.

¹³⁴ LÓPEZ, SÁNCHEZ, R., *op. cit.*, pp. 229-263.

¹³⁵ Ídem.

Para el Estado democrático de derecho, la manifestación del paradigma de éste tiene como eje central, además de la legislación en materia política, la práctica de las decisiones judiciales y las decisiones en materia administrativa que los órganos del ejecutivo practican, siempre dentro de los límites que el marco legal vigente, los contextos políticos y las fuentes históricas, lo permiten.

Es importante tener en cuenta que las decisiones que se tomen deben basarse en la particularidad del caso en cuestión, teniendo en cuenta sus circunstancias y contexto específico, en lugar de depender únicamente de la formulación abstracta de la regla; “[...] es la regla la que será de fácil o de difícil interpretación al ser llamada a dar solución a un caso concreto”¹³⁶.

Por otra parte, no escapa de vista que el uso limitado con el que utilizamos las palabras da pie a abarcar una significación más amplia de la que utiliza cada sujeto en sus contextos particulares; los términos que se incorporan al texto jurídico adolecerán de inexactitud o imprecisión¹³⁷.

Otro aspecto que acentúa la indeterminación es la voluntad del legislador, que, según García de Enterría, citado por Del Real¹³⁸, utiliza la indeterminación como técnica de normación.

Por último, aplicar o no a un caso en concreto un concepto jurídico indeterminado, presupone el haber fijado en principio su significado, en una labor de reconstrucción por parte del operador jurídico, quien realiza una valoración sobre el concepto y la realidad del caso a aplicarse.

En contraste, tenemos que la problemática de la racionalidad de la administración de justicia plantea que si bien la dogmática y la teoría del derecho se mueven bajo el supuesto de que las leyes deben ser obedecidas en todo momento y que ello se sustancia bajo la perspectiva del juez, la aplicación del derecho en la administración de justicia presupone un surgimiento contingente de éste y el deber de los operadores jurídicos de fundamentar su aplicación de modo racional, para asegurar así la seguridad jurídica y la corrección de las normas de manera racional.

¹³⁶ VIOLA, F., *op. cit.*

¹³⁷ del REAL ALCALÁ, J., Sobre la indeterminación del derecho y la ley constitucional. El caso del término «nacionalidades» como concepto jurídico indeterminado, *Derechos y Libertades*, Núm. 11, enero-diciembre 2002, disponible en: <https://bit.ly/3AGbYGY> [consultado el 3 de febrero de 2023].

¹³⁸ Ídem.

Por lo tanto, en virtud de la racionalidad, el operador jurídico se enfrenta al desafío de hacer valer determinaciones que no solo se basan en cuestiones puramente jurídicas. Por esta razón, es comprensible que el juez tenga la capacidad de utilizar su discrecionalidad para tomar decisiones, teniendo en cuenta aspectos históricos, psicológicos y sociológicos que están presentes en el caso en cuestión. Además, es importante tener en cuenta que los procesos judiciales pueden ser influenciados por intereses, bienestar social, actitud política e incluso cuestiones personales y de ideología del operador jurídico.

Tenemos que la evolución misma de las leyes se sobrepone a la razón o la moral, por lo que la seguridad jurídica se muestra en la manera en que el positivismo viene a plantear una solución para los llamados casos difíciles (teoría de los derechos de Ronald Dworkin), en la que las reglas son las normas jurídicas en concreto y los principios aparecen como las directrices jurídicas a seguir cuando las primeras necesitan de interpretación, aplicándose ambas como complemento de sí mismas desde una perspectiva de lógica de la argumentación¹³⁹.

Los elementos antes relacionados son los que según el modelo de Dworkin sirven para la fundamentación en la toma de decisiones. Bajo esa primicia, el derecho positivo compuesto por reglas y principios garantiza a los individuos la seguridad jurídica y la aceptabilidad racional, ello a través de la administración argumentada y lógica.

Ahondando en lo anterior, el mencionado tratadista arranca su modelo a partir de que en la administración de justicia se han asimilado contenidos meramente morales, ya que el derecho mismo parte a través de un procedimiento democrático de producción de leyes y, por consiguiente, de las razones morales o de justicia que permean el contenido de éstas, pero que, al someterse a decodificación experimentan un cambio en su significado que les viene impuesto por la forma jurídica.

