

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

FACULTAD DE DERECHO

LA JURISPRUDENCIA DE LA VIRTUD COMO PARADIGMA DECISORIO  
JUDICIAL

**TESIS**

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE  
DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA:

MARCO ANTONIO SANDOVAL LÓPEZ

DIRECTORA DE TESIS:

Dra. Margarita Palacios Sierra  
Facultad de Filosofía y Letras

MIEMBROS DEL COMITÉ TUTORAL:

Dra. Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña  
Dr. Oscar Cruz Barney  
Facultad de Derecho

Ciudad Universitaria, Ciudad de México, noviembre de 2018



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## Índice

### *La Jurisprudencia de la Virtud como paradigma decisorio judicial*

Introducción .....	1
1. ¿Qué es la jurisprudencia de la virtud? .....	9
1.1 Conceptos previos relacionados	
1.1.1 Moral .....	12
1.1.2 Ética .....	45
1.1.3 Virtud .....	56
1.1.4 Jurisprudencia .....	68
1.1.5 Ética de la Virtud .....	70
1.2 Otros paradigmas de la virtud en la teoría jurídica contemporánea.	
1.2.1 Modelo deontológico .....	75
1.2.2 Modelo utilitarista o consecuencialista .....	77
1.2.3 Modelo aretaico (teoría de las virtudes) .....	79
2. Decisiones jurídicas. La relevancia de la decisión judicial .....	92
2.1 Clases de decisiones jurídicas.	
2.1.1 Decisión Interpretativa .....	94
2.1.2 Decisión Normativa .....	113
2.1.3 Decisión Judicial .....	121
2.2 Elementos contextuales de la decisión judicial	
2.2.1 Naturaleza del proceso .....	143
2.2.2 ¿Búsqueda de la verdad o certeza judicial? .....	168
2.2.3 El debate en torno al concepto de justicia .....	176
3. Ejemplos prácticos del giro aretaico en la actividad jurisdiccional .....	191
3.1 Perspectiva de género .....	193
3.2 Ilícito atípico .....	242
3.3 Licitud atípica .....	264
3.4 Análisis de resoluciones de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación .....	275

4. La persona del juez .....	328
4.1 ¿Qué es un juez? .....	329
4.2 La labor del juez en el proceso democrático .....	333
4.3 Hacia el juez virtuoso. Rasgos distintivos	
4.3.1. Otredad: el reconocimiento de la dignidad del otro .....	351
4.3.2. Emociones y percepción: la justicia poética de Martha Nussbaum ..	364
4.3.3. Afinidad de experiencia: el sentido común refinado .....	374
4.3.4. Códigos de ética: necesidad de otro enfoque .....	382
4.4 Problemática actual: una asignatura pendiente .....	389
5. Conclusiones .....	406
Fuentes de consulta .....	418

## Introducción

Intentar hablar de justicia, virtudes y ética en nuestra actualidad parece ser una tarea muy complicada. Si a ello agregamos que el expositor se trata de un abogado con experiencia profesional forjada prácticamente en su totalidad en el sector público, a lo complicado habrá que sumar incredulidad. Y, si este escenario lo ubicamos en el contexto de nuestro país y como tema para una tesis doctoral, puede que inclusive generemos risa en nuestro interlocutor; esa risa agria, que oculta desencanto o frustración producto de una experiencia personal – seguramente reciente–. La risa del mexicano en nuestros tiempos frente a chistes de políticos, de la violencia que padecemos, sobre la incertidumbre cotidiana. Eso, cuando la reacción es positiva, en alguna medida. Generalmente no lo es.

En pocas oportunidades, conversando con conocidos y desconocidos, con personas que tienen la curiosidad, a veces amable, a veces morbosa, sobre lo que me ha llevado tanto tiempo escribir –casi tres años– he tenido la posibilidad de explicar que esa justicia, virtud y ética se ha enfocado en los jueces: en esos personajes que la gente visualiza vestidos de negro, con un mazo en la mano para imponer silencio y orden en su juzgado, satirizados con un birrete. Cuando he logrado terminar de explicar la idea completa, las expresiones de escepticismo jocoso son unánimes. Lo experimenté recurrentemente. No pretendo victimizar el tema, ni a los autores que me preceden, sin duda con mejor entendimiento y capacidad. Tampoco concientizar al lector de las dificultades que ha implicado este estudio para generar su simpatía inicial. El objeto de escribir estas líneas introductorias no radica en explicar ni exponer, sino más bien en recordar por lo que atravesamos diariamente los mexicanos. Es una forma de reconocer nuestra realidad, nuestra problemática, y al mismo tiempo, de intentar encontrar una solución, como proponemos.

La enfermedad de la función judicial es añeja y no conviene que nos detengamos aquí a describir los principales síntomas: corrupción, saturación y legalismo exacerbado. Diversas soluciones se han intentado: creación de la carrera judicial, adición de nuevos órganos y capacitación en torno a nuestro nuevo paradigma de protección a los derechos humanos. Pero ha sido insuficiente.

En un conocido diálogo socrático puede leerse: “*Antes andaba vacilante por uno y otro lado, y creyendo llevar una vida racional, era el más desgraciado de los hombres. Me imaginaba, como tú ahora, que en cualquier cosa debía uno ocuparse con preferencia a la filosofía*”<sup>1</sup>. Tal reflexión podría adaptarse sin mucha dificultad a nuestro poder judicial si se personificara, el cual ha ido de un lado a otro, procurado allegarse de soluciones pragmáticas, influenciado por el poder de los números y las estadísticas, con lo que ha desdeñado cada vez en mayor medida su esencia, su objetivo, su *filosofía*: la justicia.

El tema de la justicia, en realidad, es mucho más cotidiano de lo que parece. No es una virtud cautiva o exclusiva de los jueces. Tampoco, de nuestras escuelas de Derecho. Deseo compartir dos anécdotas que, precisamente derivado de su trivialidad, resultan útiles para evidenciar la facilidad con que relacionamos el tema de la justicia con nuestras acciones cotidianas, y cómo lo ubicamos como algo positivo indubitablemente.

En una ocasión, en la cocineta de la oficina, escuché involuntariamente una conversación telefónica mientras calentaba una ración de comida vespertina. Por favor, no piensen que se debió a una mala educación: cualquiera que conozca la cocineta en cuestión estará de acuerdo en que resultaría imposible <no escuchar>. De los diálogos que atendí de este lado de la línea, una compañera hablaba con su hijo, explicándole que de igual forma en que su abuela se quedaba a esperarlo

---

<sup>1</sup> Platón, Obras completas, edición de Patricio de Azcárate, tomo 5, *El banquete o del amor*, p. 298. Visible en: <http://www.filosofia.org/cla/pla/img/azf05285.pdf>

cuando él se estaba divirtiendo con sus amigos, él podía esperarla a ella un poco más, dado que los papeles se habían invertido. Tal vez podía avanzar en algo de su tarea, o jugar con el celular. Porque era lo *justo*. Cuando colgó, me contó algunos detalles adicionales, pero de cualquier forma quedó tranquila pues el niño esperaría a su abuela: había comprendido que era lo *correcto*.

En otra ocasión, previo a disputar una partida de ajedrez, mi contrincante apostó a una compañera espectadora que, en caso de vencerme, ella tendría que invitarlo a comer. Ella, de acuerdo a juegos anteriores, y suponiéndome como un jugador más hábil que mi oponente, accedió sonriente. Hecha la apuesta, hicimos un par de jugadas y después... tiré mi rey, señal inequívoca de abandono en el ajedrez. Ante la exigencia de mi oponente –y amigo como podrán bien imaginar– de hacer efectiva a la brevedad la apuesta celebrada, ella se negó (con tristeza del vencedor). Alegó varias cosas, pero lo relevante es su insistencia, al menos en un par de ocasiones, que eso era trampa porque ni siquiera habíamos jugado. Que nos habíamos puesto de acuerdo. Que era *injusto*.

Manifestaciones antagónicas para elegir entre lo correcto y lo incorrecto, o que puedan ser denominadas como acciones justas e injustas, ocurren diariamente y en la mayor parte de las ocasiones pasan desapercibidas. Como diría el filósofo Savater: la mayoría de nuestros actos los hacemos casi automáticamente, sin darle demasiadas vueltas al asunto. Actuamos guiados por intereses personales o afectivos, lo cual puede suponerse natural e inclusive obvio. A los ojos del Derecho que conocemos y que los abogados hemos estudiado, las situaciones triviales descritas son eso: banalidades que no se encuentran revestidas de un interés jurídico auténtico. Sin embargo, ¿cómo identificamos lo *justo*? Es poco probable que el hijo de mi compañera haya tenido oportunidad de tomar algún curso sobre derecho, o de conocer la definición de Ulpiano sobre la justicia. Tampoco creo en la existencia de un texto normativo que establezca condiciones de validez en torno a las apuestas amistosas, pues aun cuando el Derecho pueda reconocerlas como

obligaciones naturales, o mi conducta pueda ser considerada como fraudulenta a los ojos de los legalistas más puritanos, lo cierto es que la letra de la ley es incapaz de comprender la necesidad de fortalecer un sentimiento de solidaridad de un nieto hacia su abuela como una expresión de empatía y cariño (que después podrá expresar a otras personas); o la búsqueda amorosa de una persona hacia otra de manera medianamente sutil, sin una mala intención. En ambos casos, y en cualquier otro que venga a nuestra mente respecto a lo cotidiano, es necesaria la intervención humana, una intervención derivada de una intuición y se perfecciona a través de una percepción refinada que represente un esfuerzo por comprender la complejidad de las interacciones humanas y de sus intereses siempre dinámicos.

La persuasión de una madre, o el buscar demostrar interés afectivo de una persona por otra son escenarios que, en la generalidad, no trascienden fuera de las personas involucradas. Como se comentó, no se traducen en un interés jurídico. Sólo cuando el tema de la justicia se ve envuelto en torno a un andamiaje procesal, si está en juego el patrimonio de las personas, y puede generar consecuencias incluso de orden nacional, quizás hasta mundial, es que esa virtud de la justicia recupera su protagonismo y espera, expectante, su materialización a través de la decisión de una persona muy particular: un juez.

Así, la investigación que se presenta tiene por objeto primordial identificar al juez como un ser humano en plenitud, con sus debilidades y fortalezas inmanentes, con la libertad de intentar acercarse en lo posible a una decisión *justa* mediante el uso de virtudes y de los principios de un ideal ético, preponderando elementos metajurídicos como criterios de validez respecto de los elementos positivizados: configurar una Jurisprudencia de la Virtud con fuerte aplicación práctica que materialice las concepciones contenidas en los códigos de ética. Probablemente no sea una solución contundente que alivie a nuestro enfermo poder judicial, pero de implementarse, podría ser el punto de partida para revolucionar el pensamiento jurídico, conciliándolo con su origen filosófico e irradiar a otros decisores u



operadores, con lo que eventualmente podría impactarse al resto de los síntomas que hemos descrito.

Para ello, en el primer capítulo se plantean una serie de conceptos básicos a partir de los cuales se construye la idea de una Jurisprudencia de la Virtud, poniendo énfasis, especialmente, en el ideal ético como un reconocimiento de la otredad, de la humanidad de mi semejante, en un esquema tendente a potencializar la libertad y dignidad de cada persona y de su plan de vida; características que deben ser tomadas en consideración por los decisores judiciales si desean incidir favorablemente en las transformaciones sociales que nuestro entorno democrático exige. En este sentido, también se exhibe cómo los modelos deontológicos y utilitaristas que también asumen el uso de virtudes para la solución de problemas, representan extremos tendentes a la codificación rígida de la cual debemos escapar para aspirar con mejores posibilidades a decisiones razonables.

En el segundo capítulo hacemos referencia a las clases de decisores jurídicos que proponemos: interpretativos, normativos y judiciales. A diferencia del vocablo “operador”, hemos considerado que el término *decisor* conlleva un rol mucho más activo, al desarrollar una actividad en la que, frente a diversas alternativas, tiene la opción de *elegir*, lo cual se espera realice libremente en alusión al ideal ético referido en el primero capítulo. De estas clases, nos enfocamos en el decisor judicial y en el ecosistema en que convive ordinariamente: el proceso, entendido éste como una institución fundamental del Estado y cuyo resultado, reflejado a través de una sentencia, debe considerar un acercamiento a la verdad histórica y hacia la justicia para erigirse como un instrumento que, al trascender, legitime no sólo al decisor que la emite, sino al sistema jurídico en su conjunto. De ahí que la sentencia, al considerar la aplicación de un texto legal sobre un caso concreto, representa una oportunidad inmejorable para contrastar escenarios tanto de las partes como contextos históricos y sociales con las finalidades normativas, para validar su contenido y sostener así una determinación alineada con dichas finalidades.

A partir del desarrollo teórico propuesto, es necesario ubicar ejemplos para evidenciar la viabilidad y práctica de las ideas expuestas. Por ello, en el tercer capítulo identificamos tres casos en los que se considera la Jurisprudencia de la Virtud tiene lugar de forma destacada: primero, bajo la figura de perspectiva de género que pretende hacer visibles circunstancias específicas en las que se encuentran inmersas las mujeres frente a las cuales el texto normativo suele ser indiferente, lo cual favorece la distorsión de los hechos e incrementa la posibilidad de arribar a decisiones carentes de sentido común. En segundo lugar, se considera la idea del ilícito atípico, como aquella contravención al sistema legal en su integridad, particularmente hacia alguno de sus principios, sin que exista una disposición escrita que expresamente sancione la irregularidad. Esta concepción tiene la posibilidad de revolucionar el derecho penal, pues en materia administrativa sancionadora ya se reconocen tipos abstractos, que permiten perseguir las contravenciones a cualquier elemento normativo que integre una materia específica. De forma inversa, también se reflexiona en torno a la licitud atípica, como aquellas conductas que, no obstante de encontrarse establecidas en algún ordenamiento como prohibidas, o como una obligación, su incumplimiento no genera la imposición de una pena, al verificarse en el caso condiciones que no atentan contra los bienes jurídicamente tutelados, o bien, porque el agente que cuenta con la posibilidad de solicitar la sanción realiza una manifestación de valor: es tolerante, expresión que es altamente deseable para lograr una convivencia armónica en una democracia contemporánea, atentos a la pluralidad y multiculturalidad que la integran. Finalmente, se ofrece un compendio de sentencias emitidas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, calificadas por ese órgano colegiado como relevantes en sus informes de labores desde el año 2011, con el objeto de examinar si hay rasgos de la Jurisprudencia de la Virtud en ellas.

En el último capítulo analizamos la figura del juez desde una perspectiva institucional, para después subrayar su importancia en la construcción de

estándares de vida más altos en un esquema democrático, en el que, sin dejar de reconocer las diferencias entre los integrantes de la sociedad, sea manifiesto el interés perenne del Estado en reducir asimetrías materiales que impiden la libre prosecución de sus planes de vida. Así, la necesidad de contar con jueces virtuosos que coadyuven de forma directa y contundente en esta construcción, es indispensable, por lo que se proponen características que todo decisor judicial debería estar en aptitud de desarrollar o fortalecer: otredad, percepción y afinidad de experiencia; elementos que no implican una formación académica exhaustiva, pero sí una voluntad enorme de los jueces que sean conscientes de su poder real y de su verdadera función en la sociedad. Es, de algún modo, una evolución para dejar atrás los planes de capacitación ordinarios y comenzar a forjar conciencias entre los decisores judiciales como una exigencia de los Estados democráticos contemporáneos.

Bien, casi llegamos al final de estas líneas que además de intentar describir las generalidades de esta investigación –como debe ser–, también podrían pasar por un intento de persuasión hacia el lector indeciso, como si este texto se encontrara en una librería con otros: ofrezco una disculpa, y otra adicional por haber intentado un acercamiento más personal con el lector, más propio de una obra literaria que de una investigación con la que se pretende obtener un grado académico. No es mi deseo o intención ofender, o menospreciar mi propio trabajo, ni cualquier otra lectura negativa que pueda atribuirse. En realidad, como introducción, mi cometido se habrá alcanzado si he logrado generar alguna reacción inicial: escepticismo, esperanza, indulgencia, reflexión o cuestionamiento sobre el tema. Tengo la firme convicción que el mayor fracaso en la comunicación escrita académica, desde el humilde ensayo de una cuartilla, hasta las obras más galardonadas que constituyen sólidas fuentes de consulta, es la indiferencia, la muerte sensorial. Tomé este atrevimiento en función de la naturaleza del tema expuesto, por considerar ideal lograr un primer llamado de atención al lector con base en experiencias cotidianas en un lenguaje más cercano. Por supuesto, este

pequeño ejercicio se encuentra limitado a esta introducción: la prudencia me lo hace ver. Ahora puedes revisar los contenidos. Tal vez no se disipen por completo tus dudas, se generen otras, y encuentres ideas con las que, decididamente, no estarás de acuerdo. De todos modos, ojalá seas un poco paciente y podamos encontrarnos nuevamente en las conclusiones, para compartir y debatir puntos de vista: estoy seguro que juntos podremos perfeccionarlos –como no podríamos lograr de forma individual–, pues la interacción es la base que construye el conocimiento humano.

## Capítulo 1

### 1. ¿Qué es la Jurisprudencia de la *Virtud*?

*“... [L]a razón ya no conversa, impone. Ya no invita a un cambio de vida, ordena al otro que se sujete a su verdad. La doctrina es filosofía amaestrada. Por eso el verdadero filósofo no deja de formularse preguntas, de interrogar al mundo y de interrogarse”*

LUIS VILORO TORANZO<sup>2</sup>

Si a cualquier jurista contemporáneo se le solicitara realizar una clasificación de las corrientes iusfilosóficas que pretenden describir, desarrollar y explicar el fenómeno jurídico, así como sus finalidades, sería muy común que la respuesta nos remitiera a ideas positivistas o naturalistas. Tal vez algunos estudiosos o más implicados en el tema podrían ofrecernos visiones más particulares, como el realismo. En ese contexto, también podríamos considerar, dentro de esas grandes familias del pensamiento jurídico, vertientes que, sin ignorar los principios de su tronco común, incorporan nuevos elementos para intentar hacer frente a las críticas de sus antagónicos, como lo es el positivismo incluyente.

Con la evolución de las ideas jurídicas, así como la manera en que sus respectivos autores o simpatizantes pretenden, de algún modo, reforzar sus concepciones y dar respuestas a las posiciones de otros autores que buscan evidenciar posibles contradicciones o debilidades teóricas, cada corriente es susceptible de modificaciones constantes, que permiten acercarse de manera más relevante a la *verdad*, o a la construcción de leyes de carácter universal, ambiciones finales y naturales de todo ejercicio científico.

---

<sup>2</sup> Artículo “*Villoro y la tiranía de los modernos*”, de Jesús Silva-Herzog Márquez. Consultable en: <https://www.nexos.com.mx/?p=25078>

Sin embargo, la mayoría de esos ejercicios, partiendo de la firme concepción de que la Ciencia del Derecho, bajo determinados matices, podría generar algún conocimiento universal, análogo al de las llamadas ciencias exactas, focaliza todos sus esfuerzos hacia el *objeto*, hacia ese sistema normativo pretendiendo conocerlo, describirlo y explicarlo mejor, de modo que el *sujeto*, es decir, la persona a la que va dirigida ese sistema normativo, o más importante aún, quien lo interpreta, elabora o lo aplica, suele pasar a segundo término.

No puede pasar desapercibido, o relegarse a una importancia menor, el hecho que toda persona se encuentra inmersa en el fenómeno jurídico ya sea en la creación, aplicación o, indefectiblemente, como ente sujeto de normas y sus efectos. Es aquí donde puede recordarse con facilidad el concepto jurídico clásico de persona: centro de imputación de derechos y obligaciones.

El hombre, como persona de Derecho, ha sido objeto de estudio desde diversas vertientes y perspectivas: sociológicas, psicológicas, filosóficas y dentro del mismo Derecho. Pero en la sociedad, una vez institucionalizada la acción para que sea dirigida hacia el Estado y no hacia el semejante, a fin de que sea un tercero investido de poder estatal quien a través de un proceso dirima los conflictos entre las personas procurando brindar así seguridad, es que solemos perder de vista que ese tercero, muchas veces impersonalizado, es, finalmente, una persona.

En este sentido la Jurisprudencia de la Virtud puede cobrar mayor relevancia que otras formas del pensamiento jurídico. El pretender hacer énfasis en la persona, en el juez que conoce de un conflicto y lo resuelve, es una de las mejores formas de volver a humanizar el Derecho. De retomar la brújula que en la actualidad suele perderse, ya que generalmente se mira con demasiada atención al Derecho en sí, y se omite su sentido más humano o filosófico.

Como base teórica de la investigación que se presenta, se considera necesario partir de conceptos que permitan clarificar el concepto de la denominada “Jurisprudencia de la Virtud”<sup>3</sup>, para lo cual se realiza un análisis en torno a sus orígenes y se le compara con otros modelos de virtud, de forma que se esté en posibilidad de identificar sus rasgos distintivos, y la manera en que éstos podrían auxiliar a los jueces en su labor para arribar a soluciones que puedan ser calificadas como justas.

### **1.1 Conceptos previos relacionados.**

Si bien la idea a desarrollar en esta investigación se ha denominado Jurisprudencia de la Virtud, por las razones que más adelante se exponen, conviene realizar, aún de manera breve, una descripción respecto a determinados conceptos relacionados a fin de procurar clarificar en mayor medida esa idea, para que cualquier lector tenga los elementos necesarios para calificar su idoneidad como se propone<sup>4</sup>. Esto se hará, además, para procurar tener una visión analítica frente al concepto y teorías que comúnmente se le atribuyen y contar con un acercamiento más preciso respecto a sus alcances, aplicación y ventajas.

Los conceptos que se consideran relacionados con la Jurisprudencia de la Virtud son moral, ética, virtud, jurisprudencia y, finalmente, ética de la virtud, los

---

<sup>3</sup> Este término aparece citado por la autora Amalia Amaya en su participación denominada “Virtudes y Filosofía del Derecho” (Capítulo 50), en FABRA ZAMORA, Jorge Luis y NÚÑEZ, Álvaro. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2015, volumen 3, p.1758, sin que se establezca una autoría específica del término, el cual, no obstante, es empleado de manera constante por diversos autores en la materia. Dicha autora emprende un análisis más detallado en su obra en coautoría con HO HOCK Lai “*Of Law, Virtue and Justice*”, Oxford, Hart Publishing, 2012. Cabe mencionar que los autores Lawrence Solum y Michael Slote son considerados pioneros en torno a dicho concepto, sin que pueda atribuirse a un autor específico su autoría, pues las reflexiones relacionadas con el concepto aluden a la teoría de la virtud aplicada en la actividad jurisdiccional, como se propone totalmente en esta investigación.

<sup>4</sup> Para lograr este objetivo, se ha procurado emplear un lenguaje accesible, el cual no debe ser visto como sinónimo de falta de seriedad en una investigación. Como principal justificación al lenguaje amigable que se pretende sea característico de esta investigación, es mi convicción que el conocimiento, al igual que las instituciones jurídicas en general, debe “democratizarse”: esto es, procurar que la mayoría de las personas no sólo tengan acceso a ellas, sino también procurar que su lenguaje permita su entendimiento y reflexión. Así, puede contribuirse a cumplimentar uno de los ideales más profundos universitarios, inscrito en una de las obras de David Siqueiros: “*El pueblo a la Universidad, la Universidad al pueblo*”.

cuales como podrá advertirse desde estas primeras líneas, se encuentran revestidos de un grado de abstracción relevante y han sido objeto de análisis y discusión constante no sólo en la evolución del pensamiento filosófico, sino de la humanidad en general. La misión de este primer capítulo será, entonces, procurar reducir la brecha generalizada de escepticismo que se crea en la mente de las personas al hablar de términos que suelen emplearse con alguna cotidianeidad pero es necesario reflexionar sobre su alcance práctico.

### **1.1.1 Moral**

El primer término que requiere un grado de atención significativa en la investigación para contar con mejores elementos a fin de analizar la Jurisprudencia de la Virtud es el de moral. Al respecto, el lector reconocerá que es sumamente común que en las conversaciones cotidianas se utilice ese concepto para calificar los actos o actitudes de las personas, relacionándolo con una idea de corrección. Es decir, en este primer acercamiento, de acuerdo a la manera en que socialmente es empleada, la palabra moral goza de una acepción positiva, al atribuírsele un reflejo de lo que la sociedad, en términos generales, acepta o reconoce como valioso, digno de protección.

El fenómeno jurídico no es ajeno a esta percepción. Son numerosos los textos normativos en los que se alude a la moral, aun cuando, conforme sigamos analizando sus alcances, podamos percatarnos que no resulta fácil contar con una definición precisa.

El Código de Comercio –el código que reúne elementos sustantivos y procesales más antiguo que aún continúa vigente en el sistema jurídico mexicano– (si bien con innumerables modificaciones y adiciones), mismo que data de 1889<sup>5</sup>,

---

<sup>5</sup> El inicio de su vigencia data del primero de enero de 1890, de acuerdo a su Artículo Primero Transitorio.



en su parte procesal, contiene la mítica fórmula probatoria de no admitir medios de prueba “contrarios a la moral o al derecho”<sup>6</sup>. La tendencia de citar a la moral aparejada del Derecho se replica de manera constante en nuestros ordenamientos jurídicos: códigos civiles, penales, administrativos y laborales contienen la misma fórmula que aún permanece vigente.

Entonces, ¿cómo ha podido sobrevivir esa fórmula al devenir del tiempo? ¿Es que acaso se ha convertido en mera retórica jurídica? Las respuestas a ambas preguntas se encuentran íntimamente relacionadas, ya que el precepto moral encierra, en definitiva, un aspecto temporal, de modo que el mismo puede incorporarse cómodamente a la normatividad, esperando ser interpretado de acuerdo a la idiosincrasia imperante al momento de su aplicación.

De este modo, el legislador ha reconocido, aun de esta manera indirecta, un vínculo entre moral y Derecho. No debe extrañarnos que esta relación hasta la actualidad sigue siendo origen de fecundos debates filosóficos, jurídicos, sociológicos y de otras áreas del conocimiento, que cuestionan desde sus respectivos ámbitos del saber la utilidad o necesidad de vincular ese par de elementos que buscan regular, con sus marcadas diferencias, el comportamiento de las personas.

Así, la moral la concebimos como un conjunto de comportamientos y reglas que un grupo social determinado suele considerar como válidas, sin ser vinculantes en términos jurídicos, y que gozan de aceptabilidad como necesarias para una convivencia armónica en dicho grupo.

La reflexión expuesta se deriva, desde luego, de la lectura de diversos autores que, no obstante las aparentes diferencias ideológicas o contextuales entre ellos, en

---

<sup>6</sup> Artículo 1198 del citado ordenamiento.

sus ideas en torno a la moral pueden encontrarse semejanzas significativas, de modo que a la postre es posible construir elementos uniformes en torno al concepto de moral, como el ya propuesto. Para efectuar una serie de consideraciones respecto a la moral, del universo amplísimo de autores, se ha considerado pertinente describir las ideas de Smith, Hart, Dworkin y García-Máynez, por las razones que se presentan a continuación:

Se comienza el análisis de la moral con Adam Smith, ya que si bien suele ser reconocido como el padre de la economía, por sus contribuciones de carácter científico en este rubro, su obra de índole moral –opacada por ese título– suele ser relegada, pese a su profundidad y dinamismo de la cual es posible advertir diversos elementos que podrían encontrar plena aplicación en la actualidad. Es pues, un fundamento sólido para afirmar, en su oportunidad, que la idea de la moralidad fluye a través del tiempo pero que su ideario prístino no se ha modificado en más de dos siglos: permanece atemporal.

Hart es conocido desde nuestras aulas académicas como un férreo defensor del positivismo jurídico, con lo que podría imaginarse que poco puede aportar al tema de la moral bajo un enfoque propositivo. En realidad, las reflexiones que efectuó en su momento en torno a la moral, podrían acomodarse con facilidad en el discurso de cualquier jurista contemporáneo con una visión naturalista.

Por supuesto, resultaría difícil hablar del pensamiento hartiano sin citar propiamente al jurista que lo controvirtió de manera más directa. Ronald Dworkin es una referencia obligada cuando se desea exponer cuestiones de moralidad y su relación al Derecho, pues entre dichos autores, las semejanzas pueden ser asombrosas, además de considerar que la perspectiva de una “lectura moral” de la normatividad es atribuida a este autor estadounidense.

Finalmente, aun cuando el maestro García-Máynez cursó diversos estudios jurídicos bajo un ambiente influenciado por las ideas de Hans Kelsen, su opinión en torno al concepto de moral también se da cita con los demás autores, por lo que resulta útil para evidenciar que fuentes de diversos tiempos y contextos tienden a converger en los puntos medulares que describen la idea de la moral.

### *Las ideas de Adam Smith*

Una de las preocupaciones recurrentes de las que se encarga Smith en su obra, es la manera en que los hombres tienden a juzgar naturalmente la conducta y personalidad de sus semejantes, y con dificultad la propia. En ese sentido, el estudio de la moral debe conducir a la moderación de las pasiones que promueva una convivencia armónica entre los integrantes de una sociedad.

Smith considera que la moral tiene un efecto corrector: la moral delimita las pasiones –entendidas como intereses– individuales modelando determinados cánones de conducta y moderándolos, tomando en consideración que el hombre desde el inicio de su vida ya se encuentra inmerso en un medio social que le instruye principios y reglas de forma natural.

Hasta aquí, podemos notar que lo expuesto resulta similar a las ideas genéricas de moral ya descritas. Sin embargo, la idea sustancial de Smith consiste en poner énfasis en los sentimientos y no en la razón para apreciar la corrección o incorrección de la conducta, obteniendo esas emociones a través de un elemento que él denomina “*simpatía*”.

Ahora bien, la simpatía en la teoría de Smith es una idea amplia que no necesariamente guarda una referencia directa con las nociones actuales: hoy en día, al pensar en simpatía es posible atribuirle un significado que conlleva un sentimiento de cordialidad o aceptación hacia algo. Smith llevó un paso más

adelante ese significado para ubicarlo en algo que podríamos denominar en nuestros tiempos como solidaridad o empatía, bajo la cual se realizaría la aprobación moral de las conductas.

Dicho de otro modo, la *simpatía* en Smith implica que existe un grado relevante de aceptabilidad en la conducta humana de tal modo que puede ser incluso compartida o sostenida por otros integrantes de la sociedad, lo cual se genera de manera natural en el hombre. En palabras de Smith (2013, p. 52) “*La simpatía (...) puede hoy utilizarse sin mucha equivocación para denotar nuestra compañía en el sentimiento ante cualquier pasión*”.

Este primer acercamiento hacia un semejante no queda relegado a una primera impresión o una percepción fugaz. Smith considera que la simpatía “*no emerge tanto de la observación de la pasión como de la circunstancia que la promueve*” (2013, p.53). Por ello, el espectador debe procurar obtener respuestas que le indiquen las causas de una pasión o acción observadas a fin de comprender en su amplitud el contexto en que se encuentra el otro y así detectar si, efectivamente, ello le genera alguna simpatía o no.

El punto anterior, como se insistirá frecuentemente en esta investigación, posee una relevancia fundamental para la comprensión de la Jurisprudencia de la Virtud, o incluso antes, de la ética y la virtud mismas, pues se requiere adoptar una postura de interés genuino en la situación del otro; en tratar de conocerlo y no caer en prejuicios o apreciaciones precipitadas que incrementan la posibilidad de caer en el error.

Desde luego, cabe reconocer, como el propio Smith advierte, que la simpatía nunca es perfecta, pues difícilmente podemos conocer cómo se sienten otras personas con exactitud o analizar pormenorizadamente su situación, pero la relevancia de esta idea radica en que a través de la simpatía, es posible ponerse en

el lugar del otro y asumir su rol. Esta idea también encuentra eco al analizar el ideal ético propuesto por el autor español Fernando Savater y, asimismo, impacta en la Jurisprudencia de la Virtud.

Además, en torno al concepto de simpatía que nos expone Smith, también es posible atribuirle un grado de razonabilidad: la simpatía, como aprobación va también acompañada de una calificación respecto a la proporcionalidad de la respuesta que se tiene respecto a una pasión. En palabras de Smith, “*aprobar las pasiones de otro como adecuadas a sus objetos es lo mismo que observar que nos identificamos completamente con ellas*” (2013, p. 61).

Un par de ejemplos pueden ayudar a ilustrar mejor este punto. De acuerdo con el mismo autor, si escuchamos a una persona lamentarse en voz alta por su infelicidad, pero vemos que poniéndonos en su lugar sus circunstancias no nos causan un efecto tan visible, será probable que rechacemos su dolor como auténtico, y lo califiquemos como pusilánime o endeble: no generará nuestra simpatía. Por otra parte, si una persona expresa demasiada felicidad o se exalta ante cualquier pequeña muestra de buena fortuna, puede ser que lo consideremos desatinado, y al conocer la razón de su felicidad nosotros lo encontremos simple u ordinario.

Ante estas situaciones, es normal que surja una interrogante clave: ¿cómo graduar o identificar que una desgracia o una muestra de buena fortuna son merecedoras de nuestra simpatía? La respuesta en el pensamiento de Adam Smith no es clara, pues aunque ponernos en el lugar de los demás es el primer paso para vernos cómo nos ven los otros, es decir, fungir como un espectador imparcial, no se establecen reglas específicas para realizar una medición escalonada<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Este es otro elemento, referido como “codificación”, del cual nos apartamos. Por el momento es prudente establecer que el codificar, reglar o prever definiciones *a priori* en torno a problemáticas morales (y muy probablemente jurídicas) ya implica delimitarse anticipadamente, lo cual impide promover una percepción natural y espontánea sobre cada situación. Las reglas pueden servir como una referencia inicial, pero el agente

La idea de prever lineamientos para identificar en qué casos cada situación merece nuestra simpatía contravendría el sentido mismo de las ideas que expone Smith, pues parece suficiente que sea a través de ese espectador imparcial, que hace alusión a la conciencia, para valorar razonablemente la acción en cada caso, máxime si dicha conciencia puede perfeccionarse a través de la comprensión de los alcances de una ética práctica.

En efecto, una pregunta ética que podría corresponder a ese espectador imparcial que todos asumimos, tal vez sin percatarnos de ello, es la siguiente: “¿cómo me juzgaría el otro si supiese *todo* lo que yo sé de mí?”. Es entonces cuando puede divisarse con mayor facilidad la relevancia que tiene la conciencia en el papel, “auto regulador” de los individuos, de modo que Smith confía en que el hombre, ya que ha nacido en sociedad, se encuentra formado para la sociedad y debe vivir en sociedad, encuentre de forma autónoma la manera en que debe expresar su simpatía por los demás, a fin de que la convivencia sea armónica en beneficio sistémico de sus integrantes.

Derivado de lo anterior, podemos notar que Smith advierte en ese espectador y no en la utilidad individual o social la clave de la calificación moral de las conductas; aun cuando reconoce, como ya vimos, que la sociedad ya configura de manera predeterminada reglas. Por ello, es la convivencia con los demás lo que puede perfeccionar en el hombre tales preceptos a través de mostrar su simpatía hacia los demás. Así, la moral en el pensamiento de Adam Smith debe ser analizada por los individuos en aras de su mejorar su condición individual que repercutirá en el interés colectivo, de forma que aun cuando aprueba una sociedad de personas interesadas en sí mismas, éstas deben poseer valores morales.

---

que asuma la decisión debe reconocer en todo momento la posibilidad de su derrotabilidad atendiendo a las particularidades de cada caso.

Frente a lo anterior cabe hacer una aclaración: si se toma como referencia la obra económica de Smith, podría considerarse contradictorio que el padre de la teoría económica, impulsor decidido del liberalismo –lo cual puede traducirse en que los intereses individuales prevalecen sobre los de la comunidad– pudiera escribir congruentemente sobre moral y sentimientos, que parecen tener mayor relevancia en términos colectivos.

Es posible resolver esa aparente contradicción si analizamos que bajo las reglas de la competencia, en la cual el interés propio es el motor de las finalidades perseguidas, también lo puede ser para los demás a través del trabajo, el cual no sólo dignifica al hombre sino que, además, sirve a la sociedad. De esta manera, el hombre en su quehacer económico, al laborar, persigue sus fines individuales y auxilia a sus semejantes a la realización de los suyos. Aquí es donde también se verán reflejadas las ideas sobre la división del trabajo y que la única manera de conseguir los bienes que requerimos es con las relaciones que formamos respecto a otras personas; pensamiento que desarrolla en su obra *La Riqueza de las Naciones* sin que ello genere un conflicto con sus reflexiones plasmadas en la *Teoría de los Sentimientos Morales*.

En suma, podemos concluir que las ideas de Smith en torno a la moral descansan, fundamentalmente, en lo siguiente: aunque el hombre ya se encuentra configurado para vivir en sociedad y ajustarse a sus reglas, porque además requiere de ella para satisfacer sus necesidades, ello no le impide analizar las conductas que se derivan del cumplimiento de tales reglas y descubrir si le generan algún grado de simpatía o no; es decir, si comparte el punto de vista del otro bajo una idea de razonabilidad –examinando si efectivamente se modera alguna pasión– y con ello fomentar esquemas de solidaridad entre los integrantes de la sociedad. Con esto, podemos advertir que el pensamiento de Smith se adelantó a su época, pues esta concepción de no obligatoriedad plena de la moral frente a un determinismo individual es recurrente en las posturas contemporáneas, sobre todo en aquellas

que son más cercanas a la ética, como una forma de crítica activa a la moral imperante.

### *La postura de Hart*

El profesor inglés Herbert Hart, mejor conocido por sus aportaciones a la filosofía jurídica en el ámbito del positivismo, establece diversas ideas nítidas en torno a la moral y, sobre todo, la manera en que ésta se encuentra relacionada con el Derecho. Como punto de partida, en su obra “El Concepto de Derecho”, Hart (1961, p.210) expone que “la moral” de una sociedad dada, aceptada, alude:

*“...a pautas o criterios de conducta que son ampliamente compartidos en una particular sociedad, y que deben ser contrapuestos a los principios o ideas morales que pueden regir la vida de un individuo, pero que éste no comparte con ningún número considerable de aquellos con quienes convive”.*

Es pertinente especificar que, tal y como explica Hart posteriormente, la relevancia de tales pautas o criterios se refleja tanto en la medida de sacrificio del interés privado que ellas exigen, como en el peso de la presión social en procura de la conducta regular, sobre todo cuando se observa que, a diferencia de las normas jurídicas, para el cumplimiento de los preceptos de la moral no hace falta ninguna habilidad o inteligencia especial<sup>8</sup> (1961, p. 212).

Así, considera que el elemento fundamental de la moral lo constituye un aspecto *externo*: los lineamientos que ella establece han sido construidos a partir de

---

<sup>8</sup> De manera tácita, parece que Hart hace alusión al sentido común; a ese mínimo de razonabilidad que el hombre adquiere en función de su contacto con la sociedad si bien puede perfeccionarse a un grado de “sabiduría práctica” como lo describe Aristóteles, respecto a sus reflexiones en torno a la ética (que se analiza más adelante) o como lo denominados en esta investigación, en un reflejo de “afinidad de experiencia”.



convencionalismos sociales por lo que, aún sin tener una fuerza vinculante que permitiera exigir su cumplimiento, al ser impuestos por la comunidad adquieren un matiz de obligatoriedad que podemos llamar *suave*.

En efecto, si bien la moral ejerce algún grado de presión sobre el sujeto respecto de su cumplimiento, el Derecho viene a complementar algunas de sus reglas mediante una serie de sanciones, que constituyen una especie de garantía de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán menoscabados por quienes no lo hicieran, ya que de lo contrario, surgiría el problema que someterse a la regla es, por decirlo de algún modo, “perder” sin obtener nada a cambio. Por ello, como sentencia Hart (1961, pp. 245 y 248): *“...lo que la razón reclama es cooperación voluntaria dentro de un sistema coercitivo [...] pues sin su cooperación voluntaria, que crea así la autoridad, el poder coercitivo del derecho y el gobierno no pueden establecerse”*.

Así, sea la norma moral o haya sido elevada a la categoría de jurídica, Hart advierte que su cumplimiento voluntario o forzoso es necesario para conservar esquemas de convivencia armónicos. En sus palabras (1961, p. 214) *“el cumplimiento de las obligaciones morales y el de las obligaciones jurídicas no es considerado digno de encomio, sino una contribución mínima a la vida social, que ha de tomarse como cosa corriente”*. Lo anterior, ya que alejándose de un esquema particularista, considera que aun cuando puede existir diversidad entre los pensamientos morales de las distintas sociedades, en todos pueden encontrarse generalidades, como lo son la prohibición del uso de violencia sobre personas y cosas, exigencias de veracidad, honestidad y respeto a las promesas, las cuales deben ser consideradas como esenciales o fundamentales si es que los hombres han de vivir continuamente juntos en proximidad estrecha. Por ello, advierte que es necesario sacrificar algunos intereses personales para obtener la protección del resto frente a los demás hombres, a fin de que la vida en sociedad valga la pena.

Es llamativa esta aparente paradoja, en la que la moral, aun cuando su alcance sea “invitar” al individuo a su cumplimiento so pena de sufrir el repudio social, requiere del apoyo coercitivo, a través de la violencia legitimada del Estado, para continuar evolucionando de acuerdo a los intereses de la sociedad. De lo contrario, la moral permanecería estancada, y no podría generarse ese constante devenir, del cual se nutren las instituciones jurídicas, a pesar de que es sumamente común que éstas con frecuencia presenten retrasos respecto de los hechos que pretenden regular. Como advierte Hart, (1961, p. 218) *“es incompatible con el papel desempeñado por la moral en la vida de los individuos, que las reglas, principios o pautas morales sean considerados, como lo son las normas jurídicas, cosas susceptibles de creación o cambio mediante acto deliberado”*.

De este modo, muchas de las reglas y comportamientos morales vienen a ser exigencias que se adoptan de manera tácita, y carecen de una “codificación” que permita dar un seguimiento de su cumplimiento, o bien, sugerir adecuaciones y modificaciones de acuerdo la evolución de los intereses de la sociedad. Por ello, es que la moral, si bien es objeto de modificación o alteraciones, lo es a través de un proceso sociológico paulatino, gradual, no obstante que tales cambios aún permitan reminiscencias de las reglas que están en proceso de olvidarse por la comunidad.

La moral en este contexto, a pesar de que reside primordialmente en el imaginario colectivo, puede entonces caer en una franca contradicción cuando presenta resistencias notables a modificarse: la sociedad y sus valores pueden cambiar, pero la moral no avanza de manera coordinada; suele retrasarse, a veces, con resultados que no permiten legitimar las decisiones judiciales y en perjuicio de ciertos sectores de la sociedad.

Además, debe resaltarse que la moral, al constituirse de manera colectiva, puede encontrar diferencias entre miembros de una misma sociedad, ya que ésta no se integra de manera monolítica por individuos con rasgos similares: por el

contrario, la sociedad se conforma por estratos de significación, por grupos con formaciones culturales muy diversas, que pueden dificultar una orientación específica sobre una problemática con relevancia jurídica.

En ese sentido, Hart (1961, p.220) advierte: *“la idea de una legislatura moral con competencia para crear y cambiar la moral, tal como mediante la sanción de normas jurídicas se crea y modifica el derecho, es repugnante a toda la noción de moral”*. Tal juicio es compatible con una idea flexible y amplia de moral, no obstante que venga en mente, prácticamente de manera inmediata, el argumento consistente en que la moral está supeditada a un margen fuerte de subjetividad<sup>9</sup>.

Frente a dicho argumento, Hart propone la existencia de *ideales morales*, que son manifestaciones de excelencia que van más allá de las obligaciones y deberes reconocidos en la práctica efectiva de grupos sociales<sup>10</sup>. Este punto merece especial importancia, ya que la reflexión del profesor de Oxford termina por incidir poderosamente en el ideal ético propuesto por Fernando Savater.

Hart explica que los ideales morales constituyen “logros dignos de alabanza”, como son los efectuados por el héroe y el santo: personajes que hacen *más* que su deber, digamos, que el promedio requerido para lograr la convivencia en social. Así, estas cualidades (que también pueden encontrarse en un nivel más humilde entre los integrantes de la sociedad y no sólo en esos personajes) reflejan rasgos de excelencia de carácter, auténticas virtudes que dan muestra de un grado avanzado de generosidad y solidaridad. En palabras de Hart (1961, p.226): *“son cualidades*

---

<sup>9</sup> Esta distinción es relevante, pues si consideramos una conciencia moral como sustituto de la intuición moral, la posibilidad de libertad de conciencia impediría la convivencia en sociedad ante las problemáticas morales resultantes, ya que cada integrante podría apelar a su “conciencia” y exigir que los demás acatasen lo que él sostiene, y daría lugar a una anarquía. De esta postura, pueden generarse otros argumentos que sostengan la posibilidad de juicios universales, cercanos al ideal ético que se describe más adelante.

<sup>10</sup> El magistrado Jorge Higuera expone al respecto (2006-1, p. 29): *“Quien quiera pronunciarse en favor del escepticismo moral fundándose en la variación de las normas morales en la historia y su grado de variabilidad incluso dentro de un mismo pueblo, puede hacerlo fácilmente, pero ello es inexacto porque las normas no son los hechos últimos y originarios de la vida moral”*.

*que consisten en la capacidad y disposición para llevar adelante, más allá de la extensión limitada que el deber exige, el tipo de preocupación por los intereses ajenos o de sacrificio del interés personal que aquél reclama*". Los héroes de Hart y Savater son idénticos en sustancia, y evidencian una excelencia en la realización de sus deberes o en la promoción de ideales morales fundamentales en situaciones que implican vencer una resistencia o pasión.

Otro punto de sintonía, ahora respecto al examen de simpatía que propone Smith –ya descrito– puede leerse en la siguiente idea:

*“Es importante recordar que la moral tiene su aspecto privado, que se pone de manifiesto en el reconocimiento individual de ideales que no son necesariamente compartidos o considerados como fuentes de crítica al obrar ajeno, y mucho menos como fuentes de crítica a la sociedad como un todo”* (Hart, 1961, p. 228).

Con esta afirmación, Hart hace notar que la moral no es definitiva, ni tiene una justificación suficiente para imponerse a la voluntad de cada hombre, ya que puede ser objeto de análisis particular por cada uno para que, de forma autónoma, sea determinada una acción a seguir. Esta descripción, además de recordar una esencia de la ética, refleja una coincidencia entre ambos autores, pues convergen de este modo en una de las aristas del ideal de la libertad.

Visto lo anterior, ya no parecerá extraño que Hart haya concedido la necesidad de la conexión entre derecho y moral (1961, pp. 250 a 261), bajo seis lineamientos que aquí se pretenden describir brevemente:

1. Es poco práctico que reconozcamos o advirtamos una obligación jurídica, si tenemos razones concluyentes, ya sean morales o de otro tipo, para abogar en contra de su cumplimiento.

En este pensamiento, dentro del ámbito de “otro tipo”, bien pueden caber las reflexiones éticas que puedan justificar el incumplimiento de una norma jurídica, por considerarla manifiestamente *injusta*. Esta afirmación abre la puerta a un interesante debate, pero por ahora es conveniente demostrar que el profesor de Oxford advirtió, aún de manera indirecta, la derrotabilidad de las normas jurídicas frente a cuestiones metajurídicas.

2. En algunos sistemas jurídicos, como en los Estados Unidos de América, los criterios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valores morales sustantivos.

En este caso, Hart observa que la estabilidad del sistema jurídico depende –al menos en parte– de la concordancia con la moral imperante; esta concordancia también podría auxiliar a legitimar los fallos judiciales tomando en consideración valores culturales, bajo una revisión contextual fuerte respecto de las partes en conflicto.

3. En el aspecto de la interpretación, la elección de los jueces está orientada por el presupuesto de que el propósito de las reglas que interpretan es razonable, de modo que tras las reglas no hay la intención de cometer una injusticia o de atentar contra principios morales establecidos.

Como complemento del comentario anterior, Hart afirma que resulta insensato creer que cuando el significado del derecho es dudoso la moral puede dar siempre una respuesta clara; es decir, la moral puede auxiliar a la reflexión del juzgador para emitir su juicio, pero no puede ser tomada como un parámetro de validez definitivo para todos los casos. Aun así, Hart aboga por el fortalecimiento de *virtudes judiciales* para poder arribar a una respuesta razonable. Tales virtudes para Hart son: imparcialidad,

neutralidad, consideración de los intereses de los afectados, y una preocupación por desarrollar un principio general aceptable como base razonada de la decisión. Dado que la pluralidad de principios será evidente, no puede demostrarse que una decisión sea la única correcta, pero puede ofrecerse como imparcial y bien informada –esto es, razonable–.

Retomando los párrafos anteriores debe decirse que, atendiendo a cada caso particular, es posible que tampoco la moral pueda ofrecer una solución razonable por lo que a través de las virtudes judiciales que el propio Hart refiere debe explorarse la posibilidad de encontrar nuevas respuestas que, de inicio, Derecho y moral pudieran no ofrecer. Finalmente, también resulta llamativo que, a diferencia de Dworkin, Hart considere la pluralidad de respuestas “correctas”, aunque, al parecer reconociendo limitaciones epistemológicas, se limite a referir que al final sólo pueda ofrecerse una solución imparcial y bien informada: elementos que pueden incorporarse con comodidad a la idea de razonable, ya que tildar de “correcta” una respuesta puede ser arriesgado en las comunidades democráticas con el elevado grado de complejidad que presentan en la actualidad; en todo caso se podría describir como la más apropiada conforme a su contexto.

4. Un buen sistema jurídico tiene que adecuarse, al menos en ciertos puntos, a las exigencias de la justicia y la moral, pues debe asegurar a todos los seres humanos ciertas protecciones y libertades básicas.

Con base en esta afirmación, Hart referirá que las reglas inicuas (injustas) no son derecho, al estar en franca contravención con ese mínimo de bienestar que el sistema jurídico debe garantizar. Aquí puede notarse otro

matiz que lo aleja de una postura positivista clásica y que lo acerca más a un esquema más naturalista, o mejor dicho, incluyente.

5. Los aspectos de legalidad y justicia deben ser examinados fuera de un contexto mecanicista o silogístico. Aunque Hart defiende el hecho de que al aplicar una regla general de derecho tenemos por lo menos “el germen de la justicia” (1961, p. 255), pues asegura el sentido de la justicia en su primera forma, como un trato igual en igualdad de circunstancias mediante reglas dadas a conocer públicamente y aplicadas judicialmente, este alcance puede quedarse muy corto frente a contenidos normativos injustos que contravengan no sólo a la moral, sino que causen un conflicto ético en la reflexión del juzgador que debe aplicar la norma jurídica de que se trate.
6. Como continuación de la idea anterior, frente a los “grandes gritos de batalla del positivismo jurídico”, como lo es “*La existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito otra*”, y “*El derecho de un Estado no es un ideal, sino algo que existe efectivamente*”, Hart describe que sus autores pretendían claridad y honestidad en la formulación de cuestiones teóricas en el ámbito jurídico, así como para evitar que, en una inmadurez social, juzgadores y destinatarios resolvieran de forma precipitada que el Derecho no debía ser obedecido, con los graves costos sociales que ello podría implicar. Así, la afirmación que en realidad debe formularse es “*Esto es derecho, pero demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido*”. Es decir, aun cuando haya sido sancionado y emitido por órganos competentes para tal efecto, dejar abierta siempre la posibilidad de su cuestionamiento, de ser sometido a un escrutinio moral.

Puede advertirse en esta última consideración un posible consenso entre las ideas de Hart y de Dworkin; inclusive, pareciera que el profesor inglés intuyó una de las reflexiones posteriores del filósofo estadounidense: la necesidad de una lectura

moral de las normas jurídicas, a fin de que pueda acoplarse mejor a la “historia” de sus precedentes. Con lo anterior, se perciben puntos de contacto entre ambos autores, pues si se atiende a la esencia de la moral, la cual, recordemos, tiene por objeto establecer pautas que permitan la convivencia en sociedad de cumplimiento voluntario, resultará evidente que cualquier moral –auténtica– tomará en consideración indefectiblemente las necesidades e intereses humanos, mismos que pueden identificarse con mayor facilidad como aquellos elementos indispensables que permitan a los seres humanos ser tratados siempre como un fin y nunca como un medio, se les permita ejercer, en una perspectiva permanente de otredad, su libertad y asegurar la protección y reconocimiento de su dignidad.

### *La perspectiva de Ronald Dworkin*

Ronald Myles Dworkin es, probablemente, uno de los filósofos jurídicos más influyentes de nuestros días<sup>11</sup>. Lamentablemente, su fallecimiento en febrero de 2013 le impidió continuar resolviendo las críticas a su teoría que defendió con reflejos en la práctica judicial estadounidense. Probablemente, para efectos de esta investigación, la pregunta más interesante que dejó sin respuesta, y que podría representar una paradoja a su teoría es “¿Deben ser los jueces filósofos?”<sup>12</sup>

Retomando nuestro enfoque, probablemente la mayor relevancia de la teoría dworkiniana radica en que, en franco contraste con las teorías positivistas a las que criticó tenazmente, el nexo entre moral y derecho no sólo es necesario, sino indispensable para que el segundo pueda cumplir con sus fines adecuadamente;

---

<sup>11</sup> Además de las múltiples opiniones de autores que coinciden en esta óptica, el diario *El país* le dedicó un artículo en el que se enfatiza el valor de su obra para el ámbito de la filosofía jurídica: *Ronald M. Dworkin, el filósofo de la dignidad humana*, 14 de febrero de 2013, visible en [https://elpais.com/cultura/2013/02/14/actualidad/1360880518\\_090683.html](https://elpais.com/cultura/2013/02/14/actualidad/1360880518_090683.html)

<sup>12</sup> Reflexión efectuada al tomar como punto de partida un manuscrito titulado “¿Tienen los jueces que ser filósofos? ¿Deben los jueces ser filósofos? El dilema de Dworkin”, de la autoría del profesor René González de la Vega, compartido durante el primer semestre de 2014, en la Maestría de Derecho impartida por la Facultad de Derecho, UNAM.



además, permite a los operadores jurídicos realizar interpretaciones adecuadas que resulten razonables para cada caso, sin perder de vista la esencia de la norma interpretada en función de sus precedentes, de forma que la determinación última continúe de manera coherente “la historia” de la norma en cuestión.

Asimismo, para comprender mejor la postura de Dworkin, conviene describir las ideas torales bajo las cuales atacó al positivismo jurídico, con las cuales contribuyó al fortalecimiento de la aplicación de principios en el ámbito jurisdiccional: 1) El derecho no se compone únicamente de reglas, existen otros elementos que son considerados por el derecho para lograr sus fines y la protección del individuo en el ámbito democrático; 2) El juez en los casos difíciles no posee una facultad discrecional, ya que si toma en consideración una lectura moral de los preceptos morales aplicables, podrá encontrar una respuesta dada por el mismo derecho, la cual tendrá la aceptación del foro, y 3) Relacionada con la idea anterior, el juez en los casos difíciles no declara un derecho que no existe: el juez “descubre” el derecho a partir de principios y políticas para determinar los alcances reales de los preceptos jurídicos que, en inicio, parecen incompletos o incompatibles entre sí.

Así, la moral auxilia a los operadores jurídicos, pero sobre todo a los jueces – a quienes se dirige de manera especial Dworkin– para realizar una interpretación constructiva sobre cada precepto e intentar determinar en cada caso lo que las normas establecen en esencia, o usando sus palabras, lo que “*realmente exigen*” (1986, p. 58). Con lo anterior, se atribuye un significado a la norma jurídica que puede moldearse, a fin de lograr una mejor coherencia en el sistema jurídico y encontrar una justificación razonable a sus efectos.

Aunado a lo anterior, Dworkin también considera que los individuos pueden tener derechos con anterioridad a los contenidos en las normas creadas por los procesos legislativos. Es decir, en el contexto actual de derechos humanos, con base en su amplitud así como en los principios que los sostienen, la práctica parece

dar razón a Dworkin, en cuanto la existencia de fallos judiciales que, anteponiéndose al trabajo legislativo, han regulado derechos con base en la progresividad y dinamismo de los derechos humanos.

Pese a que se dedicará un capítulo completo al análisis de casos de forma integral para examinar la manera en que los jueces deciden, tomando como referencia un órgano jurisdiccional, una temporalidad y una materia específicas, para verificar cómo es empleada la virtud, o los razonamientos de índole moral en la argumentación respectiva que muestre el balance correspondiente, es conveniente comentar, aún de forma somera un caso para ejemplificar mejor la manera en que Dworkin entiende la aplicación de la moral en los casos prácticos, siguiendo también su ejemplo, ya que en su obra aparecen de forma constante ejemplos que permiten al lector profundizar sus reflexiones.

Al respecto, nos parece ejemplificativa la sentencia correspondiente al Amparo Indirecto Administrativo 112/2013 del índice del Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, cuya titular en ese momento era la Jueza Paula María García Villegas Sánchez Cordero, siendo su temática determinar si la prostitución podía ser considerada como un empleo lícito en términos constitucionales, frente a la normatividad del otrora Distrito Federal que la considera una falta administrativa<sup>13</sup>.

En el estudio que efectúa la juzgadora, en primer lugar analiza la libertad de trabajo al tenor de la propia Constitución Federal y los instrumentos internacionales,

---

<sup>13</sup> Probablemente el lector se pregunte si son necesarios los datos de identificación de los asuntos que se expongan a detalle, ya que podrían suponer una especie de parcialidad por parte nuestra. Consideramos que, en el ámbito académico, resulta siempre útil tratar de integrar un contexto lo más completo posible en torno a cada resolución, a fin de ofrecer un panorama que responda a cuestionamientos propios del lector, o probablemente le inspiren a buscar más información sobre el tema tratado. Asimismo, se trata de una forma – aún humilde– de reconocimiento a los juzgadores cuyo esfuerzo en dictar sentencias *justas* siempre será loable, pues puede inspirar a otros y demostrar a los escépticos de la ética, del derecho y de la justicia que no todo está perdido. Asimismo, permite identificar buenos juzgadores, ya que diversos doctrinarios, como Javier Saldaña, refieren la necesidad de contar con jueces que sirvan como modelo sin que –probablemente por timidez o modestia– se citen nombres.

para después procurar delimitar la materia de litis al estar consciente de la complejidad para abordar el tema, así como la facilidad con que se suele incriminar a los sexo servidores, y por ello establece que las consideraciones se mantendrán al margen de los ilícitos relacionados con actividades de prestación de servicios sexuales, reconociendo a través del derecho penal el interés de la sociedad por sancionar dichas conductas. Hecho lo anterior, se parte de la presunción de que los quejosos son mayores de edad y realizan esa actividad de manera voluntaria<sup>14</sup>.

Sin tener como premisa mayor una norma jurídica, es decir, fuera del modelo silogístico, la jueza realiza un primer reconocimiento del contexto en el que se encuentra la prostitución en México, haciendo énfasis en el estado de vulnerabilidad en que viven los individuos que se dedican a dicha actividad: en situaciones de abandono social y económico. Inclusive, de manera un tanto controversial, considera que el Estado fracasa en proteger a determinados grupos sociales (como el de los quejosos) para garantizar sus derechos fundamentales. Si bien no se le puede responsabilizar en un esquema lógico de causa-efecto directo, sí corresponde al Estado garantizar el ejercicio y goce de los derechos fundamentales, entre los que se encuentra la libertad de trabajo.

En la descripción emprendida por la juzgadora federal, se intenta retratar de manera fiel el modo de vida de las sexo servidoras, pues no pretende ocultar mediante algún eufemismo o analogía la peligrosidad que implican los encuentros sexuales en este contexto, sobre lo cual hace énfasis para pretender comprender las circunstancias en que se encuentran los quejosos, y despojarse de los prejuicios relativos.

---

<sup>14</sup> En las fojas 58 a 60 la juzgadora emprende una reflexión que incide en los tipos penales que se ciernen sobre la prostitución, tales como trata de personas y prostitución infantil; esquemas que se encuentran regulados en el ámbito penal pero que, sin dejar de reconocer su complejidad, no son abordados en el fallo dado que se parte de la presunción de que los quejosos actúan por decisión libre y propia.

Con base en lo anterior, la jueza hace referencia que la normatividad lejos de intentar paliar estas desigualdades, las incrementa al impedirles ejercer una actividad por su voluntad que sirva para su manutención, de modo que aún de forma indirecta podría percibirse que el sentir de la jueza, desde este punto, es que el artículo cuestionado se trata de una norma *injusta*.

Para ilustrar mejor el asunto, es necesario conocer el contenido de la norma combatida, esto es, el artículo 24 fracción VII de la Ley de Cultura Cívica del Distrito Federal<sup>15</sup>:

***“Artículo 24.- Son infracciones contra la tranquilidad de las personas:***

***I. ...***

***VII. Invitar a la prostitución o ejercerla, así como solicitar dicho servicio. En todo caso sólo procederá la presentación del probable infractor cuando exista queja vecinal, y***

***...”***

Del texto transcrito, la jueza federal destaca que sólo procederá la presentación del probable infractor cuando exista queja vecinal, y continúa su exposición citando a diversos autores para concluir que la prostitución ejercida libremente y por personas mayores de edad plenamente conscientes de ello, puede considerarse como un oficio, puesto que es el intercambio de una labor (sexual) por dinero.