Luego de un análisis profundo sobre el significado de dogmática jurídica, Manuel Atienza concluye que:

[...] sería entonces una peculiar combinación de técnica social y de filosofía práctica (moral y política), un lugar de reunión de la razón instrumental u la razón práctica¹⁴⁰.

¹³⁹ MONTERO, A. *Derecho y Moral Estudio Introductorio*, CDMX: UNAM, 2011, p. 161.

¹⁴⁰ ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Filosofía del Derecho y Transformación Social*, Madrid: Trotta, 2017, p. 192.

En añadidura, Atienza concluye que la actividad dogmática debe acompañarse de racionalidad, deliberación sobre los fines y valores en que los mismos se sustenten¹⁴¹.

Respecto a la argumentación jurídica, más adelante el precitado filósofo desarrolla una teoría estándar de la argumentación, como una argumentación que pudiera distinguirse a través de señas predominantes; dicha propuesta a tenido frente a sí la existencia de dos problemáticas: una de ellas es la utilidad o conveniencia que se aborda como el problema de su indeterminación, y la otra, el de la adscripción de los modelos teóricos de argumentación jurídica o, problema de la adscripción.

Chávez-Fernández, quien a su vez analizó la propuesta de Atienza, aprecia que en su teoría estándar existen aspectos que deben tenerse en cuenta para determinar que se trata de una teoría no positiva y con enfoque argumentativo: el uso del método analítico, objetivismo moral, implantación social y pragmatismo filosófico.

Desde que se acuñó el nombre a dicha teoría se han distinguido dos momentos: la decisión judicial y su discurso de justificación; integra también el aspecto lógico-formal que se ocupa del respeto por las reglas de la inferencia y, por otra parte, de la racionalidad práctica que se detendría sobre todo en el establecimiento de las premisas con las que se realiza la inferencia¹⁴².

Agregó que esta teoría distinguiría entre los casos judiciales fáciles y difíciles y sus fundamentos vienen a abonar al término de constitucionalismo pospositivista cuyos fundamentos abarcan: normas como razonamiento práctico; derecho como práctica social, no sólo normas sino procedimientos y valores; interpretación como proceso racional; reivindicación del carácter práctico del derecho; el paso de jurisdicción legalista a una principalista; correlación entre el derecho y la moral; razón práctica, jurídica, moral y política; la razón jurídica guía a la justicia; y, la ambigüedad del derecho¹⁴³.

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² CHÁVEZ-FERNÁNDEZ, J., “El enfoque argumentativo de Manuel Atienza y la teoría estándar: dos problemas y un ensayo de solución”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Núm.13, enero-diciembre 2019, pp. 129-160. Disponible en: <https://bit.ly/3Hrlm3Q> [consultada el 21 de febrero de 2020].

¹⁴³ Idem.

III. ASPECTOS RELEVANTES SOBRE LA RENDICIÓN DE CUENTAS, DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA EN MÉXICO

Del derecho a la buena administración pasamos a la transparencia. Se pone como contexto que, respecto a la región iberoamericana, la regulación mexicana en la materia de transparencia y acceso a la información destaca por su generosidad y por ser especialmente avanzadas¹⁴⁴; se tiene que para este y otros países de la región, el derecho de acceso está garantizado a nivel constitucional. Sin embargo, según datos de Transparencia Internacional, América Latina sigue siendo considerada una de las regiones más corruptas del mundo¹⁴⁵.

Por su parte, Comisión Interamericana de Derechos Humanos en conformidad con lo que establece el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, mandata:

[...] el acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas¹⁴⁶.

Por otro lado, la Organización de los Estados Americanos coloca como marco la Ley Modelo de Acceso a la Información¹⁴⁷, aprobada el día 8 de junio de 2010, en la que se propone ya como prerrogativa a favor del solicitante que éste pueda formular petición de información pública de manera anónima y sin tener que justificar las razones por las cuales solicita la información.

De igual manera, es de destacarse la jurisprudencia emitida en el caso *Claude Reyes vs Chile* resuelto por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuyo pronunciamiento sentó las bases para el reconocimiento formal del derecho al acceso a la información como parte del derecho fundamental de la libertad de expresión¹⁴⁸; de la

¹⁴⁴ MONTERO, A., *op. cit.*, p. 40.

¹⁴⁵ MONTERO, A., *op. cit.*, p. 41.

¹⁴⁶ CIDH, Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, principio núm. 4. Disponible en <https://bit.ly/2sGLtyy> [consultada el 21 de febrero de 2020].

¹⁴⁷ “Ley modelo interamericana sobre acceso a la información pública” en <https://bit.ly/3oP4K0t>, [consultada el 20 de febrero de 2020].

¹⁴⁸ INAP, Estudio comparativo sobre normativa internacional en materia de derecho de acceso a la información pública, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2016, p. 43.

misma manera, esta sentencia prescribe que no es necesario motivar la demanda de información puesto que no existe necesidad de corroborar el interés directo ni relación personal para obtener la información solicitada.

Luego entonces, en los países latinoamericanos y en especial México, existió un crecimiento económico y un desarrollo social tal que implicó que la ciudadanía voltease ahora al reclamo de sus derechos político-sociales, encontrando ahora como mecanismo para su acceso y procuración a la transparencia y el derecho al acceso a la información.

Retomando del apartado próximo anterior, atendiendo a que México se encuentra en el supuesto del estado democrático de derecho, es necesario acotar que, para hablar de democracia, no nos podemos limitar solamente a la participación de la población en elecciones. Por esta razón, los ciudadanos mexicanos ven en la transparencia y la rendición de cuentas herramientas valiosas para su participación directa en el gobierno. Es importante destacar que existe una diferencia entre la rendición de cuentas, la transparencia y el derecho al acceso a la información. A continuación, se cita a López Ayllón y Merino para mayor claridad:

[...] la rendición de cuentas no equivale al derecho de acceso a la información pública ni es sinónimo de transparencia ([...]) el acceso a la información constituye un derecho fundamental y un valor superior a la democracia, la transparencia es algo más que eso: es una política deliberada del Estado para producir y emplear sistemáticamente información como un recurso estratégico, destinado a facilitar y dotar el contenido a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos¹⁴⁹.

Podemos concluir a partir de lo anterior que el derecho al acceso a la información es un derecho fundamental y subjetivo en favor del individuo frente al estado democrático, en este sentido:

[...] se refiere a la posibilidad de obtener información accesible, oportuna y confiable en posesión de los gobiernos. Esta información permite conocer el quehacer del gobierno, dar seguimiento puntual a las acciones emprendidas, evaluar las mismas y conocer la evidencia detrás de los procesos de toma de decisión¹⁵⁰.

¹⁴⁹ LOPEZ AYLLÓN, S.; MERINO, M., “La rendición de cuentas en México: perspectivas y retos”, *Cuadernos Sobre Rendición de Cuentas*. México DF: Secretaría de la Función Pública, 2009. Disponible en <https://bit.ly/3Vi0bYG> [consultada el 15 de febrero de 2020].

¹⁵⁰ PÉREZ, H.; TERRAZAS, R., “Acceso a la información y transparencia en México”, Fundar, Centro de Análisis e Investigación, AC, 2010. Disponible en: <https://bit.ly/3LgZv17> [consultada el 15 de febrero de 2020].

Por tanto, es diverso a la rendición de cuentas, que “[...] implica la posibilidad de que, una vez conocida la información sobre las acciones realizadas por las autoridades, éstas puedan explicar la racionalidad de dichas acciones y asumir la responsabilidad de las mismas”¹⁵¹.

En cambio, por transparencia, se tiene como aquella política bajo la cual sólo en casos de excepción, deberá de producir, almacenar, emplear y facilitar para el ciudadano todo contenido que resulte del que hacer y sea relativo a los asuntos públicos. Ello naturalmente implica tanto el poner a disposición apertura amplia y fácil acceso del ciudadano esta información, así como de predisponer los medios para que éste pueda solicitar tal contenido.

Luego entonces, la transparencia aparece como coadyuvante en la gobernabilidad y la rendición de cuentas de los departamentos del Estado, poniendo a disposición la información a través de programas, proyectos, facilitando los medios para su verificación, evaluación y seguimiento.