Finalmente, por cuanto hace a la libertad de trabajo, la jueza cita la definición prevista en la Ley Federal del Trabajo, considera el contenido del artículo 5° constitucional y llega a la conclusión que dicha libertad únicamente se encuentra limitada bajo 3 supuestos: 1) que no se trate de una actividad ilícita, 2) que no se

---

<sup>15</sup> El precepto continúa vigente en la Ley de Cultura Cívica de la Ciudad de México (última reforma del 24 de abril de 2017).

afecten derechos de terceros, y 3) que no se afecten derechos de la sociedad en general. Contrastando lo anterior con instrumentos internacionales, advierte que el trabajo debe ser libremente elegido o aceptado, y las personas no deben ser privadas de éste de manera *injusta*<sup>16</sup>. Por consiguiente, el Estado debe limitar legítimamente dicha libertad, estableciendo prohibiciones y requisitos razonables.

Por su parte, en el informe con justificación que rindió la Asamblea Legislativa del otrora Distrito Federal, en defensa del citado artículo 24, no se advierte la construcción sólida de un argumento que permita sostener la constitucionalidad o convencionalidad del precepto citado<sup>17</sup>:

*“... [la prostitución] no puede considerarse como trabajo honesto, digno y socialmente útil, ya que de la lectura del precepto constitucional que consagra el derecho al trabajo se advierte que deberán existir diversos supuestos para considerar un trabajo como realmente un derecho humano...”*

*“... Si bien la prostitución no está prohibida por alguna normatividad, sin embargo está considerada como una infracción por llegar a causar intranquilidad en las personas, pues la parte quejosa se duele, que obtuvo una negativa respecto de una ‘credencial de trabajadoras no asalariadas’, fundada y motivada en el precepto tildado de inconstitucional sin embargo,*

---

<sup>16</sup> En torno a este tema, se cita al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en su Observación General número 18, de 24 de noviembre de 2005: *“El derecho al trabajo (...) afirma la obligación de los Estados Partes de garantizar a las personas su derecho al trabajo libremente elegido o aceptado, en particular el derecho a no ser privado de trabajo de forma injusta.*

<sup>17</sup> Aunque no son considerados en la sentencia en mención, puede subrayarse que la exposición de motivos de la ley cuyo artículo 24 se combate establece: *“Para consolidar **una sociedad democrática**, la Ciudad de México requiere el establecimiento de un conjunto de normas que tiendan a garantizar el estado de derecho y generar la responsabilidad de todos sus habitantes para ser sujetos activos en el mejoramiento de las relaciones sociales y en la preservación de su entorno social. **Para lograrlo, se requiere promover la solidaridad y la tolerancia, procurar la convivencia armónica...**”*, en tanto que su artículo 2 fracción IV prevé: *“Artículo 2.- Son valores fundamentales para la cultura cívica en el Distrito Federal, que favorecen la convivencia armónica de sus habitantes, los siguientes: IV. **El respeto por la diferencia y la diversidad de la población de la Ciudad de México:**...”* (el resaltado es propio). Con esto se evidencia que la propia responsable ignora la esencia o finalidad de la ley.

*tal precepto vela por los principios fundamentales de la Ley de Cultura Cívica del Distrito Federal, los cuales consisten en velar por los valores, principios, hábitos y acciones que conforman un todo basado en la solidaridad y corresponsabilidad de los miembros de una comunidad...”*

***“...la prostitución quizá sea lícita, sin embargo, afecta derechos de la sociedad, es decir, transgrede los valores, principios, hábitos y acciones de toda una sociedad, que conforman un todo basado en la solidaridad por encima de las actividades ‘lícitas’ de un particular, como son las quejas...”***

*“... a la prostitución no puede darse la misma connotación de un trabajo ya que la prostitución, es un ‘sexo pago’, en cambio, el trabajo es la ejecución de tareas que implican un esfuerzo físico o mental y que tienen como objetivo la producción de bienes y servicios para atender las necesidades humanas...”*

Las aseveraciones de la Asamblea Legislativa del entonces Distrito Federal caen en apreciaciones subjetivas cargadas de prejuicio y en notorias contradicciones: no logra establecer con precisión a qué valores, principios, hábitos o acciones de la sociedad se refiere la hipotética transgresión que podría generar la prostitución, y pierde completamente de vista que el servicio sexual implica un esfuerzo físico –rodeado de diversos riesgos– que genera un servicio al cual recae una contraprestación.

En este punto, al igual que como se enfatiza en la sentencia, debe recordarse que los puntos medulares sobre los cuales se reconoció que la prostitución es una actividad que debe ser reconocida como un trabajo lícito son: 1) La voluntad libre de quien desea ejercerla, 2) La voluntad libre de quien desea acceder a ella, como cliente, y 3) La no afectación concreta a derechos de terceros o de la sociedad.

Sobre este último punto, si bien no aparece de manera expresa en la argumentación de la sentencia, podría advertirse que la misma soporta un ejercicio de ponderación respecto de la libertad de trabajo de algunos ciudadanos contra una afectación social, ya que, en concreto, no se genera un perjuicio a un individuo o grupo específico, o se impide el libre ejercicio de algún ente social.

Asimismo, sin que se profundice en la sentencia en torno al tema de la moral, ésta debe subordinarse a los principios de una sociedad democrática, plural, en tanto, se insiste, no exista una afectación específica en el acervo jurídico de un individuo, o bien, se genere algún perjuicio. De manera análoga a como se configura el interés legítimo, deben acreditarse elementos que sustenten una “afectación legítima”<sup>18</sup>, los cuales en el caso no se perfeccionan.

En efecto, en el caso a debate el tema no puede ser resuelto a través de una pregunta de carácter moral. No obstante lo anterior, cabría preguntarse si, desde un punto de vista moral, puede ser válido sostener una opinión opuesta<sup>19</sup>. La jueza como corolario de su exposición, considera que la norma combatida, en lugar de promover principios de respeto y tolerancia, incrimina o estigmatiza la prostitución, lo cual incide en la libertad de trabajo expuesta.

Hacia la parte final, la juzgadora retoma un punto: la existencia de una queja vecinal como detonante para que la actividad de prostitución sea considerada como ilícita. Atento a lo expuesto, podría exponerse que la persona que presenta la queja

---

<sup>18</sup> Al respecto, pueden distinguirse 3 grados de afectaciones hacia los otros: a) Discrepancia, respecto preferencias personales ordinarias, b) Incomodidad, si la circunstancia genera repudio social, y c) Daño, si las acciones afectan el acervo jurídico de un tercero, el cual estaría tutelado por el sistema jurídico. En nuestra opinión, en el caso expuesto, debió haberse acreditado un grado de afectación de “daño” para evidenciar que la prostitución no debe ser considerada como un empleo lícito. Esta graduación breve de daño se basa en las reflexiones contenidas en el ensayo *On Liberty* de John Stuart Mill (2001, pp. 86 y siguientes).

<sup>19</sup> Este puede ser un punto interesante de discusión. La moral tiene una naturaleza deliberativa *per se*, en tanto que una de las funciones del derecho radica en clausurar, aún de forma temporal, esas discusiones.

vecinal es quien resiente un daño y, por tanto, podría configurar una “afectación legítima” en los términos propuestos.

Al respecto, la jueza refiere que corresponde al órgano legislativo la tipificación de conductas que deban ser consideradas ilícitas y no a un particular, por lo que la opinión de un vecino, sobre una actividad, no es suficiente para trastocar lo establecido en la Constitución Federal. Así, el precepto impugnado genera un peso mayor a las cargas de las personas que se dedican a la prostitución, dado que se suma a los peligros y adversidades que enfrentan, el eventual hostigamiento que pueden realizar los vecinos sobre su actividad<sup>20</sup>.

Retomando las ideas de Ronald Dworkin, para contrastarlas con el caso expuesto, identificaremos que adjudica a la moralidad un carácter contextual, rechazando las ideas utilitaristas e igualitarias extremas (1986, pp. 204-221): por un lado considera que el utilitarismo podría extinguir la individualidad de cada miembro de la sociedad, ante las negociaciones que efectúa el Estado con otros particulares que detentan alguna posición económica relevante, en aras de un –poco claro a veces– interés general. En palabras de Dworkin: “*La autonomía personal estaría a punto de desaparecer por completo en una sociedad cuyos miembros aceptaran el deber de la simulación de mercado, porque el deber no descansaría nunca*” (1986, p. 210). Es decir, cada miembro tendría que estar dispuesto a ser sacrificado constantemente en aras de un mercado de intereses en los que él no tiene posibilidades de participar o influir, con el grave inconveniente que sus intereses tendrían, en todo caso, que ajustarse a los de la mayoría, lo cual quedaría en clara

---

<sup>20</sup> No debe perderse de vista que la sentencia sólo *reconoce* a la prostitución como una manifestación laboral legal, y no constituye una apología sobre este modo de vida. Es decir, frente a las reflexiones de algunos lectores, al menos en el escenario mexicano, la prostitución suele encontrarse ligada usualmente a la delincuencia organizada y otros delitos de mayor impacto, además de incrementar el riesgo de trastornos de salud en quien la ejerce, debemos hacer hincapié en que la juez federal parte de dos premisas fundamentales: primero, que los promoventes *deciden* por sí mismos dedicarse a este oficio y, segundo, que dada la forma de vida que llevan los sexoservidores, el imponer obstáculos adicionales a su esfuerzo emprendido implica agravar la posición de desventaja en que se encuentran: de este modo, la determinación de la juzgadora se encamina hacia un ideal democrático de justicia, al intentar paliar una asimetría social e impedir agravar en mayor medida su situación vigente.



contravención a la esencia más pura del ideal democrático en el que nos encontramos inmersos<sup>21</sup>.

En el otro anverso, la igualdad de bienestar “*requiere que el gobierno designe y distribuya la propiedad para que el bienestar de los ciudadanos sea equitativo, en la medida de lo posible* (1986, p. 212).” Es decir, este ámbito de moralidad, al fungir como un punto de partida, no toma en cuenta méritos o circunstancias de cada miembro de la comunidad, de modo que la búsqueda en lograr los planes de vida tengan, de principio, una posibilidad real de actualizarse.

Expuesto lo anterior, la moralidad con la que se debe realizar la lectura del sistema normativo debe tener un carácter integrador y coherente, con el objeto de construir, en cada caso, una justificación que se adapte y fluya a través de cada precepto y, de ser posible, vincularse con otra legislación en vigor. Este punto es común y recurrente en la teoría del jurista estadounidense: no podemos obviar y restar importancia a los precedentes.

Probablemente esta reflexión se derive de la naturaleza del sistema jurídico anglosajón, en el cual las decisiones judiciales anteriores integran un acervo de suma importancia que guía las resoluciones presentes, lo cual debe subrayarse si se considera que Dworkin dedica su obra y análisis, de manera exclusiva, sobre el derecho estadounidense. Por ello, al considerar el derecho como una integridad con firmes raíces ancladas en el pasado que lejos de inmovilizarlo lo nutren, Dworkin considera su postura integracionista como “*un ideal político preciso, (...) porque queremos considerarnos una asociación de principio, una comunidad gobernada por una sola y coherente visión de justicia, equidad y debido proceso en la relación*

---

<sup>21</sup> Aquí se hace notar que, de manera análoga a la forma en que Dworkin se aparta de dos extremos en torno al contenido de la moralidad en el sistema legal, en las corrientes de ética de la virtud que se explican más adelante, también se rechazan las posturas del deontologismo y el consecuencialismo, siendo patente la utilidad o mejor dicho, la razonabilidad de los puntos medios que permitan tomar en consideración las características específicas de cada caso, rechazando soluciones mecánicas o silogísticas simples.

*correcta*” (1986, p. 284). Es decir, estima que a través de su teoría es posible incrementar la posibilidad de encontrar puntos comunes en la sociedad democrática que ayude a los ciudadanos a comprender mejor la actividad judicial y demostrar la manera en que la discrecionalidad judicial se encuentra acotada tanto a precedentes como a convencionalismos, con lo cual puede legitimarse mejor su función y promover el escrutinio académico de los fallos.

En *Los Derechos en serio*<sup>22</sup>, Dworkin aboga por una filosofía moral que proporcione una estructura de principios que fundamente las convicciones inmediatas –esquemas intuitivos– de los cuales se posee un grado alto de certeza respecto de su valor, a fin de contar con una guía en aquellos casos en los que, por cualquier razón, no se cuenta con una convicción específica o esta resulta débil frente a una postura contraria que nos parezca cuestionable, con la finalidad última de que dichos principios puedan servir de base a nuestros juicios propios y apelar de forma independiente a nuestro sentido moral. Con esto, Dworkin también refuerza su acercamiento relevante hacia un ideal ético con aspiraciones universalistas en el que el individuo esté en aptitud de descubrir, por sí mismo, ese bien fundamental vinculante hacia sus semejantes que permita, al mismo tiempo, la perfección y lograr la plenitud de su ser en equilibrio con el respeto a la libertad y dignidad de los otros.

Esta construcción pese a derivarse de un ejercicio reflexivo de moralidad no impide arribar a conclusiones meramente subjetivas como suele suponerse con frecuencia. Dworkin (1993, p. 247) apunta: “[la realidad moral objetiva] *no ha sido creada, sino más bien descubierta por los hombres o las sociedades, tal como se descubren las leyes de la física (...) la filosofía moral es un proceso de reconstrucción de los principios fundamentales mediante la disposición de los juicios*

---

<sup>22</sup> Vid. DWORKIN, Ronald, 1993, pp. 241 a 243.

*concretos en el orden correcto, así como el naturalista reconstruye la forma de un animal entero a partir de los fragmentos de hueso que ha encontrado”.*

Cabe señalar, sólo como un punto de partida para una reflexión que habremos de analizar con ayuda de un caso práctico más adelante<sup>23</sup>, la forma en que nuestros prejuicios vician esa capacidad de percepción, erigiéndose como una cortina translúcida que impide ver con exactitud las formas que serán objeto de estudio. Como ejemplo de lo anterior, Dworkin (2007, p. 281) advierte que la sociedad europea de manera casi generalizada ha consolidado una posición en la que, con algunas formalidades cosméticas, se permite el aborto libre. Ello no ha generado una continua controversia, más eso se debe a que Europa no está plagada de movimientos religiosos fundamentalistas o de ninguna sensibilidad fundamentalista seria; elementos que contribuyen a distorsionar una crítica abierta hacia la moralidad imperante y no promueven el descubrimiento de ese bien con aspiración universal. Es por ello que Dworkin (2007, p.45) considera: *“la teoría del derecho, como una parte especial de la moralidad política, [se] caracteriza por un ulterior refinamiento de las estructuras institucionales”*; refinamiento que conduciría a una mejor protección de los derechos de las personas procurando reducir las asimetrías fácticas para asegurar un mínimo de oportunidades equitativamente.

Como corolario a las ideas expuestas, Dworkin es contundente: *“El derecho es un concepto interpretativo”*; *“El derecho no queda agotado por ningún catálogo de reglas o principios, cada uno con su propio dominio sobre algún discreto teatro de conducta. (...) Es una actitud fraternal, una expresión de cómo estamos unidos en una comunidad a pesar de estar divididos en lo que respecta a proyectos, intereses y convicciones”* (1986, pp. 286-289). Esta reflexión confirma en Dworkin una idea de apertura moral y jurídica permanente, dinámica que procura evolucionar constantemente en un espectro profundamente humanista, para lo cual la

---

<sup>23</sup> Véase el apartado 4.3.1 de esta investigación, respecto al análisis en torno a la decisión judicial del matrimonio igualitario.

solidaridad y la generosidad entre los integrantes de la sociedad es un factor clave para lograr su mejoramiento real. En este sentido, también en su pensamiento podemos encontrar acercamientos al ideal ético que converge en la Jurisprudencia de la Virtud.

### *El pensamiento de Eduardo García-Máynez*

Finalmente, concluiremos nuestro recorrido sobre diversas reflexiones en torno a la moral con el pensamiento del maestro García-Máynez. En su clásico *Introducción al estudio del derecho*, se describen diversas características que pretenden diferenciar la moral del derecho, si bien en sentido estricto no se advierte una definición en particular.

No obstante lo anterior, el punto de partida para diferenciarlas refiere a su bilateralidad y unilateralidad: *“La unilateralidad de las reglas éticas se hace consistir en que frente al sujeto a quien obligan no hay otra persona autorizada para exigirle el cumplimiento de sus deberes”* (2004, p. 15). Dado su carácter pedagógico, como punto de inicio para un debate, ya que algunas de las ideas pueden no resultar tan exactas de acuerdo al recorrido que hemos efectuado, es útil tomar en cuenta el resto de las características establecidas para diferenciar ambos conceptos (2004, pp. 15-24):

Moral	Derecho
<b>Unilateral:</b> No hay un tercero que pueda exigir su cumplimiento.	<b>Bilateral:</b> Impone deberes correlativos (recíprocos) exigibles.
<b>Interior:</b> Atiende a valores personales	<b>Exterior:</b> Atiende a valores colectivos.
<b>Incoercible:</b> Su cumplimiento es voluntario.	<b>Coercible:</b> Su cumplimiento puede generarse aún en contra de la voluntad.

<b>Autónomo:</b> Es impuesta de forma personal, en el ámbito íntimo.	<b>Heterónomo:</b> Es impuesto por un tercero.
--	--

Lo interesante de las clasificaciones anteriores que aprendemos durante nuestros cursos de licenciatura, es que podemos cuestionarlas en tanto que cada una de las características también puede concebirse en el término contrario y viceversa: por ejemplo, la moral también puede ser considerada heterónoma debido a que es la sociedad en su conjunto quien la define, y no el individuo en lo particular, o bien, el derecho puede tener un carácter autónomo, ya que finalmente corresponde a cada persona determinar libremente si cumple o incumple un precepto jurídico dado. De ahí que estas clasificaciones únicamente deban limitarse para darnos un punto de partida sobre el conocimiento de tales conceptos, pero pueden ser inexactas para un análisis minucioso sobre los mismos.

En el ámbito de la moral, en una obra posterior (*Filosofía del Derecho*), el maestro García-Máynez profundiza en esta cuestión alejándose de los lineamientos cerrados que describimos en el cuadro anterior y realiza acercamientos importantes hacia modelos éticos o de una moral mucho más activa por parte del individuo y, más importante para efectos de esta investigación, del juez.

Citando al autor Nicolai Hartmann, García-Máynez considera que es incuestionable que el hombre puede estar convencido –independientemente de que su convicción sea o no correcta– de que ciertas conductas *deben ser* sencillamente porque *valen*. Esto es, sin necesidad de una reflexión profunda o concienzuda en torno a una conducta o actitud, el hombre infiere de su utilidad o valor, de modo que aun indirectamente se produce una calificación sobre la misma bajo un esquema ético. Como lo expresa nuestro profesor emérito: “*Si los preceptos del derecho son frecuentemente cumplidos por razones de orden moral, de carácter religioso o simplemente diversos del temor a las sanciones jurídicas, es evidente que su*

*eficacia obedece en buena parte a esas razones, y que las más importantes, entre las últimas, son precisamente las de índole ética” (2015, p. 93).*

En efecto, García-Máynez considera que si bien existen diferencias notables entre derecho y moral, ello no implica su distanciamiento en el ámbito práctico, pues tienden a complementarse entre sí, y como prueba de ello se tiene que la eficacia de diversos ordenamientos jurídicos se encuentra reforzada por motivos y conceptos de índole moral, los que denomina “*criterios éticos de estimación de la conducta, a los que el legislador enlazó consecuencias de derecho*” (2015, p. 94).

Aquí cabe aclarar que, en nuestra opinión, en el pensamiento del maestro los términos ética y moral se interrelacionan de forma íntima, producto de considerar que la moral resultante es la consecuencia de una reflexión ética, lo cual en ocasiones, sin resultar necesario, puede ser coincidente y hasta deseable. Sin embargo, es conveniente efectuar diferencias entre ambos conceptos, pues a la ética se le atribuye un mayor valor al desarrollarse en el interior de cada individuo y puede modificarse constantemente, controvirtiendo a la moral imperante en caso de resultar necesario a fin de lograr plenamente sus fines. No obstante lo anterior, debe resaltarse que el pensamiento vertido en *Filosofía del Derecho* se acerca más a concepciones modernas en las cuales los nexos entre moralidad y Derecho resultan ya innegables.

Continuando con las reflexiones de García-Máynez, también advierte que la inclusión de esos elementos de moralidad en el sistema jurídico tiene antecedentes desde el derecho romano, al considerar que los principios de máxima generalidad descritos por Ulpiano en torno a la definición clásica de los preceptos de derecho (*honeste vivere y neminen laedere*) traducidos como vivir honestamente y no dañar a otro se reflejan en los imperativos morales de honradez y rectitud, como criterios de estimación de la conducta, elevados a exigencias jurídicas dada su relevancia y necesidad de coercibilidad en caso de ser necesario.

Pero lo realmente valioso de estos comentarios y en lo que sin duda es fácil coincidir con el maestro García-Máynez, es que “*la conducta conforme a las normas de esta ‘moral colectiva’ sólo tendrá sentido ético cuando no se encuentre motivada por el temor al desprecio social o a cualesquiera otras reacciones que provengan del grupo*” (2015, p. 100); en estas últimas reacciones pueden incluirse aquellas derivadas del sistema jurídico, por lo que de forma integral tenemos que la conducta del hombre sólo tendrá un valor verdaderamente auténtico e ideal cuando tenga su origen en una convicción íntima y autónoma, de modo que otras consecuencias que pudieran tener lugar pierden peso frente a esa convicción integrada, frente a esa reflexión ética que pretende hacer valer una conducta o mantener una actitud por considerarla correcta.

Otro destello que se distancia de las ideas francamente positivistas es la exposición que efectúa el maestro respecto de la teoría de los *standards*, de la cual pueden deducirse influencias de tendencias moralistas o, al menos, de un positivismo incluyente, ya que ambas corrientes convergen en reconocer, en mayor o menor medida, el nexo entre moral y Derecho, y la manera en que éste se nutre de aquélla.

Así, García-Máynez (2015, pp.102 y 103) entiende los *standards* como criterios o estimación de la conducta, que frente a la rigidez de las normas de carácter abstracto, se ofrece una pauta o directriz general que sirve al juzgador para llegar a una solución más justa. Sin embargo, a diferencia de la norma que puede caer en un esquema de aplicación mecánico, el manejo del *standard*, al suponer cierto poder discrecional requiere la “intuición de un experto”, pues su función esencial es de equidad y es equiparable al de la regla de plomo de que habla Aristóteles, la cual, por ser de materia dúctil, podía plegarse a las sinuosidades de la piedra medida. García-Máynez cita a Aristóteles; a nosotros de manera contemporánea esta descripción parece aludir, definitivamente, a la obra de

Gustavo Zagrebelsky, *“El derecho dúctil”*, cuyos ideales no se encuentran alejados de lo expuesto en estas líneas.

En efecto, como corolario de lo expuesto, la aplicación de esos *standards* requiere una fina intuición y larga experiencia; implican un juicio de valor respecto de la conducta, por lo que no exigen un conocimiento jurídico exacto sino el uso del buen sentido para juzgar cosas comunes, y reconocen que no pueden aspirar a ser formulados de manera absoluta, sino que son relativos a los diferentes tiempos y lugares, y deben aplicarse en vista de las peculiaridades de cada caso concreto.

Con este último párrafo, parece, se dan cita lo que son los mejores elementos de la moral, y se perfilan como una puerta hacia la integración de elementos éticos en cualquier reflexión: se reconoce una temporalidad y particularidad de la moral, pero, al mismo tiempo, se exhorta al empleo de un buen juicio, de una sabiduría práctica –como dice Aristóteles– para efectivamente arribar a un resultado justo. El Derecho, como tal, se subsume en su génesis filosófica no suprimiéndola, por el contrario, favoreciéndose de sus aportaciones a través de un ideal ético que exhorte continuamente a la excelencia y a la práctica de virtudes, en las que un libre albedrío representa una condición fundamental para su pleno desarrollo<sup>24</sup>.

Finalmente, con las descripciones de los autores anteriores, se desea dejar patente que de épocas tan disímolas, y proviniendo también de contextos poco equiparables, se pueden encontrar bases en común respecto de temas tan abstractos y aparentemente complicados como lo es la moral; también se llama la atención del lector hacia la construcción de elementos que procuren demostrar que es posible encontrar ingredientes que resistan críticas en dirección hacia ideales de moralidad más sólidos, que sean lo suficientemente moldeables para ajustarse en nuestros ámbitos democráticos, sin presuponer o dejar sentadas reglas para su

---

<sup>24</sup> El propio García Máynez en su *Ética* (1994, p. 271), advierte: *“El libre albedrío constituye una conditio sine qua non de la moralidad”*.



aplicación, ya que su apertura no debe ser traicionada, para permitirle a la ética cumplir con su misión como guardián impertérrito de la conciencia humana.

### 1.1.2 Ética

A diferencia de la moral, la ética no es un concepto usual en las conversaciones cotidianas. Siguiendo este comparativo, tampoco ha sido objeto de consideración en los textos normativos, salvo aquellos claramente especializados – que han cobrado auge en los últimos años–, en la forma de códigos de ética no sólo para los ámbitos públicos, sino también en organizaciones privadas, como una forma de estimular y promover determinados lineamientos de conducta entre las personas que laboran en esos distintos lugares.

De cualquier modo, la referencia a la ética es igualmente positiva, aunque presenta marcadas diferencias con la moral. Probablemente una de las notas más distintivas entre ambos conceptos es el carácter *íntimo* de la ética, y cómo su desarrollo pretende analizar y cuestionar la moralidad que comúnmente consideramos como válida. La ética parte del pensamiento de cada persona, se desarrolla en una reflexión y concluye a través de una acción<sup>25</sup>. La acción exterioriza la ética, pero únicamente es su consecuencia. Los motivos que la justifican se derivan de un diálogo interno que pretende identificar *qué es correcto* ante situaciones que plantean disyuntivas, con consecuencias que ameritan dicho ejercicio interno. Como plantea la doctora Paulina Rivero (2015, p.11) “*Eso, es la ética: el pensamiento que se encuentra en el giro al interior...*”.

---

<sup>25</sup> En efecto, aunque en esta investigación se insiste en el carácter personalísimo de la reflexión ética, la misma no puede quedar relegada a la interioridad del sujeto, pues nuestras acciones trascienden al mundo externo y social. *Vid.* SALDAÑA SERRANO, Javier (coord.), 2015, p. XII.

Ese giro al interior podemos reconocerlo como una expresión de la autonomía del pensamiento, mientras que, en el ámbito moral, la corrección de las acciones se deriva de un juicio colectivo (generalizado de algún modo). Así, para la ética la decisión tiene origen en el aspecto interno, pudiendo encontrar contradicciones con la moral prevaleciente.

En este sentido, el lector podrá percibir un notable acercamiento a las ideas del filósofo español Fernando Savater, ya que su postura frente a la ética nos parece cercana a la Ética de la Virtud, al contar con diversos elementos afines entre ambos ideales y generar una percepción de coherencia sólida que podría dar respuesta a las interrogantes o críticas que suelen deducirse de su análisis.

De hecho, con la lectura de otros autores también puede enriquecerse esa postura, ya que si bien existen algunas diferencias en torno a la naturaleza y alcances del ideal ético, las similitudes entre los diversos autores son mucho más sustanciales –de manera análoga a lo expuesto anteriormente en torno al tema de la moral– por lo que es posible construir algunas reflexiones que permitan arribar a consensos significativos, en el cual la piedra angular sea magnificar el carácter *humano* de la ética.

Un buen punto de partida para el análisis de la ética como se propone es tomar en consideración los comentarios de Fernando Savater (1995, p. 10) al respecto. Para él, la ética consiste:

*“... [en] la convicción revolucionaria y a la vez tradicionalmente humana de que no todo vale por igual, de que hay razones para preferir un tipo de actuación a otros, de que esas razones surgen precisamente de un núcleo no trascendente, sino inmanente al hombre y situado más allá del ámbito que la pura razón cubre: la ética se ocupa de lo que alienta al hombre y en el hombre”.*

De manera más breve, pero no por ello menos profunda o simple, en su clásico *“Ética para Amador”*, Savater (1998, p. 76) refiere que la ética es *“el intento racional de averiguar cómo vivir mejor”*. Esta afirmación, desde luego, se encuentra concatenada con los elementos éticos básicos, también descritos en dicha obra, como lo son la libertad y la dignidad, de forma que ese “mejor vivir”, puede alinearse con facilidad hacia la faceta del bien, tanto de forma individual como en lo colectivo, pero derivado de una reflexión íntima y personal, a diferencia de la moral.

Por ello, Savater considera que la pregunta fundamental de la ética es *“¿qué quiero hacer?”*. Esta pregunta, intrínsecamente valora a su antecedente *“¿qué puedo hacer?”*, al reconocer que las opciones disponibles se encuentran acotadas y restringidas a posibilidades específicas, pero que una vez depuradas de tales limitaciones, ya sean físicas o morales, al final del camino la pregunta última cuestionará al sujeto si desea emprender una acción, o no; si tiene un valor de actuar conforme a lo que realmente quiere, o se desiste.

El siguiente párrafo es ilustrativo al respecto y establece las bases fundamentales de la ética para Savater (1995, p. 30):

*“¿Qué es lo que quiero? Llegar a ser plenamente yo, es decir, ser no-cosa, mantenerme en una totalidad abierta en la que pueda confirmarme como autodeterminación, o sea, como creación y libertad. ¿Qué debo hacer para conseguirlo? Ser reconocido –identificado– por otro objeto infinito –por otro sujeto– al que a mi vez haya reconocido como tal. ¿Cómo puedo lograrlo? Instituyendo una comunidad de sujetos de la que ningún objeto infinito que por principio excluido, en la que se pacten relaciones de auténtica y explícita reciprocidad y donde a nadie le sea menoscabada ni vedada la realidad de lo posible”.*

De la explicación anterior, es posible identificar varios elementos que fundan y caracterizan el ideal ético savateriano –y que también pueden dar un sustento teórico a la Jurisprudencia de la Virtud–, no obstante que en su obra *La Tarea del Héroe*, el filósofo español nos introduce a la idea de una ética “trágica”<sup>26</sup>, la cual terminará implicando la figura mítica del héroe, como una justificación e incentivo para su adopción por parte de cualquier ciudadano, ya que constituye, finalmente, el protagonista principal de este ideal ético. Así, tales elementos sustanciales son:

### 1. Apertura

La ética se presenta como una idea mutable, adaptable, por lo que su descripción obedece más a un *ideal* que a una idea: se mantiene siempre abierta a lo posible al pretender estimular el dinamismo y cuestionar constantemente las opciones de los sujetos. La ética no establece reglas, siempre se encuentra en movimiento. En palabras de Savater (1995, p. 54): “*no consiste en una forma de ser, sino en una disposición del querer*” y “*la ética trágica permanece tenazmente en una inmanencia abierta*” (2009, p.27). De este modo, se encuentra íntimamente relacionada con la idea de libertad, ya que corresponderá a cada hombre desde el ámbito más íntimo de su ser, ejercer su autonomía ante cualquier situación a fin de adoptar la postura que recomiende su conciencia. Es, pues, la aptitud perenne de conocer y analizar opciones constantemente, con la posibilidad de permitir una invención personalizada de la solución.

Este elemento también podría alinearse con facilidad con la idea de “otredad” que más adelante describimos, ya que, si efectivamente somos capaces de comprender al otro, de reconocer su humanidad, esto implicará arribar a la

---

<sup>26</sup> La incorporación de este adjetivo por parte del autor es empleado para reforzar las diferencias del ideal ético que expone frente a la “ética tradicional”, la cual considera que permanece fija en presupuestos estériles, lo cual la convierte en un instrumento dogmático y cerrado, que pierde de vista el sentido trágico de la imposibilidad de alcanzar el triunfo definitivo de las polaridades contrapuestas (generalmente Bien y Mal), y enfatizar que dicha característica no invalida el sentido de la ética, por el contrario, lo funda.

posibilidad de allegarnos de nuevos puntos de vista que permitan complementar los propios e, inclusive, transformarlos<sup>27</sup>.

## 2. Acción.

Tal y como describimos con anterioridad, la ética se exterioriza indefectiblemente a través de una acción: un *querer*. Esto se traduce en una actitud o una actividad que produce un cambio en el entorno del hombre o su propia persona, pues en caso contrario, aun cuando la dialéctica interna de cada persona pueda arribar a una conclusión formidable, no traspasará la barrera del pensamiento y, por ende, no podrá ser considerada o valorizada en términos de la ética. Por tanto, la acción es una premisa fundamental de la ética.

## 3. Libertad.

El ideal ético asume permanentemente que la acción del hombre es libre, y ello implica su responsabilidad, de forma que con cada acción va limitando sus posibilidades, va configurando su realidad y, con ello, asumiendo las consecuencias que se deriven de su actuar.

A fin de procurar ejemplificar mejor esta idea en el contexto en análisis, tomemos en consideración lo establecido por Savater (2009, p. 58-60) “*la acción debe ser considerada libre sin remedio, porque en caso contrario no sería acción sino pasividad*”, lo cual podría parecer inexacto, pues puede destacarse – válidamente– que aún esa pasividad corresponde a la libertad de la omisión, es decir, a permanecer indiferente ante un hecho, con lo cual, indefectiblemente, también se estaría ejerciendo la libertad para actuar de ese modo. En este

---

<sup>27</sup> Bajo este contexto, como el lector podrá advertir, cada concepto descrito se encuentra íntimamente relacionado con los demás; es decir, en conjunto conforman un ideal integral que, para ser pleno, requiere de la interdependencia de cada uno de sus elementos.

sentido, la libertad se asimila en gran medida a una noción de autodeterminación, que bien podría solucionar nuestro problema de definición momentáneamente. Al respecto, cabe precisar que las intuiciones morales que poseemos con la finalidad de procurar ejercer de la manera más eficaz nuestra libertad en la construcción de nuestros planes de vida, también pueden perfeccionarse contrastando las vías morales predeterminadas (como lo son tradiciones o invitaciones) con las experiencias individuales.

Sin embargo, la pasividad con relación a la libertad en el ideal ético, correspondería al contraste entre la posibilidad del hombre de *actuar de manera diferente*, en tanto que su ausencia correspondería a una actuación mecanizada, por costumbre, imitación o convencionalismo. Es decir, la pasividad en tales términos no corresponde una opción sino que suprime la posibilidad de la ética y lo que es peor aún, tiende a cosificar al hombre, negándole su esencia más poderosa: la creadora.

Por lo anterior, a través de la libertad en el ámbito ético es que el hombre está en aptitud de ejercer, y de reconocer en otros como se explica a continuación, su identidad como hombre, como un ser típicamente racional, pleno y con aspiraciones, y no ser reducido a la categoría de cosa o instrumento; hipótesis a la cual la otredad se refiere como se procura explicar a continuación.

#### *4. Otredad.*

El hombre, nos explica Savater, dentro de los márgenes de su voluntad se opone poderosamente a una “identidad cosificadora” para escapar de una clasificación que lo reduzca a una cosa, es decir, transforma incesantemente su entorno para demostrar que él no es cosa, y por medio de su voluntad, puede imponerse y doblegar a ese entorno. Entonces, frente a otros hombres, la relación puede derivarse en tres categorías, que permiten clarificar una idea en la evolución

del pensamiento. Primero, como una relación con lo otro, en un ámbito de desigualdad, que se deriva al considerar que el otro ser se encuentra en otro plano. Ese otro ser puede ser una deidad o un objeto cualquiera: lo que se subraya es que ya sea algo que se piense en el ser como superior o inferior, el hombre que lo enfrenta lo percibe como *distante*, como algo no humano, imposibilitando de este modo la realización del ideal ético. Tristemente es posible advertir que en muchas ocasiones en las relaciones humanas pueden generarse emociones de repudio que arriban a esta perspectiva de reconocimiento, lo cual además de anular la posibilidad de la ética pueden trastocar de manera sustancial el contenido de la moral, en gravísimo detrimento de las condiciones de vida de quienes lo padecen. Por ende, es la reducción del hombre al objeto, al instrumento, negando por completo su dignidad, y con ello su esencia<sup>28</sup>.

Después, la relación con el otro conlleva el reconocimiento *del* otro y no *en el* otro. Es decir, en esta perspectiva el hombre ya reconoce un grado de humanidad limitado a su semejante, pues se ha percatado de la utilidad o conveniencia que puede generar el otorgarle un trato generoso o cordial, o por el contrario, convencido de la amenaza que representa para sus intereses desde un egoísmo exacerbado, lo enfrenta en clara agresión, pero no con el fin de disminuirlo por completo a un objeto, sino a un grado de sumisión instrumental. De este modo, la confirmación de una identidad no cosificadora no puede tener lugar, ya que se encuentra de origen viciada por ser incapaz de dignificar plenamente al hombre: una conducta sólo puede ser ética si su fundamento es el respeto a la dignidad inmanente del hombre.

---

<sup>28</sup> Este es uno de los pilares fundamentales del ideal ético para una eficaz aplicación en el contexto jurisdiccional. Puede adelantarse que una hipótesis de este desprecio irracional tiene origen en el vicio de la soberbia, en contravención con la práctica ideal de las virtudes. Al respecto, la autora Martha Nussbaum (1997, p.100) tomando como referencia a Rousseau, considera que “...*el no creer en nuestra vulnerabilidad potencial, conduce fácilmente a la obtusidad social y la indiferencia*”. Citando textualmente a la obra del Emilio, de dicho autor, Nussbaum evidencia: “*¿Por qué los ricos son tan despiadados con los pobres? Porque no temen empobrecerse. ¿Por qué un noble siente tanto desprecio por un campesino? Porque él nunca será campesino*”.

Finalmente, el ideal ético propone un reconocimiento *en el* otro; esto significa que cada hombre pueda apreciar a su semejante en un plano de igualdad, siempre dispuestos a realizar el esfuerzo de comprender sus razones a través de una comunicación racional que tenga como fin último estar al servicio de la cooperación y la solidaridad. En palabras de Savater (1995, p.36): *“mantener una relación ética con los otros es estar siempre dispuesto a concederles la palabra y a poner en palabras lo que exigimos de ellos, lo que les ofrecemos o lo que les reprochemos”*, ya que únicamente en este ámbito de plena reciprocidad es posible apuntalar la libertad de cada individuo: *“...la aceptación de su libertad respecto a mí proporciona una base inatacable a mi propia libertad”* (Savater, 2009, p. 101).

## 5. Heroísmo

Tomando en consideración la metáfora del propio Savater, en la que la ética es inherente a la figura de un héroe, que busca ser distinguible en nuestro entorno cotidiano, personalizándose a través de cualquiera de nosotros y en cualquier tiempo, es posible afirmar, en armonía –o como resultado si se desea– con base en los conceptos expuestos, que el ideal ético tiene un valor heroico, entendido como una fuerza o resistencia que busca oponerse al vicio en todas sus manifestaciones y que nunca renuncia, pese a las adversidades, aparentes o no, que se presenten.

Así, lo heroico radica en la reafirmación de excelencia de lo verdaderamente humano, capaz de imponerse a cualquier obstáculo en aras de servir desinteresadamente: materializa la virtud. Algunas manifestaciones de este heroísmo se reflejan en:

*“...no retroceder ante lo que debe y puede ser hecho, no someterse a lo que le es extraño e injustamente hostil, no querer ensalzarse con la humillación del otro, renunciar a todo el botín de la victoria con triunfal*



*alegría, conceder la paridad de la nobleza a quien ya no la espera, a quien aún no la merece*". (2016, p. 90).

Derivado de lo anterior, se invita al lector a reflexionar respecto a los héroes que conozca. Da igual si se trata de personajes fantásticos que los llamados "nacionales", o si se trata de personajes que conoció a través del cine o alguna novela. El héroe en todo caso representa un modelo ejemplar, un paradigma que ha vencido las dificultades personales que se presentan en toda vivencia humana y que no se conforma con superarlas, sino que decide *ir más allá*, es decir, hacia la excelencia a fin de acercarse a una plenitud de su ser.

Además, el héroe asume de manera personal su propia ley, en contraposición con esquemas silogísticos o codificados cuya utilidad en el ámbito práctico, a final de cuentas, suele verse reducida o mermada. El héroe personifica la virtud al conservar, permanentemente, la posibilidad de alterar sus decisiones para materializar un esfuerzo de armonizar sus deseos con los de sus semejantes, arribando incluso a la posibilidad del sacrificio personal.

De acuerdo a las ideas expuestas, frente a la moral, la ética propone al hombre que en cada acción u opción que oriente su existencia no las realice bajo una presión, dirección o coacción externa (ya sea la moral, el Derecho o reglas de trato social<sup>29</sup>), pues siempre tiene la opción de ejercer su libertad, negarse a la imposición social y asumir una responsabilidad interna en su búsqueda del bien a fin de armonizar la manera en que se satisfacen sus necesidades: a esta cualidad Savater la denomina "voluntad de valor" y constituye un acercamiento a las virtudes desde el ideal ético, y que se encuentra revestida de una importancia particular como se explica enseguida.

---

<sup>29</sup> Savater es muy explícito en torno a las reglas de etiqueta: "*la etiqueta es una voluntad de valor moral banalizada, trivializada por el momento instrumental de la sociabilidad misma*". Es decir, se aceptan como lo que son, al considerarlas comúnmente como "correctas", sin examinar de fondo su contenido.

Y es que, en este punto, y probablemente en otros elementos que ya hemos venido comentando, será muy natural que surjan en el lector dudas respecto a su viabilidad práctica. Probablemente uno de los argumentos más comunes y que resuenan con fuerza entre la mayoría de las personas, es el (aparente) relativismo que se deriva en términos de la ética o de la moral: resumido en expresiones del tipo “cada quien tiene una idea de lo que es justo”; “¿cómo puede definirse lo que es justo?”, y “la cultura y las costumbres influyen en lo que se considera correcto o justo”.

Con reserva de que se procure dar respuestas a estas y otras interrogantes que son comunes cuando se realizan acercamientos filosóficos a conceptos tan humanos como los que son descritos a lo largo de esta investigación, ya que nos hemos topado con el término de “voluntad de valor”, es provechoso detenernos un momento para clarificar con mayor detalle lo que significa, y la manera en que puede dar respuesta, al menos en parte, a tales interrogantes.

La voluntad de valor como puede entenderse como una virtud derivada de la fusión de los pilares de acción y heroísmo que ya han sido descritos. Si bien se nutre en su beneficio del resto de elementos prístinos de la ética de acuerdo al pensamiento de Savater, su importancia radica en que a través de ella es posible justificar racionalmente una conducta o postura en un caso específico. Es decir, la voluntad de valor aconseja de manera íntima a su poseedor sobre el mejor curso de la acción, aspirando a la excelencia, sobre cada cuestión que se le presente: constituye de este modo una decisión eficaz que viene a materializar el ideal ético a través de la expresión de una virtud.

En armonía con lo anterior, Hart (1961, p. 225) afirma que la moral comprende mucho más que las obligaciones y deberes reconocidos en la práctica efectiva de los grupos sociales: existen ciertos *ideales* morales. Aquí es donde

señala al héroe y al santo, como ejemplos que personifican este ideal moral, al hacer acciones adicionales al “deber ordinario”, el cual puede traducirse en una preocupación por los intereses ajenos o de sacrificio del personal en aras de aquéllos: ¡cuánta similitud guarda con el ideal heroico de Savater! Autores tan distintos, respecto de los cuales prácticamente podría asegurarse que no existió influencia en ningún sentido, pueden arribar a conclusiones similares. Y en el fondo, es afortunado que así sea, ya que no solo puede evidenciar el carácter netamente humano del ideal ético, sino además, la coincidencia también abona a las tesis que sostienen este cúmulo de ideas frente a las objeciones del relativismo que suele ser la primera línea de cuestionamiento –y probablemente la más común– del ideal ético.

Derivado de lo expuesto, podemos reconocer que la función de la ética, además de describir el curso de las acciones que se consideran buenas, ayuda a comprender por qué lo son, y por qué nos favorece el que seamos buenos, superando contextos individualistas y con valor frente a moralidades que, ante un examen íntimo y consciente, podamos cuestionar. La ética no ignora la diversidad de normas para la pluralidad de las distintas tradiciones y pueblos que conforman la raza humana, al contrario, toma en consideración que la realización de los valores pueda tener lugar a través de diferentes escenarios y contextos; lo que sí puede considerarse erróneo es pretender dotar a un solo pueblo, época o incluso persona la corrección íntegra de los valores, aun cuando sea posible encontrar valores con validez general por ser absolutos en sí mismos, inmanentes a la dignidad del hombre que trascienden temporalidades y tradiciones culturales.

Recapitulemos brevemente: espero que el lector ya no encuentre dificultades para distinguir, aún de manera somera, las diferencias entre ética y moral, y pueda identificar las razones por las cuales vale la pena detenerse un momento a reflexionar en este punto, poniendo de lado el escepticismo o los prejuicios sobre las cuestiones filosóficas morales: su aplicación práctica es innegable, y en la

medida que nos permitamos refinar nuestros sentidos, podremos aspirar a construir mejores planes de vida que tiendan a la armonización con los de los demás, en beneficio integral de todos los integrantes de una comunidad. Lamentablemente, no existen reglas para ello; únicamente podríamos extraer de los autores consejos que procuran evidenciar por qué una conducta o actitud son más recomendables que otras en cada caso, pues la reflexión y decisión final corresponden indefectiblemente a cada persona, y es en la medida en que logremos afinar y perfeccionar estas tomas de decisiones que podremos acercarnos a esa plenitud del ser<sup>30</sup>. Las virtudes, como reflejos prácticos de esas reflexiones, pueden ser consideradas como lineamientos útiles para intentar guiarnos en nuestro recorrido de vida como se explica a continuación.

### 1.1.3. Virtud

Una vez que se ha pretendido clarificar la idea de voluntad de valor, al examinar la etimología de la palabra virtud, encontraremos que proviene de la raíz latina *vir*, que significa fuerza, masculinidad, arrojo viril, lo cual puede resultar conforme con la decisión firme que se requiere para practicar alguna virtud: es decir, el valor entendido como un coraje o fuerza del carácter, mismo que incide en el atributo de heroísmo que hemos descrito.

Fuera del ámbito etimológico, la virtud *grosso modo* puede entenderse como el ánimo emocional para moderar una conducta o acción entre dos opciones opuestas. Es decir, la virtud como la entendemos busca un equilibrio entre dos extremos.

---

<sup>30</sup> Sin embargo, esta plenitud no debe vislumbrarse como una característica lejana o difícil de conseguir, ya que en todo momento nos vemos acompañados de una intuición inicial para discernir entre el bien y el mal. Por ejemplo, para Mariano Azuela (2014, p. 15), al hablar de ética "...[se debe] recurrir a lo conocido por todo ser humano de buena fe, como 'portarse bien' o como hacer lo considerado por todos como 'recto'. Es muy sencillo, incluso para una persona sin mayor cultura, distinguir a una buena madre de una mala, a un buen padre de uno lleno de defectos y... naturalmente, a un buen Juez de uno perverso, o a un buen secretario de otro deficiente".

De acuerdo con Platón, la virtud “no tiene dueño, sino que cada uno tendrá mayor o menor parte de ella según la honre o la desprecie; la responsabilidad es del que elige. Dios está exento de culpa<sup>31</sup>”, por lo que advierte que es responsabilidad única del que decide practicarla u omitirla. Bajo esta idea, es posible advertir el vínculo con la idea de libertad de la ética de Savater, pues, recordemos, la ética permite construir permanentemente una solución, no conformarse con ideas ya configuradas.

Por otra parte, Sócrates en el diálogo *Menón, o de la Virtud*, se cuestiona, en primer término, si la virtud puede enseñarse, se adquiere sólo con la práctica o se encuentra en el hombre naturalmente; problemática que también fue objeto de estudio por Aristóteles en su *Ética nicomáquea*.

De manera fiel a su dialéctica, Sócrates reconoce su docta ignorancia respecto a la definición de la virtud, e inclusive agrega no haber encontrado a alguien que la conozca, en su concepto. Con base en ello, incita a Menón a expresar su parecer en la cuestión, a lo que éste responde haciendo alusión a un esquema particularista, refiriendo que cada profesión, edad y acción tienen una virtud o conjunto de virtudes específicas.

En contraste, Sócrates advierte que en la pluralidad de virtudes así como sus especies, todas tienen una esencia común, mediante la cual son virtudes, citando a la justicia y a la sabiduría, para después destacar, derivado de una respuesta de Menón, que es posible relacionar la virtud con las cosas buenas; es decir, Sócrates comienza a dibujar la posibilidad de que la noción más general de la virtud escapa a una noción particularista fuerte y que, bajo ningún concepto, puede relacionarse

---

<sup>31</sup> PLATÓN, *República*, edición de Editorial Gredos (1988), p. 492.

con un atributo negativo. En este sentido, resulta conveniente transcribir estas líneas del diálogo:

“SÓCRATES. ¿Pero crees que los que se imaginan que el mal es ventajoso, le *conocen* como mal?

MENÓN. En ese concepto no lo creo.

SÓCRATES. Por lo tanto, es evidente que *no desean el mal*, puesto que le conocen como mal; sino que desean lo que tienen por un bien, y que realmente es un mal. De suerte que los que ignoraban que una cosa es mala, y la creen buena, *desean manifiestamente el bien*. ¿No es así?

MENÓN. Así parece.

...”

(Las cursivas son propias).

Probablemente como base de diversos autores contemporáneos, entre los que se encuentra Savater, Sócrates ya había inferido que la virtud consiste en querer el bien y poder realizarlo. Es decir, que la voluntad se encuentre alineada con la posibilidad de obrar en esa dirección. Por ello, Sócrates es contundente: La virtud es el poder de procurarse el bien.

Además de reconocer la utilidad de la virtud, Sócrates destaca que debe ser una especie de sabiduría, premisa sobre la cual examina si puede ser enseñada – cuestionamiento inicial del diálogo– pero tras referir algunos casos, se percató de que no puede ser transmitida; conclusión similar a la que arribaría Aristóteles. Citando al poeta Teognis, advierte: “*Pero no harás, a fuerza de lecciones, hombre de bien a un malvado*”.

La consideración anterior pone de relieve nuevamente el carácter abierto e interno de la virtud y de la ética que la origina, pues como ya se ha comentado, el ideal ético representa siempre una nueva elección ante cada situación que se le

presente al hombre, ya que puede –y resulta deseable– tomar en consideración su experiencia, pero si realmente desea esforzarse para adoptar una *buena* decisión, estará dispuesto al análisis de las circunstancias específicas que puedan orientar su decisión hacia un sentido muy alejado del cual inicialmente hubiese tomado.

No obstante que la virtud no puede ser objeto de lecciones o enseñanza, Sócrates reflexiona en torno a la conjetura verdadera como medio para guiar la rectitud de la acción, la cual no necesariamente se encuentra en oposición a la ciencia, pues aun cuando carece de algunas de sus características, como la posibilidad de comprobación exacta, no por ello debe ser menos útil.

Aunque el diálogo no lo explícita, podemos atribuir a la idea socrática de conjetura verdadera el sentido de sabiduría o razón práctica, la cual deriva en una excelencia de carácter o a la disposición para elegir lo que es bueno y noble; ideas que serán retomadas y desarrolladas posteriormente por Aristóteles en su *Ética nicomáquea*.

De acuerdo con Aristóteles, la virtud se encuentra relacionada con el concepto griego “εὐδαιμονία” (*eudaimonia*) que comúnmente se traduce como plenitud del ser, misma que puede reflejarse en la idea de felicidad<sup>32</sup>, aunque desde aquí conviene complementar la idea del Estagirita: esa felicidad plena debe lograr la armonía con las posturas de felicidad de los demás hombres, pues en firme analogía con el pensamiento jurídico en torno a la libertad, el concepto de felicidad aristotélica se enriquece si afirmamos que en su consecución no se produce como consecuencia la merma de la felicidad o la desgracia de otro hombre; característica que también resultaría acorde con el elemento de otredad que ha sido descrito.

---

<sup>32</sup> *Ética nicomáquea*, edición de Editorial Gredos (1985), pp. 424 y 425.

Finalmente, dentro del contexto de la Grecia clásica, no podríamos dejar de mencionar a Platón, quien en *La República* distingue cuatro virtudes cardinales; es decir, pretende denominar en lo específico ciertas conductas que encaminan la acción del hombre hacia el bien: Prudencia, Justicia, Fortaleza y Templanza<sup>33</sup>. Sobre ellas, se hacen los comentarios siguientes:

- a) Prudencia, de acuerdo con Jorge Higuera<sup>34</sup> (2006-1, p. 37), es *“la virtud cardinal que hace prever y evitar las faltas y peligros, es sinónimo de buen juicio, equilibrio, medida, ecuanimidad, cordura, discreción”*. Es la reflexión serena que capaz de percibir qué curso de acción en cada situación resulta más adecuado. Dada su valía, no nos resultará extraño que etimológicamente se haya integrado en el término de jurisprudencia, íntimamente relacionado con el Derecho. Por su parte, para Javier Saldaña (2007, p. 32), la prudencia se encuentra relacionada con la *phrónesis* griega que hemos revisado y, además, distingue que se le pueden atribuir dos acepciones: como deliberación y prevención. En ambos casos, el autor reflexiona que en la función judicial es posible advertir sus manifestaciones en el sentido de que el juez prudente también habrá de vislumbrar y considerar el bien de los miembros de la sociedad con su decisión.

---

<sup>33</sup> *República*, edición de Editorial Gredos (1988), p. 214. Cabe aclarar que en el diálogo, las virtudes que se describen aquí son enunciadas como sabiduría, valentía, moderación y justicia, y no reciben el calificativo de “cardinales”. Esta denominación ha sido atribuida a San Ambrosio (340-397 d.C.) al considerarlas como principales o génesis del resto de las virtudes (Vid. HIGUERA, Jorge: 2006-2, p. 34); sin embargo se ha reconocido la autoría original de Platón en mérito de la descripción que efectúa de cada una. Asimismo, esta división se conserva en la obra de Platón *Las Leyes*: *“...En el orden de los bienes divinos, el primero es la prudencia, después viene la templanza, y de la mezcla de estas dos virtudes y de la fuerza nace la justicia, que ocupa el tercer lugar; la fuerza es la cuarta”*. (Libro Primero, edición electrónica de Proyecto Filosofía en español, p.69).

<sup>34</sup> Seguimos el pensamiento del magistrado Jorge Higuera para contar con una perspectiva contemporánea, más cercana al ámbito judicial, sobre las virtudes mencionadas; esta visión de las virtudes cardinales también es compartida por el académico Javier Saldaña (2007, p. 31 y ss.) y por el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación (expedido en sesión solemne el 9 de noviembre de 2004).



Por otra parte, en opinión de Juan Farina (1997, p.169) la prudencia consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo para seguirlo o rechazarlo, y en el ámbito judicial se traduce en el esfuerzo que se exige a los jueces para actuar con moderación, cautela, precaución y buen juicio. Aquí cabe resaltar que esta virtud como capacidad perceptiva “*no puede ser sustituida por ninguna regla general de decisión*” (WRÓBLEWSKY, 2008, p.64)<sup>35</sup>.

Siguiendo esa reflexión, podremos advertir que a través de la prudencia es posible conducir a las otras virtudes, motivo por el cual siempre se enuncia en primer lugar de las virtudes cardinales, elevándola a la categoría de *auguria virtutum*.

b) Justicia<sup>36</sup>, virtud que probablemente resulte la más problemática para describir; no obstante lo anterior Jorge Higuera (2006-2, p. 34 y ss.) comienza un recorrido por el pensamiento de los clásicos, de diversos autores modernos y finalmente con el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación para ofrecernos una visión en torno a esta virtud. Así, en resumen que nos permita compartir aquí el compendio elaborado por el magistrado Higuera, tenemos las ideas siguientes:

- Para Sócrates, a través del diálogo de Platón *La República*, una idea de justicia consiste en que cada hombre se ocupe únicamente de los propios asuntos, sin intervenir en los ajenos, realizando lo que tiene que hacer y asegurándole la posesión de aquello que le pertenece así como el libre ejercicio del empleo que le conviene;

---

<sup>35</sup> Con este pensamiento el autor reconoce, implícitamente, la imposibilidad de establecer reglas o cánones de aplicación que permitan guiar la prudencia de forma adecuada.

<sup>36</sup> Cabe aclarar que el tema de la justicia es tratado con mayor detenimiento en el siguiente capítulo; sin embargo dada su singularidad como virtud, se realiza el análisis ofrecido en este apartado.

- Para Aristóteles la justicia siempre se refiere a los demás, a través de la consecución del bien ajeno, por lo que constituye una virtud excelsa y, además, un valor cívico sobre el cual debe cimentarse el orden de la comunidad;
- Cicerón opina que la justicia es el sentimiento que atribuye a cada uno lo suyo, y que con generosidad y equidad vela por la unión de la comunidad humana;
- Según Ulpiano la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho<sup>37</sup>;
- Kant, en crítica a la expresión de Ulpiano, al considerar que no puede darse a nadie lo que ya tiene, la reformula para estimar que la justicia es el estado en el que pueda asegurarse a cada uno lo suyo frente a los demás. Además, el filósofo alemán reflexionó que la cuestión central de la justicia es lograr que el ejercicio de la libertad de cada persona sea compatible con el ejercicio de la libertad de los demás;
- Para Nicolai Hartmann la justicia debe contrarrestar el crudo egoísmo del individuo, derivando de la idea de igualdad tanto de derechos como de deberes como condición básica de la vida en comunidad.
- Hans Kelsen encarna un escepticismo fuerte en torno a la idea de justicia al cuestionar el relativismo con que se encuentran revestidas las ideas clásicas y negar que la regla kantiana “*compórtate de tal modo que tu conducta pueda ser una ley universal*” posea principios autónomos, de modo que se limitó a reflexionar que la justicia tiene lugar en el orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad;

---

<sup>37</sup> Definición que persiste hasta nuestros días como la más aceptada y la más difundida en términos académicos.

- Alf Ross, bajo otro acercamiento escéptico, estima que la justicia radica en que las normas jurídicas sean formuladas con criterios objetivos, para que la decisión del juez sea lo más independiente posible de sus reacciones subjetivas y, por tanto, sea predecible;
- John Rawls, de acuerdo con el magistrado Higuera, realiza sus disertaciones sobre la justicia en su vertiente político-social, en tanto que las ideas anteriores se han procurado concretar respecto a lo jurídico-social, por lo que se proporciona una visión muy sesgada de las ideas del filósofo inglés. Sin embargo, siguiendo su obra *Teoría de la Justicia*, para colmar la finalidad de este apartado puede apuntarse que considera a la justicia como “*la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento*”<sup>38</sup>, de modo que ambas virtudes deben permear tanto en la interpretación, elaboración y aplicación de las normas jurídicas, y
- Para Luis Villoro la justicia se refiere a un conjunto de prácticas humanas a partir de las cuales la vida se desarrolla con una idea del bien en armonía con fines valiosos, en particular con la universalidad y la imparcialidad.

Finalizado el recorrido de los autores citados, en el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación se establece en su capítulo 5, apartado 5.2, que la justicia implica para el juzgador: “*en cada uno de los asuntos sometidos a su potestad, se esfuerza por dar a cada quien lo que le es debido*”; expresión de la cual se advierte una fuerte reminiscencia de las ideas de Ulpiano y que posteriormente revisaremos por considerarla insuficiente, por razones distintas a las comentadas por Kelsen.

---

<sup>38</sup> Vid. RAWLS, John (2006, p. 17).

c) Fortaleza, la cual radica en perseguir el bien derivado de la reflexión de la razón, soportando adversidades que puedan desviar esa voluntad. Jorge Higuera reflexiona en torno a esta virtud del siguiente modo: (2006-3, p. 47), *“La vida moral es una aventura y requiere fortaleza en cada momento, todo actuar valeroso implica coraje, opinión, convicción y valentía, así como valor a sí mismo y a sus sentimientos verdaderos, a la personalidad propia de cada uno, en suma, exige valor para vivir, para sobrellevar experiencias y ver cosas a través de ellas y reconocer su calidad, sin dejar de lado el valor de ser feliz”*. Con esta idea en mente, y con el eco de la valentía de la que nos habló Platón, en el contexto actual esta virtud también puede desarrollarse bajo el concepto de *parrhesía*,<sup>39</sup> aplicado en el ámbito judicial como el hablar franco que sea visible en la sentencia, que permita al juez aspirar a un grado de legitimación ante la sociedad, pero sobre todo, consigo mismo. Si se tiende una mano lingüística y veraz de este modo, será más probable que el destinatario adquiera mayor confianza y no la deje tendida. Inclusive, la sentencia podría ser objeto de análisis desde un enfoque académico, y los investigadores tendrían que reconocer, con independencia que coincidan o no con el sentido de la resolución, el esfuerzo del juzgador por construir razonamientos encaminados a obtener una determinación razonable.

d) Templanza, de acuerdo con Jorge Higuera (2006-4, pp. 44 y 45), implica una idea de autodominio, una forma de disciplina individual que pueda guiar la voluntad para sostener determinados fines o acciones respecto de inclinaciones que, sin ser en todos los casos contrarias al

---

<sup>39</sup>Nos referimos con este término a la exposición de la verdad sin temor a represalias o consecuencias indeseables. En palabras de Michel Foucault (2010, p.30): *“Para que haya parrhesía (...) es necesario que el sujeto, [al decir] una verdad que marca como su opinión, su pensamiento, su creencia, corra cierto riesgo, un riesgo que concierne a la relación misma que él mantiene con el destinatario de sus palabras. (...) Es pues la verdad, con el riesgo de la violencia”*.

bien, apartan al hombre de esos fines o acciones que ha considerado valiosos. En efecto, como comenta Saldaña (2007, p. 45), a través de la templanza no se busca hacer el bien, porque su búsqueda se efectuó a través de la prudencia y la justicia, sino preservarlo a través de mantener la tranquilidad del espíritu humano.