Para finalizar la idea, se estima pertinente citar otra definición de transparencia gubernamental: “[...] cualidad aplicable a los flujos de información que constituyen las herramientas a través de las cuales identificamos, conocemos, entendemos y evaluamos la acción gubernamental, tanto de los individuos como de grupos y organizaciones”¹⁵². Para México, el referido concepto de transparencia aparece originalmente en el ámbito electoral de los ochentas con la exigencia de elecciones transparentes¹⁵³, enfocándose entonces al ámbito electoral y no a las decisiones y ejercicio del gobierno.

Posteriormente, se tiene como primer antecedente de un ordenamiento vinculante la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en el que se establece la obligación contraída por el Estado Mexicano de publicar leyes, reglamentos, y resoluciones relativas al tratado; disposición que en su momento generó reticencia¹⁵⁴.

Efectivamente, el derecho al acceso a la información se encuentra consagrado en la Carta Magna en el artículo 6º constitucional desde el año 2007; sin embargo, como tal, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 11 de junio de 2002; ésta fue

¹⁵¹ Idem.

¹⁵² LÓPEZ AYLLÓN, S., 2017, “La transparencia gubernamental”, en Esquivel, Gerardo, et al, (coords.), Cien ensayos para el centenario, CDMX: UNAM/IIJ/IBD, 2017, Tomo II. pp. 278-279. Disponible en <https://bit.ly/44rXQ1N> [consultado el 15 de febrero de 2020].

¹⁵³ Ibidem, p. 281.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 282.

abrogada con la emisión de la respectiva Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, publicada en el 9 de mayo de 2016, y cuya última reforma data del día 27 de enero de 2017.

Los cuerpos normativos antes señalados articularon los instrumentos eje que, bajo la óptica del reconocimiento de la transparencia y el acceso a la información pública como derecho fundamental de todos los mexicanos, se conforman ya, como el camino recorrido hacia la consolidación de un Estado democrático de derecho.

Un ejemplo de estos esfuerzos, lo conforma el primer plan de acción 2011-2012 relativo a la Alianza para el Gobierno Abierto (AGA) en México, habilitado por el entonces Instituto Federal de Acceso a la Información Pública¹⁵⁵. Como parte de este mandato, México elaboró el plan de acción con una lista de compromisos, perfectamente medibles y con la meta de avanzar en transparencia, en participación ciudadana y en combate a la corrupción. A pesar de lo anterior, muchos expertos señalan que aún queda mucho por hacer en este ámbito. Algunos sugieren la implementación de la cogestión pública ciudadana como una forma de fomentar la gobernanza transparente y participativa, permitiendo a los ciudadanos involucrarse en la toma de decisiones relacionadas con el gasto público; se pretende con dicha propuesta la planificación comunitaria de los recursos públicos como objetivo para que el ciudadano debata y confronte sus preferencias en los gastos e inversiones a realizar¹⁵⁶.

Esta participación, a diferencia de la participación electoral, se propone a realizar de manera directa entre los niveles de gobierno más próximos a los ciudadanos, como lo son las sindicaturas y los municipios, y en lugar de inmiscuirse de manera directa e individual se prefieren las formas asociativas, por la contingente existencia de cuestiones técnicas.

Esta propuesta desarrollaría la democracia directa, representativa y la intervención activa de los ciudadanos en los presupuestos públicos, suponiendo con ello una planificación comunitaria.

Lamentablemente, en México, el ejercicio más cercano que se tiene de esta naturaleza es la implementación del presupuesto ciudadano, ejercicio que si bien está instituido para que los diferentes órdenes de gobierno hagan público y en lenguaje

¹⁵⁵ “Alianza para el Gobierno Abierto MX/1° Plan de Acción 2011-2012”. Disponible en: <https://bit.ly/40PFYus> [consultado el 10 de febrero de 2020].

¹⁵⁶ MOLINA MOLINA, J., *Ciudadano y gasto público. Por una gobernanza transparente y participativa*, 3a. ed., Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 140.

ciudadano su Ley de Ingresos y Presupuesto de Egresos, el verdadero ejercicio de esta dinámica lo encontramos en la publicación del presupuesto ciudadano del año 2012¹⁵⁷, en donde se explica de manera sencilla y coloquial pero clara y precisa qué es y cómo se hace un presupuesto.