Ante este panorama en torno a la virtud, el pensador alemán Immanuel Kant agrega que la finalidad de la existencia del hombre, al advertir que somos seres dotados con razón y voluntad (querer y poder, en la ética savateriana), es ejercer el poder de la razón para crear una buena voluntad y, con ello, ser dignos de ser felices (Rivero, 2015, p. 154). Más aún, en su filosofía se percibe una fuerte confianza en la razón humana bajo un uso crítico y abierto; elementos prístinos del ideal ético que hemos comentado. Savater, por su parte, (1995, pp. 71 y 75) complementa: *“Virtudes son las formas de comportamiento más eficaz que tienen los hombres para conseguir lo que consideran supremamente valioso”, y “la virtud es el arte de realizar con eficacia lo que quiere la voluntad de valor”*.

Además, Savater considera que cada persona debe encontrar su propia virtud o asumir las virtudes que le vayan mejor (como otra expresión de libertad). Expone que los nombres genéricos de las virtudes son banalizaciones que agrupan rasgos irrepetibles y forman un único dibujo más forzado que rico en sutilezas: no hay dos formas iguales de ser sincero, valiente o generoso, dado que una misma acción puede ser calificada como generosa y valerosa, en tanto que lo relevante es que sea investida con un calificativo positivo en términos de virtud<sup>40</sup>.

Es decir, los términos pueden brindar un acercamiento lingüístico a una conducta que consideramos correcta, virtuosa, pero la manera en que ésta se

---

<sup>40</sup> Afirma el autor Carlos Díaz (2013, p. 108) *“Hemos engranado diez virtudes básicas, pero ¿cuántas hay? Tantas como fuerzas que te llaman a cumplir tu verdadera vocación, que es la de ser persona. Cuanto te ayuda a crecer como tal es virtud. Y todo lo que llamamos virtud es fortalecimiento de esa vocación personal. Virtud: esencia única con nombres distintos.”*

desarrolla, puede generar confusiones o problemas de “clasificación”, los cuales, al ideal ético, no parecen sustanciales, en tanto se exteriorice una voluntad de valor, el cual como ha podido describirse en las líneas precedentes, implique un *esfuerzo*.

Bajo este contexto, podemos explorar algunos de los argumentos que emplea Savater (2005, pp. 74-75) para contrarrestar las ideas de un relativismo moral, el cual se funda en un escepticismo fuerte tomando como referencia la multiplicidad de morales y la manera en que ésta tiende a influir, a veces decisivamente, en la ética de cada individuo:

*“Volvamos de nuevo a la autoridad razonada de Roger Callois, quien, tras admitir la pluralidad de morales según culturas distintas y momentos históricos diversos, subraya sin embargo: ‘Raramente se encuentra alguna que repruebe el coraje, la lealtad, la inteligencia, el desinterés. Las hay que recomiendan ser duro y hasta ser cruel, o ambicioso hasta la voracidad, o astuto e incluso péfido. Pero nunca he oído decir que hubiera ninguna que aconsejase la vanidad, la bajeza, la avaricia, la timidez. La razón me parece clara: son otras tantas servidumbres. Ahora bien, si hay algo que una moral, sea cual fuere, no puede exigir a los hombres, es que se vuelvan impotentes o pusilánimes, que tiemblen sin cesar por miedo a perder lo que tienen o por no ir a recibir lo que sufren por no tener’. (...) Mientras hay esfuerzo, hay moralidad (...) La moral no existe más que en el momento en que debe vencerse una resistencia o una seducción.”*

El pensamiento de Callois, citado por Savater resulta altamente ilustrativo y es contundente para describir como, a pesar de la aparente dificultad por encontrar puntos comunes entre los pensamientos morales de distintos lugares y épocas, es posible advertir rasgos en común entre ellos, de modo que pueda avanzarse, con firmeza, hacia un análisis o descripción totalizadora que esté en aptitud de

proporcionar algunos elementos que sirvan de guía a nuestra ética para determinar la moralidad de cualquier acto.

Lo anterior puede parecer sumamente ambicioso, pero conforme continuemos desarrollando la presente investigación, se procurará presentar al lector los argumentos y evidencias suficientes para que, si bien no persuadirle completamente de esa posibilidad, hacerle notar de los elementos que existen, aplicados en el ámbito práctico que dan muestra de los esfuerzos de algunos jueces para alcanzar decisiones con mejores parámetros de razonabilidad.

Retomemos el pensamiento de Callois, y la manera en que Savater lo sintetiza: “*Mientras hay esfuerzo, hay moralidad*”. Mientras tenga que vencer un obstáculo, un apetito, un deseo o, principalmente –en nuestra opinión– una debilidad, podemos alimentar a esa moralidad en la dirección correcta. Kant<sup>41</sup> en su ensayo “*¿Qué es ser ilustrado?*” reflexiona que en tanto las personas cuenten con libros que piensen por ellas, o directores espirituales que suplan sus conciencias morales, no hay necesidad de esforzarse: no hay necesidad de que usar su propia razón y quedan condenadas a lo que él considera una minoría de edad, cuya característica es la abolición del librepensamiento para adherirse de forma mecánica a los mandamientos ya establecidos.

Cabe hacer aquí una aclaración al respecto: Savater ha empleado el término “moralidad”, en un contexto de convivencia armónica con los otros, producto del ejercicio del ideal ético por lo que no debemos confundirlo con el concepto de “moral” ya que se tendría como una contradicción, dado que la moral ya viene impuesta, como hemos descrito, y en realidad poco tiene que vencer o generar algún esfuerzo. Es, pues, un camino dado, una respuesta fabricada sobre nuestros cuestionamientos, lo cual resulta sumamente peligroso si se quiere poner en

---

<sup>41</sup> Cfr. KANT, Immanuel (2013, p.16).

práctica la virtud, misma que implica el análisis de cada situación, sin anteponer prejuicios o conclusiones anticipadas.

Como corolario de las ideas expuestas, la virtud constituye una acción o actitud razonada y libre que, alejada de la automatización moral y encontrando un fundamento en la reflexión ética, promueve en el hombre su perfeccionamiento como ser en armonía respecto de los otros en un marco de generosidad y solidaridad, reafirmando con ello la dignidad humana en su conjunto.

#### **1.1.4. Jurisprudencia**

Como puede suponerse, la idea de jurisprudencia que pretendemos emplear aquí se aleja de la idea derivada de nuestra tradición jurídica consistente en la conformación de criterios –a través de diferentes métodos– provenientes de órganos judiciales calificados legalmente que establecen el sentido que debe regir en la interpretación de las normas jurídicas a que hagan referencia dichos criterios, de conceptos abstractos o en ocasiones, redefinir su alcance.

La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano es una fuente formal del Derecho y resulta vinculante para los órganos jurisdiccionales de acuerdo a las reglas de jerarquización que la propia norma establece, con el objeto de procurar la coherencia en el sentido de las resoluciones judiciales, preservar la unidad del sistema legal, y dotar de algún grado de certeza a los justiciables respecto de tales resoluciones.

Para efectos de este trabajo, la definición del autor Eduardo García-Máynez (2004, p.124) respecto la “jurisprudencia técnica”, es conveniente considerarla como punto de partida de la idea a la que se desea arribar. Al respecto, dicho autor refiere: *“la jurisprudencia técnica tiene por objeto la exposición ordenada y coherente de los*



*preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y un lugar determinados, y el estudio de los problemas relativos a su interpretación y aplicación”.*

De la definición anterior, en claro contraste con la primera idea expuesta, debe destacarse que se estima a la jurisprudencia como un concepto que sistematiza un conocimiento jurídico, bajo una perspectiva dogmática sin emitir juicios de valor acerca de su contenido.

Por tanto, al aproximar este concepto a la virtud anteriormente descrita, podrá advertirse la Jurisprudencia de la Virtud como se propone en esta investigación consiste en el estudio sistemático del uso de las virtudes en el ámbito jurídico, específicamente en el judicial, sin cuestionar la validez de las virtudes como elementos decisorios fundamentales, a fin de preponderar rasgos de excelencia en el carácter para encontrar mejores respuestas para las problemáticas jurídicas.

Es decir, la Jurisprudencia de la Virtud, bajo una perspectiva de ética, considera a las virtudes, en lugar de elementos consecuencialistas o deontológicos, como parámetros de validez de resolución. Así, durante el desarrollo de la actividad jurisdiccional, ética y virtud pueden darse cita de manera distintiva y no ser relegadas a planos secundarios o como codificación, situación ésta última que, en mérito de lo expuesto, se considera desnaturaliza por completo ambos conceptos, pues tanto ética como virtud deben permanecer libres e inacabadas para ser eficientes en la práctica.

### **1.1.5. Ética de la Virtud**

De acuerdo con el concepto de jurisprudencia anterior, pareciera que ha quedado resuelta nuestra problemática inicial respecto a qué debe entenderse cuando se habla de Jurisprudencia de la Virtud. Sin embargo, de acuerdo con el

marco doctrinario vigente, es necesario ahora realizar un acercamiento a las teorías de la Ética de la Virtud, o también comentadas como “giro aretaico”, ya que de acuerdo a nuestra descripción, estas corrientes ideológicas presentan rasgos que pueden ayudar a comprender en mayor medida las razones que justifican el uso de las virtudes en el ámbito judicial, así como sus críticas. De este modo, resulta necesario establecer una descripción del término “aretaico”, pues convendría puntualizar que no se encuentra previsto por el diccionario de la Real Academia Española. Sin embargo, ello no debe afectar su validez para efectos académicos, ya que así es reconocido por diversos doctrinarios<sup>42</sup>, transliterado del griego, *Areté* (ἀρετή) que en un primer momento significó “aptitud”, pero después al ser relacionado con el ámbito de la virtud, evolucionó su significado a “excelencia”.

Así, el llamado giro aretaico hace alusión a la Ética de la Virtud al considerarla como un rasgo de carácter excepcional que permite identificar elementos esenciales de cada caso a fin de estar en posibilidad de arribar a una respuesta adecuada; de ahí que el vocablo de “excelencia” resulte tan apropiado para esta visión de la decisión –no sólo judicial– sino en cualquier ámbito de la existencia humana en el que se privilegie una postura del esfuerzo que se materialice tanto en la ruptura de prejuicios como en la búsqueda de la verdad.

La Ética de la Virtud, como la aproximación teórica más cercana a la Jurisprudencia de la Virtud como aquí se propone, se originó en Grecia, con el pensamiento de Aristóteles plasmado, principalmente, en su *Ética a Nicómaco*; ideas que a la fecha continúan influyendo de manera decisiva en la filosofía occidental en torno a la moral práctica.

Según la *Ética a Nicómaco*, las virtudes son excelencias de carácter; esto es, disposiciones para elegir lo que es bueno y noble. Asimismo, se les ubica como un

---

<sup>42</sup> En efecto, pueden citarse los trabajos de Amalia Amaya, Martha Nussbaum, Guillermo Lariguét, Luciana Samamé, Rene González de la Vega, Michael Slote, entre otros autores, principalmente anglosajones.

término medio entre dos extremos, o vicios: el exceso y el defecto<sup>43</sup>. La importancia de las virtudes de acuerdo con Aristóteles es que constituyen la base de la vida buena, una vida humana bien lograda, pues la felicidad sólo se puede alcanzar a través de la virtud; es decir, ubica a la virtud por encima de otros satisfactores como la riqueza, los honores, la fama y el placer.

En la teoría jurídica contemporánea, esta postura ha sido retomada por diversos autores anglosajones pero con perspectivas que siguen líneas para la resolución de dilemas o con una aproximación filosófica, por lo que la Ética de la Virtud aplicada al Derecho, y en específico, a la labor jurisdiccional, sin duda constituye un terreno fértil por las múltiples ventajas que representa frente a otras teorías que pretenden establecer lineamientos o códigos de actuaciones, cuando en realidad, de acuerdo a los elementos del ideal ético anteriormente descritos, la paradoja de la aplicación de la Ética de la Virtud al ámbito jurisdiccional reside en que para lograr su mayor eficacia, se debe prescindir de las reglas, ya que los otros modelos de virtud existentes (deontologismo y utilitarismo), al intentar adoptar un esquema codificado, es que resienten en mayor medida las críticas a las que son objeto a menudo; cuestionamientos que la Ética de la Virtud, en los términos que se exponen a continuación, podría enfrentar con mayor éxito.

Con esto, la Ética de la Virtud pretende mejorar las capacidades perceptuales del hombre, tomando en consideración los postulados de una ética liberal, a fin de que arribe a decisiones con un mayor margen de razonabilidad, en armonía con sus semejantes. En el ámbito jurídico, el parámetro de validez de tales decisiones son los fines del Derecho vistos en su integridad y ajustándolos a contextos específicos tomando en consideración la pluralidad existente en las sociedades democráticas

---

<sup>43</sup> Puede considerarse como éste el fundamento de la expresión latina *Aurea mediocritas*, (literalmente, “dorada medianía”) que significa la conveniencia de mantenerse en un punto medio respecto a dos extremos, considerados éstos como excesos y, por ende, dañinos.

contemporáneas, así como la necesidad de generar esquemas de convivencia más igualitarios entre sus habitantes.

Después de leer estos tres párrafos, probablemente el lector haya caído en una postura de incredulidad o escepticismo. ¿Ética? ¿En realidad tiene alguna aplicación práctica? Esos rasgos de excelencia que se mencionan a través de la virtud, ¿pueden realmente alcanzarse, o simplemente son un bello poema sin aplicación práctica?

Se reconoce que estas reflexiones, a manera de preocupaciones, son absolutamente válidas. También será necesario reconocer que hasta cierto punto, la realidad que vemos en el día a día no es un buen ejemplo que permita sostener esta postura. Finalmente, también tendremos que advertir sobre los alcances de la ética, sea de la virtud (aretica, conforme a lo que ya describimos), consecuencialista o deontológica, los cuales son también limitados. En palabras de Fernando Savater (1998, p.9): *“No creo que la ética sirva para zanjar ningún debate, aunque su oficio sea colaborar a iniciarlos todos...”*

Este ejercicio tiene por objeto, ante todo, tratar de situar al lector en una realidad no muy distante en la que las problemáticas de esta propuesta permanecen latentes, pero al mismo tiempo, al mantenerse visibles, también permiten su cuestionamiento y su eventual aminoramiento. La primera cuestión que puede llamar la atención, ante esta aproximación al terreno práctico, es resolver si existen ideales éticos y virtudes propias de cada oficio o profesión, con las problemáticas que ello puede implicar, como lo es que virtudes en alguna ocupación resulten vicios en otras, o bien, que el ideal ético conserve su unidad, así como las virtudes, y las personas tanto en su vida fuera de su ocupación, como dentro de ella, deban observar siempre un parámetro deseable de comportamiento conforme al ideal ético, por diferenciarlo en este contexto, general.

En este trabajo se adopta la postura de que la ética y las virtudes se encuentran integradas y mantienen ciertos rasgos universales, ya que de considerar lo contrario, esto es, que las personas deban comportarse de acuerdo con las exigencias prácticas de sus ocupaciones, podría suponer contraposiciones directas en contra del ideal ético, lo cual podría desnaturalizarlo y, entonces, una llamada "virtud" sólo podría ser considerada como tal en un contexto específico, pues bajo esos supuestos se crean escenarios de afectaciones mayores no solo al agente que practica esa virtud, sino frente a terceros.

Por ello, la Ética de la Virtud como la entendemos aboga por un esquema integrado, monolítico, que puede brindar justificaciones al modelo de Jurisprudencia de la Virtud propuesto sin comprometer alguno de sus principios fundamentales que ya han sido descritos (apertura, libertad y otredad), a fin de evitar distinciones artificiales que pudieran generar confusión y colisiones innecesarias entre el valor que se otorga a las virtudes. En razón de lo anterior, podría advertirse que la Ética de la Virtud puede asimilarse a una ética de principios, esto es, una ética que contenga los elementos suficientes para que, sin orientar o predisponer la acción del sujeto hacia un sentido predeterminado de acuerdo a una serie de reglas, se le dote de las herramientas o elementos necesarios para que éste, en ejercicio de su libertad, adopte la decisión que estime más conveniente.

Respecto de los principios, Savater (1995, p. 68) ofrece la descripción siguiente:

*“Son la formulación del contenido más general de la voluntad de valor. Principios morales son las expresiones con forma de ley que recogen el ideal de armonización y jerarquización de los valores, o sea, de lo que el hombre quiere, del modo más amplio posible. Respeto a la vida humana, considerar siempre al ser racional como fin y nunca como medio, no identificar al hombre con una sola de sus obras o actitudes,*

*entender la relación social como colaboración creadora y protección mutua, no negarse nunca a la reciprocidad de la comunicación con el otro, etc...”*

Según se advierte de las ideas transcritas, los principios así entendidos son compatibles con la idea de virtudes y, con mayor amplitud, puede establecerse que la idea de virtudes también puede encontrar eco en los principios jurídicos fundamentales, ya que corresponden a expresiones de optimización que surgen de las necesidades mínimas de protección que requiere el hombre, exigibles en primer término al Estado y, en consecuencia, al sistema jurídico que dimana de aquél, por lo que hasta este punto es posible hablar de un vínculo benéfico entre ética, virtudes y principios jurídicos. Por ello, el término Jurisprudencia de la Virtud se ha considerado como el más pertinente para explicar las características del modelo decisorio propuesto, partiendo de una Ética de la Virtud que pudiera ser aplicable, también, a otros operadores jurídicos tales como abogados postulantes, académicos y funcionarios gubernamentales.

## **1.2 Otros paradigmas de la virtud en la teoría jurídica contemporánea.**

Con base en la idea de equilibrio antes expuesta, como un elemento sustancial en la definición de la Virtud, para contar con un esquema completo en el que se encuentra inserta la Ética de la Virtud, es necesario tomar en consideración los otros dos modelos que emplean el paradigma de la virtud para analizar y resolver problemáticas; es decir, resulta conveniente describir cómo los otros dos modelos son propensos a situarse en extremos y la manera en que el giro aretaico que se propone genera una posición intermedia que, por su naturaleza, tiende a beneficiar al agente para tomar una decisión, privilegiando su libre albedrío.

### **1.2.1 Modelo deontológico**

A grandes rasgos, se puede establecer que el deontologismo califica la moralidad de los actos de acuerdo a una serie de parámetros establecidos con anterioridad, a manera de dogmas. Es decir, en esta vertiente las normas de la moral tienen un carácter primordial, por lo que bajo esta óptica lo correcto tiene prioridad sobre lo bueno; si un acto, de acuerdo a las normas morales es incorrecto, entonces debe impedirse su realización, sin importar si derivado de sus consecuencias pueda obtenerse algún beneficio.

Como puede advertirse, una ventaja clara de este modelo es que consiste en definir, de acuerdo a la moralidad existente, un catálogo de lineamientos para calificar con claridad nuestras acciones y conductas. Es decir, de manera análoga al sistema jurídico, se cuenta con certeza sobre la forma en que pueden ser examinados nuestros actos: el deontologismo asegura un grado de previsibilidad fuerte.

En el ámbito jurídico, todo esquema normativo se encuentra ajustado a tres operadores deónticos que guían la conducta del hombre en la sociedad: permitir, obligar y prohibir. Con base en las premisas expuestas, la aplicación del derecho bajo esos tres lineamientos podría tener lugar de manera mecánica, asemejando a un modelo positivista fuerte, de modo que cada elección ya sea desde el plano interpretativo, normativo o judicial hace patente la exclusión de las otras modalidades, aun y cuando tales opciones, si se analizaran, podrían construir una convicción distinta en el decisor de que se trate que la generada en primer término.

Esto es, el juzgador correría el riesgo de no distinguir que se encuentra realmente ante un caso difícil, si se limita mecánicamente a adoptar alguno de los operadores deónticos descritos en función de un supuesto normativo aplicable al caso específico que resuelve, ya que no considerará la posibilidad de otra respuesta,

lo cual podría derivar, eventualmente, en la grave consecuencia de la incapacidad o miopía para determinar si una norma jurídica es *injusta*.

Bajo esa óptica, es posible que podamos ajustar nuestra conducta a dichos parámetros a fin de evitar un reproche social o, en los casos en que la conducta resulta tan perniciosa que el sistema jurídico la haya considerado como norma objeto de sanción. El deontologismo puede afirmar que de manera predeterminada siempre cuenta con una respuesta para cualquier cuestión que se le plantee, y que, al menos inicialmente, puede encontrarse arropada con algún margen de razonabilidad, en un contexto moral específico.

Sin embargo, la solución del modelo deontológico padece una cierta ceguera respecto de los hechos: el examen moral que efectúa se limita a revisar si se ajusta a una norma previa al hecho, sin que analice las circunstancias específicas de cada caso, a fin de permitirle indagar si puede arribarse a una conclusión diferente. De este modo, este modelo en el ámbito jurídico podríamos asimilarlo a un esquema positivista fuerte.

En efecto, al igual que una perspectiva positivista, el deontologismo esboza determinadas normas morales a manera de dogmas, exigiendo su cumplimiento total sin que le interese el contexto de aplicación, lo cual puede dar lugar a generar contradicciones en su aplicación práctica, sobre todo ante situaciones dilemáticas, aún imaginarias.

Por ejemplo, se puede imaginar en un niño que ha quedado solo en casa. Al responder a una llamada telefónica, su interlocutor –un desconocido– le cuestiona si se encuentra solo en casa. Si el niño sigue un esquema deontológico, deberá decir la verdad y exponer su seguridad frente a un desconocido, ya que le ha sido inculcada la regla *no decir mentiras*.



Por lo anterior, aun cuando, aparentemente, el modelo deontológico puede ofrecer una solución *prima facie* acertada, esta visión resulta demasiado mecánica o simplista para el ámbito jurídico, ya que el Derecho requiere de una transformación constante para procurar sus fines (con independencia de la postura ideológica que ello implique), por lo necesita tomar en consideración los rasgos significativos de cada caso para incrementar la posibilidad de arribar a una solución razonable; metodología que el modelo deontológico no ofrece al concentrar sus esfuerzos en procurar proporcionar criterios de elección *a priori*.

### **1.2.2 Modelo utilitarista o consecuencialista.**

En franco contraste con el modelo deontologista, el utilitarismo (a veces también denominado consecuencialismo) es una teoría moral por la que la moralidad de los actos depende de los efectos que se produzcan con el mismo. De este modo, lo bueno tiene prioridad sobre lo correcto, y se justifica con la maximización de algún bien para un mayor número de personas, sin importar que, en el curso para lograrlo, pueda cometerse algún atropello específico.

Si bien con esta introducción pudiera imaginarse que el modelo utilitario resulta superior al deontologismo, bajo un enfoque aritmético de procurar el bien de la mayoría, esta característica se torna perniciosa con facilidad en el contexto de las sociedades democráticas contemporáneas.

Se afirma lo anterior ya que, aun cuando se tiene la noción que una solución democrática atiende a lo determinado por una *mayoría*, en la práctica la minoría se encuentra compuesta por diversos estratos de la sociedad que también deben ser tomados en consideración o de lo contrario esa *mayoría democrática* (que en este razonamiento en realidad es entendida como mayoría aritmética simple) podría dar lugar a imposiciones con efectos indeseables.

Dicho de otro modo, un esquema democrático moderno tiene que ser *incluyente*: si bien una decisión es adoptada en función de una mayoría aritmética, las minorías deben contar con los mecanismos suficientes para, eventualmente, transformarse en mayoría o bien, contar con garantías de que sus intereses serán tomados en consideración, ya que de otro modo si un estrato social permanece como minoría, bajo una concepción democrática simplista, nunca podrá ser escuchado o tomado en cuenta, pese a que en las concepciones modernas democráticas, la deliberación producida implicará, al menos, ser escuchado y en una óptica positiva, tener la posibilidad de abandonar la posición de minoría.

La reflexión anterior tiene por objeto evidenciar la mayor debilidad del modelo utilitarista: si bien en algunos casos puede privilegiarse el bien común<sup>44</sup> sobre los intereses particulares, esta noción no puede ser absoluta pues traería un descontento social entre los sectores que no pertenezcan a esa mayoría hipotética; en específico se puede hacer alusión a los llamados “grupos minoritarios o vulnerables” como lo son personas con alguna discapacidad, madres solteras, personas de la tercera edad e indígenas por citar algunos.

Como muestra de lo anterior, puede mencionarse a manera de ejemplo, un programa de becas de posgrado de cualquier universidad. El organismo encargado de otorgarla, a fin de beneficiar al mayor número posible de estudiantes, podría decidir otorgarla a los estudiantes de humanidades, ya que generalmente son los más numerosos, lo cual dejaría en desventaja a los estudiantes de ciencias exactas, que suelen ser minorías. Si se tomara la decisión bajo un modelo utilitarista, no podríamos detenernos a examinar méritos individuales, trayectorias o condiciones socio económicas de los solicitantes; únicamente se trataría de satisfacer a la demanda que represente el mayor número.

---

<sup>44</sup> Nos parece conveniente tomar en consideración la reflexión de García Máynez (2015, p. 488) sobre este concepto: “*El bien común se alcanza cuando todos los miembros de una sociedad disponen de los medios indispensables para la satisfacción de sus necesidades materiales y espirituales, lo mismo que para el desarrollo y perfeccionamiento de sus aptitudes*”.

En el ámbito jurídico, a diferencia del deontologismo –que fue asimilado con un positivismo fuerte–, no resulta tan sencillo realizar un ejercicio de analogía para el utilitarismo con el objeto de establecer semejanzas con alguna escuela de pensamiento legal. No obstante lo anterior, se considera que la aproximación más cercana le correspondería a determinadas facetas del activismo judicial, bajo la vertiente de procurar beneficiar a las mayorías en perjuicio de las minorías, lo cual como se ha evidenciado, también puede generar múltiples inconvenientes en su aplicación práctica.

### **1.2.3 Modelo aretaico (teoría de las virtudes)**

Como se había adelantado, el tercer modelo de uso de la virtud como referente para adoptar determinaciones judiciales, al tender a equilibrar las posturas antes descritas, permite ampliar el abanico de posibilidades que tiene el juez para asumir su decisión; asimismo, concede un peso relevante al operador jurídico (pueden incluirse otras figuras además del juez<sup>45</sup>) en dicho proceso. Por ejemplo, para la autora Amalia Amaya (2015, p. 1768), una decisión jurídica está justificada si y sólo si es una decisión que un juez virtuoso habría tomado en circunstancias similares.

Por otra parte, se comparte el punto de vista de Amaya (2015, p. 1769) respecto a que el objetivo adecuado del derecho, bajo esta perspectiva aretaica, debe ser “*promover la virtud y prevenir el vicio*”. Sobre esta afirmación, es conveniente comentar que la virtud puede incentivar o inspirar algunas normas jurídicas e, inclusive, al examinar las finalidades u objetivos de la mayoría de las normas jurídicas es posible encontrar elementos de virtud.

---

<sup>45</sup> *Infra*, p.92.

De este modo, podemos realizar aproximaciones entre virtud y Derecho bajo dos ópticas: desde la perspectiva del derecho sustantivo que establece permisiones, obligaciones y prohibiciones de manera general, y desde la perspectiva del derecho adjetivo, haciendo referencia al proceso y, con mayor énfasis, a la actividad jurisdiccional. En ambos casos, se advierte que además de la virtud podemos identificar en este modelo aretaico al concepto de *empatía* como fundamental para un adecuado dominio de la decisión jurídica de que se trate<sup>46</sup>.

Otro concepto con el que deberemos familiarizarnos al analizar las teorías del giro aretaico es el de *phrónesis*, un concepto griego desarrollado por Sócrates y Aristóteles, primordialmente, que hace referencia a una sabiduría de carácter práctico, que si bien tiene fundamentos empíricos y puede perfeccionarse, requiere de la voluntad de la persona que la ejerce para dilucidar fines intrínsecamente valiosos que sean acordes con esquemas de virtud establecidos. Con base en esta reflexión, es que Aristóteles distingue entre los géneros de justicia aquella que se configura conforme a lo legal y conforme a lo equitativo, advirtiendo que pueden existir casos en los que la ley presenta limitaciones que le impiden alcanzar ese resultado justo:

*“Porque lo equitativo, si bien es mejor que una cierta clase de justicia, es justo y no es mejor que lo justo, como si se trata de otro género. Así, lo justo y lo equitativo son lo mismo, y aunque ambos son buenos, es mejor lo equitativo. Lo que ocasiona la dificultad es que lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal y que hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal”<sup>47</sup>*

---

<sup>46</sup> Vid. SAMAMÉ, Luciana (2016-2) quien cuestiona el uso del concepto de empatía y considera el acercamiento en torno al giro aretaico debe construirse con base a la *compasión*; crítica que más adelante consideramos para nuestras conclusiones.

<sup>47</sup> *Ética nicomáquea*, edición de Editorial Gredos (1985), p. 263.

El Estagirita con esta idea, sin dejar de apreciar la validez de la ley, hace patente su preferencia por la justicia que se deriva de lo equitativo, dado que la ley puede pasar por alto situaciones que requieran una intervención actual para cuestionar su alcance y validez inicial; noción que encuentra eco con el giro aretaico que ahora describimos, el cual exhorta a los decisores jurídicos a mostrar rasgos de carácter encaminados hacia la virtud que les permitan identificar las condiciones en las que el cumplimiento irrestricto de la ley ocasionaría situaciones desventajosas o en contravención con el objetivo o finalidad propio del ordenamiento de que se trate.

Descrito lo anterior, es oportuno hacer énfasis en la manera cómo la Ética de la Virtud puede influir de manera positiva en el ámbito judicial, bajo la perspectiva en la que será posible reconocer el carácter justo de una decisión jurídica con independencia del carácter de quien la asume, si bien se explicará recurrentemente que para un agente *virtuoso* resultará menos complicado arribar a dicha determinación. En este sentido, podemos tomar en consideración los puntos establecidos por Amalia Amaya, con algunas reflexiones propias: 1) Rasgos particulares, 2) Percepción, 3) Emociones, 4) Veracidad, y 5) Teleología<sup>48</sup>.

### 1) *Rasgos particulares*

Sobre este primer punto, puede hacerse énfasis en la noción de particularismo contextual con que se encuentra revestida la aplicación práctica de la virtud en cualquier ámbito jurídico. Es decir, mediante un enfoque virtuoso, el punto de partida de cualquier problemática es que no existen dos casos iguales, y se debe suprimir la resolución mecánica de asuntos aparentemente similares, permitiendo un análisis tendiente a identificar rasgos distintivos que pudieran derivar en una solución diferente.

---

<sup>48</sup>Cfr. AMAYA, Amalia (2015, pp. 1774-1785). Al respecto debe mencionarse que la citada autora no emplea con exactitud algunos de los términos que han sido escritos, pero se utilizaron al considerar que permiten ilustrar de una manera más sencilla las ideas que conllevan cada uno.

En palabras de Amalia Amaya (2015, p. 1774): *“El razonamiento jurídico no puede entenderse exclusivamente en términos de aplicación de normas: el razonamiento jurídico, como, de manera general, el razonamiento práctico, no puede ser captado por ningún sistema, por muy complejo que éste sea, de reglas o principios”*.

A fin de intentar ejemplificar el sentido de la idea anterior, uno de los problemas que enfrenta toda teoría jurídica contemporánea es el establecer bajo qué supuestos un caso, en apariencia fácil, puede derivar en uno difícil. Es decir, bajo qué condiciones es posible identificar que existen circunstancias que hacen problemática la aplicación de la norma.

Al respecto, se ha discutido sobre esquemas de ponderación, argumentación de principios y los efectos que debe producir el neoconstitucionalismo; pero de manera específica, las reglas o lineamientos propuestos siempre se impactan, aún de manera tácita, con la necesidad imperiosa de que el operador jurídico en cuestión se encuentre investido de sabiduría práctica: una virtud<sup>49</sup>.

Por ello, la detección de rasgos particulares de los asuntos que se someten a su consideración, ya sea como abogado que patrocina alguna de las partes, y más importante, como juez<sup>50</sup>, constituye uno de los elementos que mejor justifican la intromisión de la Ética de la Virtud como un factor decisivo que le permita conformar

---

<sup>49</sup> Como ejemplo, se tiene la “fórmula de la ponderación” del autor Robert Alexy, en el que sugiere establecer valores numéricos a los elementos en colisión, ya sean principios o reglas, para determinar cuál debe prevalecer. Sin embargo, no se establece una metodología contundente para asignar esos valores, pues finalmente se deja al prudente arbitrio del operador efectuar esa operación: si se estableciera un código para ese efecto, la fórmula perdería toda eficacia y no podría enfrentar, con éxito, situaciones dilemáticas.

<sup>50</sup> Con frecuencia, con este vocablo se soslaya el trabajo de secretarios y oficiales que también laboran en un juzgado o tribunal. Para efectos de esta investigación, con el vocablo “juez”, en lo aplicable, debe comprenderse también a cualquier funcionario que realice funciones de proyectista, ya que se tiene presente una realidad innegable en muchos órganos de procuración de justicia: el juez a veces no tiene contacto directo con los expedientes, con la manera en que están planteadas las historias litigiosas. Por tanto, las ideas expuestas bien pueden dirigirse a esos proyectistas anónimos.

un modelo decisorio judicial, y no ser relegada a un papel secundario o estéril, a través de la emisión de códigos de ética con una finalidad práctica cuestionable.

## 2) *Percepción*

Relacionada con el punto anterior, una percepción esmerada es el medio idóneo para detectar los rasgos particulares de los asuntos que se conocen; es una capacidad que permite observar, obtener una visión distinta de un problema.

Al respecto, debe explicarse que esta percepción debe afinarse de modo que constituya una habilidad para inferir qué elementos resultan relevantes y pueden ser una razón determinante para la decisión que se adopte. Dicho de otro modo, no basta con identificar condiciones que hacen a un caso diferente de los demás, sino que, además, debe precisarse si esas condiciones, efectivamente, pueden dar lugar a una decisión razonable.

De esta manera, no debe confundirse este postulado con una interpretación “intuicionista”, ya que como refiere Amaya, las capacidades perceptuales del virtuoso no es un punto de partida viable para una teoría del razonamiento jurídico, dado que las decisiones jurídicas deben fundarse, motivarse, y ser públicas; por ello, la percepción se encuentra vinculada a dichos elementos sin que pueda erigirse como un componente aislado de la resolución en cuestión.

Debe mencionarse que la Ética de la Virtud aunque sea parte de una decisión completamente interna e independiente, esto es, de un ejercicio absoluto de la libertad racional, no implica que la determinación judicial conlleve, por sí misma, un grado de arbitrariedad o no sea posible plasmar razones jurídicas que la sostengan. La Ética de la Virtud en este aspecto se limita a guiar al juez hacia el sentido de su resolución, pero atendiendo a las reglas y principios existentes, en cualquier caso, podrá fundarse y motivarse esa decisión, aunque la inclusión de elementos

metajurídicos, si bien puede cuestionarse, desde este enfoque no debe resultar pernicioso<sup>51</sup>.

### 3) Emociones<sup>52</sup>

Según Aristóteles, las virtudes son tanto una manera de actuar como una manera de sentir. Es decir, al encontrarse relacionadas, es posible afirmar que una decisión virtuosa tuvo lugar a través de una emoción específica. En este aspecto, Amaya (2015, p. 1778) refiere: “*Las emociones juegan un papel ‘epistémico’ (...), nos ayudan a identificar los rasgos sobresalientes de una situación concreta*”.

Las emociones en la aplicación de la Ética de la Virtud pueden constituir una suerte de filtro sensorial: de la lectura de los hechos, necesariamente, debe generarse una emoción en el lector, ya que resulta innegable que, desde un primer enfoque, pueda simpatizar con la causa de alguna de las partes. A partir de esta respuesta emocional, puede afinarse la percepción de los rasgos significativos del asunto.

Lo anterior no implica que el juez pierda imparcialidad al simpatizar con una causa. Este hecho, por más que se pretenda ocultar en la práctica judicial, es innegable y no debe opacar la función judicial o servir como argumento para menospreciar la Ética de la Virtud como modelo decisorio judicial. De hecho, como reflexiona el autor Michael Slote<sup>53</sup>, los jueces mantienen una virtud de imparcialidad y justicia en la medida que son susceptibles de mostrar un interés empático equilibrado hacia las partes en cuestión; idea que conserva también la aplicación del principio de otredad por igual hacia las partes.

---

<sup>51</sup> Como ejemplo, la sentencia que aprobó el matrimonio homosexual en Estados Unidos realizó una descripción sobre el amor, lo cual ayuda a comprender mejor el sentido de dicha resolución. *Vid. Infra* p. 361.

<sup>52</sup> Esta perspectiva se desarrolla con mayor detenimiento en el capítulo 4, al analizar las ideas de la autora Martha Nussbaum.

<sup>53</sup> *Vid. SLOTE, Michael, Empathy, Law and Justice en AMAYA, Amalia (2013, pp. 279-292).*



La idea que debe imperar en torno al tema de las emociones, es que debe generarse alguna en la psique del juez como lector de los hechos por los que se originó la problemática que pretende solucionar; si no se genera ninguna emoción, se incrementa sustancialmente la probabilidad de que la percepción del juez sea defectuosa.

Después, aunque a partir de la lectura se haya generado alguna simpatía respecto la postura de alguna de las partes (ya que el juez es un ser humano con ideologías, vivencias, experiencias y sentimientos como cualquier otro) su reto será permitir la apertura al debate de esa postura; deberá efectuar un reconocimiento de otredad del adversario y *ponerse en su lugar*. De esta manera, puede ser que a través de una emoción el juez haya vislumbrado una solución al caso, pero a través de las virtudes de la honestidad y la apertura intelectual, es posible que pueda modificar su percepción para arribar a una decisión opuesta, lo cual también podría implicar, inclusive, una alteración en su emoción inicial.

Por lo anterior, al resultar las emociones un fenómeno inherente al hombre, del cual no es posible desprenderse, la Ética de la Virtud decide adoptar el aspecto más positivo de éstas, al considerarlas como un elemento idóneo que acentúa la percepción de las personas, lo cual en el contexto en estudio, puede traducirse en una mayor posibilidad de detectar rasgos significativos de casos.

#### 4) *Veracidad*<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> Este es el apartado del que más se difiere con las ideas expuestas por Amalia Amaya; este apartado dicha autora lo denomina “*El razonamiento jurídico como re-descripción*” y enfoca sus ideas para exponer que una parte de la (correcta) deliberación jurídica consiste en perfeccionar la descripción de las situaciones de elección. Cita a la autora Iris Murdoch “*Si presto atención de manera adecuada, no tendré elecciones y ésta es la condición a la que uno debe aspirar*”. En este trabajo, se ha considerado prudente analizar el tema de la verdad, ya que a partir de éste, es que se deriva esa elección. Dicho de otro modo, no se pueden tomar decisiones razonables o realizar el esfuerzo por detectar rasgos significativos si los elementos de los que se parte se encuentran viciados.

Además del concepto de justicia, probablemente el siguiente concepto en orden de dificultad para alcanzar una definición satisfactoria es el de verdad, o si se desea intentar acotarlo, el de verdad judicial, ya que a través de éste se materializa el análisis de las pruebas aportadas por las partes y se establecen los hechos sobre los cuales tendrá lugar la decisión judicial. Dada su relevancia, se ha dedicado un apartado particular en el siguiente capítulo para efectuar las reflexiones pertinentes, pero en el presente contexto es conveniente detenerse para advertir que el juzgador, además de los elementos de convicción que son sometidos a su consideración, no puede dejar de lado su sabiduría práctica que le arroje una intuición respecto de la fiabilidad de las versiones en disputa.

Por otra parte, es necesario establecer desde este punto de vista la relación existente en términos jurídicos entre la prueba y la veracidad, ya que es a partir de esta perspectiva sobre la cual tendría utilidad emprender el análisis del concepto, acercándolo al ámbito de estudio de esta investigación. Así, para Summers, citado por Jordi Ferrer Beltrán (2002, p. 62), *“la finalidad principal de la actividad probatoria es alcanzar el conocimiento de la verdad acerca de los hechos ocurridos y cuya descripción se convertirá en premisa del razonamiento decisorio”*. Sin embargo, es necesario reconocer las diversas limitaciones a las que se encuentra sujeta la búsqueda de la verdad en el ámbito procesal, las cuales deben ser vistas como una necesidad o característica propia del proceso que impiden su duración indefinida, asegurando un mínimo de certeza a los gobernados, si bien la cadena procesal puede prolongarse en función de otras razones.

Tales características que pueden limitar la actividad probatoria de las partes son las propias reglas relacionadas con la presentación, preparación y desahogo de los medios de convicción, sobre todo respecto a los plazos específicos que deben cumplir las partes para dichos efectos, y la figura de la cosa juzgada. Las reglas referidas, no obstante que su finalidad sea procurar una conducción de la actividad probatoria y evitar su alargamiento, deben contener un margen de racionalidad

general, de modo que tampoco se impida a las partes efectuar las gestiones relacionadas en detrimento de la búsqueda de la verdad o, como algunos autores consideran, en detrimento de sus propios intereses, sin que ello deba coincidir, necesariamente, con el descubrimiento de la verdad, lo cual contribuye a generar una visión empobrecida de la institución procesal.

Bajo esta última reflexión, conviene reconocer que no sólo las limitaciones de la prueba, sino también de las partes y de los decisores judiciales implican que en algunas ocasiones se declaren como probados enunciados falsos, de modo que la verdad judicial se aparte de la verdad material, nombrándolas así para distinguir de la experiencia fáctica acontecida en el pasado frente al contraste de la reconstrucción que debe efectuar el decisor judicial para determinar qué afirmaciones de las partes generan fiabilidad sobre la cual se motive su determinación. Por ello, pese a este margen de error, también debe recordarse que el decisor judicial cuenta con discrecionalidad para determinar los hechos probados, contando con la posibilidad de ordenar diligencias adicionales para el esclarecimiento de los hechos y, además, debiendo observar un deber de razonabilidad en la construcción de los argumentos que sostengan su resolución. Ejerciendo esta posibilidad, puede reducirse la incidencia del error probatorio y con ello impedir que la verdad judicial validada sea completamente diferente de la verdad material, dando lugar a *“la irrelevancia jurídica de la verdad material una vez resuelto el caso”* (Ferrer, 2002, p. 70), lo cual también cuestionaría seriamente la utilidad o finalidad del proceso.

Finalmente, para no extendernos indebidamente en este apartado, cabe apuntar que la cosa juzgada, reflejada a través de una sentencia, trasciende en dos dimensiones que podríamos calificar como externa e interna: en el ámbito externo, envía un mensaje a la sociedad de una decisión en la que se interpretó y se aplicó el Derecho de acuerdo a hechos determinados, y puede contribuir a fortalecer la confianza y legitimación de los órganos judiciales si esa decisión tiene cabida en

parámetros de razonabilidad. En el ámbito interno, pone un límite a la discusión jurídica, establece los hechos que fueron probados y resuelve la controversia entre las partes. Sin embargo, en ambos casos es perceptible la necesidad de que la verdad construida a través de las pruebas, si bien no pueda coincidir plenamente con la verdad material, se haya integrado a partir de elementos suficientes que hagan aceptables sus afirmaciones respecto de la descripción efectuada del caso.

Esta idea de aceptación, que parece converger en el tema de razonabilidad, asume que se tiene por verdadera una proposición, aun de forma presuntiva, en tanto que se encuentra soportada sobre una intuición de experiencia o de sabiduría práctica, derivado de los elementos de convicción que hayan sido aportados por las partes. Es decir, la aceptación en este ámbito podría reconocer que pudo haber tenido lugar un hecho contrario o diferente al que se tiene por probado, pero lo considera como poco probable o de difícil realización dentro de un esquema que brinda coherencia al relato de que se trate. Por tanto, reconociendo desde este punto que alcanzar la verdad material en el proceso es una tarea con diversos obstáculos, aunque resulte deseable, la función del juez virtuoso será efectuar el análisis de los medios de prueba con miras a obtener determinaciones de los hechos que resulten aceptables –razonables– al no contener contradicciones o vacíos entre sí, de modo que puedan fungir como un punto de partida confiable para proceder a emitir la resolución correspondiente.

##### 5) *Teleología*<sup>55</sup>.

Una vez que se han detectado los rasgos particulares, se ha efectuado la percepción en torno a aquéllos que son relevantes para una solución razonable y se

---

<sup>55</sup> Este apartado es denominado por Amalia Amaya como “*Especificación, conflicto normativo y argumentación jurídica*”. Se considera que el término “teleología” entendida *grosso modo* como ciencia de los fines o propósitos permite abarcar la problemática que expone dicha autora y, además, enfatizar en que la Ética de la Virtud podría tomar en consideración como un elemento indispensable para la solución de problemáticas los objetivos de la normas, de modo que se rechace su aplicación mecánica y privilegie la detección de rasgos particulares en atención al primer apartado de esta sección.

ha generado alguna respuesta emocional, con base en hechos suficientemente probados, resulta necesario, como un paso final, identificar los fines y valores de las normas involucradas a fin de permitir al juez determinar cuáles resultan o no aplicables.

En este aspecto, Amalia Amaya destaca la pertinencia de “especificar” los valores de dichas normas. Es decir, se debe tratar de formar una concepción del valor o de poner en práctica una concepción previamente aceptada de un valor, ya que para efectos prácticos, los valores o principios (tomemos como ejemplo el orden público<sup>56</sup>) son a veces demasiado vagos como para poder servir como puntos de partida de un razonamiento medio-fin, además de que al especificarlos se puede reformularlos y permitir la solución de conflictos. El profesor Juan Antonio Cruz Parcero (2012, p.191) al respecto refiere: *“Que un derecho se configure estructuralmente como un principio no obedece a un defecto, puede ser algo que el legislador considera conveniente normativamente hablando”*; reflexión sobre la cual resulta indispensable la intervención de un agente, ya sea como intérprete o como aplicador para lograr la especificación que nos describe Amaya.

Por ejemplo, en un caso de conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, se podría proceder tratando de especificar y refinar esos valores. A esto puede agregarse que, en términos de la Ética de la Virtud, podría tomarse en consideración de manera adicional las características de los sujetos involucrados, así como la finalidad de la información que se pretende hacer pública: no podría darse el mismo tratamiento al caso de un reportero que ha descubierto sucesos que

---

<sup>56</sup> Como ejemplo, se tiene la tesis I.4o.A.63 K, del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXII, agosto de 2005, página 1956 con rubro *“Orden Público. Es un concepto jurídico indeterminado que se actualiza en cada caso concreto, atendiendo a las reglas mínimas de convivencia social”*, en cuyo texto se establece que dicho concepto no constituye una noción que pueda configurarse a partir de la declaración formal contenida en una ley; es decir, para darle significado en cada caso específico, se requiere que el juzgador tome en consideración las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de la comunidad en un contexto determinado: los elementos que integran el orden público, al contar con una finalidad permanente, pueden ser modificados o alterados sin que ello transgreda su naturaleza.

podrían configurar ilícitos en el que se involucra a un funcionario público, que al reportero de una publicación de espectáculos que describe las relaciones sentimentales de algún personaje público, de forma sensacionalista.

Inmediatamente el lector podrá advertir que en el primer caso surge una inquietud respecto a la seguridad del reportero, y puede interrogarse válidamente sobre la veracidad de las fuentes que tomó en cuenta, el sentido de la nota y las conclusiones a las que haya arribado el informante, así como las implicaciones políticas que pueda suscitar, las cuales en un ámbito democrático ideal, de constante intercambio de ideas y posturas, resulta altamente deseable. Es posible afirmar que estas consideraciones pueden generar un sentimiento inicial de “licitud” hacia la información obtenida, no obstante que deban examinarse minuciosamente los elementos que integren el expediente respectivo, para poder arribar a una conclusión definitiva.

En claro contraste, en el segundo caso ejemplificado, el lector puede estar consciente de que la nota obtenida difícilmente podría impactar de manera relevante a la discusión informada sobre algún tema de interés social específico; es decir, se cuestiona su utilidad pública fuera del probable interés comercial que podría generar. De esta manera, la esfera de la intimidad personal parece cobrar mayor importancia en este supuesto aunque, nuevamente, resultaría necesario revisar el caso de actualizarse en la realidad para establecer en lo específico, los alcances de los valores en conflicto.

Por las razones expuestas, se considera que el modelo propuesto de la Ética de la Virtud como paradigma decisorio judicial, el cual es denominado en el campo teórico como Jurisprudencia de la Virtud<sup>57</sup> para establecer su proximidad y

---

<sup>57</sup> El autor Guillermo Lariguet describe que no existe una teoría de las virtudes unificada, sino una diversidad considerable en listas y definiciones; sin embargo, es posible identificar cómo dentro de esa pluralidad el fundamento prístino compartido es el pensamiento aristotélico; respecto al término en específico de Jurisprudencia de la Virtud (*virtue jurisprudence*) es atribuido a los filósofos Farrelly-Solum, si bien como se

aplicación en la actividad jurisdiccional, permite explotar la aplicación de las virtudes que permitan a los jueces evitar caer en los extremos de los otros modelos de ética judicial (deontologismo y utilitarismo), ya que si bien se han reconocido sus ventajas, a la postre sus desventajas prevalecen de manera perniciosa, por lo que resulta necesario enfatizar la función de un agente que, a través del libre uso de virtudes, pueda determinar la solución más razonable, quizás aspirando sin mucha dificultad, a ser considerada *justa*.

---

expuso antes, se desprende a partir de una visión ética aristotélica con acercamiento práctico en el ámbito judicial (Vid. GONZÁLEZ DE LA VEGA, René y LARIGUET, Guillermo, 2013, p. 199).

## Capítulo 2

### 2. Decisiones jurídicas. La relevancia de la decisión judicial.

*“...la justicia parece la más excelente de las virtudes y que ni el atardecer ni la aurora son tan maravillosos... y, para emplear un proverbio, ‘en la justicia están incluidas todas las virtudes’.*

ARISTÓTELES<sup>58</sup>

#### 2.1 Clases de decisiones jurídicas

Todos los días tomamos decisiones, ya sea desde las más triviales como elegir nuestra vestimenta o el tipo de desayuno de tendremos (a veces conforme a nuestras preferencias, necesidades o posibilidades), otras que pueden alterar nuestros planes de vida (como elegir practicar algún oficio o realizar estudios universitarios) y así podemos incrementar gradualmente su complejidad hasta arribar a las decisiones en las que sea posible definir o determinar acciones que podrían afectar de manera decisiva a otras personas (un padre tratando de educar a su hijo, en torno al respeto y consideración que debe mostrar hacia adultos mayores, quizás). Si elevamos aún más la complejidad, en el estrato más alto tendríamos el caso de gobernadores (se emplea este término bajo la acepción más amplia posible), legisladores y jueces. A estos roles, de acuerdo a lo que se describirá en el presente capítulo, se les asignan las categorías de decisiones interpretativas, normativas y judiciales, respectivamente, sin ignorar que, de acuerdo a las funciones materiales que desempeña cada rol como manifestación de un área distinta del poder público, pueden incurrir en decisiones de otras clases. En este

---

<sup>58</sup> *Ética a Nicómaco, Op. Cit. p. 239.*



sentido, nos parece conveniente atribuirles a cada uno la clase de decisión que les distingue, lo cual también resulta útil para la construcción de la reflexión que se expone, ya que, aún fuera del ámbito jurídico, puede vislumbrarse la relevancia con que se encuentran investidas tales decisiones, pues de acuerdo a lo descrito en el capítulo anterior, su nota distintiva radica en que afectan al *otro* y, por esta razón, es que la reflexión ética puede encontrar cabida como un parámetro de corrección de cada decisión. Es decir, tales decisiones al exteriorizarse crean, modifican o extinguen situaciones de hecho que impactan el acervo jurídico de las personas, a *su vida*, y en términos jurídicos, al provenir de entidades dotadas con el poder estatal, vinculan de manera obligatoria a sus destinatarios a su cumplimiento, pudiendo alterar en sentido negativo o positivo proyectos de vida bajo una presunción de validez.

Así, desde estas breves líneas introductorias de este segundo capítulo se subraya el rol primordial que tienen los jueces en nuestras sociedades democráticas –o que aspiran serlo– al adoptar sus decisiones: esa función de convertir y transformar realidades aún sobre las decisiones interpretativas del ejecutivo o las normativas del legislativo. Y aún más: desde un enfoque externo, al resolver una controversia no sólo afectan a las partes que intervienen en el proceso; su sentencia puede servir a la opinión pública como un instrumento para verificar la fortaleza del Estado de Derecho, para supervisar la actuación del poder público en beneficio de la propia comunidad. Por ello, la actividad judicial alcanza los mayores grados de complejidad decisorios, que en la práctica suelen ignorarse o ser relegados a planos secundarios, en aras de estadísticas o el cumplimiento de objetivos –usualmente estériles– institucionales.

Bajo este discurso, el lector podrá advertir algunas de las razones por las cuales la teoría jurídica contemporánea ha puesto especial énfasis en la decisión judicial, así como su contenido a través del análisis de sus argumentos y razones, pues a diferencia de la actividad emprendida por el ejecutivo y el legislativo, el juez

cuenta con la invaluable oportunidad de tener un acercamiento real con los destinatarios del ordenamiento jurídico: puede contrastar de primera mano la eficacia y la viabilidad de las normas que, al menos en la experiencia mexicana, se gestan alejadas del entorno social imperante, con un cuerpo de asesores y legisladores que se encuentran enfrascados en burbujas utópicas, incapaces de conocer (o peor aún, indiferentes) de la cotidianidad de las personas a las que, invariablemente, terminarán afectando con sus decisiones. El juez, como se ha establecido ya en la doctrina, tiene la capacidad erigirse en juez del legislador y tiene la posibilidad de contribuir con mayor fineza a la realización de planes de vida definidos y deseables, o bien, impedirlos, pues no podemos apartar de vista que la actividad del juez, en todo caso como actividad humana, es falible.

Así, en el presente capítulo se procura identificar las notas distintivas de las clases de decisiones que se conceptualizan en el ámbito jurídico, y se justificarán las razones por las cuales las decisiones judiciales, dadas sus características, se encuentran revestidas de una importancia singular al tener la capacidad de calificar significativamente los alcances y efectos de las decisiones emanadas de los otros ámbitos estatales, teniendo la posibilidad, en última instancia, de poder establecer la *verdad* sobre los hechos y, con ello, contribuir activamente al mejoramiento de la calidad de vida de las personas.

### **2.1.1. Decisión Interpretativa**

Una de las primeras concepciones con que solemos relacionar el concepto de interpretación refiere a la conclusión sobre un hecho; podemos complementar esa idea si se afirma que radica en dotarla de un significado que, de inicio, puede no ser evidente, lo cual se traduce en la necesidad de una comprensión y entendimiento previo del objeto. Es necesario distanciarse de las definiciones clásicas del término de interpretación las cuales parten del vocablo “desentrañar”,

pues el mismo término implica una focalización excesiva en el objeto (hasta el punto de arrancarle las “entrañas” metafóricamente hablando) y pierde de vista al sujeto, el cual como se insistirá a lo largo de esta investigación, en un esquema ideal, realiza una participación activa y decidida, ya sea como pensador, o bien, como intérprete que materializa su reflexión. Este aspecto debe hacerse notar ya que todos interpretamos continuamente y en nuestro entorno social se nos condiciona para interpretar: podemos observar el lenguaje corporal de nuestro interlocutor para percatarnos que lo hemos aburrido; podemos interpretar una obra de arte para intentar descubrir cuál fue el sentido con que el artista dotó a su obra, y si ocupáramos el lugar de un psicólogo, podríamos interpretar las respuestas y reacciones de un paciente para conocer sus avances o recaídas en la evolución de una enfermedad. Como puede verse, el hombre a través de la educación que recibe, sea formal o informal, así como de su experiencia con su entorno, se encuentra en la posibilidad de ir recabando información que le permite interpretar objetos y hechos, cuyos resultados, aun cuando suelen variar en función de los factores externos referidos, es posible derivar en consensos generalizados de interpretación (un bostezo difícilmente podría ser aceptado como una señal de interés en una conversación cotidiana).

A este consenso generalizado respecto a situaciones particulares, como una manifestación de sabiduría práctica, nosotros lo denominamos *afinidad de experiencia*, al nutrirse y reconocerse dentro de una comunidad como elementos que, aun cuando no hayan sido objeto de vivencia directa por parte de todos sus integrantes, sus características son transmitidas bajo un contexto de validez o fiabilidad en la comunidad, permitiendo la construcción de certidumbres sociales respecto de las cuales los decisores jurídicos pueden considerar sus determinaciones para incrementar su legitimación.

Esa afinidad de experiencia es posible refinarla mediante conocimientos o técnicas, que permitan al sujeto adquirir una mayor sensibilidad al efectuar un

ejercicio de interpretación. De este modo, en la medida en que el sujeto cuente con mejores elementos para apreciar y entender un objeto, mejor y más compleja podrá ser la interpretación que pueda proporcionar, y también podrá en mayor medida establecer relaciones con otros objetos, sistematizando su interpretación en un contexto.

En este punto es conveniente proporcionar un ejemplo alejado de la cuestión eminentemente jurídica. El cuadro del pintor impresionista Vincent Van Gogh titulado “*Trigal con cuervos*”<sup>59</sup> presenta el siguiente aspecto:



En un primer acercamiento, una persona podría interpretar que su autor “probablemente tenía prisa” porque el método para definir las figuras en la pintura, sobre todo los cuervos, es a través de pinceladas breves, pero profundas o espesas con una gran cantidad de pintura. Tal vez esa misma persona pueda cuestionar que, realmente, se encuentre ante una obra de arte, ya que considerará como

---

<sup>59</sup> Este es el nombre con el que comúnmente se conoce a dicho óleo. El nombre correcto de la obra es “*Maizales bajo un amenazador cielo con cuervos*”.

pobremente logradas las figuras de los cuervos, en tanto que el campo con trigo podría aparecer como difuminado y poco definido.

En un grado superior, una persona con algún conocimiento de arte podría describir detalles de estética como el fuerte contraste entre el cielo y el trigo, así como la forma en que los caminos delimitan tres secciones en el campo otorgando una sensación de perspectiva. Respecto a la técnica con que se realizaron las formas, sobre todo los cuervos, podría entender que se trata del estilo propio del pintor, relacionándolo, además, con el movimiento impresionista al que comúnmente se le circunscribe.

Una interpretación bajo esta concepción, entonces, se basaría en una descripción de lo que se percibe, relacionándolo con un conocimiento previo que puede ser valorado como especializado, sobre una técnica o arte, pero que atrapado en un esquema objetivista podría ser indiferente u otorgar poca relevancia a los elementos que no aparecen expresamente en el cuadro, como lo es el contexto del artista. De este modo, una descripción del cuadro bajo esta perspectiva podría ser la siguiente:

“...

*El panorama de un triguero que se abre desde la parte de delantera del cuadro en tres caminos diferentes corresponde a un formato excepcionalmente ancho. El espectador se enfrenta a una situación intranquilizante por la confusa línea del horizonte y el rumbo ciego de los caminos que se adentran en el campo o parecen escapar de lienzo (...) En contraposición a lo turbulento de la pintura todo el espacio está dominado por una sencillez y amplitud lapidarias. (...) La línea*

*horizontal dominante está más bien determinada por el estado de ánimo del artista que por el marco o el lienzo mismo”<sup>60</sup>.*

Finalmente, una persona con conocimiento artístico y que también conozca el contexto del pintor Van Gogh, probablemente reconocería que ese cuadro resulta distintivo en su obra ya que suele ser considerado como el último que pintó antes de suicidarse –si bien esta versión aún continúa a debate–. Con esto, podría remontarse a la vida del artista, en la que descubriría la serie de infortunios y dificultades como nota constante de su existencia, así como el difícil trance por el que atravesaba durante la producción del lienzo. De este modo, una interpretación, más compleja y avanzada de la obra, puede expresarse así:

“ ...

*Una desgracia amenazante se presenta ante la presencia de los pájaros que se elevan en el horizonte y se aproximan al primer plano. La imposibilidad de encontrar una salida se traduce en los tres caminos embarrados que se separan delante del observador para conducir a la nada. La atmósfera tormentosa, que hace más drástico el contraste complementario con el amarillo del trigo, se ocupa del resto. El propio artista veía el cuadro como la conexión paradójica del consuelo y la tristeza: ‘Se trata de trigales sin fin bajo el cielo nublado... y no he vacilado frente al intento de expresar tristeza y la más profunda soledad...’<sup>61</sup>”*

En este último ejercicio, además, se ha echado mano de la propia opinión del autor de la obra, lo cual puede ayudar a mejorar el entendimiento de la misma. Con

---

<sup>60</sup> A fin de no desviar demasiado la atención del presente documento, para profundizar sobre el tema puede consultarse el texto de WALTHER, Ingo F., *Van Gogh*, 1a. ed., traducción de Aurora de la Válgoma, Chile, Editorial Cordillera, 2011, p. 84.