El fomento de la transparencia mencionado anteriormente podría ser el primer paso para empoderar a la ciudadanía y permitirles revisar, cuestionar y exigir que los gobiernos manejen los recursos públicos de manera eficiente, eficaz y equitativa. Sin embargo, sin una participación ciudadana directa como se propone en el modelo de cogestión, es poco probable que este ejercicio resulte en un control ciudadano efectivo para erradicar la corrupción. En su lugar, se confiará en las contralorías internas y en los órganos de pesos y contrapesos propios de la división de poderes, lo que podría no ser suficiente para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas necesarias.

Finalmente, es de resaltarse que “[...] la poca participación y la desigualdad social están íntimamente unidas[...]”¹⁵⁸, por lo que no basta con implementar políticas de transparencia, tener la cultura de la rendición de cuentas y reconocer el derecho de acceso a la información; los retos que tiene México y Latinoamérica frente a su población son entre muchos, el freno a la corrupción, que, por ende, repercute de manera directa en la desigualdad social.

IV. ANÁLISIS DE CASO PRÁCTICO

El caso práctico propuesto a análisis se plantea en principio por Gustavo Fondevila, específicamente el relativo a la transparencia en el ayuntamiento, sesiones y comodatos y donaciones de espacios públicos contra la seguridad nacional¹⁵⁹.

En este caso, se expone una solicitud de un ciudadano que busca el amparo y protección de la justicia de la federación a fin de conocer qué hacen los servidores públicos en pro de los ciudadanos, ello, invocando los artículos 6, 14 y 16 de la Constitución en relación con los contratos de arrendamiento y comodato de espacios de uso común que son propiedad del ayuntamiento.

¹⁵⁷ “Presupuesto ciudadano 2012”. Disponible en: <https://bit.ly/3NqAx2e> [consultado el 22 de febrero de 2020].

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 115 y 116.

¹⁵⁹ FONDEVILLA, G. *Filosofía del Derecho. Estudio de casos*, México, Oxford University Press, CIDE, 2010, pp. 224 - 240.

La problemática para dilucidar plantea que, en pro del ciudadano y la salvaguarda de su derecho al acceso a la información, no se debe de limitar el acceso a las actas de sesión de cabildo, puesto que dicha restricción resultaría en un ejercicio viciado y discrecional del ayuntamiento.

En primera instancia, se le resolvió que, respecto de las actas de las decisiones tomadas en el cabildo, éstas le fueron negadas ya que no acreditó los extremos de contar con interés legítimo, por lo que en ese entonces tribunal de garantías le negó la protección y amparo.

Posteriormente, a través del recurso de revisión, el recurrente argumentó que la ley de la materia que considera como inconstitucional, no señalaba qué era el interés legítimo para el caso que le ocupa, y que su principal pretensión de obtener las actas de decisiones del cabildo estriba en que el aparato del ayuntamiento estaba llevando a cabo enajenación de áreas verdes y áreas comunes; decisiones que según lo argüido van en contra del interés de la sociedad de ese municipio.

Al respecto, en revisión el órgano jurisdiccional resolvió que no es necesario definir la falta del interés legítimo dentro del texto de la ley controvertida, puesto que es un concepto por demás conocido y el cuerpo de las normas no puede convertirse en un diccionario; además, señaló que éste es por demás comprensible y no tiene que ver con la discrecionalidad, puesto que es una potestad reglada por normas de la lógica y el derecho; además infiere que la falta del interés legítimo bien puede constituir una causa de sobreseimiento más no para negarse el amparo.

Asimismo, el tribunal interpretó que el artículo 6 constitucional contempla el derecho a la libertad de expresión en sentido amplio: comprende el derecho de buscar, recibir y difundir información e ideas.

Así, en un sentido amplio, según dicha interpretación, el derecho a la información contemplado en el precepto precitado incluye el derecho a ser informado sobre los temas del orden público y de interés general, siempre y cuando esta información sea razonable, lógica, y cause el pago de los derechos correspondientes a cargo del solicitante.

Otras limitantes que esta interpretación señala para el derecho al acceso a la información pública tienen que ver con que la liberación y publicación de la información no contravenga los intereses nacional e internacional, el interés social y la protección de una o más personas; este tipo de limitantes, según la interpretación dan lugar a la reserva de la información.