<sup>61</sup> Para un estudio exhaustivo de las obras de Van Gogh en la última etapa de su vida, puede consultarse WALTHER, Ingo F. y METZGER, Rainer (2001), *Van Gogh. La obra completa - pintura*, 1a. ed., traducción de Carmen Sánchez Rodríguez, Slovenia, Editorial Taschen, 2001, pp. 678-692.

esta información, sin duda, la persona en el primer supuesto podría apreciar mejor la obra y transformar su percepción sobre la misma: es probable que ahora el lienzo le transmita con mayor facilidad una sensación de melancolía y abandono, propios de un estado depresivo como el que se encontraba Van Gogh al realizarlo.

Al igual que podemos analizar y tratar de comprender una obra de arte, podemos aplicar el mismo método a una norma jurídica, y con ello percatarnos que, lamentablemente, la mayoría de la población se encuentra en el primer supuesto, al considerar el Derecho como algo lejano, como un cúmulo de enunciados difíciles de entender y con escasa utilidad, que pueden ser tergiversados de distintas maneras o como un medio de control patrocinado por factores reales de poder. Estas reflexiones no deben ser indiferentes a los juristas que se encuentren convencidos de la necesidad del Derecho y de la posibilidad de alcanzar la realización de valores tan elevados como es el de la justicia.

Los párrafos anteriores no son mera retórica; por el contrario, pretenden clarificar el sentido de la primera fase de toda decisión jurídica, ya que sin importar el destino de la decisión o su alcance, el ejercicio reflexivo correspondiente tuvo su origen en la formulación de una idea o pensamiento en torno a las normas. Dicho de otro modo, todo análisis desde el ámbito individual, académico, para arribar en decisiones legislativas o judiciales pasaron, invariablemente, por la senda de la interpretación.

En este punto pudiera cuestionarse si, en efecto, toda norma jurídica puede ser objeto de interpretación, ya que pueden existir ejemplos en los cuales pareciera que las palabras empleadas, así como su contexto, pudieran dar poco o ningún lugar a nuevos descubrimientos. Esta concepción, reflejada en los aforismos latinos *In claris non fit interpretatio* o *interpretatio cessat in claris*<sup>62</sup>, permite identificar normas

---

<sup>62</sup> De ambos aforismos se extrae la idea, en común, que si el texto de la ley es claro e inequívoco, no ha lugar a interpretación alguna.

jurídicas que bajo un esquema silogístico serían aplicadas sin mayor reflexión, tornando la actividad del operador jurídico de que se trate a un esquema mecanicista, en el rígido contexto de la lógica formal.

Esta noción de acuerdo a las tendencias contemporáneas es poco afortunada y conviene su reducción hasta su eventual desaparición: se afirma lo anterior, ya que, retomando nuestro ejemplo del óleo, equivaldría a observarlo únicamente a través de una pequeña ventana, ignorando o despreciando su amplitud y dotándole de una integridad. No puede obviarse que la interpretación puede verse favorecida si, además de conocer el objeto, toma en consideración el *contexto* del objeto. Esta discusión, descrita con otros términos y bajo otras perspectivas, se encuentra vigente entre los doctrinarios jurídicos contemporáneos, respecto a las distinciones entre casos fáciles y difíciles, o mejor dicho: ¿cómo reconocer que una problemática –aparentemente fácil– es en realidad difícil? Una interpretación integral, que permita enlazar objeto y contexto, puede ser una respuesta, en la cual la virtud judicial puede darse cita para auxiliar a jueces a encontrar una respuesta; incluso antes, a los abogados, les permitiría formular razonamientos con miras a relacionar pretensiones específicas con principios, lo cual podría incrementar la eficacia de sus argumentos.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es necesario precisar dos propuestas que podrían derivarse de la lectura del párrafo anterior: todo texto normativo puede –debiera– ser objeto de interpretación integral y las interpretaciones que se obtienen deben, en algún modo, ser afines a un ideario social, de modo que el texto normativo pueda adecuarse a los objetivos esenciales para los que fue creado.

La interpretación, en consecuencia, consiste en comprender las razones de un objeto para dotarle de un significado que, en principio, podría no parecer evidente. Interpretar en este sentido, implica intentar descubrir la esencia de un objeto, para conocerlo desde un enfoque íntimo, lo cual proporcionaría nuevos



elementos que permitirían enriquecer y argumentar el curso de una crítica o valoración sobre el mismo. Pero esta interpretación, por magnífica que pueda parecerse, requiere una relación con otros conocimientos o ser inserta en un contexto para verificar su validez de forma que las conclusiones alcanzadas no se erijan de manera aislada, y estén en aptitud de soportar eventuales críticas.

Para clarificar lo anterior, puede retomarse el ejemplo del óleo que hemos descrito. La última clase de interpretación, que ahonda y se interesa en la vida del pintor, debe ser capaz de obtener datos certeros sobre su biografía y contrastarlos con otros conocimientos: su factor depresivo refleja mayor claridad si se toma en cuenta su pasado, la dependencia tanto económica como moral que tenía respecto de su hermano, y el alejamiento respecto de otros pintores de la época. Estos elementos construyen un escenario que permiten al intérprete de la obra describir la singularidad de los trazos y las percepciones que se transmiten al contemplar la pintura desde esta óptica. Con esto, la interpretación especializada avanza hacia una fase final, que podemos referir como *interpretación integral*, al realizar ese ejercicio de búsqueda de comprensión procurando asimilar los datos más relevantes, reconociendo la complejidad del arte como expresión humana.

La norma jurídica es una expresión humana, y sería altamente recomendable invitar a todo operador jurídico a desterrar por completo las aplicaciones silogísticas con validez absoluta *a priori*, pues ello implica cerrar las puertas a una reflexión aretaica en los términos que hemos descrito en el capítulo anterior. De hecho, la mayoría de los litigios de carácter constitucional, precisamente, controvierten la aplicación de ese esquema de lógica formal, al tomar en consideración otros elementos (generalmente principios) que pretenden demostrar la problemática que generaría el acatamiento de alguna norma bajo determinadas circunstancias, de modo que la observancia de la ley pueda producir efectos indeseables o contrarios a sus objetivos y finalidades. Con base en tales apreciaciones, la argumentación que realizan los abogados postulantes, como se comentó, debe acercarse más a la

realización de intereses sociales y no únicamente individuales, ya que bajo la perspectiva de otredad del giro aretaico, la pretensión planteada podría generar consensos respecto de su razonabilidad, gracias a una interpretación integral como se propone.

Bajo este criterio de integralidad, es decir, correlacionar la interpretación que se adopte con el contexto en que se encuentre el objeto interpretado, además de incrementar la posibilidad de alcanzar una conclusión razonable, podemos dotarle de justificaciones que establezcan las causas del sentido de nuestras reflexiones; en este punto, a diferencia del arte, en el caso de las normas jurídicas deben conjugarse armoniosamente los valores o ideales a realizar de acuerdo con la naturaleza de la norma de que se trate, procurando el cumplimiento de objetivos de interés social. Sirva el siguiente caso para procurar ejemplificar las ideas expuestas.

*Dificultades de la aplicación silogística de la ley*  
(Sentencia SDF-JDC-596/2012<sup>63</sup>)

En el presente caso, se analizó una consecuencia desproporcionada (tener por no presentada una demanda), prevista en ley, ante la omisión de establecer un domicilio legal para practicar notificaciones en una ciudad determinada, a pesar de que dicho elemento no impide la constitución de la institución procesal. Para mejor claridad, es necesario dar cuenta de los antecedentes del asunto:

1. El 4 de marzo de 2012 el Comité Directivo Estatal del Partido Revolucionario Institucional (PRI), en el Estado de Morelos, expidió la convocatoria para seleccionar a los candidatos propietarios a diputados del congreso local, en atención que el 1° de enero del mismo año, dio inicio el proceso electoral ordinario en aquella entidad.

---

<sup>63</sup> Del índice de la Sala Regional Distrito Federal del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, "Sala Regional" en lo sucesivo. Visible en <http://www.te.gob.mx/salasreg/ejecutoria/sentencias/df/SDF-JDC-0596-2012.pdf>

2. El 15 de marzo posterior, el actor del juicio en comento solicitó ante la Comisión Estatal de Procesos Internos del PRI su registro como precandidato a diputado local por el principio de mayoría relativa. El 16 de marzo siguiente, esa comisión declaró improcedente la solicitud de registro presentada.
3. El 1° de abril ulterior el actor acudió en acción *per saltum*<sup>64</sup> al Tribunal Estatal Electoral de Morelos a fin de controvertir la determinación partidista de improcedencia.
4. El 2 de abril siguiente, el Magistrado Instructor dictó auto de prevención, toda vez que el actor omitió señalar domicilio para oír y recibir notificaciones en la ciudad sede del órgano jurisdiccional, esto es, la capital del Estado de Morelos (Cuernavaca), en términos del artículo 316 fracción II del código electoral de esa entidad. Ya que la prevención no fue desahogada, el 4 de abril, con fundamento en el artículo 317 del mismo código<sup>65</sup>, se tuvo por no presentada la demanda.

---

<sup>64</sup> Es decir, omitió agotar la instancia partidista correspondiente, debido a la posible merma o incluso irreparabilidad que podría acontecer a su acervo jurídico de agotar la cadena impugnativa al interior del partido político, en atención al tiempo que ello implica; esta figura es usual en materia electoral tomando en consideración las fases sucesivas y relativamente breves en que se desarrollan los procesos electorales.

<sup>65</sup> Código Electoral del Estado Libre y Soberano del Estado de Morelos, publicado en el Periódico Oficial “Tierra y Libertad” número 4647 de fecha 2 de octubre de 2008. Los correlativos del código vigente son los artículos 340 fracción II y 341, con contenido idéntico:

“Artículo 340. El juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano deberá formularse por escrito y cumpliendo con los siguientes requisitos:

I. ...

II. **Señalar domicilio para recibir notificaciones en la capital del Estado** y, en su caso, a quien en su nombre las pueda oír y recibir;

...”

“Artículo 341. En el caso de que la demanda correspondiente no cumpliera con alguno de los requisitos contenidos en las **fracciones II, III, IV, V, IX y X** del artículo 316, se prevendrá al actor mediante auto aclaratorio notificado por estrados y por una sola vez, de los requisitos faltantes, los que deberán ser satisfechos **en el plazo de veinticuatro horas, y de no hacerse así se acordará tener por no presentado el recurso.**”

5. El 9 de abril siguiente, el actor promovió juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (instancia federal), cuya resolución es objeto de comentario a continuación.

La Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación con sede en el otrora Distrito Federal resolvió por unanimidad revocar el acuerdo plenario del tribunal estatal, previo análisis *ex officio* de la convencionalidad del artículo 317 del Código Electoral del Estado Libre y Soberano de Morelos<sup>66</sup>, ya que aun cuando no existió una solicitud expresa del actor para su inaplicación, en términos de la normatividad electoral es posible suplir la deficiencia de su exposición de agravios, máxime que dicha pretensión se encontraba implícita en su causa de pedir.

Es decir, no obstante que en términos lógicos el proceder del tribunal estatal de Morelos fue acertada, ya que efectivamente el código electoral aplicable establece un supuesto (establecer domicilio en Cuernavaca) y una consecuencia en caso de no satisfacerse (tener por no presentada la demanda), era necesario verificar que las premisas, bajo una óptica de integralidad, resultaran proporcionales y tuvieran por objeto un fin legítimo sustentado constitucionalmente, tomando como punto de partida que la esencia de todo proceso es la realización de una tutela judicial efectiva, desde una perspectiva moderada que logre equilibrar el factor de que los derechos humanos no son absolutos y sus restricciones deben ser razonables.

Al respecto, el no establecer un domicilio para oír y recibir notificaciones no es un requisito indispensable para que la relación procesal pueda instaurarse, pues

---

<sup>66</sup> Al respecto, conviene precisar que el artículo 316 fracción II del citado ordenamiento establece el requisito de señalar domicilio para recibir notificaciones en la capital del Estado, en tanto que el artículo 317 contiene la prevención que debe realizarse en diversos supuestos, entre los cuales se encuentra la omisión de cumplimentar la referida fracción II, misma que debe subsanarse en 24 horas, pues de lo contrario, se acordará tener por no presentado el medio de impugnación. *Vid.* nota anterior.

en todo caso impide que las notificaciones que se deriven del proceso puedan tener lugar en algún local elegido por el actor y, en consecuencia, se realizarán por estrados. Es decir, esta situación puede suponer una desventaja para la persona que demanda, al tener la obligación de revisar constantemente los estrados o cualquier espacio que el tribunal designe para tales efectos con el objeto de conocer las determinaciones o actuaciones que recaen al curso de la demanda o recurso que presentó, sin que ello altere algún otro elemento que permita al juzgador conocer de la controversia planteada, o bien, pronunciarse sobre su procedencia.

Por ello, puede sostenerse que dicho requisito limita el acceso a la tutela judicial efectiva, al no versar sobre un elemento que sea indispensable para que pueda existir un pronunciamiento sobre la pretensión del actor. En este sentido, debe aclararse, no se soslayan las causales que conllevan el desechamiento de las demandas, ya que en común tales justificaciones se derivan, precisamente, de componentes insustituibles que limitan de manera proporcionada ese acceso a la tutela judicial efectiva. Pero en este caso, la imposición de un domicilio en un lugar específico no es conforme a la esencia de ese derecho fundamental,<sup>67</sup> pues ante la omisión de señalar domicilio, pese a la existencia de una prevención para tal efecto, en la práctica forense se soluciona con la existencia de estrados o listas, cumpliendo con el objeto de hacer saber a las partes las actuaciones procesales que así lo requieran, sin que ello se traduzca en una vulneración al principio de equidad.

Si se quisiera retomar el ejemplo del cuadro del pintor Van Gogh que describimos con anterioridad al presente asunto, veríamos que el primer acercamiento, que puede calificarse como superficial, verifica la validez del ejercicio de lógica formal entre las premisas y la conclusión, por lo que también reconoceríamos la validez de la resolución local. En una siguiente fase, contando

---

<sup>67</sup> En contraste, la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, en sus artículos 9, así como 79 a 82 (que regulan los requisitos de los medios de impugnación en general, y el juicio ciudadano, respectivamente) no establecen la improcedencia ante la falta de señalar domicilio para efectos de practicar notificaciones.

con los conocimientos técnicos necesarios sobre derecho procesal, podríamos cuestionar si, efectivamente, el señalar domicilio es un requisito indispensable para la configuración de la institución procesal sin afectar intereses públicos o alterar el principio de equidad entre las partes. Finalmente, en la tercera fase, en la que nos internamos con mayor profundidad en la “vida” del proceso, en su esencia, podremos confirmar que la falta de ese elemento únicamente pone en desventaja a la parte que incurre en su omisión (como si se tratase de una carga procesal), sin que trascienda hacia el normal desarrollo de la institución procesal.

En efecto, la Sala Regional enfatizó que el señalar domicilio no es un requisito esencial para la válida constitución del proceso, dado que puede ser subsanado mediante las notificaciones por estrados, sin que pase desapercibido que el mismo código electoral estatal contempla dicha modalidad de notificación en su artículo 328, y que el artículo 305 fracción I inciso b) del mismo ordenamiento<sup>68</sup>, al enunciar los requisitos para la interposición de los recursos de revisión, apelación e inconformidad, establece de manera literal *“si el promovente omite señalar domicilio para recibirlas (notificaciones), se practicarán por estrados”*. Es decir, dentro del propio código cuestionado se encuentra la solución que comúnmente la práctica –la afinidad de experiencia del foro jurídico, podemos decir– ha ofrecido para los casos que no se establezca un domicilio, sin que se logre especificar la justificación por la cual el juicio ciudadano morelense recibe un trato distinto, el cual como se revisó, contraviene directamente la esencia de la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, como una consideración adicional al ámbito jurídico, en el caso también puede mencionarse una reflexión de índole práctica: la ciudad sede del tribunal electoral estatal es Cuernavaca –asentada en el municipio del mismo nombre– y dado que la entidad federativa tiene más de 30 municipios (33 en total), se infiere que un porcentaje importante de los justiciables no tienen una residencia

---

<sup>68</sup> Artículos 353 y 329 fracción I inciso b), respectivamente, del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales para el Estado de Morelos vigente. Los textos son idénticos respecto de los preceptos citados.

en la capital; por ende, sí es posible calificar como una carga excesiva la obligación de señalar un domicilio en un lugar ajeno en el que se reside, lo que supone también un trato diferenciado entre los gobernados que tienen domicilio en esa ciudad y los foráneos sin que resulte evidente o clara la razón de esta distinción.

Finalmente, cabe señalar que la Sala Regional revocó el acuerdo plenario impugnado; advirtió que la devolución del expediente al tribunal responsable podría generar un perjuicio irreparable al actor por cuestión de temporalidad, y al proceder con el análisis de la controversia en plenitud de jurisdicción, la Sala advirtió que el actor no acreditó haber cumplido con uno de los requisitos establecidos en la convocatoria respectiva –relativa a la presentación de la copia de credencial para votar de los dirigentes seccionales que otorgaron el apoyo a su precandidatura y en la suficiencia de los mismos para acreditar el 25% de la estructura territorial–. Esto es, el actor no acreditó haber cumplido con un elemento de la convocatoria en la que participó, por lo que se confirmó el dictamen partidista en el sentido de declarar como improcedente su solicitud de registro.

Así, la sentencia es reflejo de un ejercicio mesurado: por un lado, identificó una porción normativa que no es acorde funcional ni integralmente, por lo que decidió inaplicarla; y por otro al estudiar los agravios vertidos por el actor ante la improcedencia de su registro, advirtió que únicamente esgrime las inconsistencias en el contenido del dictamen atinente, es decir, el actor limita su reclamo a cuestiones de forma y no controvierte la afirmación de su partido político relativa al incumplimiento de un requisito de la convocatoria en la que participó. Sobre este último aspecto, la Sala Regional reconoció que no podía entrar al estudio de dichas cuestiones ni siquiera supliendo la queja deficiente porque para ello era indispensable que el actor hubiese expresado un principio de agravio en la demanda, tendente a evidenciar que sí cumplió con ese requisito: que presentó las constancias correspondientes y que las firmas de los apoyos que recibió sí eran suficientes para acreditar el porcentaje requerido por los estatutos y la convocatoria.

### *Directrices de la decisión interpretativa: la relevancia de los principios*

La doctrina contemporánea ha procurado adentrarse a la esencia de las instituciones jurídicas para comprender mejor su naturaleza y lograr interpretaciones más razonables a través de los principios, generalmente ubicados en términos constitucionales; en el presente trabajo consideramos que los principios pueden complementarse con la virtud para perfeccionar su entendimiento sobre las normas y alcanzar así decisiones más razonables en cualquier rubro.

En relación con los principios, se identifican como valoraciones que inciden en el ideal de justicia derivados de un objetivismo moral basado en la protección de un mínimo de bienestar para todas las personas. Así, desde una perspectiva ética, los principios permanecen incólumes en términos de temporalidad y contextos, pues se encuentran encaminados hacia su esencia inmanente: la dignidad y libertad de todo ser humano.

Así podemos explicar dos factores fundamentales para lograr una decisión interpretativa razonable: primero, los principios que conocemos son susceptibles de examinación, es decir, no podemos emplearlos de manera dogmática o absoluta ya que las particularidades de los casos siempre pueden influenciar en los alcances de su aplicación e inclusive podemos percatarnos que determinados “principios” en realidad no lo son. Segundo, es necesario reconocer que los factores externos e internos de los operadores que interpretan las normas inciden poderosamente en el resultado a obtener, pues aun cuando se logren identificar principios que en igualdad de circunstancias nos parezcan válidos, de acuerdo a directrices políticas o formación académica y convicciones de los operadores, las determinaciones pueden ser diferentes, por lo que se requeriría una reflexión posterior para elegir la opción que resulte ser la más razonable.



Si bien en la teoría contemporánea de los Estados Constitucionales de Derecho se acepta que son los textos constitucionales los cuales vienen a contener pactos para la organización de las instituciones y la administración del poder, así como la protección a determinados derechos fundamentales, estas percepciones aun cuando representan límites de carácter jurídico, resulta innegable que cuentan con un fundamento de carácter moral. Sin embargo, dentro de esa moralidad imperante, las Constituciones tienen el deber de proteger el pluralismo de sus sociedades; es decir, representan un esfuerzo de promover un mínimo de bienestar para sus habitantes sin importar la diversidad de los sistemas morales existentes. Por tanto, de acuerdo con las nociones descritas en el primer capítulo, es posible afirmar que las Constituciones aspiran a contener una perspectiva ética sobre lo que es deseable para cada hombre, a través de ciertos principios que le permitan desarrollar planes de vida diferentes en pleno ejercicio de su libertad sin intromisiones desproporcionales, dejando fuera una serie de posiciones morales que no tendrían cabida bajo esa postura ética. De esta manera podemos identificar los principios de carácter constitucional, positivizados.

Pero aun cuando encontremos principios constitucionales (libertad, tutela judicial efectiva, derechos políticos, etc.) igualmente pueden identificarse principios que no se encuentran contenidos expresamente en la Constitución. En opinión de Juan Antonio García Amado<sup>69</sup> “...*algunos de esos problemas no los ha querido el constituyente dejar zanjados a fin de que la Constitución pudiera tener el apoyo común de ciudadanos con ideas morales bien diversas...*”, de modo que en tales casos corresponde a un juez quien en un contexto concreto determina qué principio aplicar o cuál deberá prevalecer, en el caso de que las normas jurídicas resulten insuficientes para tal efecto. Vistos de este modo, parecería que valdría la pena considerar un sistema basado en principios que relegue en segundo término las

---

<sup>69</sup> Para la exposición de otras reflexiones relacionadas con el tema, puede consultarse el diálogo entre este autor y Manuel Atienza, publicado en *Diálogos Jurídicos 2016*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, número 1, Navarra, Aranzadi, 2016, pp. 252 a 255.

normas jurídicas. Sin embargo, como los principios tienen un carácter abierto, es necesario contar con normas (reglas) con mayor precisión que constituyan un basamento del sistema legal, a fin de que los ciudadanos cuenten con ese mínimo de seguridad y certeza respecto de su propia actuación y la de las autoridades<sup>70</sup>.

Con base en lo anterior, si tomamos como referencia particular para nuestros ejercicios interpretativos los principios del sistema normativo, atendiendo a la naturaleza de cada elemento así como a su finalidad, a fin de adentrarnos para procurar comprender las razones de los textos legales, será más sencillo identificar la dirección más adecuada para cumplir esas finalidades, o bien, percibir en qué casos el texto se aleja de tales objetivos. En este sentido, como refiere el autor Wróblewski, (2008, p. 215) la interpretación, inmersa en una determinada ideología, *“incita al intérprete a realizar los valores, en los que formula, entre otras cosas, las directivas interpretativas concebidas como instrumentos llamados a dirigirla”*. De acuerdo con el mismo autor, podemos agrupar en dos extremos los valores que inspiran la interpretación: “estáticos” y “dinámicos”.

Ante esta división el lector podrá identificar nuevamente que, al igual que en el tema de la virtud, ante toda dicotomía siempre es conveniente preguntarse si una postura central, equilibrada, no resulta una mejor solución (recordando la contraposición entre deontologismo y utilitarismo), pues aunque resulte natural que en una primer lectura mostremos mayor empatía hacia alguna de las dos posturas, siempre será posible echar mano de algún ejemplo que evidencie la problemática que genere una aplicación rigorista de una idea en particular, sin examinar su contexto:

---

<sup>70</sup>En realidad, principios y reglas (haciendo alusión a los textos legales) se complementan y son necesarios para el sistema legal. Mientras que el principio tiene una amplitud que permite una mejor adecuación a diferentes contextos, así como delimitación a sus alcances, la regla es precisa, de corto alcance, pero al ser concreta permite reducir una vaguedad relevante. Por ello, como señaló acertadamente el jurista inglés H.L.A. Hart en su *Postscriptum*: *“Por esta razón, tenemos reglas contra el homicidio y el hurto y no meramente principios que exijan el respeto por la vida humana y la propiedad”*.

Valores **estáticos**  
(relacionados con ideas conservadoras)

Actividad legislativa exclusiva  
Certeza en la actividad legislativa y judicial  
Promoción de la seguridad jurídica

Valores **dinámicos**  
(relacionados con ideas liberales)

Actividad judicial preponderante  
Satisfacción de las necesidades de la vida  
Mayor apertura a la ductilidad de principios

Los valores enlistados en la práctica se erigen como criterios epistemológicos que orientan la interpretación de la normatividad en los ámbitos normativos y judiciales, sin que sea posible *prima facie* determinar qué grupo resultaría más conveniente aplicar, pues la elección última, a su vez, se ve influenciada por objetivos que se desean en alcanzar, tanto en un carácter general y abstracto (en el ámbito normativo), como en un caso concreto (ámbito judicial), aspirando en ambos casos buscar adecuaciones consensadas de los deseos y necesidades sociales.

Respecto a estos deseos y aspiraciones sociales, la decisión interpretativa aún fuera del contexto judicial o normativo se encuentra revestida de una relevancia singular, si se le ubica en el ámbito de autoridades o de particulares que prestan servicios de orden público e interés social, pues aún sin contar con un respaldo coercitivo derivado del *imperium* estatal, sí es posible identificar casos en los que pueden efectuar interpretaciones que sean afines e impulsen la materialización de necesidades sociales, aun cuando éstas no correspondan, en un sentido estricto, a derechos subjetivos elevados a la categoría de derechos humanos.

Para ejemplificar lo anterior, imaginemos en una solicitud efectuada en el contexto del sistema pensionario mexicano, en el que las Administradoras de Fondos para el Retiro (Afores), exigen a los beneficiarios de un trabajador fallecido

su acta de defunción para iniciar los trámites correspondientes a la disposición de recursos contenidos en su cuenta individual. Expuesto este panorama, parece claro que el requisito de presentar un acta de defunción –previsto en la normatividad respectiva– obedece a que partir de esa documental pública pueda tenerse por acreditado fehacientemente el fallecimiento de una persona, de modo que la disposición de recursos solicitada pueda tener lugar.

Bajo estas premisas, ¿debe la Afore validar de manera análoga una declaración judicial de presunción de muerte, misma que fue promovida con razón de que el trabajador fue víctima del delito de secuestro? Tenemos la convicción de que si el lector conoce la *esencia* de la declaración de presunción de muerte, habrá contestado de manera afirmativa sin dudar. En caso de que se desconozca, debe explicarse que dicha declaración constituye el reconocimiento de una ficción jurídica a través de la cual se busca brindar certeza respecto de la presunta muerte de una persona a falta de su localización en un tiempo razonable, derivado de su desaparición con motivo de un desastre natural, el ejercicio de la procuración de justicia o la comisión de un delito, misma que es tramitada ante un juez el cual podrá allegarse prudentemente de otros elementos que considere pertinentes para consolidar su convicción y determinarla.

Con esta información, se busca evidenciar que la declaración judicial de presunción de muerte, a pesar de no encontrarse prevista expresamente en normatividad –razón por la cual una Afore se negó a brindar el servicio a los beneficiarios del presunto fallecido– posee la misma naturaleza que un acta de defunción para efectos de ejercer los derechos correspondientes en materia pensionaria, máxime si se considera que al ser emitida por un decisor judicial, cuenta con la categoría de documental pública y con un valor probatorio pleno. Debido a lo anterior, puede afirmarse que la decisión interpretativa en el ejemplo expuesto, consistente en negar el servicio a los beneficiarios del presunto fallecido, al no encontrarse prevista expresamente en la normatividad el supuesto de la

declaración judicial de presunción de muerte, resulta poco razonable, y a la postre resultará injusta, pues aunque pueda argumentarse que la Afore se ajustó a lo establecido en la normatividad, como reflejo del esquema de legalidad, con dicho actuar lesionó uno de los principios rectores en materia de los sistemas de ahorro para el retiro en México: atender exclusivamente al interés de los trabajadores<sup>71</sup>.

Como conclusión del presente apartado, tenemos que el primer acercamiento al texto de la ley, sea cual sea nuestro rol en la sociedad es el interpretativo. Aun cuando es conveniente procurar comprender las razones por las cuales se emitió determinada normatividad, de acuerdo a las justificaciones que para tal efecto brinden los órganos emisores, parece que el auténtico parámetro de validez reside en el carácter práctico derivado del análisis que se efectúe tomando como punto de partida la esencia de las instituciones jurídicas, así como de los principios, pues a través de ellos se contará con mejores elementos para arribar a un entendimiento más profundo y exacto, dejando de lado la responsabilidad –a veces subrayada– que se pone en los hombros del legislador para así fortalecer la justificación de las decisiones con base en criterios de razonabilidad en los que la Virtud puede tener un papel central.

### **2.1.2 Decisión Normativa**

Antes de iniciar el estudio de las decisiones normativas, se hace una aclaración: por “normativo” se comprende aquí toda clase de legislación, sin importar las características del órgano que la emite, por lo que estas reflexiones buscan ser igualmente aplicables para la ley formalmente expedida por poderes legislativos, reglamentos emitidos por el ejecutivo y lineamientos o acuerdos emitidos por el poder judicial. Como se ve, en el ámbito estatal, aun cuando el ejercicio del poder

---

<sup>71</sup> *Vid.* Art. 18 párrafo segundo de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro. Por supuesto, con este principio no se pretende que en toda controversia deba concederse la razón a los trabajadores, sino que busca de algún modo hacer más visible la función de interés social que efectúan las Afores, así como su impacto en el bienestar y materialización de la seguridad social de los trabajadores.

se encuentra claramente dividido, en el ámbito práctico es posible encontrar ejemplos de funciones que formalmente corresponderían a una faceta del poder público distinta del órgano que materialmente lo emite.

Lo anterior no soslaya el hecho de que los órganos legislativos, al integrarse en las sociedades democráticas a través de una vinculación popular para buscar maximizar su legitimación y concretar así uno de los elementos de esa forma de gobierno, en el que la ley no constituya un acto arbitrario del Estado, sino que su autor y su destinatario sean la misma entidad (el pueblo), en términos prácticos el resto de las manifestaciones de la decisión normativa, como las enunciadas, poseen características sustancialmente idénticas, pues puede sostenerse que todas tienen como finalidad solucionar una problemática con relevancia jurídica, transitando de un estado fáctico a un estado ideal (ser → deber ser), en que se delimite la actuación de las personas con un soporte coercitivo.

Acotado lo anterior, nuestro punto de partida es considerar como norma jurídica el mandato que se deriva de una autoridad competente para expedirlo, con un carácter general, abstracto y coercible. Hasta aquí, la definición resulta satisfactoria para efectos académicos y para un positivista, pero para pensamientos de carácter naturalista podrían haber inconformidades. Por ejemplo, la descripción que se atribuye a Marco Tulio Cicerón<sup>72</sup> sobre la ley es la siguiente:

*“No es bastante que la ley sea meticulosa; debe ser justa. Y tampoco basta con que la ley sea meticulosa y justa; debe ser comprensiva. Y no es suficiente con que una ley sea meticulosa, justa y comprensiva; debe ser igualmente compasiva. Y tampoco cumple todos los requisitos siendo*

---

<sup>72</sup> Esta cita proviene de la obra “La Columna de Hierro” (CALDWELL, Taylor, 33a. ed., trad. de Enrique Obregón, México, Grijalbo, 2004, p. 300). Si bien no se puede establecer que efectivamente Cicerón haya pronunciado tales palabras, dado su sentido bien puede atribuirse al ideario profundamente iusnaturalista de ese pensador romano, o bien, derivarse del mismo sin mucha dificultad.

*meticulosa, justa, comprensiva y compasiva; debe tener sus raíces en la verdad”.*

Meticulosidad, justicia, comprensión, compasión y verdad son requisitos que escapan a nuestra definición propuesta. Pero los ideales de Cicerón no están perdidos. La reflexión es tan bella que vale la pena incurrir en un ligero desorden metodológico: los deseos de Cicerón describen con exactitud los elementos que integran una decisión judicial ideal; tal vez la ley no sea el elemento idóneo para lograr esos fines, pero vale la pena analizar qué tanto puede acercarse el decisor normativo para facilitar su función al juez, y sobre todo, incentivar su cumplimiento y promover una cultura de legalidad entre la sociedad.

Sin embargo, resulta evidente que la decisión normativa es incapaz de alcanzar esos grados de meticulosidad, justicia, comprensión, compasión y verdad a los que válidamente Cicerón, y cualquier otro naturalista aspira, dado que sus propias características limitan esta posibilidad. De principio, un enunciado general se contrapone, en esencia, a la particularidad, ya que su naturaleza y redacción van encaminadas hacia un sentido abstracto para ser aplicado hacia un número indeterminado y considerable de destinatarios, dejando de lado aspectos particularistas en tanto los mismos no formen parte del mismo enunciado normativo<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Por ejemplo, la tesis CXX/2001 de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, con rubro “LEYES. CONTIENEN HIPÓTESIS COMUNES, NO EXTRAORDINARIAS” prevé: “...*Empero, el trabajo legislativo, por más exhaustivo y profesional que sea, no necesariamente puede contemplar todas las particularidades ni alcanza a prever todas las modalidades que pueden asumir las situaciones reguladas por los ordenamientos, mediante disposiciones más o menos específicas o identificables y localizables, sino que se ocupan de las cuestiones ordinarias que normalmente suelen ocurrir, así como de todas las que alcanzan a prever como posibles o factibles dentro del ámbito en que se expiden y bajo la premisa de que las leyes están destinadas para su cumplimiento, sobre todo en lo que toca a axiomas que integran las partes fundamentales del sistema...*”; reflexión que reconoce las limitaciones de las leyes y, de algún modo, exhorta al juzgador a encontrar una solución razonable en casos “extraordinarios” bajo los axiomas fundamentales del sistema, lo cual bien puede traducirse en principios.

Derivado de lo anterior, aun cuando en el pensamiento del decisor normativo permea la necesidad de que el sentido de la norma prescribe un modelo de comportamiento socialmente valioso con la finalidad de dar solución a una problemática objetiva, el intérprete, aunque fuese contemporáneo tanto del legislador como de la problemática relativa debe ser influenciado con mayor determinismo con las valoraciones que perciba en el contexto de aplicación de esa norma; de ahí que puede redimensionar el objetivo de la normatividad y encontrar interpretaciones que, aun siendo razonables, se distancien de los textos plasmados por el decisor normativo.

En este sentido, es posible establecer determinadas pautas que justifican la creación de normatividad, con el objeto de impedir que la producción legislativa se desarrolle de manera indiscriminada o carezca de parámetros mínimos de razonabilidad, de modo que los particulares tengan que enfrentar, progresivamente, un mayor número de cargas u obligaciones, o bien, se dificulte el cumplimiento de las vigentes. Los criterios que podemos identificar son los siguientes<sup>74</sup>:

1. **Finalidad.** Toda decisión normativa tiene como punto de partida una problemática o un fenómeno social que requiere regulación legal. En el primer caso, porque se descubre o se reconoce un hecho como nocivo para la convivencia armónica entre los integrantes de la sociedad, o al menos para un sector de ella, por lo que es necesaria la intervención estatal para establecer medidas que generen acciones concretas para su solución. Respecto al otro supuesto, generalmente derivado de los avances de la ciencia y sus descubrimientos, se van sumando al acervo cotidiano fenómenos y relaciones que requieren ser dotados de lineamientos para su

---

<sup>74</sup> Estos elementos se derivan de nuestra experiencia práctica con la elaboración de Análisis de Impacto Regulatorio, mismas que constituyen formularios de la Comisión Nacional de Mejora Regulatoria (CONAMER) para determinar la viabilidad de la normatividad propuesta, así como promover la simplificación administrativa, de acuerdo con la Ley General de Mejora Regulatoria vigente. La elaboración de tales formularios resulta indispensable para contar con el dictamen de dicha Comisión, mismo que autoriza la publicación en el Diario Oficial de la Federación del elemento normativo de que se trate.



operación a fin de brindar certeza a sus participantes, lo cual también permite incentivar nuevos desarrollos y adelantos. En ambos casos, el decisor normativo debe tomar en consideración valoraciones axiológicas, es decir, de fines u objetivos, que sean armónicas con las existentes para que la adición o modificación pueda integrarse y mantener la unidad en el sistema normativo de que se trate.

A fin de contar con ejes que permitan identificar con mayor precisión los alcances descritos, de acuerdo con la autora Cecilia Mora-Donatto (2012, pp. 30-33), podemos establecer los aspectos siguientes:

- a. *Objeto de la norma legal.* Hace referencia al ámbito que se pretende regular: qué hecho o fenómeno requiere regulación;
  - b. *Objetivo de la norma legal.* Hace referencia a los efectos deseados por el legislador: para qué se requiere la regulación;
  - c. *Motivos de la norma.* Causas que han llevado al legislador a dictar una ley: se explican las razones por las cuales es necesaria la regulación, y
  - d. *Razones de la norma.* Valores que se tratan de proteger: con qué elementos existentes del sistema normativo se relaciona la regulación que se proyecta y cómo a través de su emisión se busca su protección o mejorarla.
2. **Proporcionalidad.** Una vez identificado el problema, es necesario establecer los medios más adecuados para lograr los fines propuestos. Un ejemplo claro es la distinción entre la emisión de una ley y unas disposiciones administrativas de carácter general. Conforme a una idea de jerarquía normativa de los elementos que constituyen un sistema jurídico, a una ley

corresponde un grado superior; de ahí que para su creación se haya instaurado un procedimiento en el que intervienen los órganos legislativos (como reflejo de la representación popular) en el orden competencial de que se trate. En contraste las disposiciones tienen un rango inferior, ya que tienen un objeto explicativo acotado a lo previsto por el legislador, de forma análoga a la facultad reglamentaria del ejecutivo. Por ello, no se buscaría la emisión o reforma de una ley para realizar ajustes a las disposiciones de carácter general emitidas por una entidad reguladora.

De forma similar podemos analizar las reformas constitucionales en los últimos años. Si bien mediáticamente algunas son calificadas como estructurales dada su relevancia en sectores sociales específicos, lo cierto es que muchas de ellas no ameritaban una modificación a la norma suprema, pues se ha tendido a la creencia que por encontrarse prevista en rango constitucional una determinada reforma, puede potencializarse su cumplimiento, y evitar su impugnación. Sin embargo, esta práctica a la larga es contraproducente, dado que altera la esencia del texto constitucional, como pacto político sustancial del Estado bajo un esquema principalista y no reglamentario, poniendo en riesgo las manifestaciones del constitucionalismo progresista, más cercano a principios que a reglas<sup>75</sup>.

3. **Razonabilidad.** Por último, una vez que se han determinado las finalidades del proyecto normativo, así como su proporcionalidad en términos del sistema

---

<sup>75</sup> Resulta ilustrativo el estudio académico “*Constitución reordenada y consolidada*” del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, el cual desarrolla esta preocupación. El comentario preliminar a modo de presentación del investigador Pedro Salazar Ugarte es contundente: “**Permítame presentarle este estudio académico con un dato: en 1917 el artículo 41 de la Constitución tenía 63 palabras; hoy tiene más de cuatro mil.** Esa tendencia al gigantismo aqueja a muchas otras disposiciones y ha provocado que la Constitución mexicana sea la segunda con más palabras a nivel mundial (solo es más extensa la Constitución de la India). Este dato nos habla de una tendencia que se fue saliendo de control y que ha convertido a la reforma constitucional en una práctica -casi- cotidiana. Esta práctica ha permitido modernizar las normas y las instituciones, canalizando a través del derecho los procesos de cambio político, pero nos ha salido muy cara en términos de técnica y estabilidad normativas.” (El énfasis es propio). Visible en <http://www2.juridicas.unam.mx/constitucion-reordenada-consolidada/presentacion>

jerárquico jurídico, es necesario emprender el análisis empírico para establecer los medios potenciales más adecuados para facilitar el cumplimiento del elemento normativo que se proponga. Y, así, podría verificarse con mayor facilidad la incidencia de un factor de virtud, que pudiera tomar en consideración un grado de cercanía con el destinatario de la normatividad y la manera en que ésta debe auxiliarle o facilitarle alguna actividad, y en caso de imponer una carga, justificarla plenamente para que su legitimación promueva su cumplimiento.

De este modo, el decisor normativo debe procurar que los beneficios que conlleve la regulación sean superiores a sus costos de implementación, aprovechando las tecnologías de la información disponibles, así como la existencia de otros elementos normativos vigentes que permitan emplear recursos o infraestructura en operación.

Los factores descritos cobran mayor importancia si se toma en cuenta que en los Estados democráticos, o que al menos aspiren a serlo, corresponde a los órganos legislativos introducir, de manera primaria, cambios en el ideario jurídico, ya sea para atender a una necesidad social o, por el contrario, encauzando determinadas conductas hacia el bien común. En contraste, la actividad judicial, como más adelante se detalla, tiene la posibilidad de establecer ciertas modificaciones con limitantes, si bien se reconoce que en la actualidad tales fronteras comienzan a diluirse, posicionando a los jueces como promotores mucho más activos de tales cambios socio-jurídicos.

Asimismo, otro factor que debe distinguir al decisor normativo es la *gobernanza*<sup>76</sup> de sus acciones; con este concepto se busca generar una mayor

---

<sup>76</sup> Se realiza esta aclaración dado que el término también es aceptado como sinónimo de “buen gobierno” en un esquema neoliberal. En el matiz con el que se cita en este caso, se pretende hacer énfasis en el carácter colaboracionista en el que los integrantes de una sociedad, sobre todo aquellos con un peso económico relevante como lo es el sector empresarial, tiene la capacidad de proponer soluciones y realizar observaciones

coordinación e influencia de los actores no gubernamentales en el proceso de elaboración e implementación de políticas públicas, y en lo que al caso atañe, de normatividad; es decir, la gobernanza implica *escuchar* demandas particulares para enriquecer los textos normativos y promover su cumplimiento con miras a fomentar una mejor relación entre costos y beneficios, destacando así un contenido económico encaminado a satisfacer necesidades colectivas<sup>77</sup>. Con este nuevo paradigma, se busca transitar de un esquema tradicional de ordinación estatal a través de mandatos y medios coercitivos, hacia uno deliberativo con persuasión y cooperación entre los involucrados para la modificación y adopción de modelos conductuales y estructurales.

Esta nueva posibilidad del decisor normativo para actuar conjuntamente con los gobernados o los sujetos a los que se encuentre dirigida su decisión a fin de intercambiar puntos de vista y hacer notar escenarios previstos por el legislador que no encuentran eco en la experiencia práctica, resulta útil para contribuir a su legitimación, eficiencia y espontáneo cumplimiento. Con estos ingredientes, tampoco podría ser arriesgado afirmar que podría promover el desarrollo entre los integrantes de la sociedad, comprendido en este contexto como un proceso de expansión de las capacidades de las cuales disfrutaban los individuos<sup>78</sup>; por nuestra parte, podríamos complementar esta idea al referir que esta expansión implica incrementar las posibilidades reales de materializar un plan de vida en un contexto generalizado de bienestar. Respecto a esta posibilidad de los decisores normativos, la autora estadounidense Martha Nussbaum reflexiona (1997, p. 74):

---

que incrementan tanto la viabilidad de la normatividad como su legitimación y cumplimiento espontáneo. Al respecto, pueden consultarse: MAYORGA, Fernando y CÓRDOVA, Eduardo, *Gobernabilidad y gobernanza en América Latina*, consultado el 14 de noviembre de 2017 de <http://www.institut-gouvernance.org/docs/ficha-gobernabilidad.pdf> y SERNA, José María, *Globalización, gobernanza y Estado: El caso de la guardería ABC*, consultado el 14 de noviembre de 2017 de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/20.pdf>

<sup>77</sup> Al respecto puede destacarse que una vez enviado el formulario de Manifestación de Impacto Regulatorio, la Comisión Federal de Mejora Regulatoria hace público el mismo en su portal de internet, por lo que cualquier interesado puede efectuar comentarios en torno a la propuesta normativa, teniendo cada dependencia la obligación de considerar y dar respuesta a las inquietudes que se presenten.

<sup>78</sup> SEN, Amartya (2000, p. 15).

*“El gobierno no puede investigar la biografía de cada ciudadano como lo hace la novela con sus personajes, pero puede saber que cada ciudadano tiene una biografía compleja, y puede tener en cuenta que en principio la norma sería reconocer la individualidad, la libertad y la diferencia cualitativa de cada uno”.*

Por tanto, el decisor normativo debe procurar que su creación siempre contenga determinadas pautas interpretativas, alineadas con las finalidades que él mismo se haya establecido, con el objetivo de auxiliar al destinatario en un equilibrio en el que puedan derivarse soluciones a las interrogantes en caso de posibles contradicciones o lagunas, lo cual represente un grado significativo de certeza. Para ello, aun cuando es deseable que el decisor normativo se acerque al ideal del legislador racional, no pueden soslayarse las limitaciones inmanentes a los elementos normativos, por lo que corresponderá al decisor interpretativo en el contexto de la aplicación de la norma (no sólo en el ámbito judicial, también para el ejercicio del poder ejecutivo) procurar concretar en mayor medida las finalidades previstas para cada enunciado normativo, llegando inclusive a identificar si dicha aplicación se encuentra en franca oposición a tales objetivos.

### **2.1.3 Decisión Judicial**

Una vez que hemos analizado la decisión interpretativa, misma que converge en cualquier ámbito del quehacer jurídico, así como la normativa bajo la cual nos encontramos regidos de acuerdo a finalidades que procuran superar una valoración de razonabilidad y racionalidad, arribamos a la decisión judicial a través de la cual se cuenta con la invaluable oportunidad de concretar el valor de la justicia, ya sea con la aplicación o inaplicación de normas y principios. Hasta aquí el discurso puede parecer llano e incluso evidente, pero pronto podemos pasar a formular las preguntas que persisten en el pensamiento de los doctrinarios contemporáneos: ¿cómo puede el juzgador identificar que un caso aparentemente fácil es, en realidad,

difícil? ¿Qué es la justicia? ¿El juez es creador de Derecho? Si es así, ¿invade competencias del poder legislativo? Y sobre todo, ¿qué rol entonces asume el juzgador en nuestras sociedades actuales? Como podrá percibirse, estamos convencidos que el papel del juzgador es fundamental en el progreso de la sociedad. Es, dentro del ámbito jurídico, la mejor oportunidad de materializar el ideal heroico de la virtud, como oyente, conciliador y defensor del otro; es la justicia viviente en el ideario de Aristóteles y conviene que conservemos esta idea en mente, ya que en muchas de las ocasiones un juez se erige como la última esperanza del gobernado frente a una mala decisión administrativa originada por una irracional decisión legislativa, como el último bastión del Estado de Derecho auténtico. Por ello se analizará en qué contexto se desenvuelve su decisión, y si esa idea de justicia en realidad puede alcanzarse o se limitará a continuar siendo parte de las denominaciones –a veces– decorativas de los órganos concernientes al poder judicial.

La preocupación anterior también reside en el incremento acelerado en la diversidad de asuntos y materias que conoce el poder judicial; casos que antes no eran sometidos a su jurisdicción, hoy son cuestionados y el contenido ético de los mismos es relevante. Temas que probablemente ya habían sido objeto de análisis por parte de tribunales pero que hoy resultan más accesibles al escrutinio público como lo es migración, aborto y matrimonio igualitario son examinados por el poder judicial, por lo que también se requiere contar con jueces conscientes y valerosos de su función en la construcción de sociedades más justas en la que se garantice un estándar mínimo de dignidad, libertad y bienestar para todas las personas.

Hecha la introducción anterior, aun cuando pueda generar o no diversos grados de consenso en el lector, es innegable que el poder judicial en la actualidad, derivado de la evolución política y social de los Estados contemporáneos se ha convertido en un actor mucho más visible y cuestionado en función de sus resoluciones, las cuales pueden analizarse desde diferentes ópticas, pudiendo

destacar de ellas elementos de razonabilidad y ciertas características, o bien, en contraste, para subrayar errores judiciales que, difícilmente pueden sostenerse ante un examen moral crítico, y que aún bajo el escrutinio técnico tampoco soportan una crítica. Por ello, si bien se ha realizado la revisión de algunas sentencias, conviene ahora, conforme a una perspectiva más técnica conocer cómo resuelven los jueces, dejando de lado, por un momento, la perspectiva aretáica propuesta.

De acuerdo con el autor Jerzy Wróblewski (*Vid.* 2008, pp. 28 y ss.) una toma de decisión judicial contiene los elementos siguientes, opinión que describe con amplitud los pasos que conlleva una resolución judicial:

- a) Decisión de validez;
- b) Decisión de interpretación;
- c) Decisión de evidencia;
- d) Decisión silogística<sup>79</sup>, y
- e) Decisión jurídica final.

Con relación a la decisión de validez, se establecen criterios para analizar la viabilidad de la aplicación de una norma jurídica. Esto es, se examina si la norma que se considera útil para resolver un caso es idónea de acuerdo a factores externos (ya que internamente se considera que al adecuarse al caso, es aplicable).

Para tales efectos, de acuerdo con Wróblewski, se considera un primer criterio de validez-sistémica, tomando como referencia al sistema al que pertenezca, su promulgación, ausencia de derogación, consistencia e inferencia con otras normas válidas. Es decir, este primer criterio tiene un carácter eminentemente positivista, limitándose a verificar los aspectos formales por los cuales la normatividad es vigente. Esta revisión podría parecer innecesaria u obvia, pero en ocasiones los

---

<sup>79</sup> El autor no hace referencia expresa a este término. Aquí se infiere de su descripción: “*subsunción’ de los hechos del caso bajo la norma jurídica aplicada*” (p.28)

efectos de leyes anteriores y vigentes continúan entrelazándose en el tiempo, lo cual dificulta su aplicación tanto para los decisores netamente interpretativos (entiéndase aquí destinatarios y abogados) como para los decisores judiciales, dificultando su labor.

El segundo criterio (interpretación) que describe el mismo autor es el de validez-factual, el cual toma como referencia los criterios empíricos de eficacia sobre las normas (si son observadas o no), dado que las normas pierden su validez por desuso si no se utilizan en situaciones reguladas por ellas. Sin embargo, esta postura puede ser cuestionable bajo la idea de que el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento, además de que la falta de su aplicación *per se* no conlleva su expulsión del sistema legal. En este sentido podríamos responsabilizar al juez de conocer el derecho, y de identificar qué norma resulta aplicable al caso sin importar que no sea conocida por los destinatarios o el ámbito de su aplicación, en tanto reflexione si su falta de observancia se deriva de una ignorancia auténtica o por valoraciones meta-legales; idea que se relaciona con el siguiente criterio.

Finalmente, el tercer criterio de validez-axiológica, toma como referencia la consistencia de las normas respecto a normas extra-jurídicas, de carácter moral. Como el lector adivinará, este criterio en nuestra opinión resulta el más relevante y el que requiere de mayor reflexión por parte del juez, ya que como se intenta explicar más adelante, no resulta fácil identificar los casos en que las normas jurídicas son incompatibles con su teleología –analizada desde un ideal ético–, aunque se insiste que en la medida en que se incremente la facultad de percepción de rasgos casuísticos, se podrá dirigir con mayor facilidad la resolución hacia un resultado que brinde protección y promueva la dignidad y la libertad humanas, acercándose así a una decisión justa.



Una vez que se ha elegido la norma que habrá de fundar la resolución, o inclusive el principio jurídico<sup>80</sup>, con base en la decisión de interpretación se establece el sentido con el que habremos de dotar a la norma de manera suficientemente precisa, justificada de acuerdo con las directivas interpretativas que guían su sentido. Con esto, de acuerdo a principios estáticos o dinámicos conforme a lo descrito en líneas anteriores, el decisor judicial produce un significado concreto de la norma para su aplicación en un caso dado; características sobre las cuales ya no es necesario detenerse detenidamente de nuevo en este punto.

Después, la tercera decisión (evidencia) nos hace recordar la otra materia prima de la que se valen los decisores judiciales para emitir sus resoluciones: los expedientes, lo cual nos hace reflexionar en torno al tema de la prueba, la verdad legal y la experiencia propia del juez, temas que abordaremos en secciones posteriores. Sin embargo, desde estas líneas se reconoce la grave dificultad a la que se enfrenta el juzgador en torno al tema de la prueba. Aun cuando las diligencias para mejor proveer permiten a los jueces ordenar la práctica de actuaciones para allegarse de elementos que las partes no aportaron, o bien, resulta prudente conocer con independencia de la omisión de su llamado por las partes, es válido cuestionar si en el foro esta facultad –rara vez utilizada, por desgracia– no podría trastocar la imparcialidad del juez, o bien, fungir como un instrumento al servicio de la verdad y con ello, de la justicia.

En la cuarta decisión (silogística), de acuerdo con las ideas de Wróblewski, con base en la norma elegida, misma que constituye una premisa mayor, así como en los hechos probados derivados de la evidencia que ha sido considerada suficiente y legal que conforma la premisa menor, se logra establecer un razonamiento de lógica formal con precedente y consecuencia. Sin embargo, como ya hemos criticado con anterioridad, reducir a una simpleza mecanicista la

---

<sup>80</sup> Wróblewski no hace referencia expresa a principios, pero nos parece que el tercer criterio enunciado por él podría incluirlos.

aplicación del Derecho trae aparejados diversos problemas, entre los que hemos destacado la deshumanización del propio Derecho y la negación de la pluralidad y complejidad de las sociedades modernas. Por tanto, se incluye aquí tan sólo para ilustrar de manera completa el pensamiento del autor empleado como referencia, sin compartir este punto de vista.

Finalmente, en la decisión jurídica final se toman en consideración las consecuencias de la aplicación de la norma elegida, ya que en ocasiones las normas pueden dejar un margen de maniobra. Un ejemplo claro de esta determinación lo constituye la imposición de sanciones: el decisor, una vez acreditado el hecho punible, de acuerdo con las características del caso, cuenta con un rango que pretende tasar el monto de la pena, lo cual si bien encuentra justificación, corresponde al prudente arbitrio del decisor elegir dentro del rango mínimo y máximo que establezca la normatividad. En este caso, al igual que en la decisión interpretativa, es conveniente permitir la intromisión de valoraciones morales que auxilien al decisor en la imposición de la sanción. Así, una afinidad de experiencia podría respaldar esta reflexión, pues no merecería el mismo trato punitivo un infractor por primera vez, que un reincidente múltiple.

No obstante el esquema descrito, Wróblewski (2008, p.67) reconoce que las decisiones judiciales no están completamente determinadas por las normas jurídicas, de forma que los jueces gozan siempre de cierta libertad de elección, sobre todo cuando los elementos normativos utilizan términos valorativos y cláusulas generales. Esta afirmación es llamativa si consideramos que de la lectura de su obra se advierte una cercanía o simpatía hacia un pensamiento post-positivista, escuela que aun cuando ha pretendido ser más incluyente en sus nociones respecto al Derecho, aún continúa observando con desconfianza a las valoraciones de carácter moral.

Este debate continúa siendo fecundo para reflexiones filosóficas respecto a la naturaleza de la decisión judicial, pero parece que comienza a tornarse evidente que las valoraciones morales no pueden erradicarse por completo del ideario del juzgador, ya que como se dijo en las primeras líneas de esta investigación, el decisor no deja de ser una *persona* que como cualquier otra ejerce su libertad, incluida la forma en que habrá de juzgar a su semejante, por lo que es necesario revisar la forma y los medios con que se vale para tan elevada encomienda. Considerar lo contrario, implicaría asumir que toda decisión está determinada por la letra de ley, lo cual pasaría por alto sus defectos naturales. Sí, el juez como persona también está sujeta al yerro, es innegable. Pero siempre contará con un mejor rango de posibilidad de encontrar la solución, de *querer* encontrarla a la opción que nos niega automáticamente esa posibilidad, por mínima que nos parezca.

Para continuar desarrollando estas ideas, sostener mejor esa postura, e incluir la propia relativa a la Jurisprudencia de la Virtud, aunado a los principios que permean en la decisión interpretativa, es posible encontrar de manera análoga ideologías en la aplicación del derecho. Una ideología identifica los postulados y valoraciones que determinan cómo tomar decisiones. En opinión de Wróblewski (2008, p. 73), las ideologías establecen las directivas de la interpretación, directivas de la prueba, y las directivas de elección de consecuencias, junto a un sistema de valores a los que esas directivas se refieren. Tales ideologías son:

a) *Ideología de la decisión vinculada.*

Tiene un carácter positivista: considera que la separación de poderes es el instrumento que garantiza la libertad de los ciudadanos, cuya voluntad es expresada por el poder legislativo como fiel representante de la opinión política de la sociedad. Por ello, ante esa decisión normativa, los tribunales deben limitarse a verificar en qué casos las leyes han sido violadas y pronunciar las consecuencias derivadas de

las propias leyes. El poder de los tribunales es “*de alguna manera nulo*”<sup>81</sup> pues sólo pueden aplicar las leyes, pero no crear normas jurídicas. Un juez que tuviera la capacidad de crear leyes puede convertirse en tirano. El único creador de normas es el poder legislativo como representante del pueblo.

Por lo anterior, el fin de la actividad judicial es claro, y consiste en la aplicación correcta de las leyes para garantizar la libertad como valor político. Los valores jurídicos que guían la decisión judicial son: certeza jurídica, seguridad jurídica y estabilidad de las decisiones. Los problemas complicados deben ser resueltos por medio de la voluntad del legislador que es concebida –al menos teóricamente– como un hecho psicológico e histórico<sup>82</sup>.

#### *b) Ideología de la libre decisión judicial*

Como el anverso de la misma moneda o dualidad judicial, esta ideología tiene una esencia anti-formalista: no busca ninguna justificación política y está fundada en el plano de los análisis y valoraciones jurídicas. Las normas de la ley no determinan las decisiones, sino que sólo proporcionan los planes, los proyectos, las direcciones de las decisiones. Definen los límites entre los que el juez debe elegir, por lo que su intervención es, necesariamente, creativa.

La ideología de la libre decisión quiere develar la realidad. Reconoce ampliamente la función del juez como creador del Derecho, la cual es valorada en términos positivos como un medio de adaptación a las necesidades de la vida. Esta adaptación a cargo del juez es elástica, rápida, y puede ser adecuada a todos los rasgos particulares de una situación concreta. El juez valora un caso concreto y no, como hace el legislador, situaciones abstractas.

---

<sup>81</sup> El autor Wróblewski (2008, p.75) cita esta frase directamente de Montesquieu. Este pensamiento nos recuerda al aforismo atribuido al mismo ilustrado francés “*El juez es la boca de la ley*”.

<sup>82</sup> Algunas referencias de métodos interpretativos que hacen referencia clara a esta ideología es el método exegético y el originalismo.

Sin embargo, en el radicalismo de esta ideología se desprecia el papel de las leyes, las cuales vendrían a jugar un papel de disimulación para sostener a las valoraciones del decisor judicial. El gobierno de las leyes es reemplazado por el gobierno de los jueces, lo cual también resultaría perjudicial para la administración de justicia, pues nunca habría suficientes juzgadores para todos los casos concretos, en detrimento de su calidad y del estado de bienestar social pretendido que el Derecho, que a través de la certeza de las normas jurídicas procura dotar.

*c) Ideología de la decisión legal y racional*

De manera análoga a las ideas de la Virtud que describimos con anterioridad, esta ideología representa un compromiso medio entre las ideologías de la decisión vinculada y de la libre decisión. Pone en primer plano el valor de la legalidad, y así asume que es función del legislador elaborar el Derecho, y que el juez debe mantenerse en principio dentro de los límites de elección que le proporciona la ley en vigor. Es decir, respeta el ámbito de legalidad inicial, pero se encuentra atento a una eventualidad, ya que considera a la aplicación del Derecho como una actividad que no crea ni normas generales ni abstractas, sino solamente normas individuales que están enlazadas con las normas legales y con las directivas admitidas por la ideología de la aplicación del derecho.

En esta clasificación, notamos que el autor Wróblewski emplea el término “racional”, para describir una decisión que ha seguido los lineamientos decisorios antes descritos; es decir, aun cuando en su exposición ha considerado la intromisión de valores y directivas, como justificaciones de la decisión, esto no representa una aproximación hacia juicios morales y de razón práctica, lo cual permitiría calificar a la decisión como de razonable. Visto de este modo, podemos enfatizar que la razonabilidad hace referencia explícita a una metodología calculable, con aproximación a lo formal y silogístico (Si es *A* debe ser *B*) en tanto que la

razonabilidad atiende de manera especial a un consenso generalizado, a un lugar común que puede ser compartido por la mayoría de las personas sin profundizar en torno a sus contextos específicos: a una afinidad de experiencia.

Por ejemplo, el respetar un semáforo desde un punto de vista *racional* implica que su inobservancia acarrea una sanción. El pensamiento se aboca a una cuestión silogística: si no respeto el semáforo seré sancionado. Sin embargo, si preguntamos a las personas por qué se respeta un semáforo, es probable que su respuesta se encuentre encaminada a describir su función, como lo es procurar el tránsito ordenado de vehículos y evitar accidentes: su observancia se torna como una conducta deseable e inclusive “obvia”. El respeto al semáforo se torna *razonable*, en tanto que las personas lo conciben como un medio útil y proporcional de acuerdo a los fines que persigue. Desde luego, ambos ámbitos pueden encontrarse en una misma decisión, pero es previsible que resulta más difícil describir qué hace a una decisión razonable respecto a una racional.

Si bien las ideas de Wróblewski nos han ilustrado en torno a la concepción de la racionalidad de una decisión judicial, debemos dar un paso más adelante para procurar comprender en qué radica la razonabilidad de una decisión. El autor Juan Farina (1997, p. 161) realiza una reflexión que puede servirnos como punto de partida en los términos siguientes:

*“No se trata de que el juez a través de su sentencia se halle en la búsqueda de una regla moral de valor universal y que frente a lo infructuoso de su búsqueda termine por considerar que moral y Derecho son incompatibles. Lo que se plantea es que el juez debe tener en cuenta tanto en el comportamiento y pretensiones de las partes como en su sentencia los valores morales de nuestra comunidad pues a ella va dirigida la consecuencia ética de su pronunciamiento. No es necesario ser muy suspicaz ni entrar en profundas disquisiciones filosóficas para*

*advertir que determinadas conductas que implican una inmoralidad y, por tanto, deben merecer la reprobación del órgano jurisdiccional aun cuando tal comportamiento no está sancionado explícitamente en normas legales, pero que se hallan ínsitas en nuestro ordenamiento jurídico a través de los principios generales del Derecho”.*

Con base en lo anterior, Farina también parece abogar por una razón práctica inmanente en todo ser humano, que en términos de la decisión judicial tiene por objeto acotar la discrecionalidad de los jueces, pues en su sentido de razonabilidad, no cualquier decisión tiene cabida en la posibilidad de resolución, pues de lo contrario se caería en el extremo de la arbitrariedad judicial. En el extremo más radical que aún encuentre fundamento en el ámbito de jurisdicción del Estado de Derecho, el juez puede incurrir válidamente en el activismo judicial, como un promotor activo de transformaciones legislativas a través de las sentencias que emite; punto de vista del cual nos ocuparemos después. Por ahora, debe quedar asentado que el decisor judicial debe procurar atender en mayor medida a la razonabilidad de sus resoluciones que a su racionalidad.

En la práctica jurídica diversos países han analizado ideas afines que tienden a orientar la función judicial para procurar contar con aproximaciones a esta pretendida razonabilidad. De acuerdo con Garrido Gómez (2010, p. 72), en la doctrina anglosajona adquieren el nombre de *estándares* jurídicos o prototipos de la conducta; *directivas* en la francesa y *máximas de experiencia* en la alemana. Como se ve, el nombre que pueden recibir es muy variado y de fondo poco interesa, ya que lo realmente relevante es, como dice la misma autora, es que *“su enfoque y aplicación se ha de realizar con la necesaria tendencia la objetividad y generalidad en atención a los criterios de la comunidad, obteniendo la regla según el tiempo medio de la conciencia vigente en la sociedad”*. Con base en esta reflexión, Garrido Gómez llega a la conclusión que el juez debe actuar como un *“intérprete social”*, ya que su sentencia debe encontrar cabida en el ideario plural de la comunidad a la

que se dirige, ya que aun cuando la resolución que emite se refiere únicamente a las partes que han intervenido en el proceso –excepcionalmente hacia un tercero– en realidad toda la sociedad puede cuestionarla y verificar la actualización de un Estado de Derecho ideal.

De esta manera, el modelo judicial de los siglos anteriores, en los que el juez debía respetar irrestrictamente el contenido de la ley y satisfacer plenamente la idea de previsibilidad, como una vertiente de la certeza jurídica, ha ido quedando en desuso. Desde el pensamiento ilustrado de Montesquieu, cuando se creía debía existir una deferencia particular hacia el legislador, de modo que entre ambos se produjera una relación de cooperación: el juez era “la boca de la ley”, y por tanto su función era limitarse a la aplicación de la ley y cumplimentar de este modo la voluntad del legislador.

Por ello, al igual que la actividad judicial, las nociones que la rodean, como la idea de certeza, deben continuar evolucionando<sup>83</sup>, ya que los decisores judiciales no pueden permanecer como meros espectadores o solucionadores simples de intereses de particulares, de acuerdo a la naturaleza esencial del proceso. Las tendencias contemporáneas dan muestra de una modificación radical a esta perspectiva: los jueces no ejercen una función de cooperación con el legislador, sino de control.

En este caso, la argumentación que realizan los jueces se convierte en un ejercicio de razonamiento práctico, resumiéndose en tratar de ofrecer y sopesar las posturas o razones a favor o en contra de un sentido concreto, con un carácter justificativo<sup>84</sup>. Así, la decisión judicial puede calificarse como un proceso de

---

<sup>83</sup> Martha Nussbaum (1997, p. 123) advierte: “Aunque las reglas fijas cumplen una función importantísima en el juicio legal (...) los juicios legales también deben acomodarse a circunstancias y valores cambiantes, enfrentando casos concretos”.

<sup>84</sup> Esta es la esencia de la obra *El Derecho como argumentación* del autor Manuel Atienza.



argumentación con miras a la razonabilidad, en el cual los silogismos jurídicos con génesis en la lógica formal, pueden y deben ser cuestionados.

Como ejemplo de lo anterior, tenemos que en el pensamiento de Manuel Atienza se ha buscado evidenciar la insuficiencia del razonamiento deductivo por diversas razones<sup>85</sup>; es decir, uno de los aspectos más sólidos en la tradición y técnicas judiciales en la actualidad puede presentar diversas deficiencias que, derivado del avance de la argumentación principalista (y aretaica, como se propone en este trabajo) han sido puestas en mayor relieve.

Hasta este punto, parece que se ha dejado en claro la relevancia de la decisión judicial bajo una perspectiva de discrecionalidad: el juez tiene a su cargo una responsabilidad y poder inmensos, por lo que resulta natural tanto en la doctrina como en el foro, que existan voces –preocupadas o alarmadas– sobre la manera en que debe limitarse esta discrecionalidad, ya que desde esa postura, podría diluirse por completo el concepto de seguridad jurídica y los gobernados no sabrían a qué atenerse, así como las propias autoridades en el ejercicio de sus atribuciones.

Derivado de lo anterior, en armonía con la idea central de esta investigación, podemos advertir que, como cualquier otro curso de acción humano, los extremos traen consigo consecuencias negativas, en tanto que una postura central, que represente un equilibrio guarda relación con una virtud. Sin embargo, debe mencionarse que dicho centro ideal que vislumbramos en la actividad judicial no es estático, pues tiene un carácter dinámico que podría inclinarse hacia alguno de los extremos en función de las particularidades de cada caso, analizando sus rasgos específicos.

---

<sup>85</sup> Vid. GARRIDO GÓMEZ (2010, p.78).

Por esa razón, diversos autores han intentado establecer algunas reglas o lineamientos a fin de intentar describir cómo puede delimitarse la discrecionalidad de los jueces para continuar fortaleciendo las posturas neoconstitucionalistas contemporáneas, las cuales se dirigen hacia la dirección correcta, pues sin duda todas ambicionan en común la consecución de la justicia, si bien en el camino autores y pensadores aún continúan reflexionando en torno el –aparentemente– interminable debate sobre ese elevado valor. Sin embargo, debe insistirse en que de la lectura de las más inimaginables posturas, siempre es posible encontrar puntos en común y consensos, por lo que en términos generales no debe preocuparnos la diversidad de métodos o caminos, en tanto continúen apuntando hacia el mismo objetivo<sup>86</sup>.

Expuesto lo anterior, a continuación se describen algunos de los elementos que se consideran como principios rectores de las decisiones judiciales, y las razones por las cuales se consideran insuficientes, por lo que en la práctica terminarían colisionando entre sí o tendrían que disminuirse para evitar acotar las posibilidades del juzgador en detrimento de la justicia. En la última columna, con base en los razonamientos que se exponen, se propone una posible evolución del concepto de acuerdo a las ideas descritas para invitar al lector a su reflexión. Cabe señalar que no se busca aminorar o descartar los principios que se citan constantemente en la doctrina contemporánea, pero sí evidenciar sus debilidades:

Principio actual	Características	Limitaciones	Posible evolución
<b>Legalidad</b>	✓ Parte de la lógica formal (silogismo)	✓ Comprende únicamente el ámbito de la racionalidad y es omiso respecto de la razonabilidad	<b>Razonabilidad</b>
	✓ Evita arbitrariedad	✓ Podría evitar la promoción de la evolución de las instituciones jurídicas, negando el carácter dinámico del Derecho.	
	✓ Otorga certeza y seguridad	✓ La previsibilidad extrema debilitaría la función judicial y negaría el carácter protector y garante de dicha función.	

<sup>86</sup> Una reflexión en torno a esta idea fue expuesta en el capítulo anterior, respecto a las ideas en común en torno a moral y ética de autores con orígenes y temporalidades completamente divergentes.

Principio actual	Características	Limitaciones	Posible evolución
Imparcialidad	✓ Parte de la lógica formal, como una premisa de universalidad	✓ Bajo un carácter distributivo, es necesario realizar distinciones razonables o proporcionales (corrección material de asimetrías)	Perspectiva aretaica
	✓ Pretende la neutralidad del juez como ser humano	✓ Puede negar el carácter <i>humano</i> del juez frente a las emociones que, bajo determinadas condiciones, pueden potencializar su percepción.	
Igualdad	✓ Busca la misma aplicación del Derecho en casos <i>sustancialmente</i> idénticos como precursor de previsibilidad	✓ No existen dos casos que sean exactamente iguales; con el término “sustancialmente” se pretende diluir el peso argumentativo o decisor de características específicas que de ser consideradas podrían derivar en una determinación distinta.	Contextualización

Adicionalmente a los tres principios referidos con anterioridad, pueden encontrarse elementos coincidentes más cercanos a los esquemas contemporáneos, materia de estudio de posturas incidentes en el constitucionalismo: ponderación y coherencia.

A diferencia de los otros conceptos frente a los cuales proponemos un nuevo término que implique algún grado de evolución como fue descrito, es posible describir a la ponderación como una visión hacia el Derecho, particularmente en el caso de aparente colisión de sus principios, en el que se suprimen categorías o jerarquías a fin de conducir la argumentación hacia un ideal de proporcionalidad. Es decir, al ponderar se anulan valoraciones preexistentes y permite al operador realizar la búsqueda de una solución que puede ubicarse libremente en cualquier punto entre dos posturas confrontadas, tomando en consideración las particularidades del caso concreto. Desde luego, conviene apuntar que la ponderación tiene lugar únicamente entre principios o directrices, ya que constituyen elementos fuera del andamiaje jurídico positivo y, aunque se les atribuye un nivel o grado superior y arropan al sistema en su conjunto, no pueden adecuarse a criterios jerárquicos como los de las normas para identificar cuál debe prevalecer en cada caso.

Garrido Gómez (2010, p. 87) opina “[la ponderación es] *la búsqueda de una solución intermedia que en puridad no dé satisfacción plena a ninguno, sino que procure la más liviana lesión de ambos*”. En esta acepción se privilegia que la consecuencia de la determinación se derive en el menor daño posible a los elementos involucrados; sin embargo, debe establecerse que esa posibilidad únicamente constituye *una opción más* del ejercicio ponderativo: de procurar en todas las situaciones mediar entre las partes en conflicto, se perdería la esencia misma de la ponderación, que radica en esa búsqueda libre y abierta, y terminaría constriñéndose a un fin específico cuando, en algunos casos, ese punto medio podría traducirse, precisamente, en una solución poco razonable. Resulta conveniente describir un caso práctico para intentar ejemplificar las ideas anteriores.

*La ponderación entre certeza y el voto pasivo: un caso límite*  
(Sentencia SUP-REC-077/2012 y acumulado)<sup>87</sup>

Una sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación cuya temática se centró en la ponderación en torno al principio de certeza (acotado al ámbito electoral<sup>88</sup>) y el derecho al voto pasivo en función de la cuota de género puede servir de ejemplo para ilustrar las razones por las cuales consideramos que la ponderación constituye una herramienta valiosa para permitirle al juzgador arribar a una determinación razonable; pero más importante aún, la forma en que se considera que representa un esquema afín a la Jurisprudencia de la Virtud, al contar con una característica de apertura inmanente. Para una mejor comprensión del asunto, es necesario conocer su contexto, a través de los antecedentes siguientes:

---

<sup>87</sup> Del índice de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Visible en <http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2012/REC/SUP-REC-00077-2012.htm>

<sup>88</sup> “El significado de este principio radica en que la acción o acciones que se efectúen, serán del todo veraces, reales y apegadas a los hechos, esto es, que el resultado de los procesos sean completamente verificables, fidedignos y confiables” Instituto Federal Electoral, citado por GALVÁN, Flavio (2006, p. 60).

1. El 7 de octubre de 2011, el Consejo General del Instituto Electoral del otrora Distrito Federal, declaró el inicio del proceso electoral ordinario en dicha entidad federativa.
2. El 2 de abril de 2012, los partidos de la Revolución Democrática, del Trabajo y Movimiento Ciudadano realizaron las solicitudes de candidatos a jefes delegacionales, en los cuales la composición de género quedó constituida en una proporción de 10 hombres por 6 mujeres (16 candidatos en total). Tales solicitudes fueron aprobadas el 11 de mayo siguiente.
3. El 17 de mayo posterior, el Partido Acción Nacional (PAN) promovió juicio electoral (instancia local) a fin de impugnar los acuerdos por los cuales se aprobaron tales registros, aduciendo que dicha proporción –10 hombres y 6 mujeres– vulneraba lo establecido en el artículo 296 del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Distrito Federal, por cuanto hace a cuota de género, por lo que pretendía modificar la proporción a 9 hombres y 7 mujeres.
4. El 8 de junio siguiente, el Tribunal Electoral del Distrito Federal desestimó la acción intentada y confirmó los acuerdos impugnados.
5. El 13 de junio posterior el PAN promovió juicio de revisión constitucional electoral (instancia federal) ante la Sala Regional con sede en el entonces Distrito Federal; instancia en la cual los acuerdos combatidos fueron revocados y se ordenó a los institutos políticos involucrados realizar las sustituciones pertinentes a fin de alcanzar una proporción de 9 a 7, cumplimentando lo previsto en el artículo 296 supracitado, en aras de garantizar la cuota de género.

6. El 29 de junio posterior, los partidos afectados con la determinación descrita en el párrafo que antecede, promovieron recurso de reconsideración ante la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; última instancia que determinó revocar la sentencia de la Sala Regional y, por ende, dejar incólumes los acuerdos del Instituto Electoral del Distrito Federal primigeniamente impugnados.

Ahora bien, debe tenerse presente el contexto en que fue emitida la sentencia de la Sala Regional (punto 5 anterior), toda vez que se dictó el 28 de junio del año 2012; esto es, 2 días antes que tuviera verificativo la jornada electoral correspondiente.

Bajo esa premisa, tomando en consideración la naturaleza de la materia electoral, en la cual los plazos son fatales y la figura de la irreparabilidad<sup>89</sup> es recurrente según las fases del proceso electoral, la Sala Regional debió haber realizado un ejercicio de ponderación diverso, en el que por las razones que a continuación se explican, no hubiese optado por potencializar el derecho ciudadano al voto pasivo y considerar la proximidad de la jornada electoral en torno a las consecuencias de su determinación.

#### *Consideraciones de la Sala Regional*

Dicho órgano jurisdiccional federal, en lo esencial, a fin de sostener su decisión de revocar los acuerdos emitidos por el Instituto Electoral del Distrito Federal, y por ende ordenar la sustitución de candidatos relativa, adujo los siguientes argumentos:

---

<sup>89</sup> Al respecto resulta ilustrativa la tesis XL/99 con rubro “PROCESO ELECTORAL. SUPUESTO EN QUE EL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD DE CADA UNA DE SUS ETAPAS PROPICIA LA IRREPARABILIDAD DE LAS PRETENDIDAS VIOLACIONES COMETIDAS EN UNA ETAPA ANTERIOR (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TAMAULIPAS Y SIMILARES).” Consultable en <http://www.te.gob.mx/jurisprudenciaytesis/compilacion.htm>

a) Que no resulta relevante el tipo de cargo para el cual se postulan los candidatos (colegiados o unipersonales) ya que la normatividad no establece dicha distinción, y

b) Que la cuota de género es una acción discriminatoria positiva de carácter vanguardista, y su inobservancia implicaría desconocer el principio de progresividad de los derechos y se estaría efectuando, en consecuencia, una interpretación regresiva del derecho alcanzado<sup>90</sup>.

Cabe mencionar que, en armonía con los razonamientos de la Sala Regional, ante la instancia local se formuló un voto particular (del Magistrado Armando Maitret), en el sentido de observar la cuota de género con las consecuencias positivas jurídicas y sociales que ello implicaba. Al respecto, debe subrayarse que el fallo del Tribunal Electoral del Distrito Federal tuvo lugar el 8 de junio de 2012; esto es, 22 días antes de que tuviera verificativo la jornada electoral en esa entidad federativa. De ahí que no resultaba exigible a dicha instancia local considerar en sus razonamientos la proximidad de los comicios, dado que, a la fecha de su resolución, aún se contaba con el tiempo suficiente para que, de haber sido el caso, se hubiesen producido las sustituciones de candidatos relativas sin vulnerar el principio de certeza. Dicho de otro modo, ante esa instancia local el problema a resolver se constreñía a un aspecto de interpretación legal sin que resultara necesario involucrar un tema de ponderación.

Para mayor claridad de las ideas expuestas, se estima oportuno insertar el siguiente cuadro:

---

<sup>90</sup>*Progresividad*. Implica gradualidad (la efectividad de los derechos no se logra en un solo paso, deben definirse metas a corto, mediano y largo plazo) y progreso (el disfrute de los derechos siempre debe mejorar). *Regresividad*. Una vez logrado el avance en el disfrute de los derechos, el Estado no puede salvo en ciertas circunstancias disminuir el nivel alcanzado, lo cual debe ser observado en toda conducta estatal que afecte derechos. (Véase Vázquez Daniel y Serrano Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, IJ-UNAM, México, 2011, p. 163).

	Instancia	Elementos de análisis	Temporalidad determinante	Sentido del fallo
1	Tribunal Electoral del Distrito Federal	Voto pasivo / Equidad de género	NO	Confirmar registro primigenio
2	Sala Regional con sede en el Distrito Federal del TEPJF	Voto pasivo / Equidad de género	SI	Ordenar sustitución de candidatos
3	Sala Superior del TEPJF	<b>Ponderación:</b> Temporalidad (principio de certeza) / Importancia cuota de género (voto pasivo)	SI	Confirmar registro primigenio

Por lo anterior, si bien en principio la resolución adoptada por la Sala Regional podría estimarse como adecuada, dada la cercanía de la jornada electoral ésta debió haber considerado, como eje de los argumentos vertidos en su sentencia, el factor de temporalidad, pues como razonó la Sala Superior, vulneró el principio de certeza al haber emitido su determinación con premura ante el día de la jornada electoral en el Distrito Federal, por lo que no era posible realizar la sustitución de candidatos como lo ordenó sin trastocar dicho principio, al no resultar factible para los partidos políticos afectados dar aviso oportunamente del cambio de candidatos a la ciudadanía, así como permitir a los nuevos candidatos realizar algún acto de proselitismo, toda vez que conforme al calendario electoral del Distrito Federal, las campañas electorales también habían finalizado.

En ese sentido, la Sala Superior explicó que no se considera inferior la importancia de la participación de ambos géneros en la vida política del país, en condiciones de equidad, pero dentro de las circunstancias acotadas, la certeza a favor de los ciudadanos de saber hacia qué personas está dirigido su sufragio resulta de mayor peso, pues se tutela con mayor amplitud el voto activo de varios



miles de ciudadanos, en contraposición al (visto de este modo, leve) perjuicio de algunas ciudadanas en su derecho al voto pasivo<sup>91</sup>.

Conforme a las ideas expuestas, es probable que sea más sencillo comprender la definición de ponderación propuesta por Robert Alexy (2001, p. 90) *“la ponderación es determinar cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto”*. Tiene su fundamento en la ley de ponderación expresada por el mismo autor (2001, p. 102): *“Cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o detrimento de un derecho o principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro”*. Por ello, la ponderación es considerada como una técnica para resolver conflictos en los que se vean comprometidos derechos fundamentales. A través de ella, los decisores judiciales tienen la facultad para poder determinar en un caso concreto, cuál es el derecho fundamental que debe prevalecer en una hipótesis de conflicto. Para lograrlo, de acuerdo con Alexy, la ley de ponderación se divide en tres etapas: 1) determinar el grado de no satisfacción o restricción de un principio, 2) determinar la importancia de la satisfacción del principio contrario y 3) determinar si la importancia del principio contrario, justifica la no satisfacción o restricción del otro principio<sup>92</sup>.

Por lo anterior, lo que trata de demostrar Alexy, es la posibilidad de efectuar juicios racionales donde el juez pueda determinar el grado de importancia del derecho fundamental que debe optimizarse. Así, plantea una escala con los grados

---

<sup>91</sup> Señaló al respecto el Magistrado Salvador Nava: *“...tendríamos en jaque la equidad en la contienda, porque aquella candidata que resultara ser la sustituta del sustituido, pues no tendría respecto de los contendientes con los que está participando, una situación de desventaja porque no podría llevar a cabo un solo acto para darse a conocer con la ciudadanía que los va a votar. (...) Creo que sería un mal mayor el hecho de generar que aquellas personas que votan, voten por una persona y que resulte electa otra, siendo triunfador el partido por el que votó.”* Sesión Pública, Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 30 de junio de 2012. Versión estenográfica:

[http://www.te.gob.mx/Informacion\\_judicial/sesion\\_publica/sesiones/estenograficas/ve\\_300612.pdf](http://www.te.gob.mx/Informacion_judicial/sesion_publica/sesiones/estenograficas/ve_300612.pdf) p.9.

<sup>92</sup> Tales elementos se encuentran reconocidos en el sistema jurídico mexicano, siendo ejemplo de ello la tesis aislada del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de la Novena Época número XXII de octubre de 2005, con rubro *“SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. DEBE NEGARSE CONFORME A LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS, CUANDO EL INTERÉS SOCIAL CONSTITUCIONALMENTE TUTELADO, ES PREFERENTE AL DE LA QUEJOSA”*,

“leve”, “medio” y “grave”<sup>93</sup>. En el caso descrito, la Sala Regional fue omisa en pronunciarse sustancialmente en torno a la proximidad de la jornada electoral, esto es, contextualizar la problemática –como realizó la Sala Superior con posterioridad– pese a que al momento de su emisión restaban menos de 60 horas para que los ciudadanos acudieran a sufragar<sup>94</sup>.

Es decir, en otras condiciones podría estimarse que la argumentación vertida por la Sala Regional alcanzaría los cánones de razonabilidad pretendidos (al dar mayor peso a la participación de las mujeres en función de la cuota de género); sin embargo, tales intenciones se ven opacadas al considerar que dicho órgano jurisdiccional recibió el asunto el día 13 de junio y lo resolvió hasta el 28 siguiente: 15 días después de su recepción lo cual en materia electoral, puede estimarse como tardío o demorado.

Finalmente, el último principio que suele ligarse continuamente con la discrecionalidad judicial es el de coherencia<sup>95</sup>. En primer término, debe puntualizarse que este concepto en el contexto que nos ocupa se aleja de su acepción para calificar al sistema legal desde una postura positivista. Es decir, en tanto que para dicha postura la coherencia radica en que el sistema legal no presenta antinomias –contradicciones entre los elementos que lo integran–, en el

---

<sup>93</sup> Para implementar bajo un modelo matemático su propuesta, Alexy refiere que se atribuyan números a tales escalas para realizar los cálculos correspondientes y arribar a una conclusión. Sin embargo, este método tiene el inconveniente que, a pesar de su notable esfuerzo por dotar de objetividad al resultado de la ponderación, al realizar la asignación de valores numéricos, se efectúa desde ese momento una calificación anticipada de los mismos, de manera que el resultado es una “construcción” a modo del intérprete. En el capítulo 4 del presente trabajo se desarrollan estas ideas, para hacer notar las limitantes que ofrecen cualquier clase de modelo o idea que pretenda reglar la discrecionalidad judicial.

<sup>94</sup> Resulta ilustrativa la intervención del Magistrado Flavio Galván en los siguientes términos: “*Son las 17 horas con cinco minutos del 30 de junio de 2012, pocas horas le restan a este día, siete horas aproximadamente o seis horas y minutos. A las ocho horas del día de mañana se deben instalar las casillas para la recepción de la votación de los ciudadanos de cada una de las 16 circunscripciones plurinominales que constituyen el Distrito Federal, a fin de elegir a los jefes de demarcación territorial. Y a menos de 15 horas de iniciar la jornada electoral vamos a resolver si estuvieron bien o mal registrados los candidatos postulados por los partidos políticos recurrentes hace aproximadamente dos meses, ¿vamos a 15 horas de diferencia a mandar una resolución que pudiera no ser conocida por la ciudadanía del Distrito Federal?*” Sesión Pública, Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 30 de junio de 2012. Versión estenográfica: [http://www.te.gob.mx/Informacion\\_juridiccional/sesion\\_publica/sesiones/estenograficas/ve\\_300612.pdf](http://www.te.gob.mx/Informacion_juridiccional/sesion_publica/sesiones/estenograficas/ve_300612.pdf) p.3.

<sup>95</sup> Véase GARRIDO GÓMEZ (2010), pp. 89-92.

ámbito de la discrecionalidad judicial pretende describir el vínculo entre justificación con racionalidad. Este principio constituye la última barrera para impedir que la decisión judicial alcance el grado de la arbitrariedad, con el objeto de que una determinación no sea adoptada si no encuentra vinculación directa con la protección u observancia de algún elemento del sistema jurídico, particularmente algún principio o directriz.

Una vez que se han revisado los aspectos internos bajo los cuales se desarrolla la decisión judicial, es necesario analizar algunos de los factores externos que influyen en dicha determinación. Para ello, hemos elegido los temas de proceso, verdad y justicia, al considerarlos como los más decisivos e influyentes en torno a esta temática, con el objeto de contar con más elementos que sostengan la postura de esta investigación y puedan servir al lector como base de los ejemplos que se expondrán en el siguiente capítulo.

## **2.2 Elementos contextuales de la decisión judicial**

### **2.2.1 Naturaleza del proceso**

En el apartado anterior han quedado explicadas las razones por las cuales se considera que las decisiones judiciales constituyen una especie de determinación fundamental para el buen funcionamiento de la sociedad en su conjunto, por lo que en este apartado haremos el análisis pertinente de la institución procesal, ya que es a partir de ésta que se logra el propósito de impartir justicia. Desde luego, no se soslaya que también a partir de métodos alternativos o no adversariales es posible encontrar soluciones *justas*, que permitan a las partes en conflicto satisfacer sus pretensiones o alcanzar acuerdos. Sin embargo, debe tenerse presente que tales modalidades tienen un carácter optativo, de modo que las partes conservan en todo momento su derecho a la jurisdicción, cuyo respaldo coercitivo continúa

constituyendo, quizás, una de las características que brindan mayor confianza al justiciable.

Cabe hacer una precisión más: en sentido lato, respecto a la figura del proceso jurisdiccional también podría incluirse el esquema de arbitraje efectuado por algunas dependencias gubernamentales: sin embargo, dada su sustanciación una vez concertado el compromiso arbitral, se advierte una similitud con el proceso estatal. Al respecto también queda en relieve que, si bien las autoridades que suelen tramitarlo no tienen un carácter judicial formal, esta actividad materialmente lo es<sup>96</sup>.

En suma, *decir el Derecho* es la función esencial del poder judicial, o de sus manifestaciones materiales a través de otros órganos estatales distintos de los formalmente jurisdiccionales, lo cual debe procurar traducirse en una impartición de justicia eficiente, ya que limitarse a “decir” o aplicar el Derecho desde una perspectiva eminentemente legalista constituye una visión empobrecida de la verdadera naturaleza de esta función, de acuerdo a las reflexiones referidas anteriormente.

Las características, en síntesis, de esta función en opinión del procesalista colombiano Hernando Devis Echandía (1997, p. 89), son las siguientes:

- a) Permanente, puesto que la existencia de conflictos en la sociedad, Estado incluido ya sea en su carácter dual de autoridad o particular, no dejará de presentarse jamás<sup>97</sup>;

---

<sup>96</sup>Se hace alusión, por citar algunos, los procedimientos arbitrales que efectúan la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, la Comisión Nacional de Defensa de los Usuarios de los Servicios Financieros y la Procuraduría Federal del Consumidor.

<sup>97</sup>Se considera que las controversias entre los hombres se han originado en virtud de la existencia de propiedad privada y por la imperiosa necesidad que tiene el hombre para sobrevivir y satisfacer sus necesidades e intereses, aun los más elementales, y cuando ante esta necesidad debe mostrarse egoísta ante sus congéneres, nacen conflictos; o en palabras de Francesco Carnelutti, “*los intereses son ilimitados mientras que los bienes son limitados, porque los hombres son dos y el bien uno solo*” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo II, Editorial Uthea, 1944, p.412).

- b) General, debido a que todo titular de derecho está en posibilidad de necesitar la tutela del Estado;
- c) Exclusiva, porque es una función reservada para el Estado, ejercida por éste como una emanación de la soberanía nacional, y
- d) Definitiva, ya que una vez agotadas las secuelas procesales atinentes, los fallos deben quedar libres de toda revisión o discusión futura: deben tener fuerza obligatoria indefinida.

Por cuanto hace a la característica de exclusividad de la función judicial, puede mencionarse la actividad que desarrollan no sólo los árbitros particulares, sino también las diversas instancias no gubernamentales, tales como mediadores profesionales que a través de la implementación de métodos no adversariales pretenden dar solución a un conflicto. En efecto, la Constitución Federal en su artículo 17<sup>98</sup> establece el fundamento de los métodos alternativos de solución de controversias, sin realizar una distinción entre aquellos practicados por entes gubernamentales, como ya se ha mencionado, y los realizados por particulares. Sin embargo, se estima que la actividad jurisdiccional en sentido estricto –por cuanto hace a su elemento coercitivo– permanece en manos del Estado, pues si bien la reforma constitucional de 2008 por la cual se incorporaron los referidos métodos alternativos puede sugerir la posibilidad que los particulares tengan facultades para resolver controversias, no se considera que pueda hablarse de jurisdicción estatal, propiamente dicha.

Se establece lo anterior ya que, desde la denominación literal de estos métodos de *solución de controversias*, puede apreciarse que su objetivo es, precisamente, dar por terminado un conflicto, por lo que la forma en que sea resuelto, mientras exista consenso entre las partes, no es relevante.

---

<sup>98</sup> El párrafo 4 del citado numeral establece: “*Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial*”.

La afirmación anterior no pretende excluir la posibilidad que a través de tales mecanismos pueda alcanzarse una decisión *justa*. Sin embargo, se insiste, no es su finalidad inherente, a diferencia del proceso cuyo objeto debe ser, en el sentido más amplio, la protección de un Estado de Derecho, y en consecuencia, el fortalecimiento de un sistema jurídico democrático, el cual se vea respaldado por el imperio estatal, de ser necesario, a fin que las determinaciones adoptadas se hagan cumplir mediante la fuerza, a diferencia de los métodos alternativos que, de ser el caso, requieren de otra vía para ser ejecutables, cuando en otros casos, lamentablemente, ante el incumplimiento de una de las partes, solo resta entablar la acción ante la autoridad judicial, con la pérdida de esfuerzo y tiempo que ello implica.

Hechas las reflexiones anteriores, se retoma el hilo del poder judicial estatal, dado que el acceso a la jurisdicción –dada a su importancia– es en la actualidad un derecho humano; ello se debe al cúmulo de elementos que lo integran: desde la conciencia de saber que unas reglas procesales justas benefician a toda la colectividad (porque *cualquiera* podría ser enjuiciado en algún momento) hasta la forma en que ese procedimiento debe dar por resultado una determinación razonable. Como corolario de las ideas expuestas, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

- a) El poder judicial es el encargado, esencialmente, de ejercer la *jurisdicción*: decir el derecho en una controversia determinada, como garante de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce al individuo<sup>99</sup>.

---

<sup>99</sup>Se abarca la fórmula de *cognotio, iudicium e imperium* (conocer, decidir y ejecutar) señaladas por CARRANCO, Joel. *Poder Judicial*, 2a. ed., Porrúa, México, 2005, p. 44: El poder de decidir los conflictos existentes en la sociedad interpretando para ello las leyes.

- b) A través del proceso, el particular dirige su acción hacia el Estado y no hacia su semejante, de forma que con ello se pretende suprimir la autotutela y fortalecer el Estado de Derecho.
- c) La sentencia<sup>100</sup>, como forma individualizada de la ley, como interpretación de la misma, o bien, como creación novedosa a partir de los principios que deben regir en todo sistema jurídico, debe encontrarse legitimada: debe intentar encontrar una solución adecuada a cada caso que se presente.

Como ya hemos venido revisando, el último inciso es el responsable, en buena medida, de la evolución de teoría y filosofía jurídica contemporánea, y el que la diversidad de pensamientos que pretenden explicar la naturaleza, objeto y fines de la decisión judicial sea vasta. A pesar de ello, todas convergen en procurar establecer elementos que ayuden al juzgador a tomar la mejor decisión. Desde luego, es ambicioso denominar *justa* a una decisión, pero no imposible. Esta idea debe poner de relieve la importancia de la que se encuentra revestida la sentencia, no sólo desde el ámbito jurídico, sino además, para la perspectiva social y filosófica ya que a través de dicha determinación no sólo se resuelve una controversia: se demuestra un acatamiento al Estado de Derecho, entendido bajo una perspectiva integral y no positivista.

Visto lo anterior, esta investigación se aparta del criterio adoptado por el magistrado Joel Carranco (2005, p. 57), al menos en principio, al señalar que *“el tema de justicia escapa a lo estrictamente jurídico, y su análisis está a merced de la filosofía del derecho, quedando ajeno a la determinación de una ley que un órgano de gobierno esté capacitado para tan anhelable labor a cargo del ser humano”*.

---

<sup>100</sup>De manera genérica, en el término sentencia también podemos abarcar a toda resolución que ponga fin al proceso.

La justicia, como ideal jurídico, debe apreciarse, o al menos perseguirse como objetivo dentro de todo sistema legal, cristalizándose de una manera más tangible a través de los principios generales del derecho. De esta forma, estos lineamientos prístinos consiguen colmar las deficiencias, de cualquier clase, que pudiera presentar la norma jurídica, y bajo las directrices adecuadas, considerando las circunstancias específicas de cada caso, dictar una resolución que pueda ser tildada, apropiadamente, de *justa*, como se pretende evidenciar en los ejemplos que más adelante se exponen.

Por lo tanto, el tema de la justicia no tiene por qué estar divorciado de lo estrictamente jurídico, ya que debe resultar su inspiración, aspiración, y en la medida de lo posible, su realización. En la actualidad no es posible imaginar que un sistema de normas jurídicas, *per se*, tengan la capacidad de solucionar de manera adecuada los litigios planteados diariamente. Es por ello, que el orden coactivo como visión del Derecho, desde la perspectiva positivista es incompleto, ya que éste, sin un operador jurídico consciente de ese alto valor, se reduce a un incoloro sistema de reglas de conducta, –llegando incluso a ser dictatorial– y contrario a la naturaleza y dignidad inherentes a la raza humana.

Fortalecen la tesis anterior las nuevas corrientes jurídicas y procesales, bajo las cuales se pretende dar mayores facultades a los juzgadores a fin que sus resoluciones tengan un mejor sustento fáctico, como lo son las diligencias para mejor proveer, o bien, poco a poco se reconoce en mayor medida la capacidad creadora y el verdadero poder que tienen los jueces al momento de emitir una sentencia. La capacidad, incluso, de ejercer una determinación cuando el vacío de la norma es evidente o grave. Como señala el autor Héctor Fix-Fierro (1995, p. 22): *“al disponer de un aparato judicial competente, suficiente y ajeno a posiciones partidistas e ideológicas, contribuye a la consolidación de la armonía y seguridad jurídica de los particulares en sus más variadas interrelaciones cotidianas”*.



En ese sentido, la seguridad jurídica representa uno de los valores más elevados que justifican no sólo al proceso, sino al Derecho en sí. Recasens Siches afirmaba: *“sin seguridad jurídica no hay Derecho, ni bueno, ni malo de ni de ninguna clase”*. Esta seguridad radica, esencialmente, cuando las instituciones estatales a través de las cuales se personifica el Derecho permiten garantizar que nuestros derechos serán protegidos, y que las mismas instituciones sancionarán a quienes quebranten esa protección, en términos del sistema legal vigente.

Este aspecto es de fundamental importancia, y es aquí donde podemos relacionar las ideas doctrinarias imperantes con las nociones de justicia que pueden tildarse como románticas o abstractas: cuando las instituciones estatales omiten imponer la sanción que corresponde a los transgresores de nuestra seguridad jurídica, ello trae como consecuencia que, por un lado, se genere impunidad respecto del transgresor y, probablemente más importante aún, debilita la credibilidad –o legitimidad mejor dicho– de las instituciones estatales, lo cual de constituirse en una práctica reiterada erosiona y termina por desgastar, tal vez fatalmente, a tales instituciones. Por ello, como se explicará, una determinación estatal, reflejada en diversas ocasiones a través de una sentencia, trasciende a las partes que intervinieron en el proceso y cumple con una función ejemplar ante la sociedad en general. El autor Juan Farina (1997, p. 183) es contundente al respecto:

*“El verdadero sentido de la seguridad jurídica radica en otorgar a cada persona la garantía de que, llegado el caso, será juzgada con imparcialidad por jueces probos, de moral sin tacha, conocedores de la materia en que tienen que resolver, dispuestos a indagar en profundidad la verdad de los hechos y de las concretas circunstancias del caso, buscar el derecho aplicable y poder así resolver con prudencia y equidad”*.

Tal y como se comienza a tornar patente, la función del proceso para el Estado no resulta una actividad trivial. Por ello, desde otro enfoque, es que la

doctrina se ha interesado profundamente en intentar establecer la naturaleza de esta institución jurídica; debate que analizamos aquí a continuación, pues la conclusión que alcanzamos también abona a la postura de la Jurisprudencia de la Virtud como la idealizamos.

### *La naturaleza jurídica del proceso*

Para este análisis, resulta conveniente tomar como punto de partida una definición del proceso mismo. Por ejemplo, para el maestro José Ovalle Favela (2007, p.194), es *“el conjunto de actos mediante los cuales se constituye, desarrolla y termina la relación jurídica que se establece entre el juzgador, las partes y las demás personas que en ella intervienen; y que tiene como finalidad dar solución al litigio planteado por las partes, a través de una decisión del juzgador basada en los hechos afirmados y probados y en el derecho aplicable”*.

Esta definición presenta los rasgos más distintivos del proceso judicial: la solución al conflicto es otorgada por un tercero, la intervención de éste es por petición de algún interesado y, finalmente, probablemente su elemento más distintivo, ese tercero que resuelve la controversia tiene la facultad de *imponerla*: es decir, actúa como un órgano estatal, como una autoridad dotada del imperio para emplear violencia legítima, si resultase necesario, a fin de materializar el fallo alcanzado.

Dada su importancia, como quedó escrito, los esfuerzos por esclarecer su naturaleza jurídica han sido múltiples, pues su clasificación no responde a un mero deseo académico, sino que tiene un trasfondo práctico: al precisar la naturaleza de una figura jurídica, es posible determinar qué ordenamientos o principios son aplicables supletoriamente, mediante un esquema de afinidad. Por lo tanto, a través de la naturaleza jurídica puede identificarse la categoría general (género) en el cual puede encuadrarse el proceso para posteriormente advertir los casos (especies)

que guardan similitudes inherentes, de forma que comparten principios básicos, como lo es el caso de los contratos traslativos de dominio, por citar un ejemplo.

Visto lo anterior, las principales teorías que intentan explicar la naturaleza del proceso son las siguientes:

a) Teoría del contrato de “*litiscontestatio*”.

Atendiendo a un origen romano, el proceso se basaba en el contrato de *litiscontestatio*, por medio del cual el demandante y demandado se comprometían a sujetarse a un *iudex*, realizando la actividad procesal necesaria para que éste pudiera conocer de la demanda, su oposición y dictar sentencia, quedando obligados a cumplir ésta.

Como se aprecia en esta idea, se hace una descripción de la figura del arbitraje actual, pues el contrato romano mencionado basa su efectividad en un *compromiso*, de forma que: 1) Los órganos de gobierno romanos no tenían potestad jurisdiccional, ni siquiera para someter a sus ciudadanos a su jurisdicción; 2) El *iudex* interviene por solicitud de las partes; 3) La sumisión se basa en un contrato; y 4) Las obligaciones y derechos se derivarán del fallo que emita el *iudex*, no de la relación jurídica material anterior al proceso. Por ello, puede estimarse que en realidad nos encontramos ante un contrato novatorio.

Ante tales características, las cuales parecen describir mejor la figura de arbitraje actual, se tiene presente que pierde vigencia desde el momento en el que el Estado puede imponer su solución a los particulares, como sucede en nuestros días. En consecuencia, no resulta adecuada para describir la naturaleza del proceso.

## b) Teoría del cuasi contrato de “litiscontestatio”

Tal era el peso de la tradición privatista en torno a la doctrina no contemporánea, que se intentó aminorar los defectos de la teoría anterior al establecer que el demandado quedaba sujeto al proceso, no porque celebrara un contrato, sino por la voluntad unilateral del demandante; a esta voluntad la ley atribuía el poder de sujetar al demandado al proceso.

Sin embargo, esta teoría también resulta insuficiente pues una vez asumida por el Estado la potestad jurisdiccional de forma plena, a través de sus jueces, la idea del cuasi contrato no agrega nada, pues el hecho de reconocer que la fuerza vinculante del contrato hacia el demandado se origina en ley, es también aceptar la relevancia –necesaria– de la potestad estatal para la correcta conformación del proceso, dejando relegada en segundo término la voluntad inicial de las partes.

## c) Teoría de la relación jurídica pública

Tratando de superar los cánones del cuasi contrato, el autor alemán Oskar von Bülow en el siglo XIX estableció que el proceso no podría quedar referido a relaciones de derecho privado: *“(…) desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que también a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público, y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública”<sup>101</sup>.*

De forma armónica con las ideas expuestas por el citado tratadista alemán, el procesalista uruguayo Eduardo Juan Couture afirma que la relación jurídica procesal

---

<sup>101</sup> Citado por MONTERO AROCA, Juan (2002, p. 288)

consistirá en “*el complejo de derechos y deberes de los cuales está hecho el proceso civil*”<sup>102</sup>.

La principal objeción a esta postura es, al igual que en los esquemas contractualistas, se pierde de vista que el juez no cumple con su función derivado de un contrato o de una relación jurídica, sino que ese deber tiene como origen el monopolio estatal de la potestad jurisdiccional: el Estado no necesita un sometimiento a otra figura para explicar la razón por las que sus determinaciones – a través de sus decisores judiciales– son obligatorias.

A mayor abundamiento, el autor español Jaime Guasp señala: “*no hay realmente verdaderos derechos y obligaciones procesales; por el hecho de ser múltiples exigen la formulación de un concepto superior que los sintetice y que sirva para designar la unidad procesal*”<sup>103</sup>.

En efecto, dentro del ámbito procesal, como más adelante se explica, los términos derechos y obligaciones son sustituidos por los de *cargas procesales*, ya que, a diferencia de una facultad concedida por el sistema jurídico, o del estado de subordinación jurídica que implica un derecho o una obligación, respectivamente, la carga procesal viene a ser una posibilidad de actuar conforme a la norma procesal lo exige a fin de perfeccionar en la convicción del juzgador una pretensión. No puede obligarse su cumplimiento, pero existen consecuencias desfavorables para quienes las incumplen, encontrándose, pues, en una situación desventajosa respecto de la parte que sí haya satisfecho las cargas procesales; circunstancia que posteriormente, al dictarse una resolución se ve reflejada: de ahí la importancia de su satisfacción.

---

<sup>102</sup> Citado por DE BUEN, Néstor (2006, p. 20).

<sup>103</sup> *Ibidem*.

Por otro lado, el segundo comentario de Guasp, relativo a un “concepto superior” puede hacer alusión a que el proceso constituye, entonces, una institución jurídica compleja, con principios y figuras propias; opinión que se comparte en el presente trabajo y, por ende, se considera al proceso como un elemento jurídico *sui generis*, sin una naturaleza jurídica análoga a alguna otra.

En contraste, en opinión del maestro Ovalle (2007, pp. 188 y 189), la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha acogido la teoría de la relación jurídica pública, tomando en consideración el contenido de dos tesis, jurisprudencial y aislada, de las cuales se advierte que se hace mención expresa, en primer término, de una relación procesal, y después de una relación jurídica autónoma, compleja y de derecho público entre las partes y el órgano estatal. Pese a lo anterior, no se estima suficiente que la cita de un par de criterios permita establecer qué postura sostiene un órgano jurisdiccional respecto a un tema, sobre todo si se trata de un aspecto doctrinal como el que nos ocupa.

Por ello, conviene hacer énfasis en que la naturaleza del proceso no puede quedar limitada a una mera relación jurídica, ya que si bien puede tener inmersos elementos como lo es la autonomía y la complejidad, en la actualidad tales acepciones, conforme a su importancia, han sido retomadas a través de los principios procesales, por lo que su alcance y teleología es distinto.

También resulta necesario resaltar aquí que en realidad el proceso estaría constituido de relaciones jurídicas, por lo que referir a este ente como una relación jurídica en principio resulta tautológico, de la misma forma en que no podrían reducirse otras grandes instituciones jurídicas, como lo son el matrimonio, la huelga, e incluso, el Estado mismo, a una relación jurídica o a un sistema de ellas. De cualquier forma, se concede que esta teoría permanece en vigor hasta nuestros días debido a que, en gran medida, contribuyó a la ciencia procesal especificando los

presupuestos procesales, es decir, los requisitos necesarios que debían reunir tanto partes como juzgador para que la constitución del proceso resultara válida.

En ese contexto, como añadidura a lo expuesto, también cabe señalar que esta teoría hace énfasis en el origen del proceso como inicio de una relación, lo cual si bien resulta correcto, no puede limitarse a ese punto, ya que la finalidad del proceso radica en la solución de una controversia en un contexto adversarial mediante una sentencia en la que se debería procurar materializar la justicia; esquema en el que la relación jurídica se ve disminuido y aparecen en mayor medida otros elementos como la argumentación, el binomio de prueba-verdad y Estado de Derecho.

#### d) Teoría de la situación jurídica.

Antes de proceder a defender la postura que se adopta en este trabajo, es necesario detenerse para describir, aun de forma somera, la tesis sustentada por el alemán James Goldschmidt en su obra “El proceso como situación jurídica” de 1925, el cual refiere que el proceso como situación jurídica es *“el estado del asunto de una parte contemplado desde el punto de vista de la sentencia que se espera conforme a la medida del derecho”*<sup>104</sup>.

De lo anterior es posible inferir que, para este autor, una vez que las partes acuden al proceso, es decir, se ha constituido la relación jurídica de la cual nos habla von Bülow, no existen derechos y obligaciones, sino expectativas que producen consecuencias de derecho: hay un margen de incertidumbre, pues no puede preverse con toda seguridad el sentido de la sentencia.

Dentro de esas expectativas, explica Goldschmidt, se tiene la posibilidad de allegarse de una ventaja procesal, o bien, ejecutar un acto para prevenir un perjuicio

---

<sup>104</sup>Citado por MONTERO AROCA, Juan (2002, p. 291)

de la misma índole. Su contribución en realidad fue la de poner de relieve que en el ámbito procesal las cargas procesales se diferenciaban de la generalidad de los derechos y obligaciones ya que resultaban imperativos de la pretensión en juego: su realización da lugar a una expectativa de sentencia favorable, en tanto que su omisión produce el efecto contrario.

Pese a su aportación, la cual se había comentado con anterioridad, esta postura también resulta parcial ya que la situación jurídica descrita por Goldschmidt tiene un carácter fáctico; es decir, no ayuda a explicar la naturaleza del proceso sino que se limita a describir la circunstancia de hecho (un complejo de posibilidades y expectativas) bajo la cual se desarrolla, sin que permita esclarecer a qué género jurídico se aproxima.

#### e) Teoría de la institución jurídica

Aun cuando en concepción de diversos autores, como José Ovalle y Niceto Alcalá-Zamora la estiman como una “concepción menor”, este calificativo resulta inmerecido ya que esta teoría, de acuerdo a los cánones de la actualidad, merece mayor peso al poderse establecer en ella varios de los principios que rigen a la actividad procesal.

Primero, conviene precisar que una acepción inicial del término “institución” hace alusión a cada una de las formas de organización fundamentales de un Estado, nación o sociedad en armonía con una manifestación del interés público. Desde esta primera concepción puede advertirse que una institución es una pieza clave en la integración del Estado. Sin necesidad de profundizar en torno a Teoría Política, una justificación del Estado es, precisamente, la actividad jurisdiccional, pues en consecución del bien común, la armonía y paz sociales, es necesario mantener un orden jurídico estable que permita a los ciudadanos el acceso a la justicia, dirigiendo



su acción al Estado y no a su semejante, haciéndose justicia por sí mismos. Para algunos autores, es el único fin.

La autora Arnáiz Amigo (1997, p. 104) cita a su maestro Manuel Pedroso en los siguientes términos: “*El problema de la justificación del Estado no conduce al análisis del ordenamiento jurídico; este último es un problema filosófico-social, pero no estatal: el Estado tiene una sola finalidad y es asegurar el derecho; naturalmente, los fines y propósitos del Derecho cambian en la historia, en tanto la finalidad del Estado es siempre la misma*”. De esta manera, el respeto al principio jurídico, y la obediencia a la ley, justifican el poder del Estado. La voluntad de los gobernantes está condicionada por el precepto ético del multicitado bien común. En el ámbito sociológico, tenemos actividades individuales con sus respectivos intereses, una cooperación con teleología común y las instituciones estatales que encauzan estos fines, de acuerdo con los ordenamientos jurídicos.

Por ello, en opinión de la citada autora: (1997, p. 106) “*el Estado tiene la alta misión de hacer posible la vida del hombre con su agrupación política (comunidad social)*” agregándose que lo hace a través del monopolio de la coacción legítima, pues su poder supone jerarquía y evoca un orden: el de la subordinación. Y una forma de reflejarse ésta es en dirigir la acción a un tribunal del Estado y no hacia un semejante, y someterse al *imperium* estatal a través del proceso y finalmente, acatar la decisión en la sentencia que resuelva el conflicto, aun por la fuerza si fuese necesario.

De esta breve disertación puede hacerse evidente que el proceso es, desde este punto de vista, una institución estatal; el calificativo de jurídico resulta inherente a todo producto del Estado, pues tiene como origen ese poder de mando originario.

En armonía con la relevancia que se busca reconocerle al proceso como auténtica institución, Maurice Duverger comenta: “*las instituciones no son solamente*

*formas o estructuras de organización social; son también representaciones colectivas que siempre se valoran en alguna medida, y esa valoración constituye un elemento esencial de su eficacia. La legitimidad de una institución, es decir, su conformidad con el sistema de valores de un grupo dado, es uno de los fundamentos de su existencia”.*

Analizado lo anterior, se concluye esta primera idea afirmando que el proceso, desde esta óptica, constituye una institución jurídica debido a la relación estrecha que guarda con el Estado y sus fines, así como el rol fundamental que juega dentro de una sociedad democrática como medio para la solución de controversias conforme al Derecho de ese grupo.

Por otra parte, conviene recordar lo referido por Guasp respecto al “concepto superior”. Para este autor, esta institución a la que hace alusión, es “*un complejo de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común objetiva, a la que figuran adheridas, sea esa o no su finalidad específica, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad*”<sup>105</sup>.

Ahora bien, puede concebirse como ese concepto superior la calidad de institución, y con los elementos ya descritos, al proceso mismo así como su finalidad. La característica de institución permite entonces dimensionar y comprender al proceso como una figura *sui generis*, de forma tal que el precisar su naturaleza ya no resulta relevante, pues como se dijo en principio, ello tiene como objeto identificar qué normas o principios podrían serle aplicables de forma supletoria o por afinidad, y en el caso, el proceso es género y especie al mismo tiempo: modela sus propios principios y tiene la misión de colmar sus propias lagunas.

---

<sup>105</sup>Citado por OVALLE FAVELA, José (2007, p. 192)

En efecto, el proceso a través de su evolución ha venido incrementado diversos principios que le son propios e inherentes, que si bien pueden tener eco con los principios jurídicos fundamentales, la actividad procesal los moldea a fin que puedan ser aplicables plenamente, terminando por ser parte esencial de su naturaleza. Por ejemplo, el principio de *audiatur altera pars*, “óigase a la otra parte”, como muestra del esquema de contradicción que debe observarse en todo proceso responde a una concepción que incide de forma tan fuerte con el ideal de justicia, que el legislador no puede desconocerlo. Éste puede establecer libremente como puede observarse ese principio, a través de las reglas procedimentales respectivas, pero si no se encontrase presente en una ley procesal, no podríamos hablar de proceso.

Estas son las consideraciones que nos permiten sostener que el proceso constituye una institución autónoma y compleja, de forma que las discusiones en torno a su naturaleza pierden relevancia, pues como quedó asentado, el proceso por sus características no pertenece a ningún género jurídico y, en consecuencia, se erige como una institución estatal para la administrar justicia.

En contraposición, para el maestro Ovalle Favela (2007, pp. 192 y 193), la perspectiva de dotar con la calidad de institución al proceso es cuestionable por dos razones: 1) El concepto de institución es tan vago que incluye también a otras figuras, como el divorcio, la familia y el ejército, entre otras, y 2) Decir que el proceso es una institución no ayuda a esclarecer su naturaleza jurídica propia.

No se comparten esos puntos de vista, pues de tales observaciones se sigue que, en realidad, pueden servir para apuntalar nuestra visión específica institucional del proceso. Primero, porque el referir que el proceso es una institución no debe crear en absoluto alguna vaguedad, sino que, al compararse con esas figuras jurídicas con arraigo e importancia social, refleja que el proceso es inmanente a las organizaciones humanas con un grado de evolución suficiente. Aun las

civilizaciones antiguas, si se desea hacer un bosquejo histórico, contaban con medios para dirimir controversias con la participación de un tercero: la semilla del proceso se encontraba existente de forma latente. Por ello, el darle la categoría de institución de forma alguna se traduce en vaguedad, por el contrario, magnifica su importancia, sobre el de una mera relación o situación jurídica. Además, de acuerdo con sus características particulares, no podría ser confundido con alguna otra institución estatal, pues aun cuando en común se describió que las instituciones tutelan un valor apreciado por la comunidad, en el caso del proceso es claro que su finalidad particular es la administración de justicia, de modo que la vaguedad inicial con la que pretende ser atribuido tiende a disiparse.

Después, de acuerdo a las líneas anteriores, esclarecer la naturaleza del proceso ya no resulta trascendente, pues al no tener un género dentro del cual ubicarse, la finalidad de precisar su naturaleza desaparece, pues no traería la solución de ningún problema práctico y, en consecuencia, sería una teoría que poco aportaría a la reflexión práctica.

Así, conforme a las tendencias contemporáneas que recaen en el proceso, y sobre todo en la sentencia, por la forma en que el juez toma su decisión, es que también se acredita que únicamente bajo el tratamiento de institución puede comprenderse mejor al fenómeno procesal, pues ello puede abarcar la forma en que concurren las diferentes relaciones jurídicas, las cargas procesales y sus principios. Bajo esta óptica, puede redimensionarse al proceso como institución fundamental de un Estado, al estar en aptitud de dotarlo con principios inherentes para permitir que esta figura autónoma tenga una evolución propia, necesaria, que se adecue a las necesidades de la sociedad en la que se encuentra presente.

Entonces, como conclusión, no debemos preguntarnos cuál es la naturaleza del proceso, sino cuál es su finalidad, y qué estamos haciendo para asegurar esa

finalidad; si realmente como operadores jurídicos estamos cumplimentando su razón de ser que es, reiteramos, la consecución de la justicia.

Al respecto, el procesalista italiano Michele Taruffo (2008, pp. 21 y ss.) reconoce dos visiones que procuran dar respuesta a la finalidad del proceso, una vez que hemos superado ya la discusión en torno a su naturaleza. Para ello, distingue dos posturas: como función privatista y como función pública.

Como función privatista, por denominarla de forma descriptiva respecto de la esencia de su postulado<sup>106</sup>, sostiene que el objetivo principal del proceso judicial, y más en general, de la impartición de justicia, es resolver el conflicto entre las dos partes del caso. El proceso es visto como el reflejo de una controversia entre particulares, y lo que ellos necesitan es un juicio que resuelva ese problema, eliminándolo y restaurando las relaciones pacíficas entre los individuos involucrados.

Bajo el axioma de que la verdad de los hechos puede ser útil, pero no es una meta del proceso, las teorías privatistas encierran los valores involucrados en el proceso, imaginan el mundo como un universo empobrecido desde un punto de vista sociológico y compuesto exclusivamente de individuos cuyo único objetivo es favorecer a sus propios intereses particulares: se concluye entonces que las pruebas no son un mecanismo cuyo objeto sea la búsqueda de la verdad, sino que se usan en la defensa de una causa individual o simplemente como una manera de cumplir con las cargas procesales.

De lo anterior, se infiere que el esquema privatista da un peso casi absoluto a las partes: son ellas el eje por el cual se resolverá la controversia, por lo que la

---

<sup>106</sup>El referido tratadista italiano las señala de manera genérica de esta forma, sin que se especifique autores o corrientes más específicas dentro de la postura "privatista". Para efectos de la presente investigación, se considera adecuado englobarlas bajo la misma tendencia del autor citado, ya que evidentemente muestran dos perspectivas opuestas sobre un objeto de estudio.

participación del juez se ve disminuida. El interés de las partes por resolver la controversia, se traduce en la mentalidad que la búsqueda de la verdad y la solución del problema no son la misma cosa: lo que las personas necesitan no es la verdad, sino superar ese conflicto lo más rápidamente posible, a un costo menor.

Al respecto, la tesis privatista tiene un punto que conviene reflexionar. Cada expediente que se resuelve es de vital importancia para las personas que encuentran comprometido su patrimonio, sus derechos –libertad incluida– en cada controversia planteada. Para los involucrados, su asunto siempre será el más importante por obvias razones. Esta consideración parece fortalecer la tesis privatista, ya que las partes en cada proceso siempre tenderán a favorecer sus pretensiones y los abogados que los patrocinen diseñarán las estrategias más adecuadas para cada caso. Muestra de ello lo es la prueba pericial, la cual al tener una naturaleza colegiada, es visto como algo ordinario que los dictámenes rendidos sean contradictorios entre sí. Es necesaria entonces la intervención del perito tercero en discordia, el cual dará su opinión de manera independiente sobre el punto de hecho debatido. Pareciera que, en otro orden, se repitiese el triángulo procesal de juez y partes: un perito tercero será el que dirima la controversia de hecho planteada por las periciales referidas.

Sin embargo, dentro de estos micro universos que se repiten indefinidamente, el papel del juzgador debe destacarse, ya que no puede fungir como un mero espectador. Conforme a las nuevas tendencias, en las que el papel del juez se torna en un rol más activo, tales situaciones siempre pueden quedar remediadas oportunamente a través de su intervención.

Por ejemplo, en el caso de las diligencias para mejor proveer, en palabras del maestro Ovalle Favela (2003, p. 142), *“no excluye en definitiva las reglas de la carga de la prueba, pero sí intenta evitar que el conocimiento del juzgador sobre los hechos controvertidos se base exclusivamente en las pruebas propuestas por las*

partes”. De esta forma, la participación del juez resulta relevante para allegarse de los elementos de convicción que se estimen idóneos a efecto de dictar una sentencia que colme la característica de razonabilidad y justicia. Al respecto, como apología a esta posibilidad, Couture (1974, p. 91) reflexiona sobre las diligencias para mejor proveer del siguiente modo:

*“El poder de dirección que se atribuye al juez en las diligencias para mejor proveer no es un poder discrecional, sino un poder ordenador que debe ejercerse de acuerdo con la ley. Solo a falta de una solución específica, el juez dirige el juicio de acuerdo con los principios generales rectores del proceso. Éste está dirigido por el principio de autoridad del juzgador, que es un representante del Poder Público, que también parte en el juicio. El juicio civil no es una relación jurídica de dos particulares ante un juez impasible, que se limita a esperar el fin de la lucha, como en el duelo clásico, para proclamar vencedor al que hubiera triunfado según las reglas del combate. Conviene insistir, una vez más, en que el Estado tiene al igual que las partes, un interés propio en el litigio; solo que mientras éstas persiguen un interés privado, el Estado persigue que la jurisdicción se cumpla en los términos previstos en la Constitución. Los jueces tienen atributos de autoridad y de intervención que, en general, tienen todos los gobernantes y agentes del servicio público. Si un ciudadano no puede despojar a otro de sus bienes en presencia de la autoridad sin que ésta lo reduzca a prisión, no se concibe en virtud de qué razonamiento un juez debe presenciar impasible cómo un litigante deshonesto arruina, burla, y defrauda a un litigante honesto, sin poner en juego un mínimo de su autoridad para evitar ese despojo que se consuma ante él”.*

Entonces, las teorías privatistas devienen contrarias a la naturaleza real que debe revestir todo proceso jurisdiccional: no se razona que desde su particular punto de vista puedan ser congruentes bajo una perspectiva descriptiva; sin embargo, se

debe tener presente que la esencia del proceso es, como actividad estatal, la búsqueda de un bienestar social, a través de la observancia del Estado de Derecho, el cual no puede ser cumplimentado a través de la creación de verdades jurídicas artificiales recurrentes, aun y cuando éstas satisfagan a las partes en conflicto.

Como sentencia Taruffo: ninguna decisión correcta y justa se puede basar en hechos determinados erróneamente. Dentro de cualquier sistema jurídico basado en el principio fundamental del Estado de Derecho, una buena solución sólo se obtiene por medio de una decisión razonable: que pueda tildarse de apropiada y justa. Es precisamente lo que el juzgador debe pretender en todo momento al resolver un caso.