El tribunal concluye que el acceso a la información representa un derecho que no debe de entrar en conflicto con otros derechos; por tanto, regresando a los hechos que dieron lugar al litigio, se tiene que no existen limitaciones al acceso a las actas de sesión del cabildo, a personas que en verdad cuenten con interés legítimo, puesto que estas sesiones son por regla públicas y sólo por excepción serán secretas.

Por último, y a modo de comentario, es evidente que este asunto se ventiló antes de las reformas al tema de la transparencia más reciente, atendiendo a que actualmente el derecho al acceso a la información no tiene como limitante que quien solicite el acceso o copia de archivos públicos compruebe tener interés legítimo en su contenido, pues basta que dicho contenido no contravenga las reservas de información impuestas por seguridad y se respete en todo momento los datos personales y sensibles de terceros, es decir, que dicha información se proporcione en versión pública.

Ahora bien, de acuerdo con el ejercicio del análisis del caso planteado por el autor Fondevila se extrae que, de acuerdo con la teoría de Dworkin, el juzgador está frente a la tentativa de integrar las definiciones de las propuestas para darle una solución realista, positivista y usando la hermenéutica; dicho en otras palabras, busca explicar cómo la práctica de las decisiones judiciales puede satisfacer la exigencia de seguridad jurídica y aceptabilidad racional en la solución de conflictos.

Por tanto, es de concluirse que las decisiones tomadas por el tribunal en el caso antes narrado se asumieron gracias a que el juzgado resolvió con base a principios de derecho, interpretando e integrando la norma de manera armónica con el resto del texto constitucional atendido a algo llamado como el espíritu de las leyes que no es otra cosa más que la voluntad del legislador.

A diferencia de la hermenéutica, los principios de derecho utilizados en los argumentos de los juzgadores no siempre son tomados de contextos históricos. En este caso particular, la interpretación constructiva se basa en la racionalidad del derecho vigente trayéndolo a concepto. Bajo esa óptica, estamos ante una interpretación judicial de naturaleza positivista, en tanto que, usando un procedimiento constructivo, se busca compensar la indeterminación del derecho, para así, echando mano de la teoría, pudiésemos encontrar un derecho en general.

Podemos ver también que el único derecho invocado es aquél emitido por el órgano legislativo, en tanto que, en la integración de la norma que el recurrente consideraba como inconstitucional, solamente se hace uso de los principios plasmados

dentro del mismo texto constitucional, derecho cuya fuente es solamente la norma vigente.

Empero, si se tiene en cuenta la reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011 que vino a incluir en nuestra legislación el nuevo orden jurídico relativo a los convencionalismos, es inadmisibles que se resuelva en el sentido de que, para que la información que el recurrente pretende acceder, éste tenga que acreditar primero su interés legítimo.

Por tanto, las primeras resoluciones emitidas en el asunto en tratamiento sólo pudieran concebirse si éste tuviese su origen en un conflicto previo a la referida reforma constitucional.

V. CONCLUSIONES

Analizadas las puntualizaciones relativas a la indeterminación y la racionalidad del derecho, se tiene que, más allá del estudio e interpretación de la norma abstracta, tenemos como campo de acción las decisiones emitidas por los órganos jurisdiccionales y las resoluciones en materia administrativa, aplicando dicha norma al asunto en concreto. Por lo que se tienen diversos aspectos que atañen a la interpretación y aplicación de la norma por parte de los operadores del derecho. Uno de ellos es el contenido mismo de la norma al caso concreto, y otro, los parámetros o principios del derecho (marco constitucional); con ello se presupone que se satisfaga un mínimo de seguridad jurídica y racionalidad en la aplicación del derecho.

Sin embargo, existen otros aspectos que influyen en la discrecionalidad de los jueces, además de los mencionados anteriormente. Estos factores pueden afectar la interpretación y resolución de los casos que se presentan ante ellos.

Tales tintes a la discrecionalidad lo son: intereses políticos, fines del gobierno en turno, cuestiones económicas, incluso percepciones personales, ideologías, inclinaciones y preferencias propias del operador del que se trate, entre otras; que dan entonces con el punto de la problemática de la racionalidad en la aplicación del derecho.

En otras palabras, el caso en cuestión plantea dudas sobre la negativa del poder público a proporcionar información a un ciudadano, ya que no existen disposiciones legales que permitan retener o negar información, excepto en los casos de seguridad nacional y protección de datos personales, y estas excepciones deben estar debidamente fundamentadas y justificadas por la autoridad. Después de las reflexiones aquí esbozadas

sobre los parámetros convencionales y nacionales en materia de transparencia, rendición de cuentas y participación ciudadana, en este caso particular, no se han presentado las justificaciones necesarias para retener o negar la información solicitada por el recurrente, por lo que debería ser protegido y amparado por la justicia federal.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Filosofía del Derecho y Transformación Social*, Madrid: Trotta, 2017.
- FONDEVILLA, G. *Filosofía del Derecho. Estudio de casos*, México: Oxford University Press, CIDE, 2010.
- INAP, *Estudio comparativo sobre normativa internacional en materia de derecho de acceso a la información pública*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2016.
- LÓPEZ AYLLÓN, S., 2017, “La transparencia gubernamental”, en Esquivel, Gerardo, *et al.*, (coords.), *Cien ensayos para el centenario*, CDMX: UNAM/IIJ/IBD, 2017, Tomo II. pp. 278-279, disponible en <https://bit.ly/44rXQ1N> [consultada el 15 de febrero de 2020]
- MOLINA MOLINA, J., *Ciudadano y gasto público. Por una gobernanza transparente y participativa*, 3a. ed., Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2014.
- MONTERO, A. *Derecho y Moral Estudio Introductorio*, CDMX: UNAM, 2011.
- VIOLA, F. “Interpretación e indeterminación de la regla jurídica”, en Cáceres, Enrique, *et. al.*, (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

HEMEROGRAFÍA

- ALIANZA PARA EL GOBIERNO ABIERTO MX/1º Plan de Acción 2011-2012” disponible en: <https://bit.ly/40PFYus> [consultado el 10 de febrero de 2020].
- CHÁVEZ-FERNÁNDEZ, J., “El enfoque argumentativo de Manuel Atienza y la teoría estándar: dos problemas y un ensayo de solución”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Núm.13, enero-diciembre 2019, disponible en: <https://bit.ly/3HrIm3Q> [consultada el 21 de febrero de 2020].
- CIDH, *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, disponible en <https://bit.ly/2sGLtyy> [consultada el 21 de febrero de 2020].
- del REAL ALCALÁ, J., Sobre la indeterminación del derecho y la ley constitucional. El caso del término «nacionalidades» como concepto jurídico indeterminado, *Derechos y Libertades*, Núm. 11, enero-diciembre 2002, disponible en: <https://bit.ly/3AGbYGY> [consultado el 3 de febrero de 2023].
- Diccionario prehispánico del español jurídico, disponible en: <https://dpej.rae.es/> [consultado en 3 de febrero de 2023].
- LOPEZ AYLLÓN, S.; MERINO, M., “La rendición de cuentas en México: perspectivas y retos”, *Cuadernos Sobre Rendición de Cuentas*. México DF: Secretaría de la Función Pública, 2009, disponible en <https://bit.ly/3Vi0bYG> [consultada el 15 de febrero de 2020].
- LÓPEZ SÁNCHEZ, R., “Indeterminación contenido esencial de los derechos humanos en la constitución mexicana”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 37, julio-diciembre 2017, México.

- MONTESQUIEU *De l'esprit des lois*, 1758, disponible en: <https://bit.ly/3ADRtdJ> [consultado el 28 de febrero de 2020].
- PÉREZ, H.; TERRAZAS, R., “Acceso a la información y transparencia en México”, *Fundar, Centro de Análisis e Investigación, AC*, 2010 disponible en: <https://bit.ly/3LgZv17> [consultada el 15 de febrero de 2020].
- PRESUPUESTO CIUDADANO 2012”. Disponible en: <https://bit.ly/3NqAx2e> [consultado el 22 de febrero de 2020].
- SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES. “Ley modelo interamericana sobre acceso a la información pública” en <https://bit.ly/3oP4K0t> [consultada el 20 de febrero de 2020].