Dicho sea de paso, parecería que las nociones privatistas descritas pueden tener origen en la desaprobación moral, por parte de la sociedad, de los órganos jurisdiccionales en general, quienes son vistos como “un mal necesario” que presta un servicio deficiente en lugar de satisfacer una necesidad social; perspectiva que corresponde a los operadores jurídicos de forma integral comenzar a modificar para detener el deterioro en que se encuentra el andamiaje jurídico, lo que conlleva dificultar la promoción de una cultura cívica y de juridicidad.

En consecuencia, esta postura refleja una aspiración pragmática en la que cuestiones como la justicia y la verdad, retroceden ante la necesidad de resolver un problema; connotación que no puede resultar aceptable para ser tomada como punto de partida o esencia del sistema jurídico. Es decir, para el Derecho no sólo es importante resolver problemáticas sociales, sino el *cómo* se resuelven éstas, pues la forma en que se realiza la búsqueda de esa determinación también influye, inevitablemente, en su resultado, el cual trasciende a las partes en conflicto.

En evidente contraste, el proceso visto como función pública busca el interés general de la justicia. La decisión legal y justa sólo se puede fundar en una



valoración apropiada, exacta y veraz de los hechos relevantes del caso, o con las palabras exactas de Taruffo (2008-1, p. 23): “*el proceso judicial tiene por objeto hacer justicia y no sólo resolver conflictos, está orientado a resolver conflictos por medio de una solución justa, no podemos hacer a un lado la verdad, como una condición de justicia, en la decisión de los casos*”.

Ante la anterior anotación, bien cabe hacer una útil precisión: en efecto, la esencia de una sentencia legítima no se debe limitar a la aplicación adecuada de una hipótesis normativa a un caso concreto, mediante la clásica fórmula de motivación y fundamentación; pueden existir casos en los que la norma sea insuficiente, no exista, o pueda ser considerada como injusta.

De este modo, las leyes de la lógica reflejadas usualmente en el silogismo jurídico deben retroceder ante cánones argumentativos que permitan sostener una decisión diversa a la inicialmente planteada; que cubran esa determinación con un matiz de razonabilidad sin que se soslaye en este aspecto la debida fundamentación y motivación que todo acto de autoridad debe contener. De aquí que el término motivar adquiera una nueva dimensión.

Motivar, en términos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consiste en expresar una serie de razonamientos lógico-jurídicos sobre el por qué se consideró que el caso concreto se ajusta a la hipótesis normativa señalada;<sup>107</sup> de esta forma, se limita únicamente a describir las razones por las que el juzgador se orientó a decidir de una manera u otra; sin embargo, es omiso al considerar que dichas razones deben ser *justas*.

Por ello, se coincide con la opinión de la autora Milagros Otero (2006, p. 115), quien analiza que la justificación proviene de la palabra justicia y pretende la

---

<sup>107</sup>Cfr. la tesis con el rubro: *Fundamentación y motivación, concepto de*. Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, tomo XIV, Noviembre de 1994, p. 450.

búsqueda del derecho justo, y en el derecho es la causa, base o cimiento de una decisión judicial para hacerla razonable, o en última instancia, justa.

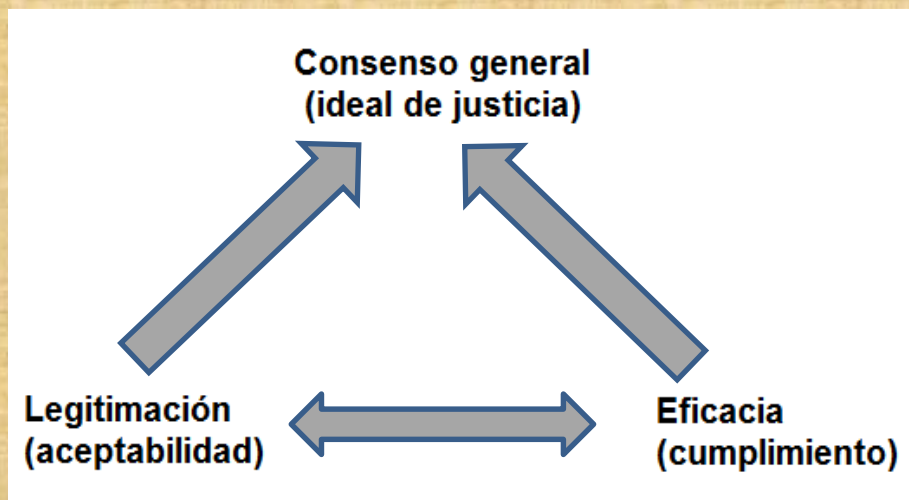
En otros términos, el proceso se ve fortalecido y la determinación del juzgador puede adquirir mayor legitimidad por dos vías: 1) en la medida en que pueda afirmarse que la verdad jurídica creada a través de la figura de cosa juzgada tenga como base elementos acreditados que guarden identidad con la verdad histórica, pues debe recordarse que es el juzgador quien, a través de los medios de prueba, *recrea* los hechos afirmados por las partes, y 2) una vez construida la recreación de esos hechos por parte del juzgador, éste tenga las facultades necesarias para encontrar la solución más adecuada para cada caso en concreto.

Esa solución adecuada, en consecuencia, trae consigo una idea de eficacia, de realización fáctica u observancia, sin que medie en ello, necesariamente, un esquema de coerción. El Derecho entonces puede cumplir con sus objetivos sin que se haga presente su elemento de coerción, que lo distingue. En efecto, cualquier resolución jurisdiccional, sea definitiva o no, sin importar su naturaleza es un producto jurídico, a los cuales de forma clásica se les atribuye como característica la heteronomía, elemento bajo el cual el actuar del sujeto es planteado por un agente externo al que va dirigido, de forma que éste no puede excusarse de su cumplimiento bajo un razonamiento de *autonomía* como es el caso de las normas morales, según se revisó en el capítulo 1 de esta investigación.

Sin embargo, toda norma jurídica tiene de trasfondo un porcentaje importante de autonomía. A efecto de ejemplificar esta noción, podemos retomar el ejemplo en torno al semáforo que revisamos antes: el semáforo es usualmente respetado por los automovilistas, porque saben que el no hacerlo puede acarrearles un riesgo, o de forma posterior, una sanción (coerción). En otro sentido, respetan la señal que produce el semáforo porque saben que es *lo correcto*: de otra forma, si los automovilistas quisieran efectuar el cruzamiento en cualquier momento, al mismo

tiempo, gradualmente se bloquearían y ninguno terminaría por cruzar, o bien, los accidentes se reflejarían con gran frecuencia.

De esta forma, los sujetos a los que va dirigida la norma, *reconocen* (parte autónoma) que el respeto al semáforo no solo evitará una sanción en lo individual, sino que más allá, acatan la norma de conducta regulada por el semáforo al aceptar que dicha observancia es en beneficio de ellos mismos y del bien común. Al considerarlo como una medida justa, adecuada y legítima, su cumplimiento se vuelve algo natural. Inclusive, puede apreciarse, en el caso no se requiere de una argumentación amplia o vigorosa para sostener la idea que *respetar el semáforo es algo bueno*, pues incide realmente en la teleología de toda norma jurídica de buscar y preservar el bien común y puede también derivarse de una intuición moral en la que es conveniente, durante el tránsito de los vehículos, preservar algún orden para permitir una circulación eficiente en las intersecciones. Las ideas anteriores pueden ilustrarse en el siguiente esquema:



Descrito lo anterior, se considera que tanto legitimación como eficacia se encuentran relacionadas íntimamente entre sí: una actuación legitimada que goza de aceptabilidad tiende a un cumplimiento voluntario, así como una conducta tiene realización fáctica en tanto que el agente estima que su actuar es conforme a ciertos cánones sociales, mismos que considera valiosos.

Con base en lo expuesto, se considera que han quedado explicadas las razones por las cuales el proceso se erige como una verdadera institución, y la sentencia que pone fin a la actividad procesal tiene entonces que integrar un andamiaje complejo, pues debe intentar procurar recoger valores que dentro de una colectividad se consideren justos, y para ello, la búsqueda de la verdad histórica se convierte en una necesidad de primer orden como se expone a continuación.

### **2.2.2 ¿Búsqueda de la verdad o certeza judicial?**

Bajo el apotegma afirmado por Michele Taruffo (2008-1, p. 23) “*la verdad es la base de la justicia*,” se procede a tratar de establecer un concepto de lo que debe entenderse por *verdad jurídica*, limitando el alcance de esta investigación a una reflexión en torno a la verdad para efectos procesales, ya que el tema de la verdad en sentido puro tiene aproximaciones filosóficas que rebasarían la frontera temática propuesta.

Aun cuando en términos ideales se comparte la noción de que la verdad sólo puede ser más que una, y las “especies” que se derivan de ella tienen un carácter artificial, pero cuentan con alguna justificación en términos prácticos, se reconoce que la verdad judicial debe ser humilde, y aunque siempre deba aspirar a fundirse en una con la verdad histórica de los hechos, por los más diversos motivos esta condición no siempre se cumple. Un partidario clásico de nuestra postura inicial lo encontramos en Francesco Carnelutti, para quien la verdad no puede ser más que una, de modo que, o la verdad formal (jurídica) coincide con la verdad material, y no es más que verdad, o discrepa de ella y no es sino una no verdad<sup>108</sup>.

---

<sup>108</sup>Citado por MONTERO, Juan (2007, p. 48)

Expresando la preocupación que puede implicar la radical diferencia que puede existir entre la verdad histórica y la verdad judicial, el maestro Ovalle Favela (2003, p. 211), para quien el término “verdad legal” tiene un carácter medieval, cita a Scaccia: *“La cosa juzgada hace de lo blanco, negro; origina y crea las cosas; transforma lo cuadrado en redondo; altera los lazos de la sangre y cambia lo falso en verdadero”*.

Bajo un orden de ideas coincidentes, Couture señala *“la cosa juzgada es una exigencia política y no propiamente jurídica; no es de razón natural, sino de exigencia práctica”*<sup>109</sup>. Ugo Rocco refiere: *“la cosa juzgada se explica por un fenómeno de consunción, de agotamiento de la jurisdicción”*<sup>110</sup>. En ambos casos analizamos que la justificación de la verdad judicial tiene un trasfondo práctico, el cual se aparta de la discusión filosófica para clausurar el debate inherente y permitir a la institución procesal cumplimentar sus fines; no obstante lo anterior, conviene explorar, aun brevemente, cómo podemos ligar ese concepto de verdad judicial, bajo una óptica deontológica, con la justicia, sin que ello implique soslayar sus fines reconocidos –y necesarios– en la práctica<sup>111</sup>.

Las reflexiones del presente trabajo encuentran fundamento en las ideas de Montero Aroca y Michele Taruffo, perspectivas teóricas que si bien no resultan coincidentes en diversos aspectos, e incluso se encuentran en oposición en otros, el debate entre ellas resulta fecundo, conservando en mente el pensamiento del maestro Burgoa, quien señala *“...la verdad como absoluto nadie la posee, máxime cuando se trata de las disciplinas jurídicas que tienen, dentro del humanismo, la virtud de la opinabilidad”*<sup>112</sup>.

---

<sup>109</sup>*Ibidem*. En términos similares Carnelutti refiere: *“La cosa juzgada es un sacrificio de la justicia a la certeza”*.

<sup>110</sup> Citado por QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio (2008, p. 582)

<sup>111</sup> En esencia, la verdad judicial se traduce en la cosa juzgada: pone fin a una contienda de forma definitiva, por lo que en virtud de ella se decide lo que es Derecho es un caso determinado.

<sup>112</sup> Citado por CARRANCO, Joel (2005, p. XXI prólogo)

Así, en primer término, tenemos la opinión del maestro español Juan Montero Aroca (2007, pp. 41-53), quien propone el término de “certeza” como sustituto de verdad. Bajo este tenor, “certeza” es sustancialmente equivalente a la “verdad jurídica relativa”. La verdad que según Montero Aroca no puede ser alcanzada, es la verdad absoluta, ya dicha aspiración es demasiado ambiciosa y, además, no siempre es compatible con los principios y reglas conformadoras del proceso civil.

Según Montero, en el proceso y en la prueba tiene normalmente que existir un intento decidido de verificar, de la manera más próxima a la realidad, las afirmaciones de hecho que realizan las partes, pues la constatación de los límites en que opera el hombre y los principios del proceso no puede llevar, sin más, a renunciar que la sentencia se base en un relato de hechos probados que no responda lo más ajustadamente posible a cómo sucedieron las cosas realmente.

La determinación de cómo juega la prueba en el proceso sólo puede entenderse cuando se advierte que el juez juzga dentro del proceso y no puede hacerlo de otra manera. En este sentido, se ejemplifica de la siguiente manera: podrá decirse que no admitir una documental, porque la parte lo ha ofrecido una vez precluida la posibilidad legal para ello, es algo contrario a la búsqueda real de la verdad, pero no debe desconocerse que esa preclusión puede ser la consecuencia necesaria de un principio tan importante como el de economía procesal. De ahí que, como se anunció, para Montero sólo se pueda hablar de una “certeza” y no de una “verdad”.

Por tanto, únicamente se puede tener certeza cuando en las actuaciones, en las que se observó el principio de legalidad, pueda concluirse que se dieron elementos suficientes para que una afirmación de hecho se tenga como probada; en sentido contrario, podría igualmente concluirse que una afirmación de hecho no debe tenerse por probada, independientemente de su correspondencia con la

realidad, si en las actuaciones no existen los elementos que permiten llegar a la razonable conclusión de que fue acreditada o que fue obtenida legalmente.

En síntesis, Montero no refiere de manera expresa el término “verdad jurídica” o alguno similar, sino que, consciente de las limitantes naturales de esa búsqueda de la realidad, lo llama “certeza” a fin de evitar entrar en polémica directa con el concepto de verdad aunque sí distingue la diferencia entre una verdad histórica y lo que se hace llegar a un expediente.

Por su parte, el profesor Michele Taruffo expone, como prefacio a sus razonamientos, que la idea de “verdad judicial” puede parecer vaga, enigmática y dudosa. No obstante lo anterior, dicho autor sí le reconoce un valor al concepto en cita. Al desarrollar su teoría, refiere que las normas jurídicas definen el contexto de la verdad “judicial”, pero que todo tipo de verdad es de algún modo, “contextual”. Es más, los hechos en litigio en una causa se suelen comprobar en el proceso judicial usando los mismos medios (testimonios, documentos, grabaciones, argumentos inferenciales) que la gente común y corriente utiliza para descubrir la verdad en su vida cotidiana. Refiere dicho autor, no hay diferencia epistémica sustancial entre la verdad judicial y la verdad no judicial (es decir, ambas tienen una teleología común, y un modo análogo de arribar a sus conclusiones).

Taruffo coincide con Montero Aroca al razonar que la idea de una verdad absoluta puede ser una hipótesis abstracta en un contexto filosófico amplio, pero no se puede sostener racionalmente que una verdad absoluta pueda o deba ser establecida en ningún dominio del conocimiento humano. Esto es, la idea de una verdad absoluta parece pertenecer sólo a los terrenos de la religión y la metafísica. Por tanto, señala que en todo contexto de conocimiento científico y empírico, incluido el de los procesos judiciales, la verdad es relativa.

Con relación a las teorías privatistas y publicistas del proceso anteriormente descritas, Taruffo distingue dos teorías acerca de la verdad, las cuales coinciden con los axiomas respectivos dichas posturas argumentativas: por un lado, en las teorías coherentistas, relacionadas con las teorías privatistas, la verdad de un enunciado fáctico lo es sólo en la función de la coherencia de un enunciado específico en un contexto de varios enunciados. Dado que la verdad y la falsedad sólo se pueden predicar de enunciados, el único nivel posible para la verdad es el de los enunciados, esto es, del lenguaje y los relatos.

Puede vincularse la idea anterior con la concepción retórica de los elementos de prueba, considerándolos como un recurso persuasivo cuyo objetivo es simplemente crear en la mente del juzgador, una creencia de credibilidad sobre alguno de los “relatos” contados en el curso del litigio.

La coherencia del relato entonces desempeña un importante papel persuasivo, y los medios de prueba suelen tener por objeto constituirse como base para crear un relato convincente. Su enfoque típico es el de una persona interesada en lograr la victoria, aunque no se encuentre la verdad. Es más, sería mucho mejor no descubrir la verdad, desde la perspectiva del abogado, si la verdad resultara contraria a los intereses de su cliente; visión que encuadra con los ideales que sostienen las tesis privatistas del proceso.

Dado lo anterior, es dable concluir, de manera análoga en lo descrito respecto de las teorías privatistas, que las narrativas coherentes y persuasivas pueden ser falsas, o no pretenden ser verdaderas, desvirtuando los hechos. Se advierte, pues, un relativismo “fuerte”, por lo que este es el principal argumento para rechazar cualquier teoría de la verdad como mera coherencia en el contexto judicial, pues más que de un concepto de verdad o siquiera cercano al de certeza propuesto por Montero Aroca, se hace alusión a una construcción parcial, retórica, que debe ser expulsada de una recta concepción de la justicia.



Complementando la dualidad de posturas, en las teorías de la verdad como correspondencia, la verdad es resultado de la identidad del enunciado con un estado empírico del mundo. Como se aprecia, tiende a las nociones de las teorías publicistas al hacer alusión a una verdad histórica, a una verdad evidente que puede resultar fácilmente comprobable a través de los sentidos, sin necesidad de enunciados como lo propone la teoría coherentista.

Esto es, el contenido de la decisión es verdadero cuando coincide o corresponde con los sucesos que realmente ocurrieron en la situación empírica que son la base de la controversia judicial. La función de la prueba es justamente ofrecer al juzgador conocimientos fundados empírica y racionalmente acerca de los hechos de la causa, no recopilar historias contadas por algunas personas sobre esos hechos.

La teoría coherentista captura solamente algunos aspectos significativos del problema judicial de la verdad, mientras que la teoría de la correspondencia coincide mucho mejor con una concepción de la decisión judicial basada en la justicia y la verdad, por lo que también tiende a privilegiar el uso de pruebas periciales que aprovechen los avances tecnológicos, cuyos resultados pueden evitar las tendencias subjetivas de los relatos y testimonios que ofrezcan las partes para acreditar sus respectivas pretensiones. Expuestas las ideas anteriores, podemos extraer las conclusiones siguientes:

- a) Se coincide con ambos autores, por cuanto hace que la verdad alcanzada dentro de un proceso tiene una calidad relativa y puede no coincidir con la llamada verdad histórica;
- b) Se estima que la verdad de índole coherente posee un grado de relativismo fuerte, porque tiende eminentemente a la parcialidad, deformando el concepto de una verdad pura, sin tendencia o dirección alguna;

- c) Si bien en el terreno práctico el término “certeza” propuesto por Montero Aroca puede tener una acepción adecuada, se prefiere emplear el de “verdad jurídica” ya que se encuentra más apegado al principio que debe perseguir el proceso, y en su conjunto, el Derecho mismo, y
- d) Se considera acertada la tesis de Taruffo, al estimar que sí existe una diferencia entre la verdad no judicial y la judicial: mientras que la primera no depende de factores externos para su comprensión y creación, ya que se genera de manera espontánea en el acontecer diario de la vida, la verdad judicial es el producto de una actividad humana determinada. De ahí que deba reconocerse que sí es dable hablar de dos clases de verdades dentro del ámbito procesal, justificándose en términos prácticos.

Derivado de lo anterior, el concepto que se propone en torno a este tema es el siguiente: la verdad jurídica es la construcción epistémica creada a través de la práctica probatoria en un proceso jurisdiccional, reflejada en una determinación que ha causado estado, es decir, cuando lo resuelto por el juzgador ha adquirido autoridad y eficacia total al no existir medios de impugnación que permitan modificarlo, ya que la verdad jurídica es definitiva.

Como podrá apreciarse, el concepto que se propone encuentra una marcada similitud con el de cosa juzgada; sin embargo, dicho concepto encierra únicamente un matiz procesal, al ser considerado, por ejemplo, para efectos de ejecución, entre otros, en tanto que la verdad jurídica abarca un punto de vista sociológico y puede tener aproximaciones filosóficas. Por ello, es responsabilidad no tan sólo del juzgador sino también, y en mayor medida, de los abogados de allegar correcta y oportunamente los medios de convicción pertinentes que permitan sostener una pretensión.

Sirva una reflexión para procurar ejemplificar lo anterior: en un caso de violencia familiar, la víctima puede acudir oportunamente ante el ministerio público

a fin de formular su querrela y, previos trámites de ley, se ejercite acción penal en contra del probable responsable, siempre y cuando se acredite la probable responsabilidad y el cuerpo del delito.

Así las cosas, si la víctima no logra satisfacer tales requisitos, aunque sea sabido por sus parientes, amigos y vecinos (la sociedad) tal situación, el agente del ministerio público procederá a proponer el acuerdo de no ejercicio de la acción penal y considerar al probable responsable como inocente. De no impugnarse dicha determinación, la verdad jurídica alcanzada, entonces, será distinta a la verdad histórica.

En efecto, lo que se trata de evidenciar es que el agente de la representación social, al igual que cualquier otro decisor judicial, al momento de emitir su determinación, únicamente podrá hacerlo con base en los elementos que obren en la carpeta de investigación en ese momento: con la verdad jurídica que se ha creado hasta ese momento, que se perfecciona al momento de emitirse una resolución que cause estado.

Continuando con el ejemplo anterior, probablemente, la querellante procedería a promover su inconformidad, y tras confirmarse el referido no ejercicio, podría promover Amparo Indirecto, sólo para que se confirme, nuevamente, la determinación impugnada: verdad jurídica.

Desde luego, puede afirmarse que el problema radica en el desconocimiento de la víctima para recabar debidamente el material probatorio, factores de corrupción, desaseo en la institución reflejado en resoluciones deficientes, entre muchos otros aspectos que, acertadamente, pueden ser objeto de discusión dentro del escenario descrito.

Tales factores, aun cuando resultan externos y ajenos a la figura de verdad jurídica que se ha intentado describir, sí tienen la posibilidad de trastocar las ideas planteadas, en torno a la necesidad de intentar que verdad jurídica e histórica sean una, por lo que es necesario que los esfuerzos tanto de autoridades como de gobernados guarden coordinación entre sí con esta finalidad, lo cual podría facilitarse de promoverse una cultura de juridicidad y civismo entre ambos factores. Sólo de esta manera podremos acercarnos en mayor medida a materializar el espíritu de la función pública del proceso y contar con resoluciones que tengan como fundamento una apreciación adecuada sobre hechos acontecidos temporalmente, lo cual beneficiará integralmente a la sociedad y al Derecho mismo.

### **2.2.3 El debate en torno al concepto de justicia**

A pesar de que sea posible arribar a determinados consensos respecto a las nociones de moral, ética, virtud y valores que describimos en el capítulo anterior, probablemente uno de los conceptos que generan más conflictos para su definición, entendimiento y análisis es el de justicia. Este vocablo, que es empleado diariamente en los más variados aspectos de nuestro entorno, citado en discusiones de toda clase, nos hace creer que, en realidad, todos las personas poseemos algún conocimiento sobre la noción de la justicia: creemos, que al menos podemos discernir con generalidad cuándo una situación o un hecho pueden ser calificados como injustos, por lo que dicho de otro modo, los hombres poseemos capacidades intuitivas relevantes para discernir entre el bien y el mal, así como para la justicia y la injusticia. El pensamiento colectivo preserva alguna forma, vaga quizás, sobre lo que son y podríamos discernir si una situación es justa o no, aunque resulte complicado explicar su justificación.

Las posturas escépticas frente a una posible universalidad de conceptos abstractos son amplias, y sus críticas, diversas. Por ejemplo, el autor Michael

Walzer, citado por Juan Farina (1997, p.146) sostiene que siendo la justicia una construcción humana, es dudoso que pueda ser concebida de una sola manera.

En contraste, Rawls (2006, p. 441) destaca el sentido básico de la justicia como principio al expresar que una persona que carece de sentido de justicia carece también de ciertas actitudes naturales y de ciertos sentimientos morales de un tipo particularmente elemental. Dicho de otro modo, quien carece de sentido de justicia, carece de ciertas actitudes y capacidades fundamentales que se hallan incluidas en la noción de humanidad.

Juan Farina (1997, p.147) refiere: *“La aspiración que formula el sentido de justicia como principio universal es una voluntad destinada a atenuar la dominación, coerción, fuerza y violencia que unos seres humanos ejercen sobre otros”* Así, de acuerdo con este autor, un sentido de justicia con aspiraciones universalistas podría derivarse en la idea de que deben respetarse ciertos límites admisibles o razonables respecto de la invasión al plan de vida de cada hombre.

Esta conclusión parece recordar, en buena medida, a la tesis kantiana respecto al sentido de justicia bajo el cual los hombres no deben ser utilizados como meros medios por otros hombres, reflexión tras la cual Farina advierte que ese empeño de la comunidad política requiere un permanente esfuerzo persiguiendo un progreso moral (con un fundamento ético, convendría agregar). Kant<sup>113</sup> además agrega en su ensayo *¿Qué es ser ilustrado?* que la inclinación y vocación al libre pensar repercute gradualmente sobre el sentir del pueblo hasta llegar a los principios del gobierno, al cual le resulta benéfico tratar al hombre como algo más que una máquina, sino conforme a su dignidad.

---

<sup>113</sup> Cfr. KANT, Immanuel (2013, pp. 28-29).

Aristóteles analizó las diversas perspectivas desde las cuales puede analizarse el concepto de justicia, pero siempre arribando a la reflexión de que se trata de un valor. Sin manifestarlo de manera expresa, el Estagirita la considera como un valor supremo, ya que describe a la justicia como “suma total de virtudes”. En esa línea de un profundo humanismo, de manera afín con las ideas de Savater, Rawls expresa que *“el sentido de la justicia es una parte necesaria de la dignidad del ser humano”*<sup>114</sup>. Como contraposición, Farina (1997, p. 149) reflexiona sobre un escenario hipotético en el que hace alusión a la ausencia de otredad en nuestra sociedad –lamentablemente no tan irreal–:

*“La falta de un sentido de justicia socavaría nuestra capacidad de identificarnos a nosotros mismos como seres humanos puesto que no podríamos tener resentimientos ni indignación por los otros que nos atropellan en una sociedad donde nadie puede sentir resentimiento ni indignación entre sí por cuanto no existe un principio de respeto recíproco”.*

En ese sentido, como se había comenzado a esbozar en el capítulo anterior, la justicia constituye una virtud; es decir, debe exteriorizarse bajo una perspectiva de criterio orientador tendiente a procurar una convivencia armónica, tomando en consideración para el curso de nuestras acciones la dignidad de nuestros semejantes: ponernos siempre por un momento en su lugar de modo que pueda lograrse ese principio kantiano de ver a los hombres como fines, autónomos e irrepetibles, y jamás como medios o instrumentos.

Derivado de lo anterior, el Derecho debe ser comprendido y analizado como un sistema de normas y principios cuya finalidad sea la materialización efectiva de la justicia. No obstante lo anterior, el Derecho requiere de un andamiaje institucional que bien puede condicionar o limitar sus posibilidades, en tanto que el escenario

---

<sup>114</sup> Citado por FARINA, Juan (1997, p. 149).

ideal es que esa estructura se encuentre a su servicio. Dicho de otro modo, el sistema legal debe permitir, desde cualquier ámbito de operación del Derecho, o bien decisorio (conforme a lo expuesto en los apartados anteriores) a permitir su constante evolución y facilitar su adaptabilidad, ya que de otro modo las instituciones tenderán a impedir que la consolidación de la justicia, a través del Derecho, pueda tener lugar.

Pasando del pensamiento clásico de los griegos a la Edad Media, con Santo Tomás de Aquino, la fuerza de una ley depende de la magnitud de su justicia. Y bien, ¿cómo podemos determinar en qué caso una ley es justa? Santo Tomás responde: sólo cuando sirven al bien común, distribuyen equitativamente las cargas, no faltan el respeto a Dios y no exceden la autoridad del que las promulga. Si una ley deja de cumplir con estas características, no obligan en conciencia: se está moralmente obligado a cumplir las leyes justas, pero no las injustas.

No podríamos evitar en este apartado la definición clásica del jurista romano Ulpiano "*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*" (la justicia es la voluntad firme y continuada de dar a cada quien lo que le corresponde), misma que permanece sólida y útil hasta nuestros días, no sólo porque su brevedad encierra una gran profundidad, sino también porque deja abierta la posibilidad que esa voluntad se sirva de cualquier elemento para alcanzar ese alto valor. También puede mencionarse que regularmente es la definición a la que se acogen los doctrinarios, pues en torno a las reflexiones sobre la justicia se describen aproximaciones a ella, los órganos encargados de procurarla y administrarla, pero no es sencillo ubicar conceptos concernientes a ella, probablemente derivado de la complejidad que implica.

No obstante lo anterior, la definición aportada no constriñe al uso de la norma legal; puede valerse también de los principios o de la buena fe y verdad sabida; ello permite que la justicia pueda ser construida a partir del uso de cualquier elemento,

aunque como se comentó en el apartado anterior, debe considerarse que la justicia también debe acoger un grado de razonabilidad, o razón práctica, a fin de que pueda ser aceptada en un parámetro relevante de consenso.

Esta característica con que se pretende dotar a la justicia, se reconoce, puede ser altamente cuestionable. Los medios de comunicación, incluidas las redes sociales en la actualidad, ejercen una gran presión en la actividad jurisdiccional y en ocasiones tienden a desvirtuar los hechos, deformándolos y con ello trastocando el valor de la verdad judicial. Por ello se estima que la noción de justicia debe encontrar un sustento ético. Debe eliminarse la idea que la justicia conlleva un fuerte subjetivismo o relativismo: por recalitrante que resulte el ejemplo, ninguna persona con un coeficiente promedio estaría de acuerdo con meter a un infante a una lavadora como forma de castigo. Es decir, no se puede pretender negar *prima facie* que no es posible encontrar puntos de partida compartidos, lugares comunes entre los diferentes estratos de la sociedad que permitan modelar, bajo esquemas de afinidad de experiencia, concepciones justas, mismas que implicarán una relación estrecha con la ética.

En ese contexto, se comparte la visión del autor Ronald Dworkin quien propone en sus obras una lectura “moral” de la Constitución. Para la visión dworkiniana, el derecho debe intentar asimilar una moral crítica, a través de la cual puedan alcanzarse correcciones y valores universales. Otros autores, como Neil MacCormick, al parecer, reconocen demasiada ambición a dicha tarea jurídica y se limitan a referir que el fin del derecho es “acercarse” a esos lineamientos de moral crítica, pues alcanzarlos plenamente resulta improbable.

Decía el jurista Carlos Santiago Nino que el derecho clausura discusiones morales, lo cual desde el punto de vista que se describe, es correcto. La moral puede continuar la discusión, pero dada la naturaleza del Derecho, es necesario definir, al menos durante un tiempo, una situación específica que trastoca o es relevante para



los bienes jurídicos tutelados: ejemplifican lo anterior los casos relativos al aborto y el matrimonio entre personas del mismo sexo. Puede no compartirse el punto de vista adoptado, lo cual implica que la discusión continuará, pero al menos para el sistema jurídico, existe una respuesta, la cual parece, en ambos casos, satisfactoria<sup>115</sup>.

Es decir, no obstante que el conjunto normativo de una sociedad corresponda al código de valores imperante en uso por los decisores normativos, quienes idean, redactan y sistematizan sus enunciados para influir y difundir la adopción de esos paradigmas de acción, como se describió en su momento, corresponde a los jueces verificar si tales códigos de valores –aun y cuando vayan en contra de las preferencias o creencias internas de ellos mismos– en un ejercicio auténtico de parrhesía, corresponden a los intereses auténticos de la sociedad y, por ende, deben prevalecer o no, materializando la virtud en los jueces.

Ahora bien, este efecto de calificación debe realizarse institucionalmente a través de un juez, pues de lo contrario se producirían efectos perniciosos, y contrarios a los ideales del Estado de Derecho, traducido en los principios básicos de justicia y de moralidad plasmados en la Constitución del Estado de que se trate. Juan Farina comparte esta preocupación: (1997, p. 155) “*De otro modo resultaría peligroso, y hasta caótico, que cualquier persona pueda desobedecer la ley por considerarla injusta*”. Y es que, aunque generalmente el derecho positivo en general procura reflejar las opiniones morales dominantes (clausurando, al menos de manera momentánea los debates inherentes como se describió), sus disposiciones aún pueden ser cuestionables si no corresponden a principios sólidos de moralidad tendente hacia una universalidad, en armonía con el ideal ético.

---

<sup>115</sup> Se hace alusión a las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por las cuales se aprobaron como constitucionales las reformas atinentes a los ordenamientos correspondientes, para que ambas medidas fueran adoptadas en el otrora Distrito Federal.

En torno a esta reflexión en la cual comenzamos a distinguir las nociones de Derecho frente a la justicia, resulta ilustrativo el pensamiento de Juan Farina (1997, p. 157):

*“Derecho es, pues, lo recto, lo opuesto a lo torcido y a lo falso, como principio básico que debe orientar la conducta del juez y el criterio del legislador; en tanto que la ley es el mandato impuesto por el poder político conforme el criterio de quienes ejercen el poder, el que podrá responder a las exigencias de rectitud que implica el derecho o no”*

Y es que, cuando pretendemos realizar aproximaciones entre justicia y moralidad, es claro que existe una propensión generalizada para admitir que las costumbres morales y el contenido de sus juicios han sido y son variables tanto por la vertiente temporal como la espacial: cada sociedad y cada tiempo han adoptado como propios determinados lineamientos morales que, en sus contextos, parecían adecuados para mantener una convivencia pacífica entre sus integrantes. De manera incluso más pulverizada, algunos autores refieren que la moralidad llega a personificarse, y que existen tantos universos morales como personas. Sin embargo, también se admite que aun cuando lo que se considera como correcto o bueno no ha sido una constante en la historia de la humanidad, de un modo general los mismos conceptos básicos de correcto y bueno son universales: dicho de otro modo, siempre ha existido una dicotomía para diferenciar el valor intrínseco de las acciones y actitudes de los hombres, lo cual nos acerca al pensamiento de Kant y de Savater, respecto a la universalidad pretendida de la corrección moral, por un lado, y la importancia trascendental de la ética para el trato con nuestros semejantes, reconociéndonos a nosotros mismos a través del otro, es decir, en *otredad*.

Dicha concepción del otro es indispensable para lograr construir un concepto o ideal de justicia. Farina (1997, p.163), tomando como punto de referencia a

Bernard Williams, reflexiona que las consideraciones sobre la naturaleza humana, lo que para los hombres significa vivir en sociedad, contribuye a una concreta concepción de la moralidad, pues en el lado contrario, tendríamos al hombre amoral, verdadero “parásito del sistema moral”, pues se aprovecha de la sociedad y de las reglas morales que considera útiles a su favor pero no para ser cumplidas por él. Derivado de lo anterior, Farina considera: *“la justicia debe ser entendida como la valla de contención a comportamientos de esta naturaleza”*. De esta manera, Farina dota de un carácter protectorio, tutelar, a la justicia.

Por otra parte, Rawls refiere que tener una moralidad implica, por lo menos, el reconocimiento de principios que se aplican imparcialmente tanto a la propia conducta como a la de otros, pues el reconocimiento de principios morales tiene que manifestarse en que se acepta una referencia a ellos como razón para limitar las propias pretensiones: el deseo interno se encuentra topado, templado por una resistencia ética, que en el ámbito práctico se materializa a través de la virtud de la templanza, que antes se describió.

El pensamiento de Farina (1997, p. 164) se da cita con los ideales expuestos: *“Tener una moralidad es análogo a haber hecho un firme compromiso de antemano; pues uno tiene que reconocer los principios morales incluso cuando van en desventaja propia.”* Por tanto, Farina concluye contundente: *“De un hombre cuyos juicios morales siempre coincidieran con sus intereses puede sospecharse que carece en absoluto de moralidad”*.

Ahora, si resultara necesario proporcionar una definición aproximada de la justicia, después de haber realizado el recorrido teórico anterior, se propondría lo siguiente: es el valor cuyo objeto consiste en determinar qué condiciones deben

regir ante un problema con relevancia e interacción humana<sup>116</sup>, tomando en consideración elementos éticos, particularmente los concernientes a la dignidad humana, la libertad, la razón práctica y la imparcialidad<sup>117</sup>. Es decir, el clásico dar a cada quien lo que le corresponde se complementa, para evitar caer en digresiones positivistas puras, las cuales conforme al sentido de la presente investigación, deben ser rechazadas por las limitantes que encierran, y se nutre esencialmente en procurar garantizar un mínimo de bienestar a todo hombre, deseable para cualquiera que pudiera encontrarse en una situación similar, sostenida por una justificación intuitiva que no requiere conocimientos especiales, inmanente al raciocinio de todo hombre, y sin la injerencia de elementos que afecten la objetividad de manera prejuiciosa en la decisión adoptada.

Una vez que hemos establecido las razones por las cuales se considera que la justicia es un valor, al resultar intrínsecamente buena, es necesario exponer la manera en que se deriva esa clasificación, y cómo se puede comprobar, respecto a los valores en general, que efectivamente sean *valiosos*. Esta reflexión también se relaciona con la posibilidad de aspirar a establecer definiciones de carácter universal, en armonía con la esencia del ideal ético que encuentra su origen en la dignidad humana.

Para determinar la valía de un curso de acción, podemos identificar dos perspectivas: *a posteriori*, si tras haberlo experimentado nos produce placer o utilidad, como aseguran las posturas del hedonismo y el utilitarismo. Con base en las ideas expuestas anteriormente respecto al utilitarismo<sup>118</sup>, como contraparte de una ética deontológica, podemos observar inconvenientes: bajo estas perspectivas,

---

<sup>116</sup> No se acota únicamente al plano de lo jurídico, dado que hay otras discusiones, tales como dilemas morales que, sin estar estrictamente apegadas al derecho, tienen un contenido moral o emocional que implica una afectación a una persona o una pérdida, y por ello, debe buscarse también una solución justa en ellas.

<sup>117</sup> La imparcialidad se incluye en atención a las ideas del autor John Rawls, bajo el ejemplo del “velo de la ignorancia” y la conclusión a la que arriba: “*Justice as fairness*” (justicia como imparcialidad, en la que se trate de beneficiar a todos por igual, sin sobreponer los intereses propios).

<sup>118</sup> *Supra*, p. 77.

si realizáramos una conducta negativa –como asesinar– únicamente se asimilaría que se trata de una conducta mala después de haberla cometido. En particular respecto al hedonismo, si bien podemos describir al placer como una manifestación de la felicidad, tiende hacia un individualismo fuerte, relegando el ámbito de la otredad indispensable de un ideal ético; y el utilitarismo al calcular numéricamente las implicaciones de las consecuencias del acto, pierde de vista las características específicas de las personas involucradas, de modo que en este caso se requiere un acercamiento hacia los modelos deontológicos, que permitan conocer lo bueno aún antes de experimentarlo.

En este ámbito deontológico, probablemente uno de las exposiciones más sólidas la encontremos en el pensamiento de Kant. No restamos valor a los pensadores que lo antecedieron, desde la Grecia clásica, pero si se considera que el común denominador, en lo toral, del fundamento de los pensadores griegos (y algunos filósofos medievales) del bien ideal lo es una entidad suprema, no humana, quien lo posee en plenitud, un argumento ateo o laico puede cuestionar con facilidad esa identificación del bien. Por ello, como lo establece recurrentemente Savater, la ética es algo humano, no divino. Acotado lo anterior, para Kant, lo bueno se deriva de la conciencia moral: *“Obra de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre al mismo tiempo como principio de una legislación universal”*<sup>119</sup>. Como interpretación de esa máxima, que implica fuertemente el principio de otredad, el autor Carlos Díaz Hernández (2013, p. 61 y 62) obtiene: *“Obra de tal modo que tu comportamiento pueda ser tomado como ejemplo para todos, como norma universal”*. Es decir, la conciencia humana guía el actuar del hombre reflexionando si el curso de la acción adoptado es deseable para todas las demás personas, considerando que de la misma forma en que el sujeto activo de la acción produce una consecuencia, él es también objeto de las consecuencias de las decisiones de otros: es un recordatorio permanente a ponerse en el lugar del otro.

---

<sup>119</sup> Véase KANT, Emmanuel, *Crítica de la razón práctica*, 1a. ed., trad. de J. Rovira Armengol, Buenos Aires, Editorial La Página, 2003, p. 28 y ss.

Cabe destacar que esta voluntad, esta calificación que se realiza sobre el bien o mal del actuar sólo es auténtica –y por tanto digna– si proviene de una reflexión íntima y con plena convicción, sin que haya sido objeto de interferencias externas. La conciencia en el esquema kantiano requiere conservar en todo momento su autonomía, ya que es en este ejercicio de *autolegislación* en el que el hombre va agudizando sus facultades de percepción para determinar el curso de sus acciones. Desde luego, será natural errar, pero una conciencia auténtica, a través de un remordimiento, se marcará la pauta para experiencias futuras. Así, hacer el bien y evitar el mal, puede identificarse si mantenemos en mente el ideal *querer para los demás lo que quiero para mí, y en no querer para los demás lo que no quiera para mí mismo*. Si cumplo con tales deberes, puedo aspirar a que mi conducta sea categórica y dotarla con un significado de universalidad. Hasta aquí, parece, las ideas kantianas presentan una postura congruente y sólida: incluso por el más mínimo instinto de conservación aunado a una máxima de experiencia, en condiciones normales un hombre no deseará para sí mismo alguna situación que lo perjudique a él o sus bienes, a menos que pretenda conseguir un bien mayor, incluyendo el autosacrificio a que hemos hecho referencia cuando describimos el elemento heroico del ideal ético, en tanto que este sacrificio es determinado espontánea e individualmente<sup>120</sup>. Por ello, Kant considera que en la conciencia del hombre pueden encontrarse las respuestas, en tanto tenga la oportunidad de meditarlas serenamente.

Ante esta postura que hemos calificado de sólida, hay otras perspectivas que, aun cuando puedan ser consideradas como críticas, pueden ayudar a complementar las ideas de Kant, o al menos, generar nuevas perspectivas que inviten a reflexiones más profundas respecto del tema de los valores, puesto que sólo así tendremos una oportunidad de intentar comprender mejor qué es la justicia, se comparta o no la

---

<sup>120</sup> Supra p. 52.

definición que se ha propuesto, e inclusive, verificando que la importancia de definir algunos conceptos se diluye si se logra comprender su esencia.

### *Las ideas de George Edward Moore*<sup>121</sup>

En el pensamiento de este filósofo británico, lo “bueno” es una noción que considera simple, como lo es un color, de modo que las nociones simples deben partir de nuestras intuiciones, ya que no pueden explicarse: no se podría explicar a ningún ciego qué es el color amarillo. De aquí que denomine como “falacias naturalistas” los esfuerzos de filósofos y pensadores en tratar de brindar definiciones sobre lo que es bueno, en tanto que, como noción simple, resulta indemostrable: o se ve, o no se ve.

Este posicionamiento respecto del entendimiento sobre el bien es de singular relevancia, ya que de acuerdo a Moore es el fundamento de la ética. Es decir, de acuerdo a lo que este autor expone (y nosotros hemos reflexionado en el primer capítulo), es adecuado asumir que la ética parte de la pregunta qué es bueno o malo en la conducta humana; a partir de esta cuestión Moore se enfoca en el término “bueno” ya que en su opinión parece que la acepción de conducta no presenta ningún problema. Por ello, no podemos comenzar un estudio en torno a la ética y los valores que la sostienen sin antes procurar desarrollar una teoría en torno al concepto de “bueno”.

El problema que radica en procurar definir un objeto, es que usualmente lo describimos con otras palabras, pero existen nociones que Moore denomina simples, que no pueden ser reducidas a otra descripción: tal es el caso del color amarillo que se comentó. En ese sentido, Moore reflexiona en torno a un caballo: es posible definir ese animal con base a sus propiedades y cualidades, que pueden ser

---

<sup>121</sup> Vid. MOORE, George Edward. *Principia Ethica*, consultado en <http://fair-use.org/g-e-moore/principia-ethica/chapter-i>

enumeradas. Pero una vez que se han enumerado, y se han reducido a términos simples, no se puede continuar definiendo, ya que conlleva proyectar ideas o percepciones que, a menos que nuestro interlocutor también las haya ideado o experimentado, no podría comprender; por ejemplo, la suavidad o textura del pelaje del animal, o la rapidez de su movimiento respecto otros animales.

No obstante lo anterior, podría explicarse a un hombre qué es una quimera, aunque nuestro oyente nunca haya escuchado hablar de ella o visto una. La podemos describir como un animal con cuerpo y cabeza de león, con una cabeza de cabra sobresaliendo de su lomo y una serpiente en lugar de cola. Este objeto que se describe (la quimera) es un objeto complejo, compuesto de diferentes partes pero que pueden resultar familiar al oyente: tanto los animales como la forma en que deben ser integrados. En contraste, Moore refuerza la idea que tanto el color amarillo, como la noción de bueno, no son términos complejos, sino simples, y no pueden ser definidos; de aquí que se originen falacias naturalistas consistentes en procurar definir conceptos simples que requieren otra metodología para comprenderlos.

En opinión de Moore, el criterio de verdad en torno a la corrección de los actos es la pasión, pero de ésta no se pueden dar razones: refiere como reflexión que cuando su mano golpea la cabeza de un inocente niño huérfano, por muy repugnante que ello parezca, lo único demostrable es que un cuerpo en movimiento se desplaza e incide sobre un cuerpo en reposo. La razón no dice nada, la emoción, todo. Inclusive, imaginando ese escenario en una situación cotidiana, en la que una persona agrede a otra en una posición de desventaja, sin que nos sea revelado un contexto mayor, nos produce incomodidad, pues se percibe que el agresor aprovecha una posición de ventaja sobre el otro, sin que nos sea proporcionada alguna justificación sobre ese acto. Las pasiones que intervienen tienen razones implicadas no reveladas, pero siempre subjetivamente existentes: no es posible desligarnos de ellas.



Sin embargo, de las consideraciones expuestas no se desprende que el concepto de “bien” sea ininteligible: ese ideal, al igual que el resto de nociones simples deben ser aprendidas a través de la percepción y de la experiencia, lo cual da lugar a una intuición sobre la valoración de un acto o conducta. La postura de Moore cobra también relevancia desde un punto de vista lingüístico, ya que el bien no sólo puede ser utilizado en un contexto de filosofía y ética, pues va más allá y se emplea en la cotidianeidad, asumiéndolo como una forma genuina de aceptación o estado positivo del ser. Parece que lo anterior nos llevaría por la senda del subjetivismo, ya que frases comunes como “Mi desayuno fue bueno” o “El servicio de la cafetería es bueno” podrían ser calificativos como apreciaciones del hablante, con la posibilidad de ser cuestionadas por el oyente. Sin embargo, no deben eliminarse de esta intuición las justificaciones del hablante; las razones que lo llevan a considerar algún objeto o acción como buena. Es precisamente en la exposición de estas justificaciones, relacionándolas con el contexto del hablante, en que intuitivamente y con base en una razón práctica –o afinidad de experiencia–, se puede o no coincidir con su juicio. Así, en el primer caso, si el hablante padece alguna enfermedad cardiovascular y su desayuno consistió en una ensalada, se establece un vínculo encaminado a cuidar su salud, por lo que se concluirá que *su* desayuno fue bueno. En el segundo caso si el hablante nos proporciona más detalles, como lo es una pronta atención, la calidad de los alimentos y la supervisión de capitanes se facilitaría la construcción de un consenso en torno a su opinión, ya que abogando nuevamente a esa razón práctica, sería difícil considerar bueno un servicio en una cafetería cuyo tiempo de espera sea superior a 35 minutos. Desde luego, no hay normas jurídicas que establezcan qué tiempo de espera resulta razonable, ni mucho menos sanciones para aquellos establecimientos que superen esa temporalidad. Sin embargo, esta construcción se deriva de una referencia otorgada por el hablante, misma que es compartida por el oyente por una afinidad de experiencia.

Ahora bien, vinculando las reflexiones anteriores al concepto de justicia que nos ocupa en este apartado, de acuerdo a la idea propuesta, la misma podría constituir una noción simple, pues aun cuando puede ser analizada como un valor, o puesta en práctica, como una virtud, contiene diversos elementos que requieren una comprensión previa del auditorio para aprehender la idea transmitida. En este proceso analítico, sin duda, sea cual sea la postura epistemológica que se emplee, se arribará a la conclusión de que la justicia es buena, llegando a un punto central del pensamiento de Moore. De aquí, podríamos también derivar que al igual que en el caso de lo bueno, con base en la razón práctica, contamos con intuiciones sobre lo que es justo, identificando situaciones o decisiones que contravienen ese valor, ya que las comparamos con experiencias previas, compartidas por nuestra comunidad.

Y llegado este punto, si no tuviéramos experiencias previas, o quisiéramos afinar las existentes, ¿cómo puede ilustrarse la justicia? Respuesta: A través de sentencias que puedan poner en evidencia ese carácter. Parece ser que la tradición jurídica nacional, o en mayor medida nuestra idiosincrasia, presenta una clara inclinación a mediatizar decisiones judiciales cuestionables que tienden a deslegitimar al poder judicial y, en claro contraste, nos mostramos tímidos o inhibidos para reconocer, mediante un examen y argumentos que así lo justifiquen, resoluciones que pueden ser calificadas como justas. Por ello, a fin de clarificar este discurso en torno a la justicia, en el capítulo siguiente se presentan, por un lado, idearios judiciales prácticos que pueden ser investidos con este alto valor, así como un análisis sobre la aplicación del giro aretaico, pues sólo de esta manera, manteniéndola cercana en las labores el día a día como decisores interpretativos, normativos o judiciales podremos liberarla de los relatos y denominaciones de instituciones que la mantienen artificial o inerte para materializarla en beneficio ya no sólo de una sociedad, sino de la humanidad.

## Capítulo 3

### 3. Ejemplos prácticos del giro aretaico en la actividad jurisdiccional.

*“Los jueces son como los que pertenecen a una orden religiosa. Cada uno de ellos tiene que ser un ejemplo de virtud, si no quieren que los creyentes pierdan la fe”.*

PIERO CALAMANDREI<sup>122</sup>

Una vez que han sido expuestos los fundamentos teóricos de la investigación, a través de los cuales se pretenden hacer evidentes las relaciones necesarias entre ética, virtud y justicia, con el objeto de que las decisiones judiciales aspiren en mayor medida a materializar ese último elemento, es necesario analizar casos prácticos en los que podamos identificar esos componentes. A partir de esta labor descriptiva podrían distinguirse rasgos específicos que contribuyan a proponer una teoría más sólida en torno al giro aretaico, y al mismo tiempo despejar dudas o escepticismo en torno a su viabilidad práctica, pues hasta este punto algún lector todavía podría reflexionar respecto a las nociones subjetivistas con las que se suele acompañar a las discusiones sobre la justicia.

El propósito de esta investigación no será procurar disuadirlos; estamos conscientes que en el tiempo en el que estas líneas son escritas, mayo de 2017, el contexto nacional, sobre todo en el plano de impartición de justicia, es adverso y la confianza hacia sus instituciones se erosiona con una rapidez alarmante. Casos de corrupción de funcionarios públicos, como el tristemente célebre y mediático Javier Duarte en Veracruz, o la falta de avances y resultados en la investigación de 43 estudiantes normalistas desaparecidos en Ayotzinapa hacen dudar válidamente a la

---

<sup>122</sup> Citado por MALEM SEÑA, Jorge, *Op. Cit.* p. 380.

sociedad sobre la legitimación, utilidad y funcionamiento de los órganos de procuración de justicia. Sin ánimo pesimista, puede afirmarse que tales casos no son aislados y tampoco se circunscriben a una etapa o período particular de la vida nacional. Los lectores con mayor edad podrán recordar, sin mucha dificultad, asuntos similares durante toda la segunda mitad del siglo XX, con la evidente diferencia que, gracias a los avances tecnológicos de los medios de comunicación, ahora es mucho más complicado mantenerlos ocultos o disimularlos. Esta visibilidad obligada alienta este estudio, aun cuando en primera instancia pareciera un panorama poco propicio para hablar de justicia, de virtud y de ética en los jueces, aunque no por ello imposible.

Pese al entorno adverso que se complica con la influencia de factores internacionales, es posible reconocer el trabajo profesional y esforzado de algunos decisores interpretativos, normativos y judiciales que hacen de las necesidades sociales una inspiración constante en su labor; quienes impiden, merecidamente, una generalización tosca hacia el Estado y sus instituciones como entes corruptos y desnaturalizados de su función esencial: servir, entendida esta función más allá del ámbito legalista como ejercicio de atribuciones, sino el buscar y promover el mejoramiento constante de la sociedad.

En este sentido, tomando en consideración las ideas plasmadas en el capítulo anterior, en el que se reflexionó en torno a un concepto de justicia, y la forma en que resulta, a la vez, complicado pero poco relevante alcanzar una definición, un método eficaz para ilustrar no sólo a los operadores jurídicos, sino a cualquier persona en su mayor generalidad sobre lo que puede ser considerado como justo, es a través de ejemplos concretos, a través de los cuales el lector pueda advertir ciertos patrones que es posible identificar como afines a un sentido de corrección y de justicia.

Bajo esta premisa, en el presente capítulo se analizan tendencias jurisdiccionales que, si bien en su desarrollo y difusión teórica han sido omisas en citar expresamente elementos de virtud como aquí se propone, lo cierto es que sus características son afines al ideal ético que se ha descrito, en particular con el elemento de otredad: *ponte en su lugar*. Con esto, quedará evidenciado que en estas nuevas tendencias el papel de la ética comienza a cobrar mayor fuerza, para surgir como una guía definitiva que termine por abandonar por completo el estatismo y pesadez con que se encuentra atada en la actualidad con los “códigos de ética” para permitirle buscar, en un contexto dinámico y de Virtud, una solución adecuada a cada caso en el que se tengan como puntos de partida inamovibles la protección a la dignidad humana, la libre proyección de planes de vida y en última instancia como consecuencia de lo anterior, la felicidad de las personas.

### **3.1 Perspectiva de género**

En los años más recientes, los doctrinarios del Derecho han venido identificando determinadas resoluciones judiciales en las que el contexto tanto de las mujeres en particular, como de otros grupos que suelen representar minorías excluidas o que adolecen de fuertes cargas de prejuicios sociales, constituyen elementos que formaron parte del ejercicio reflexivo de los decisores judiciales, alejándose en algunos casos de la solución dada a través de reglas silogísticas.

Casos emblemáticos en el ámbito internacional que inciden en el derecho nacional como los identificados con las denominaciones “Campo Algodonero”, “Inés Fernández Ortega” y “Valentina Rosendo Cantú”, dan muestra de la falta de interés real por parte de los decisores judiciales de impartir justicia con los alcances más amplios que la expresión implica, pues en contraste, es común vincularlos con una función mucho más simplificada, como aplicadores mecánicos de normas jurídicas mientras ese elevado valor se pierde de vista, entre razonamientos que no soportan una crítica jurídica o que, inclusive más allá, van en contra del sentido común y

ofenden la inteligencia del lector, con independencia del grado de conocimiento jurídico que se posea.

Y bien, ¿qué significa *perspectiva de género*? Para responder lo mejor posible esta pregunta, es necesario contextualizar que, derivado de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, el ser humano y sus derechos adquieren una nueva dimensión para constituir el punto de partida de las actividades administrativas, normativas y, con mayor relevancia, de la impartición y procuración de justicia, al reconocerse en mayor medida su relevancia como elementos immanentes a la naturaleza humana cuya materialización efectiva permite asegurar un mínimo de bienestar y, con ello, la consecución del plan de vida de cada persona.

Bajo este nuevo paradigma<sup>123</sup>, se pretende que el Estado mexicano materialice las medidas necesarias a fin de que los derechos que se encontraran reconocidos en el ámbito internacional, pudieran ser efectivos y contar con protección jurisdiccional, lo cual redundaría en fortalecer el derecho a la igualdad y el acceso a la justicia; aspectos ambos que inciden de manera sustancial en la *perspectiva de género* como se procura explicar más adelante.

De lo anterior, debe aclararse que la esencia del control difuso de convencionalidad no debe implicar el incitar declaraciones de inconventionalidad de normatividad nacional, sino más bien establecer que en un caso concreto aplicar cierta norma llevaría a consecuencias contrarias al orden jurídico de mayor jerarquía. En este sentido, afín a las ideas contextuales que proponemos, el control de convencionalidad exhorta al decisor judicial a que, atendiendo a las

---

<sup>123</sup> Al respecto conviene tener presente el contenido del artículo 1° de la Constitución Federal: “*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. (...)* (El énfasis es propio)

circunstancias del caso, determine la procedencia y viabilidad de una aplicación normativa, o bien, la rechace con el objeto de perseguir un ideal de justicia cuyo referente es un tratado internacional.

La breve referencia efectuada tiene por objeto sostener una postura en el sentido de que dicha reforma constituye el origen de la *perspectiva de género*, no sólo porque esta perspectiva constituye una manifestación que engloba integralmente diversos derechos humanos, sino también porque a partir de su reconocimiento fuera del ámbito internacional, es que pudo tener lugar un desarrollo importante en materia de reflexión principalista con aproximaciones relevantes a los elementos que le son inmanentes en común como género y especie: igualdad y justicia; aproximaciones que por su naturaleza tienden a proponer distanciamientos de los esquemas silogísticos y fomentar una visión más humanística del Derecho.

Hecho lo anterior, la definición que se propone para *perspectiva de género* para el ámbito judicial en el protocolo publicado por nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación en julio de 2013<sup>124</sup> consiste en: *“Juzgar con perspectiva de género implica hacer realidad el derecho a la igualdad. Responde a una obligación constitucional y convencional de combatir la discriminación por medio del quehacer jurisdiccional para garantizar el acceso a la justicia y remedia, en un caso concreto, situaciones asimétricas de poder”*.

Respecto de la definición anterior conviene aclarar que aun cuando se encuentra enfocada hacia el plano de la decisión judicial, lo cierto es que sus elementos esenciales, sobre todo el relativo a *“hacer realidad el derecho a la igualdad”* puede resultar igualmente aplicable para cualquier decisor e integrante de la sociedad. Y ello es así, ya que el punto esencial de la perspectiva de género radica en involucrarse en el contexto de las personas (en particular mujeres),

---

<sup>124</sup> p. 73. del citado protocolo.

superando estereotipos y prejuicios que aun cuando tienen su origen en la sociedad, en el plano individual son adoptados –consciente e inconscientemente–, a fin de evitar que esa primera cortina epistemológica nos impida reconocer el derecho de otra persona a la formalización de su plan de vida.

Por su parte, la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia prevé la definición siguiente<sup>125</sup>:

*“Es una visión científica, analítica y política sobre las mujeres y los hombres. Se propone eliminar las causas de la opresión de género como la desigualdad, la injusticia y la jerarquización de las personas basada en el género. Promueve la igualdad entre los géneros a través de la equidad, el adelanto y el bienestar de las mujeres; contribuye a construir una sociedad en donde las mujeres y los hombres tengan el mismo valor, la igualdad de derechos y oportunidades para acceder a los recursos económicos y a la representación política y social en los ámbitos de toma de decisiones”.*

Como puede advertirse, la ley más que una definición propone establecer los alcances y justificaciones de la perspectiva de género como un modelo a través del cual se pretende identificar y cuestionar estereotipos ligados tradicional y culturalmente a las mujeres, los cuales tienden a ubicarla en una posición desventajosa respecto a los hombres en el ámbito social.

En efecto, asignar estereotipos constituye *“el proceso de atribuirle a un individuo, características o roles únicamente en razón de su aparente membresía a un grupo particular... lo que significa que se hace innecesario considerar las habilidades, necesidades, deseos y circunstancias individuales de cada miembro”*<sup>126</sup>. Los estereotipos hacen creer a las personas, en algunos casos de manera arraigada y aceptada plenamente, que una persona al vincularse a determinada categoría posee atributos o características por el solo hecho de

---

<sup>125</sup> Artículo 5, fracción IX. Publicada en el DOF el 1° de febrero de 2017.

<sup>126</sup> COOK, Rebecca y CUSACK, Simone (2009), p.1.



pertenecer a dicha categoría, por lo que actuará de conformidad con la visión generalizada o preconcepción existente acerca de la misma: todas las dimensiones de la personalidad que hacen que una persona sea única, que permitan reconocer su dignidad serán disminuidas o invalidadas a través de ese enfoque prejuicioso, y en consecuencia serán filtradas a través del lente de dicha visión generalizada o preconcepción sobre el grupo con el cual se le identifica, anulando la posibilidad de autodeterminación de las personas, así como para el sujeto que estereotipa la posibilidad de *conocer y entender* al otro; de aquí que recordando el ideal ético, al considerar como válido un estereotipo ambas entidades se cosifican, en detrimento de ambos.

Por otra parte, la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación en su *Protocolo para juzgar con perspectiva de género* (“Protocolo” en lo sucesivo) atribuye a la perspectiva de género un análisis con las siguientes características:<sup>127</sup>

- ✓ Permite visibilizar la asignación social diferenciada de roles y tareas en virtud del sexo, género o preferencia/orientación sexual;<sup>128</sup>
- ✓ Revela las diferencias en oportunidades y derechos que siguen a esta asignación;
- ✓ Evidencia las relaciones de poder originadas en estas diferencias;
- ✓ Se hace cargo de la vinculación que existe entre las cuestiones de género, la raza, la religión, la edad, las creencias políticas, etc.;
- ✓ Pregunta por los impactos diferenciados de las leyes y políticas públicas basadas en estas asignaciones, diferencias y relaciones de poder, y
- ✓ Determina en qué casos un trato diferenciado es arbitrario y en qué casos necesario.

---

<sup>127</sup> p. 64. del citado protocolo.

<sup>128</sup> Sobre este punto conviene agregar que, como se expone más adelante, aun cuando la perspectiva de género se centra en la dicotomía de hombre-mujer, así como los roles y características que social y culturalmente les han sido asignados, sus reflexiones también pueden ser aplicables hacia cualquier otra manifestación de estereotipo y prejuicio, como lo son hacia homosexuales, indígenas, menores de edad, entre otros.

En ese sentido, la perspectiva de género tanto en el ámbito del decisor judicial como en cualquier otro pretende buscar el enfoque o contenido conceptual derivado de un punto de vista diferente atribuido a otra persona, con el objetivo final de evaluar la realidad con una postura incluyente, que impida la adopción de determinaciones tendentes a discriminar o limitar la dignidad de las otras personas tomando en consideración el seguimiento de guiones de identidad ideados culturalmente.

Desde el enfoque del ideal ético, esta concepción no parecería novedosa, ya que se circunscribe al ámbito de *otredad* del que ya hemos hablado, reflejado en reconocer la existencia y derechos del otro. Por ello, cabe adelantar, que a través del reconocimiento, análisis y utilización del esquema de perspectiva de género, implícitamente, se estaría empleando la Jurisprudencia de la Virtud como se propone, aclaración que también motiva a la reflexión ante posturas escépticas de la utilidad práctica y conveniente de modelos basados en perspectivas con deferencia hacia la ética.

Por otra parte, es oportuno que nos detengamos un momento para observar, en torno a la idea de igualdad, la manera en que incide en la perspectiva de género y cómo podría relacionarse con la Jurisprudencia de la Virtud para demostrar una materialización práctica de un concepto que –lamentablemente– en el ideario de la mayoría de los decisores, no constituye un punto de partida ni es relevante para efectos de adoptar una determinación.

Frente a esa postura, para demostrar su aplicación en casos concretos, la igualdad debe comprenderse como principio y como derecho<sup>129</sup>. Esta acepción no tiene por objeto desconocer las reflexiones teóricas en torno al concepto de

---

<sup>129</sup> Cfr. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, p. 30 y ss.

igualdad, como lo son las plasmadas por Aristóteles y otros filósofos que al día de hoy se mantienen vigentes. Sin embargo, al igual que el concepto de justicia cuestionado con anterioridad, que a la fecha permanece vigente, pero que pocas respuestas prácticas puede proporcionarnos, es también válido preguntarse si la idea toral de *tratar igual a los iguales, y desigual a los desiguales* se encuentra en posibilidad de continuar representando el punto de partida para tratar el tema de igualdad.

Como principio, la igualdad fundamenta y da sentido a todo principio jurídico, así como a la actividad de los decisores jurídicos, de modo que constituye una guía hermenéutica en la interpretación, elaboración y aplicación del Derecho. Con esta afirmación se busca dotar a la igualdad de un sentido incluyente e integral, bajo el cual se permita a cada persona contar con el mismo número de posibilidades reales de actuación y consecuencias frente a cualquier otra persona en un mismo contexto. Dicho de otro modo, la igualdad debe reconocer las diferencias de toda clase de las personas, para que ante una situación particular, dichas distinciones no representen obstáculos para el ejercicio de un derecho o el libre desarrollo de un plan de vida, lo cual implicará adoptar decisiones que busquen reducir las desigualdades materiales para procurar, en la medida de lo posible, que las diferencias no lesionen o reduzcan las posibilidades o aspiraciones de las personas.

En ese sentido, es necesario ubicar un punto de referencia sobre el cual se construya la idea de igualdad, de forma que al realizar un juicio de comparación entre una persona, contrastando su contexto y situaciones particulares frente a lo imperante –que es precisamente lo que pretende regular la normatividad– puedan identificarse qué elementos requieren de una lectura particular tomando como punto de partida la autonomía de las personas; perspectiva que resulta afín al ideal ético con la reflexión *ponte en su lugar*, sin que ello implique que adoptemos de manera única un modelo predeterminado, enalteciéndolo para minimizar o restar

importancia a los que difieran de éste. Al respecto, la reflexión contenida en el Protocolo es elocuente:

*“Esto no significa que exista un punto de referencia constituido por una idea única de ‘sujeto neutral universal’ que constituya el modelo aspiracional de todos los proyectos de vida. La pretensión de la igualdad no es ‘asimilar’ a las personas a esa idea única de sujeto; más bien reconocer la validez de una diversidad de proyectos posibles.”<sup>130</sup>*

En efecto, la idea central que debemos conservar en torno a nuestras reflexiones sobre la igualdad, no es la deformación de la realidad con el objetivo de forzar nuestra concepción de persona, así como el trato que tenemos respecto a ellas a manera de producción industrial, idéntica para todos los casos y circunstancias, sino en *reconocer* las diferencias existentes entre todas las personas, fortaleciendo un esquema de pluralidad que debe imperar y caracterizar a las sociedades democráticas. Como puede advertirse, este paradigma trasciende más allá de las decisiones judiciales, pues tiene aplicación ordinaria en las relaciones humanas cotidianas, y tanto la ética como la virtud constituyen elementos funcionales necesarios para analizar y comprender mejor cómo profundizar en la identificación y procesamiento de tales pluralidades, asegurando ese mínimo de bienestar pretendido por cualquier sistema jurídico.

Por su parte, la igualdad como derecho constituye una herramienta para acceder a la justicia, ya que es a través de ésta que las personas pueden vislumbrar la realización efectiva del resto de sus derechos. De esta manera, la igualdad constituye un elemento que permite el tránsito de la justicia, como un medio en el cual ésta puede tener su origen, si bien es necesario distinguir ambos elementos ya

---

<sup>130</sup> p. 51. del citado protocolo.

que aun cuando se encuentran en común con un carácter prestigioso o favorable, lo cierto es que constituyen ideas distintas.

Así, la igualdad como derecho, al poseer un carácter dinámico de acuerdo al contexto en el que se le invoque, en la práctica se materializa con una serie de medidas de compensación que buscan reducir o eliminar los obstáculos y condiciones de facto, creados tanto por la sociedad, la cultura y situación económica de las partes involucradas, que impiden o tienden a reducir la defensa eficaz de los propios intereses.

Si bien con las ideas anteriores se pueden encontrar ejemplos con facilidad en la normatividad del siglo XX (sobre todo por cuanto hace a la postura de inferioridad de la mujer respecto del hombre en todos los roles sociales), lo preocupante es que en estos primeros lustros del siglo XXI aún persisten decisiones jurídicas que tienden a vulnerar los planes de vida no sólo de mujeres, sino de otros grupos históricamente excluidos, que aun cuando algunos doctrinarios tienden a denominar como “minorías”, pareciera que las tendencias actuales desmienten este calificativo que disimula la dimensión del problema. Y es que la perspectiva de género, como la hemos descrito, aun cuando en un principio se enfocó hacia el sexo femenino, su amplitud protectora en la actualidad ha buscado tutelar los intereses de esos otros grupos que, derivado de una fuerte carga de estereotipos y prejuicios sociales, impiden el pleno desarrollo de sus respectivos planes de vida, vulnerando en última instancia su dignidad humana.

Como ejemplo de lo anterior, tenemos que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación durante la Octava Época –que no parece tan remota– sentó los precedentes para el criterio jurisprudencial que consideró la cópula realizada con violencia en el matrimonio sin que configurase el delito de violación,

sino únicamente el ejercicio indebido de un derecho<sup>131</sup>. Aunado a la incomodidad que genera este criterio, ya que aminora el delito de violación en un contexto que despoja a la mujer de su autonomía y de su libertad –la cosifica, en el ideal ético–, lo que en realidad debe preocuparnos es que en esa integración de la Primera Sala haya habido dos mujeres (Clementina Gil de Lester y Victoria Adato Green) que hayan votado favorablemente el criterio, sin ninguna salvedad. Esta situación también podría evidenciar la falta de sensibilidad de los decisores judiciales frente a otras realidades y contextos, diversos al entorno en que se desenvuelven; característica que contraviene frontalmente la Jurisprudencia de la Virtud como se propone<sup>132</sup>.

Por tanto, tenemos que en primer término el problema de la perspectiva de género radica en un escaso o deficiente esfuerzo por detectar y cuestionar decisiones que atentan contra la dignidad de las personas basados en categorías que no guardan relación con los fines últimos de la normatividad de que se trate y, en instancia final, con el Derecho mismo. Nótese que hemos empleado el término “persona” y no mujer como tal vez podría esperarse, ya que el ejercicio de perspectiva debe ser integral y ampliarse hacia otros grupos que se encuentran en una posición de desventaja cultural. Inclusive, si se analiza con detenimiento este argumento, podremos advertir que, en realidad, bajo una perspectiva aretaica, todos los casos requerirían un conocimiento particular del contexto en que se desenvuelven las partes, ya que como se expresó líneas arriba, no pueden existir dos casos exactamente iguales y sus rasgos distintivos son los que pueden dar pie para adoptar una determinación diferente.

---

<sup>131</sup> Jurisprudencia 1a./J. 12/94, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXIII, febrero de 2006, p. 277 con rubro “EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO Y NO DE VIOLACIÓN, DELITO DE.”

<sup>132</sup> La autora Martha Nussbaum (1997, p. 129) al respecto reflexiona: “*si no podemos imaginar lo que sufren las mujeres a causa del acoso sexual en el trabajo no podremos sentir nítidamente que esa ofensa constituye una grave infracción social que la ley debería remediar*”.

Siguiendo esa línea de reflexión, encontramos que el segundo problema de la perspectiva de género se refleja en un conocimiento inexacto y –por desgracia generalizado– en torno a ella, inclusive entre los propios decisores judiciales. De acuerdo con el diagnóstico efectuado en la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>133</sup> se advirtió que “...entre el personal jurisdiccional del Alto Tribunal predomina la idea errónea de que adoptar la perspectiva de género significa ‘no hacer distinción alguna entre hombres y mujeres’”. A diferencia de otros elementos en los que se detallan datos concretos, con esta afirmación puede asumirse válidamente a través del uso del término “predomina”, el autor del diagnóstico encontró que en su mayoría tales decisores judiciales no tienen una idea correcta sobre la perspectiva de género, lo cual indudablemente tiene por efecto su falta de aplicación, o bien, que ésta sea deficiente y no alcance los parámetros de corrección deseados.

Esta situación se agrava cuando la perspectiva del decisor presenta rasgos de rigidez o hermetismo que impiden la reflexión en torno a estos nuevos paradigmas. Por ejemplo, el mismo diagnóstico referido, entre otros puntos detectados, advierte que algunos decisores consideran que observar la situación concreta de las personas, y resolver de manera diferente a como tradicionalmente se hace, violentaría el principio de igualdad, sobre todo en materias ajenas al Derecho familiar. Es decir, se percibe que la perspectiva de género, al alejarse del esquema de seguridad, de comodidad que brindan las premisas y una conclusión, es peligrosa y, por tanto, debe descalificarse y disminuirse.

Y es que otra vertiente que por desgracia tiende a prevalecer el ideario de los decisores jurídicos es el de la llamada *revictimización*. Es decir, no obstante que una persona haya sufrido algún agravio o delito, en lugar de que ello genere un sentimiento de solidaridad o empatía, la lectura que se obtiene de los hechos que

---

<sup>133</sup> Visible en el *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, julio de 2013, de dicho órgano jurisdiccional, p. 9.

envuelve a la víctima tiende a culpabilizarla de lo acontecido, de modo que se busca trasladar la responsabilidad del ilícito del activo al ofendido.

Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en el criterio contenido en la tesis aislada con rubro VIOLACION, DELITO DE. LA RESISTENCIA QUE LA VICTIMA OPONGA, DEBE SER REAL, SERIA, EFECTIVA Y CONSTANTE EN EL. (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS)<sup>134</sup>, en el cual se establece expresamente que para la integración del delito de violación, debe acreditarse que la víctima opuso resistencia, y que ésta fue real, seria, efectiva y constante, y que tal oposición fue superada por la fuerza física o el temor a un mal inminente.

De esta redacción podemos advertir que el decisor sustentante está imponiendo a la víctima una carga probatoria adicional para que la conducta sea considerada como típica, lo cual conlleva que se posicione en una situación de desventaja frente al activo, pues las características citadas por el decisor podrían desvirtuarse, al percibir que sin importar las condiciones particulares de los hechos, parece que siempre existe la posibilidad de la víctima de oponerse; dicho de otro modo, este criterio *exige* a la víctima que actúe hasta las últimas consecuencias, poniendo inclusive en riesgo su integridad física para que el delito de violación pueda configurarse. Por tanto, puede considerarse como un paso en la dirección correcta, que dicho criterio, desafortunado y tan poco atinado, no haya contado con los precedentes suficientes para ser elevado a la categoría de jurisprudencia, ya que en este supuesto el juzgador difícilmente podría cuestionar su aplicabilidad en un caso concreto, máxime si se trata de un criterio emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Este problema de revictimización, como se comentó, no es exclusivo del decisor judicial. Sin ahondar en reflexiones sociológicas, que rebasarían los límites

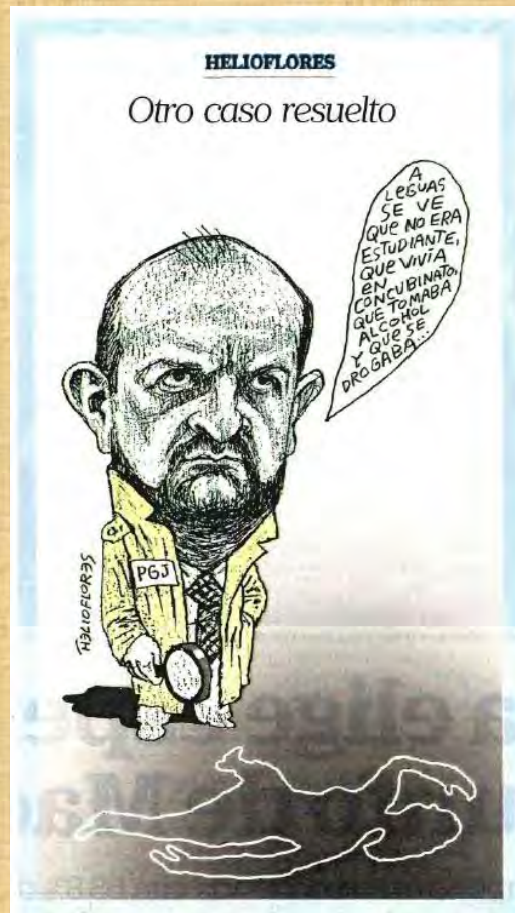
---

<sup>134</sup> Tesis XX.16 P, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo II, julio de 1995, página 285, número de registro 204850.



de la presente investigación, es común que la sociedad tienda a calificar prejuiciosamente los hechos delictuosos, y que los decisores interpretativos también caigan en líneas de investigación falaces que contribuyan, *a priori*, a intentar demostrar y sostener las afirmaciones iniciales. Esto es, pareciera que en primer lugar se establecen conclusiones y con posterioridad se recaban las pruebas que las evidencien, lo cual va en claro detrimento de la credibilidad y legitimación de las instituciones, así como del Derecho mismo. Y lo que es peor: con dichos esquemas de actuación, en nada se contribuye para afianzar el Estado de Derecho, lo cual termina erosionando la percepción general de confianza y solidaridad que debe imperar en la sociedad democrática ideal.

Como muestra de lo anterior, a inicios de mayo del año 2017, fue encontrada sin vida una mujer en uno de los espacios abiertos de Ciudad Universitaria, y dado el sitio en que fue hallado el cadáver, así como sus circunstancias, dicho evento tuvo un carácter mediático por varios días. Desde luego, con independencia de los elementos que rodearon el caso, debemos poner de relieve en primer término que una persona perdió la vida, y que corresponde a las autoridades esclarecer las circunstancias bajo las cuales acontecieron los hechos para así identificar a los culpables (si no se determina que se trata de un suicidio) y que la denominación de “procuración de justicia” pueda materializarse. Sin embargo, por lo que se desea llamar la atención sobre este caso al considerar que ilustra las ideas expuestas en cuanto a revictimización, es debido a la publicación en un periódico de circulación nacional, derivado de dicho suceso, del siguiente cartón:



Esta sátira de Rodolfo Ríos Garza<sup>135</sup>, entonces Procurador General de Justicia de la Ciudad de México, ironiza los razonamientos implicados en sus declaraciones, a todas luces precipitadas y sin evidencias determinantes, efectuadas por esa procuraduría en la Red Social “Twitter”, en las que se informó que la joven, de 22 años, no estudiaba, debía materias, bebía alcohol, consumía drogas y vivía en concubinato<sup>136</sup>; elementos bajo los cuales algunos sectores de la sociedad, con una perspectiva prejuiciosa, podrían tender a “justificar” lo sucedido además de sentar anticipadamente líneas de investigación. Contrario a este efecto, que alguna voz pudiera señalar incluso como premeditado, tales comunicados causaron indignación en la referida red social, hasta el punto de crear un *hashtag*

<sup>135</sup> Cartón publicado en el periódico “La Jornada” de 8 de mayo de 2017.

<sup>136</sup> Vid. Nota del periódico “La Jornada” *Retira procuraduría de la CDMX tuits sobre la joven hallada en CU*, publicada el 6 de mayo de 2017. Consultable en <http://www.jornada.unam.mx/2017/05/06/politica/010n2pol>

“#SiMeMatan”, haciendo alusión a la manera en que indebidamente la procuraduría emitía información confidencial relativa a una investigación en curso, en contraposición a los protocolos correspondientes, así como a la forma en que, derivado del estilo de vida de la víctima –parecía sugerirse– se generó el ilícito, lo cual lejos de coadyuvar al esclarecimiento de los hechos, tienden a cubrirlos con un matiz de parcialidad inminente. Como puede imaginarse, la procuraduría retiró con posterioridad tales mensajes, responsabilizando a la oficina de comunicación social respectiva del error; en este caso la preocupación de la sociedad debe encaminarse a cuestionar esa actuación de los servidores públicos, que lejos de apegarse a un código o procedimiento particular que proteja la imagen de las víctimas, las minimiza y revictimiza, en franca oposición al esquema de perspectiva de género.

Para concluir este apartado, y con el propósito de poner en evidencia la manera como se manifiesta la perspectiva de género en el ámbito judicial, se analizan dos casos con el objeto de contrastar, primero, la manera que este esquema fue empleado adecuadamente y en el segundo cómo la falta de su aplicación conduce a un resultado que puede calificarse como injusto, con soporte de consideraciones objetivas.

*El Caso de Mariana Lima: una aplicación de la perspectiva de género*<sup>137</sup>.

De acuerdo con las ideas que han quedado plasmadas, este asunto puede ejemplificar de manera nítida el esquema de perspectiva de género, así como una aspiración de realizar acciones tendentes hacia la justicia. Por ello, frente a las resoluciones que suelen volverse mediáticas, y que para efectos comerciales resultan atractivas o hasta morbosas al evidenciar las deficiencias de nuestros decisores judiciales, no podemos dejar de lado o soslayar las determinaciones que nos demuestran lo contrario y que, por desgracia, difícilmente son difundidas, lo cual

---

<sup>137</sup> Amparo en Revisión 554/2013, del índice de la Primera Sala de ese Alto Tribunal. Resuelto el 25 de marzo de 2015, bajo la ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, la Secretaria fue Karla I. Quintana Osuna.

dicho sea de paso, también podría evidenciar un vicio de nuestra cultura en la que los logros y éxitos de nuestros semejantes tienden a ser cuestionados o poco valorados; observación que como se acotó merecería una reflexión de carácter sociológico de la cual no podemos ocuparnos aquí. Sin embargo, si era necesario detenerse un momento para denunciar que esta también puede ser una razón por la cual el desprestigio del decisor judicial es una nota constante de la percepción de la sociedad, a pesar de que sea innegable la existencia de personas comprometidas con su actividad y la ejercen con la conciencia de los efectos que pueden generar para transformar la vida de las personas, alterando, en algunos casos, de forma decisiva su plan de vida.

Con base en la introducción anterior, es evidente que la sentencia en análisis es capaz de generar un sentimiento de empatía importante, y desde que conozcamos el contexto de la misma el lector podría adivinar el por qué: la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación analiza la constitucionalidad de la omisión y posterior resolución en torno al no ejercicio de la acción penal –es decir, dar por concluida la investigación sin establecer un culpable– respecto a un caso de presunto suicidio que, de acuerdo a sus características, y sin necesidad de contar conocimientos particulares jurídicos, técnicos o de cualquier índole especializada, resulta inverosímil a todas luces; situación que el decisor judicial hace evidente de manera excepcional, a través de un estudio pormenorizado que podríamos calificar de pedagógico para los funcionarios que intervinieron en la investigación, al poner de relieve las (gravísimas) deficiencias ocurridas durante la investigación.

Los hechos más relevantes del asunto son los siguientes<sup>138</sup>:

- ✓ El 29 de junio de 2010, Mariana Lima Buendía fue encontrada muerta en su domicilio en Chimalhuacán, Estado de México, ya que de acuerdo a la

---

<sup>138</sup> Cfr. pp. 2 a 20 de la sentencia en cuestión.

declaración de su marido se encontraba colgada en su habitación, por lo que procedió a descolgarla y tenderla en la cama. Es necesario precisar que: 1) el esposo se desempeñaba como policía judicial en la demarcación, y 2) la escena del hecho no fue conservada debidamente, por lo que elementos tan lógicos para efectos de integrar la investigación como lo es el propio cordel con el que presuntamente se encontraba colgada la víctima, no fueron recabados ni mucho menos analizados.

- ✓ El esposo declaró que no deseaba formular denuncia por el delito de homicidio, ya que Mariana se había quitado la vida; en contraste su madre, la señora Irinea Buendía describió en su declaración la violencia física, económica y moral que Mariana padecía durante su vida conyugal y formuló la denuncia por su homicidio y en contra de quien resultara responsable.
- ✓ El 15 de junio de 2011, Irinea Buendía se inconformó con los dictámenes de criminalística y necropsia, sin embargo sus observaciones fueron consideradas “apreciaciones personales”. El 16 de agosto solicitó una reconstrucción de los hechos y fue denegada dado que la indagatoria ya contaba con los medios pertinentes, idóneos y suficientes para establecer que la causa de la muerte de Mariana se debió un suicidio.
- ✓ El 9 de septiembre de 2011, se determinó el no ejercicio de la acción penal. El 19 de noviembre siguiente Irinea Buendía presentó un primer escrito con su inconformidad ante el Agente del Ministerio Público que lo propuso, y un segundo, en el que solicitó al Procurador General de Justicia del Estado de México la revisión de dicha determinación.
- ✓ Fue hasta el 15 de marzo de 2012 que se informó a Irinea Buendía que la determinación combatida no podía ser revocada por la Fiscalía Especializada en Femicidios al ser emitida por los Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador estatal, y se le solicitó que precisara si deseaba la

revisión de dicha resolución, de acuerdo al segundo escrito presentado. Esta determinación constituyó el acto reclamado en el Juicio de Amparo en cuestión<sup>139</sup>.

A pesar de que se ha procurado que la narración de los hechos anteriores sea lo más objetiva posible, sin aras de dar un enfoque lúdico o novelesco a este tema, que merece el mayor respeto dada su gravedad así como a las personas involucradas en el mismo, parece que el lector puede compartir la idea de que el esposo, siendo la persona que encontró a la víctima, con los antecedentes de violencia que tenía sobre la misma, y con el hecho de que se trate de un miembro de la corporación encargada de la investigación es, sin duda, el principal sospechoso. Pues bien, a pesar de que nuestra afinidad de experiencia dicta esa conclusión, para el órgano investigador dicha teoría en la indagatoria no fue en absoluto considerada, a pesar de que medió una imputación directa por parte de Irinea Buendía en contra del esposo de Mariana Lima Buendía.

Retomando la secuencia del caso, en la demanda de amparo promovida por Irinea Buendía, se plantearon los siguientes argumentos<sup>140</sup>:

- Que el Procurador estatal excedió el plazo para resolver el recurso de revisión relativo a la determinación de no ejercicio de la acción penal;
- Durante la investigación correspondiente los funcionarios involucrados fueron omisos en actuar con la debida diligencia, faltando al deber que tiene el Estado de garantizar el acceso a la justicia;

---

<sup>139</sup> Párrafo 44 (página 20) de la sentencia en cita. En este punto es asombroso cómo en la determinación se sostiene una contradicción interna y se pone de manifiesto la completa falta de interés del decisor en lograr un acercamiento a la justicia.

<sup>140</sup> Los argumentos encuentran relación con la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer, conocida como "Convención Belém do Pará", suscrita por el Estado Mexicano en 1995, para ser aprobada por el Senado de la República 1996, y ser ratificada por el Ejecutivo Federal y entrar en vigor el 12 de diciembre de 1998.

- El Estado tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos de la mujer, sobre una base de igualdad y garantizar su protección contra actos de discriminación;
- En los casos de investigar actos de violencia contra mujeres, ésta debe realizarse con perspectiva de género, y
- Existe un patrón de impunidad sistemática que se atribuye a una ausencia de cuerpos especializados que integren con eficacia y transparencia la averiguación previa.

Como se advierte, en el caso se puso de manifiesto que la violencia contra las mujeres y la discriminación de la que usualmente son objeto son factores determinantes que impiden su desarrollo armónico y la oportunidad de realizar sus planes de vida, mismos que tienen su origen en elementos de negligencia y desinterés que desembocan en impunidad, pues la investigación efectuada fue notablemente deficiente, y trasciende hacia la sociedad como una forma tácita de aceptación, perpetuando un sentimiento o percepción de inseguridad en las mujeres y desconfianza en el sistema de administración de justicia, en detrimento directo del Estado de Derecho.

En consecuencia de lo anterior, el Juzgado Quinto de Distrito en Materias de Amparo y Juicios Civiles Federales en el Estado de México determinó conceder el amparo para efectos de que se efectuara una integración diligente de la averiguación previa, tomando en consideración que para este momento, el Procurador estatal ya había emitido su decisión de revocar la autorización del no ejercicio de la acción penal.

Ante esta resolución es conveniente detenerse un momento, pues con un enfoque pragmático el juzgador federal se limitó a validar las deficiencias ocurridas

en la investigación y, con la certeza de que ya se había emitido una decisión del Procurador que permitía nuevamente la integración de la indagatoria respectiva – podemos suponer– consideró tanto acertada su determinación como agotada su jurisdicción. Es posible compartir esta postura, pues, en términos reales, Irinea Buendía alcanzó su pretensión de reabrir la averiguación previa para que se recabaran nuevos elementos que permitieran acercarse más a la realidad histórica de los hechos y, con ello, establecer alguna línea de investigación que apuntase hacia algún culpable, previo descarte de la hipótesis del suicidio.

Sin embargo, aun cuando esa determinación en términos legales se encuentra ajustada a la normatividad, encontramos que, en el caso particular, el juzgador debió haberse percatado que limitarse a reabrir un expediente no era suficiente para que, efectivamente, Irinea Buendía pudiera tener acceso a una procuración de justicia completa. El juez, por tanto, *pudo hacer más*<sup>141</sup>. Por supuesto, sabemos qué pensará el lector o cualquiera: difícil es lograr que los jueces hagan *bien* su deber, y resulta aún más improbable que tengamos la posibilidad de exigirles que hagan más. Pues bien, este extra, este esfuerzo adicional que no se encuentra contenido en ningún código o normatividad, es precisamente un destello de la Jurisprudencia de la Virtud, que puede ser rara, pero no por ello imposible.

En efecto, como lo hizo valer Irinea Buendía en el recurso de revisión respectivo (que fue atraído por la Primera Sala, dando lugar a la sentencia que se comenta), la resolución emitida por el Procurador estatal es insuficiente para agotar la investigación y llegar a la verdad histórica de los hechos, pues en ella no se establecieron medidas o elementos para corregir las serias deficiencias que existieron en la integración de la averiguación previa, soslayando así las características que una investigación con perspectiva de género debe contener. En particular, estas consideraciones se basan en:

---

<sup>141</sup> *Supra* p. 52.



- Que la autoridad investigadora no valoró en ningún momento las contradicciones en las versiones de suicidio descrito por el esposo de Mariana Lima y la denuncia de homicidio efectuada por Irinea Buendía;
- No fueron considerados los antecedentes de violencia y discriminación sistemática sufrida por Mariana por parte de su esposo;
- La investigación fue realizada por autoridades no sensibilizadas en las cuestiones de perspectiva de género, y
- No existieron pruebas científicas, físicas y psicológicas suficientes para establecer los hechos, máxime que los esfuerzos para coleccionar evidencias fueron efectuados limitadamente.

Aunque la Sala también reconoció que para el momento en que conocía del asunto el Procurador estatal ya había emitido una determinación por la que se permitía continuar con la integración de la averiguación previa, no perdió de vista que la omisión de administrar justicia de forma efectiva por parte de las autoridades involucradas persistía, de modo que de manera admirable emprendió un estudio monográfico en torno a la averiguación previa y evidenció puntualmente las graves deficiencias y contradicciones acontecidas durante la indagatoria. Prácticamente como si se tratase de un manual para los funcionarios involucrados, la Sala en su estudio de fondo describió varios de los elementos contenidos en el expediente para poner de relieve las limitaciones –increíbles– con un sustento teórico, a pesar de que en este caso bien pudieron tener lugar argumentos de carácter moral y ético, los cuales ya no pueden quedar relegados de la argumentación jurídica, pues con ello también se relega parte de nuestra naturaleza humana, probablemente, la más importante y la que menos estudios técnicos o científicos requerimos para percibir, contribuyendo así a su legitimación entre estratos sociales más diversos.

Sentado lo anterior, pueden agruparse las ideas expresadas en el estudio de fondo que hizo la Sala de la siguiente forma:

- ✓ *Marco normativo de la perspectiva de género.* De la relación que efectúa el decisor judicial de los instrumentos internacionales ratificados por el Estado mexicano en la materia, mismos que son reconocidos como parámetros de regularidad constitucional, la idea más destacada radica en dotarlos de un carácter de “instrumentos vivos” de acuerdo con la jurisprudencia interamericana, para que la protección de los derechos humanos en su integridad se robustezca con el paso del tiempo nutriéndose de la interpretación evolutiva o progresiva que efectúen los decisores judiciales;
- ✓ *Relación de premisas legales con los hechos.* Tomando como premisas el contenido de la relación efectuada, la Sala materializa los textos legales en el caso concreto al advertir: 1) la muerte de Mariana Lima fue acorde con el patrón descrito en los protocolos de actuación por el sexo de la occisa (femenino); 2) la aparente causa de la muerte fue por asfixia; 3) el lugar en el que se encontró el cuerpo corresponde a su domicilio particular; 4) la persona que alegadamente encontró su cuerpo fue su marido y 5) existían imputaciones sobre una supuesta relación de violencia en la que la víctima vivía respecto de su pareja. Derivado de estos hechos, concluye en que debieron explorarse todas las líneas investigativas posibles con el fin de determinar la verdad histórica de lo sucedido, lo cual no aconteció.
- ✓ *Relevancia de la prueba pericial.* Atento a lo anterior, la Sala destaca que la eficiencia de la investigación depende de manera directa de la intervención calificada y profesional de peritos, en particular desde la protección de la escena en que hayan ocurrido los hechos, pues a través de los indicios que sean observados y recolectados pueden robustecerse o descartarse líneas de investigación.

Aquí es conveniente detenerse de nuevo un momento para apreciar algunas de las consideraciones hechas por la Sala, ya que varias de ellas se basan en observaciones que, aun cuando dicho decisor judicial realiza la motivación correspondiente, no requieren un conocimiento técnico específico en materia de criminalística o jurídica para hacer evidente la forma en que concatenadas entre sí crean la convicción de la probable culpabilidad del esposo de Mariana Lima en los hechos, así como la complicidad de los funcionarios encargados de realizar la investigación por encubrir evidencias que descartarían la hipótesis de suicidio, pues aunque pudiera argumentarse que en términos generales las averiguaciones previas se integran con vicios, en el caso los mismos resultan demasiado recurrentes para ser considerados como errores aislados o involuntarios. Entre los más relevantes se encuentran: 1) el cuerpo de Mariana Lima fue movido del lugar en que supuestamente la encontró su marido colgada, a la cama, sin que se detallara a profundidad esta circunstancia<sup>142</sup>; 2) no se detallaron las acciones de los investigadores presentes en la primer diligencia de criminología, es decir, aquellos que tuvieron contacto en primer lugar con el cuerpo de Mariana Lima, por lo que se omitió describir la forma en que se encontró el cadáver, si tenía huellas de agresiones ni la disposición que tuvo la evidencia recolectada, con el objeto de permitir la práctica de los elementos esenciales de la metodología que debe tener lugar en los dictámenes respecto a una muerte violencia como en el caso, y 3) no consta que se haya encontrado el pedazo de cordón que habría estado alrededor del cuello de Mariana Lima, ni algún otro elemento relacionado con la escena del crimen<sup>143</sup>. Derivado de lo anterior, como se

---

<sup>142</sup> Esta maniobra parece más ilógica aún si se toma en cuenta que el esposo de Mariana Lima se desempeñaba como agente de Policía de Investigación, de modo que resulta extraño que, a sabiendas que dicha alteración del lugar de los hechos repercutiría en la investigación negativamente, haya efectuado dicha maniobra.

<sup>143</sup> Este elemento es uno de los más llamativos, pues a partir de la versión explicada por el esposo de Mariana Lima, éste la colocó en la cama e “intentó reanimarla”, pero no se detalla si lo quitó del cadáver y, en su caso, por qué no se encontró por los investigadores o fue entregado a éstos, ya que resultaría evidente que a partir de su análisis forense podría determinarse si en función de sus características era apto para sostener un

adelantó, la Sala también es categórica en establecer que estos errores no pueden calificarse como de simples omisiones o acciones negligentes, sino que podrían responder a acciones deliberadas para no recabar la información mínima necesaria que permitiera esclarecer los hechos, lo cual considera de suma gravedad y una violación a la debida diligencia.

- ✓ *Observaciones de índole práctico.* Además de los razonamientos efectuados por la Sala derivados del contenido de diversas fuentes doctrinarias, que podemos estimar como conocimientos de carácter técnico, la Sala también advierte diversas circunstancias con las cuales resultan inverosímiles los – deficientes– dictámenes periciales que sí obran en la averiguación previa y que son incapaces de responder satisfactoriamente interrogantes que resultarían evidentes para cualquier persona: 1) dado que el cordón con el que se supuestamente se encontró colgada a Mariana Lima nunca fue encontrado (inexplicablemente), derivado de las fotografías tomadas el día de la primer diligencia en criminología, en una diligencia posterior se calculó que la resistencia del mismo era de 51 a 52 kilogramos, en tanto que el peso de la víctima, según su expediente clínico, era de 66 kilogramos; 2) la armella de donde se amarró el cordón usado para la supuesta maniobra suicida se encontraba a 2.30 metros de altura, según el agente del Ministerio Público y a 2.13 metros de acuerdo al dictamen en criminalística. Con independencia de la diferencia asentada, de acuerdo con la mecánica de los hechos determinada pericialmente en la cual la víctima se subió a un buró para después volcarlo, lo cierto es que de acuerdo con las fotografías y tomando en consideración la altura de Mariana Lima (1.60 metros), habría podido estar de pie sin que el cordón ejerciera presión sobre su cuello<sup>144</sup>. Además, se agregan las contradicciones posteriores en las que los peritos asentaron la

---

cuerpo de aproximadamente 66 kilogramos. Asimismo, resulta increíble que no se haya tomado en cuenta ningún otro elemento existente en la escena del crimen.

<sup>144</sup> La Sala efectúa un cálculo del cordón en 60 centímetros, pues no obstante que se omitió recolectarlo, en las fotografías de la primera diligencia aparece sobre un buró, por medio del cual se efectuó esta estimación.

existencia de una segunda armella, así como las diferencias de la distancia en que se encontraban respecto del techo de la habitación.

- ✓ *La línea de investigación ausente.* Con base en las ideas expuestas, la Sala afirmó que se debió abrir una línea de investigación en contra del esposo de Mariana Lima como uno de los probables responsables de su muerte, al tomar en cuenta las imputaciones directas hechas por familiares y amigos de la víctima en cuanto a la violencia que ejercía contra su persona. Pese a las acusaciones formales en su contra, los funcionarios involucrados omitieron hacer las indagaciones mínimas respecto de él, omitiendo cuestionarlo sobre los motivos que lo llevaron a contaminar la escena del crimen, la existencia del cordón con que se encontraba colgada la víctima de acuerdo con su dicho, y la manera en que se le permitió que estuviera presente durante las diligencias practicadas en el lugar de los hechos, alterando diversos elementos que, de haberse recolectado adecuadamente, podrían haber generado otra convicción en los órganos revisores.

De este modo, el amparo concedido a la quejosa tuvo por efecto ordenar al Ministerio Público completar la investigación de manera oportuna, inmediata, seria e imparcial con el objeto de esclarecer la muerte de Mariana Lima bajo una perspectiva de género a fin de cumplimentar el marco constitucional y legal vigente.

La ponencia del ministro Alfredo Gutiérrez desarrolla un esfuerzo importante por servir de guía pormenorizada a los funcionarios involucrados en el caso, a fin de procurar materializar el valor de la justicia en sus límites (pues se reconoce que, a pesar de que todos los indicios apunten a la culpabilidad del esposo de Mariana Lima corresponde a la autoridad investigadora confirmar esta presunción). Sin embargo, nuestro optimismo podría ensombrecerse al pensar que, probablemente, se tratará de los mismos funcionarios quienes retomen la investigación efectuada, y más importante aún, la amplia posibilidad de que el probable responsable –bajo la línea de investigación ignorada– ya se haya sustraído de la acción de la justicia.

En el caso, afortunadamente, los hechos no acontecieron así. Fue hasta finales de junio de 2016 en que Julio César Hernández Ballinas fue detenido y se le dictó un auto de formal prisión, por encontrar elementos suficientes para demostrar su presunta responsabilidad en el homicidio de Mariana Lima. Seis años tuvieron que transcurrir para que las autoridades avanzaran un paso en la dirección correcta, que al momento de escribirse estas líneas, aún permanece en espera de ser definitiva.

Antes de concluir este comentario, es necesario hacer dos precisiones propias. Primero, como podrá percibir el lector, existe plena convicción en nuestra opinión de la culpabilidad de la pareja de Mariana Lima a pesar de que únicamente se tuvo contacto con la sentencia en comento, misma que resulta pública para su consulta en la página de internet del Alto Tribunal<sup>145</sup>. Ante el pensamiento, probablemente, de colegas abogados, que realizar señalamientos con tan poca información sin conocer el expediente plenamente, es aventurado e inclusive, irresponsable, se anteponen como tema de discusión los hechos del caso, llanos, que como se comentó, no requieren ninguna explicación técnica o científica. En particular se subrayan dos elementos: permitir que el esposo haya contaminado la escena del crimen y el hecho inexplicable de que jamás se haya recolectado ni analizado el cordón con que produjo la asfixia a la víctima. Sería interesante conocer los puntos de vista y reflexiones de las personas que, frente a estas circunstancias, se mantengan en la postura legal de antaño de “lo que no existe en autos, no existe jurídicamente”, misma que pone y continúa poniendo en riesgo la procuración de justicia.

---

<sup>145</sup> Al respecto obviaré los materiales periodísticos encontrados respecto al caso, los cuales son vastos. Basta insertar en cualquier buscador de internet el nombre de “Mariana Lima Buendía” para percatarse de la relevancia del caso.

Segundo, con independencia de lo que suceda en el proceso penal en contra del ahora inculcado, el tortuoso camino seguido por Irinea Buendía no puede pasar en falso en la experiencia de la procuraduría estatal ni de ninguna otra. Los decisores deben ser sensibilizados en torno a las implicaciones que conlleva el cumplimiento de sus funciones, pues sólo de esta manera podrán ejemplificar verdaderamente el sentido del servicio público. Debe evitarse, pues, que hechos como los descritos se tornen recurrentes, pero sobre todo el excesivo tiempo transcurrido para que la acción de las autoridades pudiera cristalizarse en hechos concretos. En una entrevista, Irinea Buendía expresó: “...más de 20 MP, tres procuradores, cuatro subprocuradoras de género, dos fiscales, y nadie creyó lo que yo decía, lo que había visto con mis propios ojos...”<sup>146</sup>. Y es que, en efecto, en ocasiones no se requiere un conocimiento exhaustivo en técnica jurídica, peritajes forenses ni de cualquier otra ciencia. La afinidad de experiencia, o sentido común si se quiere, basta.

#### *El caso Porkys: deficiencia interpretativa*<sup>147</sup>

Este caso cobró relevancia mediática en marzo del año 2017, al materializar en buena medida una percepción de impunidad generalizada que se acrecentó debido a la redacción y argumentos que empleó el juez para conceder el amparo al quejoso, como una manifestación completamente errónea y alejada del esquema de perspectiva de género que se ha descrito, además de contravenir un sentido de justicia material, como el que tuvo lugar por parte de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el caso de Mariana Lima antes referido. Asimismo, resulta útil para evidenciar cómo un mismo criterio, cuyo origen podríamos calificar como certero y útil, puede tergiversarse para forzar su aplicación

---

<sup>146</sup> <http://www.cimacnoticias.com.mx/node/73050> consultado el 18 de julio de 2017.

<sup>147</sup> Sentencia recaída al Juicio de Amparo 159/2017-IV del índice del Juez Tercero de Distrito en el Estado de Veracruz, de fecha 22 de marzo de 2017. Juez Anuar González Hemadi, asistido de la Secretaria Adela Márquez Hernández.

en un contexto diferente, como una manifestación de una mala práctica interpretativa por parte del decisor judicial.

Tomando como punto de partida lo anterior, como ideas que brinden un contexto del caso para cualquier lector, el asunto versó sobre la presunta comisión del delito de pederastia sobre una adolescente que, dadas las características, tenía la connotación de configurar el ilícito de abuso sexual con base en los hechos: al salir de un centro nocturno, es abordada por cuatro sujetos quienes aparentemente la obligan a subir a un vehículo en el cual sufre violencia sexual, para ser trasladada con posterioridad a un domicilio particular en el que se consumaría la violación para finalmente ser dejada en libertad.

La descripción efectuada no pretende simplificar o minimizar los hechos ocurridos; procura proporcionar los elementos mínimos del escenario como antecedentes reconocidos en la sentencia analizada con el objeto de brindar al lector un contexto para que, en su propia reflexión, comparta o no los argumentos contenidos en dicha resolución. Sin embargo, es abiertamente previsible que no puedan ser considerados acertados ni *justos*, pues aun desde una óptica objetiva, y sin requerir conocimientos jurídicos, es suficiente el sentido común o la experiencia de vida promedio de una persona para identificar las graves deficiencias argumentativas vertidas en la sentencia, y pueda tener lugar un ejercicio de contraste frente al caso de Mariana Lima. En este sentido, también se procurará obviar cuestiones procesales al estimar que las mismas no inciden en los comentarios que se plasman a continuación.

Así, los elementos esenciales del fallo son los siguientes:



- a) Se establece que el delito investigado es el de pederastia. Los artículos del código penal estatal entonces vigentes son<sup>148</sup>:

“Artículo 182.- ...

A quien, sin llegar a la cópula o la introducción vaginal, anal u oral, **abuse sexualmente** de un menor, agravando su integridad física o moral, en actos públicos o privados, aprovechándose de la ignorancia, **indefensión** o extrema necesidad económica o alimentaria, o de su estatus de autoridad respecto de la víctima, se le impondrán de cinco a diez años de prisión y multa de hasta doscientos cincuenta días de salario”.

Artículo 183<sup>149</sup>.- La pederastia se considerará agravada si:

- I. Se cometiere por dos o más personas;
- II. ...”

- b) Los elementos destacados en la descripción del ilícito, en concepto del juez, no fueron debidamente acreditados, ya que:

- ✓ Por lo que hace al aspecto del abuso sexual, el juzgador explicó que de la relatoría de los hechos se advierte que el quejoso (persona que presentó el Amparo con la finalidad de anular un auto de formal prisión por el delito antes descrito), se le atribuyen una serie de tocamientos en la agraviada, pero que al no tener la finalidad de copular, no puede considerarse configurado el ilícito que se le imputa.

Es decir, para el juez el abuso sexual radica en una acción dolosa con un sentido lascivo que se ejecuta sobre un pasivo con la intención de satisfacer un deseo sexual, lo cual no acontece en los casos en que se haya producido un roce o frotamiento incidental, como –desde su

---

<sup>148</sup> Código Penal del Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave, publicado en la Gaceta Oficial el 7 de noviembre de 2003. Los preceptos en cita fueron los aplicables en el caso en análisis, y corresponden a los artículos 190 Quater y 190 Quinquies del código penal vigente, cuyo contenido es idéntico.

<sup>149</sup> Este artículo no se encuentra transcrito en la sentencia (p. 12).

óptica– aconteció en el caso, y sostiene su consideración en un criterio jurisprudencial de la Primera Sala<sup>150</sup>.

Contrastando esa premisa con los hechos, el juez refiere que en la relatoría de los mismos la víctima no hace referencia expresa a los tocamientos que se atribuyen al quejoso, limitando la imputación de los actos configurativos del ilícito a diverso coacusado, agregando que si bien es cierto que la víctima manifestó que el quejoso le tocó los senos, la sola narración de hechos que describe al momento en que se dio el evento no generó la convicción en el decisor judicial de haya existido una intención lasciva por parte del quejoso, máxime que de la declaración de la víctima “*no da luz sobre algún aspecto que rodee la conducta*”, para concluir que no se acredita el carácter lascivo de los tocamientos, en tanto que la narrativa únicamente revela un hecho instintivo e impulsivo, pero sin tales extremos para configurar el ilícito en cuestión.

- ✓ Respecto del elemento de la indefensión, el decisor la describe como un estado de vulnerabilidad total o la exposición en la víctima del tocamiento, a la voluntad de diverso agente.

Bajo esa premisa, el juez afirma que la víctima no se encontraba en estado de indefensión, puesto que tuvo la posibilidad de cambiarse lugar, evitando así el contacto físico con el quejoso, circunstancia que se encuentra acreditada en autos y, por tanto, implica que no estuvo falta de defensa.

---

<sup>150</sup> Jurisprudencia 1a./J. 151/2005, Semanario Judicial de la Federación, tomo XXIII, enero de 2006, página 11 con rubro ABUSO SEXUAL. ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACIÓN.

✓ Finalmente, se destaca que aun cuando la conducta objetiva desplegada por el quejoso *podiera* ser formal y materialmente antijurídica, al no obrar elementos probatorios suficientes en el expediente no puede validarse la constitucionalidad del auto de formal prisión que por ese medio de defensa se combatió.

c) Derivado de lo anterior, y atento al principio de presunción de inocencia, al estimar que no fue posible establecer de manera firme la culpabilidad del quejoso en los hechos que se le imputan, concedió el amparo para efectos de dejar insubsistente el auto de formal prisión y en su lugar se dicte un auto de libertad tomando en consideración los elementos y justificaciones expuestas.

A continuación se enumeran diversas contradicciones y deficiencias que calificamos así en la sentencia, en contravención no sólo a un esquema de virtud, sino al propio sentido común: de los hechos narrados (los que ya no son objeto de debate, conforme a lo planteado por el propio juzgador), puede recrearse una escena en la que una adolescente abordó por la fuerza un vehículo en la parte trasera, quedando entre dos sujetos quienes realizaron una serie de tocamientos, para posteriormente arribar a un domicilio particular en el que se consumó la ofensa en una violación. Una vez que nos hemos situado en un escenario específico –al igual que en el caso de Mariana Lima– podremos advertir que no se requieren conocimientos técnicos particulares o jurídicos ni peritajes para tener la capacidad de imaginar que la víctima se encontraba en una situación de clara desventaja, a merced de cuatro sujetos que dada su posición (inexperiencia, actuación en grupo, envalentonados) perpetraron los hechos sin vislumbrar consecuencias, máxime que, como se evidenció con posterioridad, uno de los jóvenes resultó ser hijo de un político local; circunstancia que permitirá al lector encuadrar con mayor medida el perfil del típico “junior” aristocrático propio del contexto nacional.

Con las reflexiones anteriores no se pretende acercarse al caso bajo una mirada de estereotipo o de prejuicio, ya que precisamente esa visión resultaría contrario al esquema de perspectiva de género que no se produjo en la sentencia en comento. En realidad, lo que se trata de ejemplificar es la modificación del modelo tradicional cultural epistemológico que opera en la generalidad: *prejuicio* → *hecho* → *juicio*. El prejuicio nos impide ver con nitidez los hechos, en tanto que en el ejercicio efectuado estamos reubicando en primer lugar al hecho, como punto de partida de cualquier conclusión. Así, tendríamos: *hecho* → *contexto* → *juicio*. Se ha sustituido deliberadamente el término “prejuicio” por “contexto”, ya que frente a lo que se podría suponer, un hecho probado tampoco debe caer en el extremo del prejuicio, pues ello impediría ver otros elementos, repitiendo el ciclo vicioso explicado en primer término.

Así por ejemplo, situándonos en el contexto de la sentencia en comento, podría haberse dado el caso –el cual no aconteció– de que alguno de los jóvenes que iban a bordo del vehículo, haciendo frente al frenesí de sus impulsos y a la impresión que causara en sus acompañantes, decidir ponerse del lado de la víctima y protegerla; *ponerse en su lugar y asumir una postura heroica*, la cual de haberse realizado, ya no podríamos valorar en su integridad si se asumiese una perspectiva prejuiciosa en la cual todos los “juniors” son personas irreflexivas, banales y abusivas; de aquí la relevancia sustancial de impedir que nuestros prejuicios invadan los hechos de los que se derivará una decisión y permitir a nuestra percepción avanzar libre, sin guiarla hacia alguna dirección particular, de modo que pueda integrarse en la mejor medida un escenario que permita contextualizar mejor las acciones y decisiones que fueron tomadas por los involucrados para así acercarse en mejor medida a una determinación más acabada y afín a la verdad histórica.

Acotado lo anterior, las consideraciones por las cuales el fallo del juzgador en este caso se torna altamente cuestionable son las siguientes:

- ✓ Se cita una jurisprudencia con fuerza valorativa, en la que se establece que el derecho es un instrumento evolutivo que no puede permanecer estático ante los cambios en la sociedad, y que el significado de justicia debe permitir un enfoque integral e incluyente acorde con los tiempos en que se viven<sup>151</sup>; pero la sentencia no contiene ninguna consideración que permita apreciar un interés en lograr ese enfoque integral respecto del contexto en que se encontraba la víctima, así como la forma en sucedieron los hechos que se tuvieron por probados y fuera de debate; inclusive se llega a afirmar “*la declaración de la menor no da luz sobre algún aspecto que rodee la conducta*” a pesar de que, como ya se explicó, basta el breve relato de los hechos que ya se tienen por probados para evidenciar el estado de vulnerabilidad en que se encontraba la víctima, siendo fundamental para ello un conocimiento prístino de experiencia de vida.
  
- ✓ El juzgador consideró que no se perfeccionó, dentro del tipo penal de pederastia, el elemento relacionado a la intención lasciva, la cual define como la intención de satisfacer un deseo carnal, un apetito inmoderado o un erotismo sexual al momento de desplegar la conducta, pues considera que el hecho probado de que el quejoso haya tocado los senos de la víctima (soslayando por completo el contexto en el que ocurrió ese tocamiento), únicamente da lugar a que se haya generado un hecho instintivo –sin definir qué debe entenderse por este término–, instantáneo, en un solo momento, sin expresar palabra alguna y sin tener el deseo de deleite sexual en detrimento de la víctima.

---

<sup>151</sup> Jurisprudencia 1a./J. 29/2013 con rubro “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA PENAL. OPERA EN FAVOR DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO POR EL DELITO, CONFORME AL MARCO CONSTITUCIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS QUE RESGAURDAN LOS ARTÍCULOS 20, APARTADO B 1° DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, NO OBSTANTE QUE EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE MAPARO, LA PREVEA SOLO EN BENEFICIO DEL REO”. Hojas 4 y 5 de la sentencia de mérito.

La anterior conclusión se deriva de una interpretación efectuada de la jurisprudencia 151/2005, misma que fue resultado de la contradicción de tesis 154/2004. Lo que resulta llamativo del caso es que el juez en el caso emplea la tesis de manera letrista y mecánica, soslayando por completo el contexto de los términos empleados en dicho criterio jurisprudencial, lo que propició una incorrecta aplicación de la misma.

En efecto, en dicha contradicción de tesis resuelta por la Primera Sala, quedaron confrontados dos razonamientos sostenidos en torno a la configuración del delito de abuso sexual, consistiendo la materia de disenso en que la conducta desplegada tenga lugar en un solo momento, es decir, tenga un carácter instantáneo o, por el contrario, requiere que los actos se ejecuten de manera persistente y continua sobre la víctima.

Al respecto, como premisa inicial, la Sala indica –en nuestra opinión muy acertadamente– que en el delito de abuso sexual es imposible establecer la existencia de un elemento objetivo por lo que deben considerarse la tendencia interna del sujeto activo y, por tanto, es necesario apreciar culturalmente la materialidad del acto que se ha ejecutado. Es decir, la Sala reconoce la importancia de que el juez analice pormenorizadamente, en caso por caso, qué contexto rodeó la conducta desplegada para que, desde un enfoque cultural que también podemos entender como situacional de acuerdo a cada sociedad y momento dados, pueda auxiliar al juzgador a percibir elementos que, de otra forma, no podrían ser tomados en consideración, lo cual incrementa su relevancia al concatenarse con el aspecto interno del sujeto activo que la propia Sala refiere. Sólo así, el juzgador estará en posibilidad de recrear con los medios de prueba suficientes la finalidad de la conducta efectuada por el agente en cada caso concreto, dependiendo de la intención que se impongan a los tocamientos.

Derivado de lo anterior, la Sala explica que el elemento fundamental a examinar en el delito en cuestión, es la acción dolosa con sentido lascivo que se le impute al sujeto activo, describiendo que un roce o frotamiento incidental ya sea en la calle o en alguno de los medios de transporte no serían considerados como actos sexuales, de no presentarse el elemento intencional de satisfacer un deseo sexual a costas del sujeto pasivo.

En este punto se hace un énfasis particular. En opinión del juez el criterio jurisprudencial empleado contiene la expresión “medios de transporte”, por lo cual la consideró aplicable al caso en estudio; sin embargo, este es otro punto en que se pierde el contexto y alcance original del criterio, ya que éste, de acuerdo a sus antecedentes, hace referencia a los medios de transportes públicos, circunstancia que el lector también podrá compartir como muy diversa a lo acontecido en el caso Porkys: en el transporte público, dada la saturación común a la que se encuentra sometido, será común que existan roces o tocamientos en partes sexuales; sin embargo ello no implica que la Sala los exima de una eventual responsabilidad penal, pues lo que en realidad expresa es que en la calle o en el transporte público, dadas sus características, se permite visualizar que los tocamientos eventuales pueden tener una nota accidental, y que en los casos que tengan lugar, debe corresponder al decisor de que se trate de determinar si el mismo puede encuadrar o no en tipo penal de abuso sexual, por lo que prudentemente se permite una flexibilidad en este delito: de otro modo el hacinamiento a que diariamente se enfrenten los usuarios del servicio público (por citar el ejemplo más nítido) también podría dar lugar a un abuso del derecho, como efectivamente aconteció en el Sistema de Transporte Colectivo Metro<sup>152</sup>.

---

<sup>152</sup> Se hace referencia a diversos casos de extorsión que tuvieron lugar en dicho medio de transporte cuya relevancia comenzó a alcanzar notoriedad periodística desde el año 2007. Una mujer, en colusión con un agente policiaco, afirmaba haber sido víctima de abuso sexual por parte de un usuario, en ocasiones derivado de empujones provocados por la misma presunta víctima. Dado el carácter de realización oculta del delito, la declaración de la presunta víctima podía dar lugar a una presentación ante el Ministerio Público, de modo que se exigía al usuario una cantidad de dinero para que la mujer otorgara el perdón respectivo. Por supuesto, no

Retomando nuestro caso, la Sala se pronuncia por considerar que el abuso sexual no requiere una persistencia o prolongación en la conducta para su configuración, pero no desliga que el acto sea examinado en el contexto de la realización de la conducta intencional que se traduzca en una intención lasciva, con independencia de las acciones que se realicen.

Con base en lo anterior, y el lector podrá confirmarlo, parece aún más inaceptable que con base en un criterio jurisprudencial que exhorta a los decisores judiciales a emprender el análisis del contexto en que haya tenido lugar la conducta que posiblemente configure el delito de abuso sexual, en el caso el juez haya sido omiso por completo en pronunciarse en este respecto, y afirmar que no obstante que el quejoso haya tocado los senos así como los genitales de la víctima, en un escenario de ventaja e incentivado por un –presumiblemente– estado etílico y burlándose de ella, no haya tenido lugar un sentido de lascivia por su parte, entendiendo ésta por el juez como el deseo de copular, llanamente; consideración que por demás refleja indiferencia y falta de comprensión no sólo jurídica, sino de sabiduría práctica.

- ✓ Respecto del tema de indefensión, que el juez tampoco tuvo por acreditado, éste la define como un estado de vulnerabilidad total o exposición en la víctima del tocamiento, en tanto que con relación a los hechos, explica que la víctima no se encontraba en estado de indefensión, puesto que tuvo la posibilidad de cambiarse lugar para evitar el contacto físico con el quejoso.

---

se pretende aminorar o ignorar las condiciones en que las usuarias viajan en dicho sistema de transporte, sino incitar a la reflexión cómo una figura jurídica tiene la posibilidad de emplearse incorrectamente, con base en una interpretación deficiente que no considere el contexto y las particularidades del caso. Al respecto se sugiere consultar:

<http://www.cronica.com.mx/notas/2007/331606.html>

<http://www.jornada.unam.mx/2007/05/19/index.php?section=capital&article=030n3cap>

<http://www.eluniversal.com.mx/articulo/metropoli/edomex/2016/06/5/temen-hombres-ser-extorsionados-en-el-metro>



Al respecto, tomando en consideración la valoración cultural de los hechos que el juez insiste en tenerlos por acreditados plenamente derivado de las declaraciones efectuadas por otros inculpados, testigos y material probatorio, la contradicción radica en que resulta omiso en reconstruir la escena para determinar que la agraviada se encontraba con cuatro sujetos a bordo de un vehículo, dos de ellos rodeándola en el asiento trasero, sin posibilidad de repeler la agresión que sufrió; aun cuando también se acreditó que la agraviada se cambió de lugar para pasar al asiento de adelante, debe precisarse que este aspecto no destruye el esquema de indefensión, ya que el sentido de la conducta persistió hasta culminar en una violación.

Por ello, de mantener la óptica del juzgador, también podría afirmarse que tampoco se genera un estado de indefensión dado que al llegar al domicilio en que se consumó la violación la víctima tuvo la posibilidad de, al descender del vehículo, de correr o escapar de los inculpados y no lo hizo, por lo que – observe el lector cómo esta visión podría tergiversar por completo el caso– existe la posibilidad de que la agraviada en última instancia haya deseado el resultado que aconteció: afirmación gravísima pero que, de acuerdo con las ideas plasmadas del juez, éste parecería poder compartir.

- ✓ Respecto a las consideraciones que el juez realiza en torno a las declaraciones de los testigos, éste califica que existen diversas contradicciones que no fueron esclarecidas por la autoridad ministerial, cuando en realidad efectúa las transcripciones para poner de relieve que en las mismas no se hace referencia explícita al quejoso ni de los tocamientos referidos que tuvieron lugar en el interior del vehículo.

Lo llamativo de tales comentarios radica en que de la lectura de los testimonios transcritos en la sentencia, no se advierte una situación de contradicciones o posiciones opuestas sobre un mismo hecho, sino que se

limitan a procurar evidenciar que de las mismas no se derivan imputaciones directas al quejoso, ni de su participación en los hechos. En ese sentido, el decisor judicial pierde de vista que los elementos rendidos en las testimoniales deben analizarse de forma integral y no aislada, tomando en consideración que dada la naturaleza de los hechos investigados, así como la edad de los participantes (adolescentes, contemporáneos de la víctima), será usual que se excluyan detalles pormenorizados sobre los hechos y se enfoquen en la circunstancia más grave, consistente en la violación, sin que ello implique para el decisor judicial que aminore el resto de los elementos investigados y que realice un estudio sesgado o parcial de las declaraciones rendidas. Por ello, puede afirmarse que las contradicciones mencionadas por el juez en realidad sean porciones de testimoniales en las cuales no se haga mención del quejoso como agresor de la víctima o que la agresión haya ocurrido en el vehículo, frente a lo cual nunca se establece la declaración rendida por el quejoso, en la que haya explicado en sus propias palabras qué aconteció al interior del vehículo; razonamiento a partir del cual sostiene el argumento de principio de inocencia y de *in dubio pro reo* en beneficio del quejoso.

- ✓ Probablemente la contradicción más grave plasmada en la sentencia en comento la encontramos en el párrafo siguiente:

“ ...

*En esta lógica, es importante señalar que la valoración de la prueba es, en principio, una facultad exclusiva de los tribunales ordinarios. Sin embargo, existen ocasiones en las que los jueces y tribunales de amparo deberán examinar la actividad probatoria desarrollada en el proceso ante el tribunal ordinario, para determinar si la misma tiene el valor jurídico necesario para contrarrestar la presunción de inocencia. No se trata de que el tribunal de amparo sustituya al interpretación de los hechos*

*realizada por el tribunal ordinario por entenderla más correcta o más adecuada, sino que, por el contrario, **sólo ha de extenderse a aquellos supuestos en los que la resolución judicial pueda poner en riesgo la vigencia de un derecho fundamental apoyándose en una indebida valoración de las pruebas**".*

(el énfasis aparece en el original, página 39)

Esta idea, que parece contener la esencia de la actividad desplegada por la Primera Sala en el caso de Mariana Lima anteriormente descrito, en el presente asunto aparece fuera de contexto, pues lejos de fungir como una premisa que permitiera al decisor judicial adentrarse al análisis de las pruebas contenidas en el expediente, se limitó a sustraer los elementos idóneos para sostener el sentido de su determinación, a pesar de que con ello vulneró el derecho fundamental de la agraviada al acceso a la justicia, precisamente, por una indebida valoración de las pruebas.

La historia relatada aún está en espera de concluirse: en contra de esta resolución la Fiscalía General de Justicia del Estado de Veracruz interpuso un recurso de revisión al cual le recayó el número de expediente 206/2017 del índice del Segundo Tribunal Colegiado en materia penal de Veracruz, y se encuentra pendiente de resolución la solicitud de atracción por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de expediente 293/2017<sup>153</sup>.

En el contexto relatado, sorprende la opinión del autor Miguel Carbonell, quien a través de un video difundido tanto en la red social YouTube, como en su página personal de internet<sup>154</sup>, procedió a efectuar una enérgica defensa de la sentencia, con argumentos que bien podríamos calificar como genéricos: primero, efectuó una

---

<sup>153</sup> <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=218512>

<sup>154</sup> [http://www.miguelcarbonell.com/articulos\\_periodicos/Cu\\_ndo\\_una\\_persona\\_se\\_convierte\\_en\\_violador.shtml](http://www.miguelcarbonell.com/articulos_periodicos/Cu_ndo_una_persona_se_convierte_en_violador.shtml)

crítica a periodistas e incluso abogados que criticaron la sentencia comentada sin haberla leído. Esta postura es acertada, en el sentido de que es necesario *conocer* un objeto para emitir valoraciones razonables sobre el mismo, como se planteó anteriormente con la analogía del Derecho y el arte. Sin embargo, con este argumento se cae en la contradicción en que, al dar lectura a la sentencia y destacar puntos esenciales de la misma, como aquí se efectuó, la misma parece no contar con una defensa posible. Después, procede a realizar un análisis en torno al principio de presunción de inocencia, y la manera en que los medios de comunicación, de manera tendenciosa, han minado la opinión pública desvirtuando determinados hechos que no fueron probados en la indagatoria. Como puede esperarse, en armonía con lo ya expuesto, no puede compartirse en este punto la opinión de Carbonell; aún más, se cuestiona en particular su apunte:

*“Es por ello comprensible que la sociedad clame justicia, en aquellos casos que por una u otra razón llegan a ocupar espacio en los medios de comunicación. Pero tampoco nos hagamos falsas ilusiones del interés de muchos por hacer justicia: es la misma sociedad que prefiere ver las telenovelas y comprar las revistas de chismes que reproducen estereotipos contra las mujeres y cuentan historias de violencia de género casi siempre de forma laudatoria. Ahí está el verdadero reto de un país que quiere ser moderno, sin serlo; que quiere ser grande, pero amanece cada día lastrado y atenazado por una sed que no es de justicia, sino de venganza (...)”*

De modo que si es necesario señalar un culpable en este asunto, ¿es posible sugerir que se trata de la propia sociedad? El tratar de incriminar a los sujetos en la indagatoria cuestionada, ¿es mera venganza? Con el objeto de no desviar más nuestra atención en una defensa insostenible de una decisión judicial a todas luces imprudente, este paréntesis sólo tuvo por objeto ilustrar que aún en el foro académico –en algunos sectores– existe una notoria desinformación en torno a la

esencia de la perspectiva de género y su aplicación, lo cual resulta aún más lamentable si, como en el caso de Carbonell, se cuenta con supuestos precedentes de estudios en torno a doctrina contemporánea de los derechos humanos.

La sentencia comentada representa un ejemplo nítido en la que no tuvo lugar un ejercicio de perspectiva de género al descontextualizar los hechos que el propio juzgador tuvo como reconocidos y fuera de debate, pues consideró de manera sesgada en perjuicio de la víctima las circunstancias en que aconteció la agresión. Ante la reflexión de cualquier lector, las particularidades del caso impiden generar una convicción distinta respecto de la culpabilidad –al menos– del quejoso en la sentencia citada. Y es que la emoción de desagrado que nos genera la sentencia, más allá de su sentido, también se deriva de su contenido y su lenguaje, ya que si era convicción del juez sostener la inocencia del quejoso a partir de las deficiencias probatorias que pretendió explicar, debió omitir las valoraciones en las que de acuerdo con la interpretación efectuada tuvieron lugar los tocamientos y agresiones hacia la víctima, pero no pueden considerarse como ataques sexuales que configuren el tipo penal en estudio. Dicho de otra manera, lo que probablemente lesiona en mayor medida el sentir social o la opinión pública son las consideraciones bajo las cuales, recreando aún de forma básica los hechos, se afirmó que los tocamientos sexuales que efectuó un sujeto hacia una menor de edad, probablemente aleccionado por el alcohol, con el cobijo psicológico de saberse en grupo y con su posición socioeconómica, quedan impunes derivado de tecnicismos e interpretaciones artificiales, completamente contrarias al sentido ideal de la justicia al enviar un mensaje negativo a la sociedad de que tales conductas pueden ser no sancionables.

*Las acciones afirmativas: una solución temporal.*

Si bien en el apartado anterior se procuró dejar en claro que la perspectiva de género no se encuentra dirigida exclusivamente hacia el sexo femenino, ya que

existen otros grupos sociales que típicamente se encuentran excluidos o son objeto de rechazo, frente a los cuales tanto decisores jurídicos como sociedad debe mostrarse más receptivo y empático con sus particularidades para generar ambientes de convivencia democráticos armónicos, lo cierto es que, en función del proceso social e histórico de nuestro país la perspectiva de género se ha enfocado en las mujeres, pues pese a los avances que se han ido materializando en los órdenes administrativos, normativos y judiciales, aún persisten condiciones de desigualdad evidente.

Frente a esta situación, con la finalidad de acelerar los cambios y aminorar situaciones que continúan lesionado a las mujeres con relación al normal ejercicio de sus derechos, se han adoptado en algunos ámbitos medidas orientadas a posicionarlas en una situación de “ventaja” temporal. Tal es el caso de las acciones afirmativas, que constituyen tratos diferenciados con un carácter razonable que pretenden acelerar la participación o el ejercicio de un derecho, haciendo material un esquema de igualdad en beneficio de quienes se encuentren en un estado de vulnerabilidad o desventaja en cualquier ámbito. Sin embargo, aun y cuando la utilidad de las mismas en ocasiones haya sido probada y otras resulten cuestionables, no debe perderse de vista que las mismas tienen un carácter transitorio, por lo que en el largo plazo resultarán más valiosas las acciones que tengan por finalidad combatir estereotipos que generan y promueven tratos discriminatorios.

A lo anteriormente expuesto puede agregarse que las personas, en general, suelen ser discriminadas no por lo que *son*, es decir, por su pertenencia a un género, edad, grupo social o cualesquiera otra distinción, sino por lo que *se piensa que son* o por las representaciones que realiza la sociedad de ellos, materializadas en prejuicios o estereotipos culturales peyorativos que promueven la cosificación de las personas, negando su complejidad y dignidad; circunstancia que se agrava cuando los tratos discriminatorios son asumidos por la generalidad sin percibirlo de manera

consciente, imponiéndose a una reflexión individual que puede tener lugar conforme al ideal ético.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, existe discriminación cuando se realizan diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos. Es decir, cuando se genera un trato desigual fuera de la razonabilidad y la objetividad, bajo una categoría sospechosa y se genera una afectación al ejercicio de un derecho.

Por razonabilidad y objetividad se trata de explicar que no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva para la dignidad humana, ya que existen casos en los que tales tratos constituyan herramientas útiles para reducir la brecha de desigualdad material, en tanto se encuentre orientada legítimamente sin que conduzca a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas, de modo que no deban encaminarse hacia fines arbitrarios que representen una insostenible ofensa a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

Como se ve, las ideas anteriores nos recuerdan a las nociones de Moore en cuanto a la dificultad de definir “bien”, ya que en este caso puede resultar complicado intentar definir “razonabilidad” sin caer en otros conceptos simples o valoraciones que, necesariamente, impliquen un sentido de sabiduría práctica o experiencia de vida que en un momento dado, resulten aceptables para la generalidad. Por ello, podemos concebir de ambos conceptos nociones que hagan alusión a criterios libres de estereotipos, así como a la proporcionalidad de la medida de que se trate.

Otro término que puede resultar útil para intentar comprender los conceptos de objetividad y razonabilidad en el contexto de la perspectiva de género es el de *adecuación*. De acuerdo con la referida Corte internacional, una distinción requiere también amoldarse en la sociedad concreta en la que se pretende implementar: por ejemplo, si se estableciese la exigencia de saber leer y escribir para ser elegido a

algún puesto de elección popular, podría tornarse inapropiada en una sociedad en la que la mayoría de la población sea analfabeta.

Por ello, en el caso de las acciones afirmativas, debe verificarse que, además de la transitoriedad referida, el trato diferenciado que se proponga sea objetivo y razonable. Dada la amplitud de los términos, es necesario contar con algunos elementos que pueden utilizarse para identificar si una acción se encuentra alineada con tales características, puedan acotarse en contextos más pequeños y ser dotados con un significado más preciso: 1) que el contexto en que la discriminación tiene lugar sea analizado; 2) procurar entender la complejidad de la experiencia desde el punto de vista del grupo vulnerado; 3) contar con elementos de prueba con un carácter más objetivo tales como datos estadísticos e investigaciones psicológicas o sociológicas, y 4) identificar si en el contexto analizado existen formas de discriminación más sutiles, que incentiven la persistencia de la subordinación o desventajas de algún grupo en particular.

Con relación al aspecto de las categorías sospechosas, también conocidas como rubros prohibidos de discriminación, se hace referencia a características que culturalmente se han encontrado asociadas a estereotipos y que se traducen en justificaciones iniciales de discriminación: género, preferencias sexuales, edad, discapacidades, estado civil, raza, color de piel, posición económica... lamentablemente la lista parece interminable. En algunos casos, por ejemplo, la categoría puede ocultarse (como lo es la orientación sexual), y dado el menosprecio que puede generar la homosexualidad, es el homosexual quien debe pagar el costo cultural y personal por asimilarse a la mayoría, por intentar confundirse con los demás, en un detrimento del desarrollo de su personalidad y plan de vida<sup>155</sup>. Además

---

<sup>155</sup> Por este término debemos comprender la manera en que cada persona, en el pleno y responsable ejercicio de su libertad, decide ir construyendo a través de sus decisiones su existencia y sus relaciones con los demás. Al respecto la Corte en cita, en el caso Gutiérrez Soler vs. Colombia expresó “...en el marco de la transitoriedad de la vida, a cada uno cabe proceder a las opciones que le parecen acertadas, en el ejercicio de plena libertad personal, para alcanzar la realización de sus ideales (...) La vida –al menos la que conocemos- es una sola, y tiene un límite temporal, y la destrucción del proyecto de vida acarrea un daño casi siempre verdaderamente



de este ejemplo clásico, se requieren reflexiones sobre otras categorías: ¿Hasta dónde se pide a las personas asimilarse al paradigma de la mayoría?

Respecto a la afectación en el ejercicio de un derecho, debe tomarse en consideración que la medida que se pretenda adoptar no tenga por objeto anular el ejercicio de un derecho en condiciones de igualdad. Es decir, si bien desde un enfoque metajurídico podemos identificar conductas que resultan cuestionables, como lo podría ser en el ámbito social algunas congregaciones o sectas que enaltecen determinadas características (afiliaciones a ciertos grupos religiosos, por ejemplo), a pesar de que nos parezcan inadmisibles no pueden trascender hasta el ámbito de lo jurídico en tanto que tales características sean empleadas para fijar cánones que impidan o limiten el acceso a un derecho de personas que no compartan dicha afiliación.

Con base en las ideas expuestas, un ejemplo es conveniente para ilustrar en mejor medida una acción afirmativa. El Acuerdo emitido por la Junta General Ejecutiva del Instituto Nacional Electoral, identificado con la clave INE/JGE134/2017 de fecha 18 de julio de 2017<sup>156</sup> a través de la cual se aprobó la emisión de la tercera convocatoria del concurso público 2016-2017 de ingreso al Instituto Nacional Electoral a través de su Servicio Profesional, la cual se limitó a mujeres, da muestra de los elementos descritos, resultando particularmente llamativos los considerandos siguientes:

- a) En el considerando 34, se expone que, con base en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, las acciones afirmativas no son jurídicamente discriminatorias, tomando en

---

*irreparable, o una u otra vez difícilmente reparable...*" (voto razonado del Juez Antonio Augusto Cançado, párrafos 3 y 5).

<sup>156</sup> Visible en <http://www.ine.mx/wp-content/uploads/2017/07/ac-ine-tercera-convoc.pdf> consultada el 18 de agosto de 2017.

consideración que tales ordenamientos retoman las nociones de proporcionalidad, razonabilidad y transitoriedad que se han descrito;

- b) En el considerando 55, se dispone que el Estatuto del Servicio Profesional Electoral prevé expresamente en su artículo 152 la posibilidad de establecer acciones afirmativas con el objetivo de privilegiar la igualdad de género;
- c) En el considerando 69, con base en un marco legal, constitucional y convencional, el Instituto considera que son exigibles a las Instituciones Públicas como parte del Estado Mexicano, la implementación de acciones afirmativas a favor de las personas del género femenino en virtud de los objetivos de igualdad de oportunidad y trato a favor de la mujer, y
- d) En el considerando 89 se describe que la composición actual del Servicio Profesional Electoral –sin especificar alguna cifra o dato en particular– refleja la necesidad de establecer una acción afirmativa como se propone, la cual resulta jurídicamente viable y se ajusta a los principios de proporcionalidad, razonabilidad e idoneidad para conseguir el fin perseguido.

Derivado de lo anterior, tenemos que el INE emitió una convocatoria dirigida exclusivamente a mujeres para cubrir vacantes en el Servicio Profesional Electoral, de manera transitoria, con lo puede deducirse que se busca reducir la brecha de disparidad entre ambos géneros dentro del ámbito laboral de ese organismo público. En este sentido, cabe preguntarse si, con posterioridad, no tendrán lugar también acciones afirmativas que tengan por objeto incluir otros sectores marginados de la sociedad, como lo son indígenas o adultos mayores, lo cual también contribuiría a fortalecer la pluralidad como elemento fundamental del ideal democrático.

Y es que, aun cuando la disparidad entre hombres y mujeres resulta ser la más visible, o la que ha recibido mayor atención en los últimos años – probablemente porque resulte una primer posibilidad real de materializar valores que reivindicuen la dignidad de las personas– , lo cierto es que después del esquema de género en sí, no podemos permanecer indiferentes ante otros sectores sociales que, de igual forma, han adolecido un grado sustancial de desventaja y respecto de los cuales, al ser considerados por algún decisor, también se requiere contar con una apertura cognoscitiva para procurar comprender su contexto como lo propone la perspectiva de género respecto del sexo femenino. En este sentido, el Protocolo<sup>157</sup> contiene un cuadro que, en lo sustancial, se transcribe dado que resulta contundente para evidenciar cómo fuera de paradigmas que aún se mantienen aferrados en el ideario colectivo, puede resultar comprensible y hasta tolerable que en lo individual algunas personas continúen sosteniendo posturas discriminatorias; pero lo inaceptable es que esas posturas se vean reflejadas en decisiones interpretativas, normativas y judiciales que tengan la capacidad potencial y real de transformar, en detrimento de sus destinatarios, planes de vida.

Paradigma construido de una visión social androcéntrica	Personas objeto de discriminación (en oposición al paradigma)	Afectaciones a planes de vida (ejemplos)
Hombre	Mujeres, transexuales, intersex	Falta de reconocimiento legal
Heterosexual	Homosexuales, bisexuales	Negativa a conceder adopción, riesgo social <sup>158</sup>
Adulto	Niños, adolescentes, adultos mayores	Negación de autonomía
Blanco	Indígenas, mestizos, afrodescendientes	Establecimiento de modelo de belleza occidental
Sin discapacidades	Discapacitados física o intelectualmente	Segregación educativa y laboral
Católico <sup>159</sup>	Ateos, sintoístas, islámicos	Desprecio o ridiculización de creencias

Por tanto, la perspectiva de género, trascendiendo más allá de la dualidad entre lo femenino y lo masculino, puede en realidad transformarse hacia una *perspectiva humana* (que reivindique lo humano del Derecho) en la que se

<sup>157</sup> Vid. p. 65. Como se anuncia, el cuadro que aquí se inserta no es una transcripción exacta de la fuente, pero de ésta se ha extraído su esencia.

<sup>158</sup> La autora Martha Nussbaum (1997, p. 136) es explícita: “*Para la persona heterosexual, la sociedad ofrece respeto y prestigio; para la persona diferente, frustración, vergüenza y continuo peligro*”.

<sup>159</sup> Esta referencia es una aportación nuestra, como ejemplo de que, tristemente, podríamos continuar prolongando esta lista indefinidamente y como reflejo del contexto de la sociedad mexicana.

cuestionen los paradigmas que a través del devenir histórico han sido comúnmente “glorificados” así como los roles y características que les han sido atribuidas, para retomar la capacidad inicial de cada persona de conocer a su semejante sin ataduras o prejuicios que vicien su opinión de manera predeterminada. Ello, como se comentó, aun cuando pudiera no tener lugar en sectores de una sociedad democrática –dado que de negar esta posibilidad se incurriría en una contradicción– resulta entonces a todas luces inadmisibles que nuestros decisores puedan sustraerse a la necesidad de intentar comprender *al otro*, y que en sus decisiones puedan considerar contextos, necesidades y sobre todo autonomía para reafirmar la dignidad humana, para lograr un acercamiento más probable hacia el ideal de la justicia.

Algo de lo que sí habremos de apartarnos del Protocolo, es del contenido en el que, aún a modo de sugerencia, se plantean algunas ideas que pretenden orientar al juzgador a juzgar con perspectiva de género, a través de la formulación de diversas interrogantes a través de los apartados 1) Cuestiones previas al proceso, 2) Determinación de los hechos e interpretación de la prueba, 3) Determinación del derecho aplicable, 4) Argumentación, y 5) Reparación del daño. La razón por las cuales consideramos que este modelo tiene una utilidad práctica limitada es que, al igual que en los estereotipos antes referidos, en el ámbito jurídico el primer estereotipo es *regular*. Es decir, con base en las preguntas propuestas, se pretende establecer lineamientos que intentan identificar los casos en que la *perspectiva humana* debe tener lugar, cuando la postura que hemos sostenido al respecto radica en que *en todos los casos* debe ser aplicable, y que las reglas por sus características, tienden a fallar en mayor medida al agotarse con rapidez frente a situaciones no previstas, entendida esta idea en su mayor amplitud posible. Por ello, es que si bien estas preguntas pueden servir como un esquema complementario que oriente al decisor en sus reflexiones, lo cierto es que la Jurisprudencia de la Virtud le invitará a efectuar el análisis correspondiente de manera autónoma, en cuya percepción, sin duda, logrará cumplimentar características más allá de las

reglas, con un acercamiento al sector principalista cuya veta, a diferencia de las reglas, parece inagotable y amoldarse con comodidad a cada caso particular, lo cual puede reflejarse en contar con mejores elementos para combatir relaciones asimétricas de poder y condiciones de desigualdad que impidan el diseño y ejecución de planes de vida, en detrimento de quienes lo padecen y trascendiendo a la colectividad a través de un resentimiento que a la postre termina erosionando el tejido social resultando nocivo para todos sus integrantes.

Por lo anterior, la *perspectiva humana*, conclusión a la que hemos llegado a fin de que sea aplicada a toda persona en función de su contexto particular, implica un compromiso de los decisores judiciales con la evolución del Derecho, la lucha contra la impunidad y la reivindicación de los derechos de las víctimas. Así, los razonamientos y reflexiones al ajustarse con los nuevos paradigmas constitucionales que, bajo una visión progresista, tienden a dejar en desuso criterios hermenéuticos como el de literalidad, jerarquía y especialidad –al encontrarse éstos restringidos al plano de la legalidad– incentivan que las decisiones judiciales de las sociedades democráticas contemporáneas presenten un acercamiento a los principios del sistema jurídico, dirigiendo la argumentación en mayor medida hacia el terreno de la ética, como aquí se propone.

Con esto, también se contribuye a reforzar la idea, frente a la postura contraria, de la utilidad y aplicación de elementos filosóficos en el ámbito jurídico. Esa argumentación está encaminada a proteger en mayor medida los derechos humanos y sintetiza la *metafísica* que subyace a los derechos humanos, la cual sin aras de simplificar su complejidad en estas líneas, podemos establecer que encuentra su fundamento en el reconocimiento a la dignidad de cada persona y a la identificación y a su vez combate de los desequilibrios materiales existentes que no sean derivados del ejercicio de la libertad de cada individuo.

### 3.2 Ilícito atípico

Bajo este término se pretenden agrupar diversos casos correspondientes a una aplicación de la Jurisprudencia de la Virtud en los que se toma como punto de partida la insuficiencia –entendida ésta de la manera más amplia– de la norma jurídica para establecer una respuesta razonable a una problemática determinada, pues el resultado al que se arribaría en condiciones de sujeción estricta al texto legal contravendría un principio o el fin último de la norma escrita.

A partir de esta reflexión inicial puede efectuarse también un ejercicio de contraste respecto de la *perspectiva humana* descrita en el apartado anterior. Se ha calificado como reflejo práctico de la Jurisprudencia de la Virtud al enfocarse en procurar comprender la vivencia y contexto de una persona para analizar si la aplicación de una norma de manera ordinaria no tiende a convalidar estereotipos que lesionen la libre configuración de su plan de vida, trascendiendo así de la dicotomía hombre-mujer hacia toda configuración cultural que genere alguna idea de prejuicio en detrimento de cualquier persona. Así, el ideal de la aplicación de la *perspectiva humana* debe mantener alerta y atento al decisor jurídico de que se trate para identificar si derivado de su actuar se producen consecuencias negativas injustificadas en este rubro. Esta postura tiene la nota característica de que, a pesar de los esfuerzos normativos por establecer lineamientos o guías de actuación para dar lugar a su observancia, tendremos que reconocer que la justificación última de las personas que niegan su aplicación o la consideran artificial radica en argumentos socioculturales, traducidos en costumbres con arraigo popular que son adoptados y reproducidos inclusive de manera inconsciente por las nuevas generaciones.

En contraste, si bien el ilícito atípico comparte la esencia del profundo interés respecto del contexto en que tiene lugar la decisión jurídica de que se trate, su diferencia primordial consiste en que la justificación normativa de la decisión ordinaria no soporta una crítica desde una postura principalista, por lo que el

razonamiento silogístico que lo funda se torna falaz en atención a sus consecuencias: sus implicaciones perniciosas no son perceptibles desde un enfoque formal, por lo que se requiere examinar la construcción del argumento desde una integralidad, es decir, desde el *todo* de la finalidad del Derecho que vendría a ser la procuración de la justicia. La nota distintiva del ilícito atípico supone una ruptura del paradigma penal *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* (o al menos suavizarlo) al reconocer las limitaciones naturales de la ley y la necesidad imperiosa de impedir que, determinadas acciones que aprovechen tales deficiencias, queden impunes. O dicho con otras palabras, el ideal de ilícito atípico pretende garantizar la fiabilidad del sistema jurídico –construido sobre la oportunidad de la justicia– al validar la observancia de principios sobre normas que eviten dotar de legalidad a conductas que, no obstante su apego al texto jurídico, sus efectos resultan inadmisibles desde la perspectiva del Derecho en su integralidad. Para ello, la participación del decisor jurídico de que se trate es de vital importancia, pues será con base en su percepción en que el ilícito atípico pueda sostenerse en argumentos razonables. En opinión de Atienza y Ruiz Manero (2006, p. 19) “...los principios –a diferencia de las reglas– no pretenden excluir la deliberación del destinatario como base de la determinación de la conducta a seguir sino que, bien al contrario, exigen tal deliberación”.

Para comprender mejor la necesidad de explorar este ideal, así como revisar la pertinencia de su aplicación, es conveniente tomar en consideración los antecedentes del término. Aunque podría parecer ligado al ámbito penal, la noción que se atribuye a “ilícito” no se constriñe únicamente a esta materia y es bastante amplia. Así, el artículo 1830 del Código Civil Federal establece: “*Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres*”. Como se advierte de esta breve pero valorativa definición, el ilícito trasciende más allá de la norma jurídica ordinaria para tutelar los intereses colectivos contenidos en los ordenamientos elevados a la categoría de orden público, concepto respecto del cual ya se han efectuado las anotaciones oportunas y no es necesario reiterar aquí.

Probablemente el aspecto más llamativo de la definición propuesta por ese código sustantivo sean “las buenas costumbres”, pues si bien hace alusión a la posibilidad del intérprete de dotarla de un contenido que vaya acorde con las creencias predominantes en el contexto en que se aplica –permitiendo su evolución– será el decisor judicial quien, bajo la responsabilidad de su función, esclarezca la pertinencia del contenido propuesto, o bien, bajo un esquema virtuoso, cuestionarlo y justificar cómo lesiona de manera ilegítima los intereses de una persona en particular. Por tanto, el ilícito es un acto que el Derecho, visto en su integridad, considera indeseable al vulnerar algún bien o principio, por lo que al actualizarse impone a la persona que lo cometió alguna sanción, la cual de acuerdo a su gravedad, puede caer en el ámbito del derecho penal. Para Atienza y Ruiz Manero (2006, p. 23) un ilícito se puede definir como un acto contrario a una norma regulativa de mandato.

Por otra parte, el término “atípico” hace clara alusión al concepto de tipicidad –el cual sí es propio del derecho penal– y consiste en la descripción contenida en la norma jurídica sobre una conducta antijurídica; es decir, la tipicidad prevé bajo qué condiciones y especificaciones la acción desplegada por una persona exige una sanción de índole penal al ser estimada por el decisor normativo como grave al atentar contra bienes tutelados que reflejan intereses respecto de los cuales el Estado tiene la obligación de proteger, como lo es la vida, la propiedad, la salud pública, entre otros. Por ello, al considerar que las sanciones penales inclusive atentan contra la libertad del individuo, el Estado ha previsto que únicamente la materialización de las conductas típicas, establecidas previamente en ley, sean merecedoras de los grados de punibilidad más altos, lo cual a su vez protege a los ciudadanos de la aplicación inexacta o interpretativa del derecho penal.

Esta reflexión sin duda ya genera en la mente del lector el debate en torno a la ponderación entre la certeza que nos brinda un texto, estático, frente a la posibilidad de que, en determinados supuestos, con el objeto de evitar impunidad,



el derecho penal extienda sus alcances, aún de forma momentánea para intentar procurar en mayor medida el ideal de la justicia. A estos escenarios hipotéticos podría agregarse la posibilidad de que, como lo aconseja el ideal ético, seamos capaces de imaginar que cualquiera puede verse inmiscuido en un proceso penal, ya sea como probable responsable o víctima. Este debate parece añejo, pero los acontecimientos actuales lo revitalizan y auguramos que generará tensión entre los decisores normativos e interpretativos en la construcción y aplicación, respectivamente, de políticas públicas y directrices, así como decisores judiciales que constaten sus inconvenientes a través de casos particulares.

Con lo anterior no se desea soslayar la importancia fundamental que tiene la función de punición del Estado, ni cuestionar la filosofía del derecho penal como el brazo más visible de la violencia legitimada que ejerce dicha entidad sobre todos sus gobernados; además de rebasar en demasía los límites temáticos de la presente investigación, tendríamos un carácter monográfico pues poco se podría aportar a la plena justificación del Estado como concentrador de dicha fuerza, así como la necesidad de perfeccionarlo para asegurar la convivencia armónica entre sus integrantes, arribando a la conclusión final de que dicha función resulta inamovible. Lo que en realidad debemos conservar en mente, a fin de proseguir en nuestro ámbito y clarificar en mejores términos nuestra postura, es la necesidad de que dicha coerción estatal se dirija –y se aplique con rigor– a quienes violenten el Derecho en su integridad, evitando que el inmanente desperfecto normativo sea causa de su absolución y con ello generar desconfianza entre la población que a la postre erosiona las instituciones y con ello la paz y armonía social.

En tanto, retomando nuestra descripción analítica del ilícito atípico, ya es posible percatarse que con el mismo se pretende abarcar, de forma bastante ambiciosa, toda vulneración relevante en términos jurídicos cometida en contra de algún bien jurídicamente tutelado sin una descripción previa en el texto legal y

genere una afectación a un tercero, encontrando su justificación en la necesidad de evitar que las carencias normativas deriven en resultados de impunidad.

De acuerdo con las ideas expuestas, tenemos que la idea del ilícito atípico contraviene la postura clásica en torno a la tipicidad. Así, por ejemplo, para el profesor Fernando Castellanos (2003, p. 168) la tipicidad es “*el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador (...) es la descripción de una conducta desprovista de valoración*”. En común, puede advertirse que la nota distintiva de la tipicidad es el reconocimiento objetivo que se realiza de una acción para identificar si se encuentra prevista en algún ordenamiento<sup>160</sup> como susceptible de ser sancionable, por lo que bajo la idea clásica de la tipicidad, resulta indispensable contar con este elemento escrito y previo a la conducta para que pueda configurarse, con miras a tutelar el principio legalista y de estricta aplicación de la norma penal y así proteger el patrimonio de los individuos y, en última instancia, su libertad. Este aspecto sin duda constituye uno de los pilares de la certeza con que cuentan los particulares frente al poder represor del Estado de conocer qué conductas son merecedoras de una pena, lo cual busca impedir el ascenso de un esquema autoritario en el que el derecho penal sea usado con fines persecutorios o represivos sin una justificación legítima.

Por ello, si bien en el campo del derecho penal, con base en el razonamiento anterior puede resultar improbable la implementación del ilícito atípico, pueden identificarse casos de responsabilidad administrativa en los que, sin mencionar expresamente esta idea, se encuentran elementos que hacen alusión a la misma. Lo anterior, al tomar en consideración que en el ámbito del derecho administrativo sancionador son aplicables –en lo conducente y con modificaciones– los principios del derecho penal, por lo que la idea de tipicidad admite un grado de flexibilización

---

<sup>160</sup> Hemos decidido emplear este término para, deliberadamente, procurar abarcar todos los ámbitos jurídicos en los que la tipicidad pueda tener lugar fuera del campo estrictamente penal.

con el objeto de maximizar los alcances de la normatividad para lograr una reacción eficaz frente al hecho antijurídico y, en consecuencia, evitar la materialización de la impunidad con base a deficiencias normativas.

En efecto, podemos clasificar en dos especies el género del derecho punitivo del Estado: primero, en una función sancionadora de carácter penal, que tutela los bienes más valiosos de los individuos vistos desde su particularidad y otra con relación al carácter administrativo, la cual tutela los intereses de la colectividad en general, reflejado en el desarrollo de funciones reguladas por leyes administrativas, cuyos objetivos atienden a los intereses de dicha colectividad, permitiendo a la autoridad administrativa realizar con eficacia su función. Debe observarse la coincidencia de ambos –al igual que cualquier otro elemento del universo jurídico ideal– en alcanzar y preservar el bien común y la paz social, distinguiéndose con la eventual imposición de una pena o sanción con la finalidad directa de prevenir la comisión de conductas antijurídicas al reprimir al infractor y disuadir su comisión respecto a terceros para evitar su comisión futura o proliferación.

Asimismo, el análisis en torno a la aplicación del ilícito atípico no necesariamente requiere como finalidad la imposición de una sanción, pues también puede proponer al decisor judicial la aplicación de un principio así como establecer una consecuencia diversa frente a la que tendría lugar si sólo se observara la norma escrita, al considerar que el hecho requiere de un tratamiento diverso al previsto en el texto legal en atención a principios o valores consagrados en rango constitucional, de modo que se reconoce la configuración del hecho antijurídico aun cuando, en función de su contexto particular, no origine la imposición de una sanción. El siguiente cuadro pretende ejemplificar lo expuesto:

Grado de sujeción legalista	Ámbito legal	Características de su aplicación
Alto	Derecho Penal	Brindar certeza y seguridad al gobernado <sup>161</sup>
Medio – Alto (posibilidad de apertura)	Derecho Administrativo Sancionador	Promover observancia administrativa en aras del interés público
Medio – Bajo (argumentación principalista)	Ilícito atípico	Encontrar la mejor solución de acuerdo a la teleología jurídica

Atento a las reflexiones anteriores, conviene revisar el contenido de dos tesis aisladas sustentadas por la Primera Sala –derivadas de un mismo asunto–<sup>162</sup> para comprender cómo en sede jurisdiccional se han integrado, poco a poco, elementos afines con la idea de ilícito atípico en el ámbito del derecho administrativo sancionador. Si bien no se le cita expresamente tal vez por considerar que la noción resulta demasiado radical o se aparta demasiado de la tradición rígida y estricta del derecho penal, se reconoce que la adopción de este ideal debe ser gradual, dadas las ventajas que conlleva:

- a) Tesis 1a. CCCXVI/2014, con rubro DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEBE MODULARSE EN ATENCIÓN A SUS ÁMBITOS DE APLICACIÓN. Esta tesis contiene una descripción de las diferentes manifestaciones punitivas estatales previstas en rango constitucional, tomando como punto de partida las justificaciones esenciales del principio de tipicidad: 1) un control democrático de la política punitiva; 2) previsibilidad en beneficio de los gobernados respecto de las consecuencias de sus actos, y 3) proscripción de la arbitrariedad estatal. De aquí que el principio de legalidad debe tener un carácter flexible para cada una de las ramas del derecho administrativo sancionador, atendiendo a sus particularidades específicas, sin que se

<sup>161</sup> Dicho sea de paso, esta certeza y seguridad también pueden revertirse en tipos que den lugar al Derecho Penal del Enemigo, es decir, una ideología en la cual a la óptica del Estado hay ciudadanos y enemigos, quienes detentan ideologías que son contrarias o lesivas a los intereses estatales, por lo que son objeto de persecución con la construcción de ilícitos en los que la afectación a un bien jurídico tutelado no es clara. El teórico alemán Günther Jakobs, quien acuñó el término lo sintetiza así: “*El enemigo tiene menos derechos*”. Un ejemplo contemporáneo muy visible es la persecución de inmigrantes, con lo que también queda evidenciada la recurrencia del uso de prejuicios en las decisiones normativas.

<sup>162</sup> Derivadas del Amparo Directo en Revisión 3508/2013, resuelto el 30 de abril de 2014.

pierda de vista que todas ellas conservan la teleología de preservar el interés público reflejado en actividades reguladas administrativamente, permitiendo la integración de tipos administrativos con fuentes infralegales, pero siempre bajo los lineamientos previstos en las leyes.

Para otorgar contexto al lector, es conveniente relatar brevemente los hechos generadores del criterio en comento: una sanción impuesta debido a la omisión de presentar informes trimestrales a la autoridad, con fundamento en una ley que permite sancionar cualquier infracción a los reglamentos que de ella emanen. Ahora bien, previo reconocimiento de validez ante la instancia primigenia (Tribunal Federal de Justicia Administrativa) y posterior confirmación ante un Tribunal Colegiado, ante la Primera Sala se hizo valer, en lo toral, que el principio de tipicidad también es aplicable al derecho administrador sancionador<sup>163</sup> y la necesidad de que los ordenamientos sean lo suficientemente claros para prever las descripciones típicas sin efectuar reenvíos a otros elementos normativos<sup>164</sup>, en particular, aquellos de carácter reglamentario, pues es facultad del legislador y no del ejecutivo el establecimiento de tipos penales, en tanto que a este último le corresponde proveer su exacto cumplimiento, por lo que con este actuar excede su facultad reglamentaria<sup>165</sup>. Bajo las premisas anteriores, los aspectos a destacar del fallo son los siguientes:

- i. Efectúa un reconocimiento de los dos precedentes de la Sala en torno a la problemática de sanciones administrativas impuestas con

---

<sup>163</sup> Este argumento tiene sustento en la jurisprudencia 100/2006 del Pleno de la SCJN, cuyo rubro es TIPICIDAD. EL PRINCIPIO RELATIVO, NORMALMENTE REFERIDO A LA MATERIA PENAL, ES APLICABLE A LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS.

<sup>164</sup> Con base en la jurisprudencia 10/2008 de la Primera Sala de la SCJN con rubro NORMAS PENALES EN BLANCO. SON INCONSTITUCIONALES CUANDO REMITEN A OTRAS QUE NO TIENEN EL CARÁCTER DE LEYES EN SENTIDO FORMAL Y MATERIAL.

<sup>165</sup> De acuerdo con el contenido de la jurisprudencia 122/2007 de la Primera Sala de la SCJN FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. PRINCIPIOS QUE LA RIGEN.

fundamento en preceptos contenidos en reglamentos, con lo que advierte la evolución del criterio al considerarlas legales ya que su conformación no genera incertidumbre al gobernado<sup>166</sup>;

- ii. Este esquema de multa administrativa no deja al arbitrio de la autoridad determinar cuándo se surte la conducta infractora, pues el margen de apreciación radica en que la imposición de las multas se delimite a la categoría de casos en que se actualice un incumplimiento a las obligaciones impuestas en el contenido de la ley, o en su reglamento;
- iii. Si bien a través del principio de reserva de ley se asegura que a través del proceso democrático depositado en el legislador se controle la política punitiva del Estado, el desarrollo de la regulación especializada sobre materias constitucionalmente relevantes requiere un control más eficaz por parte del poder administrativo, lo cual incluye la vigilancia del cumplimiento de la normatividad con un estándar de previsibilidad en beneficio de los gobernados.
- iv. Así, el derecho administrativo sancionador en los reglamentos gubernativos conforman un ejemplo de modulación del principio de legalidad, como se observa, a un grado mínimo, que abre un campo de exploración jurisprudencial para encontrar los balances óptimos en casos subsecuentes<sup>167</sup>.

Respecto al tema de los elementos “infralegales” que la tesis refiere en su contenido, el cual constituye el acercamiento más relevante en torno al ideal del ilícito atípico como lo reflexionamos, la Sala toma como ejemplo

---

<sup>166</sup> Se citan como ejemplo de este criterio la tesis de jurisprudencia de 126/2004 de esa Sala SANCIONES ADMINISTRATIVAS. LAS NORMAS QUE LAS ESTABLECEN NO VULNERAN LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA, CUANDO EN DISTINTOS PRECEPTOS LEGALES SE ENCUENTREN DEFINIDOS.

<sup>167</sup> Aquí se parafrasea el párrafo 112 de la resolución en comento, con el objeto de hacer hincapié en que la propia Sala reconoce que cada caso requiere “explorar” los balances óptimos de los ilícitos administrativos, lo cual contribuye a reforzar una de las principales tesis de la Jurisprudencia de la Virtud respecto a la confianza que se debe depositar en los decisores judiciales.

el ámbito de las responsabilidades de los servidores públicos, ya que su actuación se encuentra sujeta no sólo a manuales o circulares específicos que podríamos calificar como de típicos, sino además, deben observar los principios que rigen su función administrativa, como los de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia, por lo cual determinadas conductas exigen un grado relevante de valoración “infralegal”, pues tales principios, si se delimitaran en un catálogo legal, por más exhaustivo que éste fuese no podría abarcar todos los supuestos en lo que puede tener lugar una violación a tales principios, lo cual dificultaría la imposición de sanciones al contar con la protección de la falta de tipicidad de la conducta realizada.

- b) Tesis 1a. CCCXV/2014, con rubro DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD A LA LUZ DE SUS FINES. Si bien con la exposición anterior parece haberse agotado el contenido del tema en cuestión, esta tesis enfatiza el aspecto de que la seguridad jurídica de los gobernados en su doble dimensión de dotarles de previsibilidad de las consecuencias de los actos propios, así como evitar la arbitrariedad de la autoridad para sancionar a las personas, no impide que la autoridad administrativa desarrolle facultades de apreciación respecto de su posibilidad de creación normativa cuyo alcance se determine de acuerdo con las necesidades regulatorias del Estado en cada época; es decir, reconoce la necesidad de *contextualizar* el ámbito en que se impone una sanción con base en la teleología de la ley (legitimada democráticamente) para hacer más eficiente la vigilancia de su cumplimiento.

Si bien los ejemplos anteriores representan un acercamiento hacia la idea del ilícito atípico como fue descrito en primer término en este apartado, pareciera que la sujeción a un elemento normativo permanece latente; es decir, aun cuando se

realiza una configuración no tipificada de una conducta, lo cierto es que ésta se deriva, necesariamente, del incumplimiento a un elemento que sí se encuentra previsto de manera expresa. Además, en los casos hasta aquí expuestos, tenemos que se circunscriben al ámbito del derecho administrativo sancionador, pese a que la idea del ilícito atípico puede resultar aplicable para identificar otros casos en los que la aplicación de la ley trae aparejado consecuencias desfavorables o perniciosas para el Derecho visto desde su integridad.

En efecto, el esquema de ilícito atípico puede tener un carácter corrector del sistema jurídico atendiendo a principios, máxime si éstos se encuentran contenidos en el rango constitucional; circunstancia que aminora los cuestionamientos en torno a su aplicación. Como ejemplo de lo anterior, en materia electoral tenemos el caso de *nulidad abstracta*, la cual consiste, en lo toral, en analizar la licitud de una elección atendiendo a la observancia de determinados principios contenidos en la Constitución Federal, pasando por la limitación (contenida en la misma Constitución)<sup>168</sup> de proceder a la nulidad correspondiente únicamente bajo los supuestos contenidos expresamente en la norma escrita; es decir, los hechos detectados como irregulares no encuadran en las causales de nulidad *típicas* y, por ende, en un inicio, tales conductas no podrían generar dicha consecuencia, pero en atención a su relevancia y a la manera en que transgreden principios constitucionales electorales terminan siendo sancionadas.

### *La sentencia ST-JRC-117/2011*<sup>169</sup>

Una vez que ha sido delimitado el concepto de nulidad abstracta, cabe mencionar que no obstante el ejemplo se centrará en la sentencia señalada, es conveniente hacer alusión a otros precedentes de la resolución en la que también

---

<sup>168</sup> Artículo 99, fracción II de la Constitución Federal: “Las salas Superior y regionales del Tribunal sólo podrán declarar la nulidad de una elección por las causales que expresamente se establezcan en las leyes”.

<sup>169</sup> Visible en [www.trife.gob.mx/sites/default/files/sr-20-st-jrc-117-2011.pdf](http://www.trife.gob.mx/sites/default/files/sr-20-st-jrc-117-2011.pdf)



es nítido cómo determinados hechos, en un inicio no previstos por el legislador, por las consecuencias que provocan, merecen la atención de un decisor judicial para calificar si contravienen la observancia de principios; situación que no podría reprocharse al decisor normativo dado que, como ya se explicó, es difícil para la norma escrita alcanzar un equilibrio adecuado entre una textura abierta, que permita amoldarse a más casos particulares, y la descripción excesiva cuya visión sea dotar de mayor certeza y seguridad jurídica a los gobernados respecto de qué hechos son merecedores de una sanción. Acotado lo anterior, y a efecto de brindar un contexto al lector, los antecedentes del asunto son los siguientes:

1. El 13 de noviembre de 2011, tuvo lugar la jornada electoral para elegir a los miembros del Ayuntamiento de Morelia, Michoacán. Tres días después se realizó el cómputo respectivo, se declaró la validez y se otorgó la constancia de mayoría a la coalición del Partido Revolucionario Institucional (PRI) y al Partido Verde Ecologista de México (PVEM). La diferencia entre el primer y segundo lugar (PRI y PVEM frente al Partido Acción Nacional) fue de 2,317 votos<sup>170</sup>.
2. El 27 de noviembre siguiente, el Partido Acción Nacional (PAN) promovió un juicio, en instancia local, para cuestionar los resultados obtenidos, mismo que fue resuelto el 16 de diciembre posterior, en el que se modificó el cómputo al declarar la nulidad de votación recibida en cuatro casillas, confirmando la declaración de validez de la elección y el otorgamiento de la constancia.

Contra la determinación anterior, el PAN promovió el juicio que se comenta (de orden federal), en el que hizo valer diversos agravios entre los cuales se destacan dos que contienen los hechos fundamentales por los cuales se determinó la nulidad de la elección, y que vienen a configurar el ilícito atípico en el caso:

---

<sup>170</sup> La Sala tuvo presente que la votación total en el municipio de Morelia fue de 304,134 votos y la diferencia entre el primer y segundo lugar fue de 2,317 votos, en 923 casillas, circunstancia que arroja una diferencia del 0.76%, con lo que estableció que la distancia en sufragios fue mínima. (p. 815 de la sentencia en comento).

- a) La transmisión televisiva efectuada el 6 de noviembre de 2011, del cierre de campaña del candidato a gobernador del Estado y la aparición en este acto masivo, por casi cinco minutos, del candidato a la presidencia municipal de Morelia<sup>171</sup>, y
- b) La portación del boxeador mexicano Juan Manuel Márquez del logotipo institucional del PRI en sus calzoncillos durante una pelea desarrollada en las Vegas, Nevada un día antes de la jornada electoral, al considerar que el hecho constituyó propaganda política en tiempos de veda electoral<sup>172</sup>.

En torno a estos hechos, la Sala consideró que los mismos “...*son conductas graves y sistemáticas, ya que no se producen de forma aislada sino que se advierte una preparación y clara dirección a utilizar los medios de comunicación masivos, en el caso televisión, para posicionarse frente a los demás contendientes de manera irregular...*”<sup>173</sup>, con lo cual estableció un nexo causal entre la diferencia de votos (la cual como se revisó antes, fue mínima) y la pretendida manipulación del voto mediante tales transmisiones televisivas.

Como paréntesis, y a fin de abonar en mayor medida al ejemplo dado, en los precedentes de los llamados caso Yurécuaro y Tabasco<sup>174</sup>, el ilícito atípico lo constituyó el uso de manifestaciones religiosas en actos proselitistas; hecho que a pesar de no encontrarse previsto expresamente en la normatividad aplicable, vulneró el artículo 130 de la Constitución Federal, respecto al principio histórico de la separación entre las instituciones del Estado y la Iglesia. En el segundo caso,

---

<sup>171</sup> En este aspecto, debe mencionarse que esta transmisión fue objeto de una sanción por parte de la autoridad electoral local, por haber ocupado un espacio fuera de los tiempos asignados gubernamentalmente a los partidos políticos.

<sup>172</sup> De acuerdo con el artículo 51, párrafo 2 de la legislación electoral local (vigente en ese momento) se prohíbe realizar, tanto el día de la jornada como los tres días previos, actos proselitistas o de campaña.

<sup>173</sup> p. 811 de la sentencia en estudio.

<sup>174</sup> Contenidos en las sentencias SUP-JRC-604/2007 y SUP-JRC-487/2000, respectivamente.

quedó acreditado en el expediente que se encontraron materiales electorales e indicios de quema de papelería relativa en un inmueble perteneciente a la empresa “Chocoweb”, además de la falta de neutralidad por parte del gobierno del Estado de Tabasco al ceder importantes espacios publicitarios para el candidato ganador, así como la intervención de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes estatal para recaudar fondos en su beneficio; hechos que no se encontraban previstos expresamente en la normatividad y que, a través del silogismo jurídico formal, no habrían podido ser objeto de consideración para efectos de la nulidad que, finalmente, produjeron en atención al carácter *injusto* con el que se encuentran revestidos.

Retomando el caso de Morelia, es necesario efectuar algunos apuntes en torno a la figura del ilícito atípico ya descrita: primero, los hechos referidos, mismos que por sus particularidades no podrían ser exigibles de encontrarse previstos en la normatividad, son analizados por la Sala con una visión de tutelar, primordialmente, el derecho al sufragio libre y los principios de certeza y legalidad, al considerar que las mismas tuvieron un impacto relevante en el electorado con base en la mínima diferencia entre el primer y segundo lugar. Por ello, era necesario identificar la posición de ventaja indebida que el PRI pretendió obtener, primero, con el cierre de campaña cuya transmisión fue sancionada y, segundo, con la participación principal, aún por algunos minutos, de un candidato en concreto. Estos hechos, sin duda, crean una percepción definida de que nos encontramos ante hechos ilícitos que merecen una sanción y deben inhibirse, por lo que no obstante que los efectos de carácter publicitario (como lo es la cantidad de personas que tuvieron oportunidad de ver el evento) difícilmente pueden ser cuantificados con precisión, por lo que la decisión de la Sala es acertada, pues su finalidad es sancionar un hecho que no puede ser calificado como espontáneo o culposos.

Con relación a la portación del boxeador en sus calzoncillos del logo del PRI, nos parece, esa percepción de ilegalidad puede no parecer tan clara, pues entra en

juego otro factor de peso: la libertad de expresión del boxeador, pues éste, entrevistado en días posteriores a la determinación de la anulación electoral, refirió que el objeto de portar en su vestimenta el logo del PRI era expresar su propia convicción, y que era completamente ajeno al tema de las elecciones en Michoacán. Aunque este comentario podría calificarse como válido, y haya existido un deslinde por parte del propio PRI al inicio de la jornada electoral del 13 de noviembre, parece que la sombra de una ventaja indebida no se desvanece por completo. Frente a esta posición, valdría la pena reflexionar: con posterioridad a dicho evento de boxeo, ¿hemos visto a otro peleador con un logo de alguna organización política en términos similares? La respuesta es no. Por ello, pese a que exista un espectro de protección en torno a la libertad de expresión, y el boxeador se encuentre libre de cualquier posibilidad de sanción derivado de los efectos de la sentencia que se comenta, es posible identificar un matiz de irregularidad en este hecho, la cual no obstante de tener la calidad de “suave” o “ligera”, su denuncia y sanción tuvo efectos inhibidores, lo cual puede traducirse como un efecto positivo de la resolución, y mostrar un acercamiento más útil hacia el fin de la normatividad que la protección en lo particular de un sospechoso ejercicio de libertad de expresión.

La Magistrada Adriana Favela parece compartir esta noción finalista: *“la función específica de la nulidad no es asegurar el cumplimiento de las formas, sino preservar los fines asignados a éstas por el legislador”*<sup>175</sup>. No obstante esta transcripción de su pensamiento, en el asunto –a través de un voto particular– reflexionó que no se identificó prueba o indicio alguno que vinculara, de manera efectiva, la campaña del candidato del PRI a la imagen que portó en su pelea del 12 de noviembre de 2011 el boxeador Juan Manuel Márquez. Esta aseveración es cierta, sin embargo también es necesario tomar en consideración dos elementos adicionales: primero, el aspecto que fue objeto recurrente de argumentación en la sentencia, relativo a la diferencia mínima entre los principales contendientes y la

---

<sup>175</sup> FAVELA, Adriana, *Teoría y práctica de las nulidades electorales*, 1a. ed., México, Limusa, 2012, p. 4.

forma en que las irregularidades señaladas pudieron, bajo una presunción fuerte, alterar dichos resultados. Segundo, y de manera más cercana al esquema de Jurisprudencia de la Virtud que se propone, el ponderar que si los hechos no tienen la calidad de graves, daría lugar a su convalidación tácita, y aun cuando no se pueda afirmar categóricamente que derivado de esta resolución no se han vuelto a portar en eventos deportivos logos de institutos políticos, sí puede pensarse que esta determinación representó un paso en la dirección correcta de modular el derecho a la libertad de expresión, sobre todo en una incipiente cultura democrática como la mexicana.

Un comentario final: las elecciones extraordinarias tuvieron lugar el 3 de junio de 2012, resultando contendientes principales los mismos partidos políticos, y ganador el candidato postulado por la coalición PRI-PVEM. Este hecho sin duda generará en el lector una idea de insatisfacción o cuestionamiento sobre la utilidad del esfuerzo judicial (no sólo de la instancia federal, sino también la local) de analizar un universo de hechos y elementos probatorios. Dejará también un sabor un tanto amargo, pues aun cuando en concepto del decisor judicial un partido político cometió irregularidades, las cuales dieron lugar a la nulidad de elección, es este mismo instituto político quien, a la postre, resultaría vencedor, y con el mismo candidato. Frente a esta sensación, cabría entonces preguntarse: ¿por qué al instituto político infractor no se le impide participar en las elecciones que por su causa se anularon? ¿Por qué no se impide, al menos, que participe en la elección pero con un candidato diferente, a quien resulta válido atribuir, si bien no la autoría intelectual de los hechos, un índice de aprobación sustancial? Las respuestas a estas preguntas correspondería considerarlas a los decisores normativos, pues por más justas y correctas que nos parezcan estas opciones, nuevamente con miras a cumplimentar el objetivo de la normatividad en su integridad, estos supuestos tendrían que contenerse en los textos legales, o al menos contar con principios más específicos que sirvieran de fundamento, pues en caso contrario la determinación judicial podría transitar del activismo judicial hacia el ámbito de la arbitrariedad. Así, para concluir

este apartado, puede mencionarse que en la Constitución Federal, así como en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral vigente ya se prevé que en los casos de nulidad de elección, se convocará a una elección extraordinaria, en la que no podrá participar la persona sancionada<sup>176</sup>: un paso en la dirección adecuada, de muchos otros que todavía habrán de darse.

En la obra *Ilícitos atípicos*, los autores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero explican dos manifestaciones de esta figura: el abuso del derecho y el fraude a la ley. No obstante las distinciones que realizan entre ambas figuras, es posible afirmar que ambas convergen hacia un mismo punto, el cual constituye una necesidad de corrección, de respuesta activa por parte del Derecho frente a un resultado que contraviene directamente un valor jurídicamente relevante e inmanente al ordenamiento de que se trate y reflejado en las ideas de orden público e interés social, entre otras, que no pueden definirse de forma general sino en contextos específicos con el objetivo final de que los ilícitos, frente a las deficiencias normativas, no queden impunes.

Sin embargo, asimilando las ideas de Atienza y Ruiz Manero, encontramos un remanente relevante de sujeción a un esquema positivista, el cual representa una ruta un tanto larga y clásica para arribar a una conclusión que, si bien se comparte, parece asequible a través de una ruta mucho más directa. En el ámbito del abuso del Derecho, como primer punto del desarrollo de su exposición, los autores realizan un acercamiento analítico a los elementos del derecho de propiedad, así como a su ejercicio y la forma en que éste debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo, de modo que su uso no se aparte de los fines reconocidos por el legislador<sup>177</sup>. Tomando como fundamento la legislación civil

---

<sup>176</sup> Art. 41 fracción VI, párrafo quinto de la Constitución Federal, reforma publicada en el DOF el 10 de febrero de 2014, y 78 bis párrafo 3 del segundo ordenamiento referido, adicionado mediante publicación en el DOF el 23 de mayo de 2014.

<sup>177</sup> Como crítica a esta aseveración podría preguntarse, válidamente, que debe entenderse por serio y por legítimo. Con esa apreciación se pone en evidencia la manera en que, de alguna u otra forma, en las funciones

española, proceden a realizar la interpretación de un artículo que, estiman, contiene la esencia de la figura del abuso del derecho.

En efecto, el carácter limitado de las reglas, ya sea su configuración a través de una decisión normativa o judicial, permanece latente derivado, primordialmente, de su estatismo, pues en tanto el texto permanece incólume con el paso del tiempo, a su alrededor los contextos, ideologías y construcciones culturales se transforman continuamente, de modo que corresponde a un juzgador, corroborar su utilidad práctica atendiendo a su teleología sin perder de vista el valor de la justicia. En palabras de Atienza y Ruiz Manero, tras reflexionar sobre un ejemplo práctico en el que se reproduce esta idea, concluyen: (2006, p. 31) “...*la regla permisiva que el mismo Tribunal había creado en ocasiones anteriores debe restringirse en cuanto a su alcance o ámbito de aplicación, porque este caso presenta una **nueva propiedad que lo sitúa fuera del alcance justificado de la misma***” (el resaltado es propio). Esta nueva propiedad que mencionan los autores españoles hace alusión a los elementos que las reglas, atendiendo a su carácter, son incapaces de procesar y que, en consecuencia, requieren la intervención de un decisor para darles una nueva configuración, ampliando sus alcances, limitándolos o incluso sustituyéndolos, al advertir que ya no satisfacen las necesidades que, dentro de su ámbito de aplicación, pretenden cumplimentar.

Con base en esta reflexión, los autores realizan un “catálogo” por el cual pueda identificarse que una acción resulta abusiva y, por tanto, debiera ser prohibida por el Derecho si contiene estos elementos<sup>178</sup>: a) uso de un derecho objetivamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño. Nuevamente aquí aparecen términos que remiten a una reflexión de carácter moral o valorativa respecto de las consecuencias

---

aún descriptivas del derecho fuera del ámbito eminentemente positivista se requieren citar términos que tienen una vaguedad y permiten su completitud a través de juicios de valor.

<sup>178</sup> Cfr. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2006, pp. 41 y 42).

derivadas de un acto que, no obstante de inicio cuente con un respaldo jurídico, visto en su integralidad resulta lesivo para el propio sistema, al materializarse en la forma de un daño. Si se reconoce que estas características comprenden el universo de posibilidades que pueden encuadrar en la figura del abuso del Derecho –opinión que se comparte– también tendrá que reconocerse que estos tres elementos constituyen, en realidad, *principios*, mismos que en su textura abierta permiten su plena funcionalidad y adaptabilidad a cualquier circunstancia en la que pudieran configurarse, asumiendo su carácter orientador y validador.

Intentar construir un texto con visión normativa en torno a términos jurídicos indeterminados expresados en su totalidad a través de reglas resultaría contradictorio y anularía posibilidades reales de aplicación práctica. Como los propios autores reconocen: “...*la reglamentación del abuso del derecho habría abandonado el terreno de los principios para situarse por completo en el de las reglas. Como veremos más adelante, tal cosa no parece posible y, además, no sería deseable*<sup>179</sup>.”

A fin de dotar de contenido a estas nociones, los decisores deben tomar en consideración la moralidad social vigente en el momento de que se trate. Frente a esta concepción, comúnmente aceptada, los autores describen dos reflexiones encontradas que es conveniente compartir aquí. Primero, de acuerdo con las ideas de Alchourrón y Bulygin, se sostiene que los términos valorativos que figuran en normas jurídicas no requieren valoraciones genuinas a sus destinatarios, pues los juicios de valor también pueden ser usados descriptivamente en enunciados que no expresen valoraciones, sino proposiciones fácticas que satisfagan las pautas y criterios de la comunidad. Así, afirman que los jueces en la mayoría de los casos no valoran sino que se limitan a registrar las valoraciones del grupo social al que pertenecen. Después, en claro contraste, se exponen las ideas de Díez-Picazo y

---

<sup>179</sup> *Ídem*, p. 42.



Gullón, para quienes los principios jurídicos son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta, contando con su fundamento en la comunidad entera, a través de sus convicciones y creencias de forma que es ella el auténtico poder creador y, derivado de ello, resulta usual que las leyes constitucionales modernas proclamen de forma solemne los valores, creencias y convicciones de la comunidad. No obstante que los autores en comento comparten esta postura, advierten que *“el arraigo en la conciencia social no parece ser condición ni necesaria ni suficiente para que una pauta más o menos general se convierta en principio jurídico”*<sup>180</sup>. Entonces, ¿cómo podemos identificar el origen de principios para efectos ya no sólo de ilícitos atípicos, sino (de manera más ambiciosa) lograr la corrección integral de la acción humana en el ámbito jurídico?

La respuesta parece permanecer un tanto esquiva, aunque nos continuamos acercando un poco más. Retomando las posturas de las reflexiones descritas, de acuerdo a la posición de esta investigación, no resulta complicado criticar la visión de Alchourrón y Bulygin, pues intentar plasmar una valoración en un texto normativo, cristalizándola, desnaturalizaría su carácter abierto y perdería su posibilidad de adaptabilidad a contextos específicos, además que adolecería de múltiples excepciones por lo que su utilidad inicial como regla quedaría diluida. Respecto a la perspectiva de Díez-Picazo y Gullón, debe tenerse cuidado cuando se pretende asimilar plenamente a los principios con normas jurídicas, pues las interrogantes que suelen formular quienes no comparten esa afirmación pueden trastocar esta analogía pretendida con facilidad: ¿cómo se califica la temporalidad de su aplicación? Las reglas se derogan y se abrogan, los principios no. ¿Cómo pueden identificarse, ya que no existe un código que los regule? Por ello, debe conservarse en mente que aun cuando ambos elementos integran al sistema jurídico, y se complementan entre sí, cuentan con naturaleza distinta. Por otra parte, el hecho de que una práctica o pensamiento se derive de la moralidad mayoritaria tampoco

---

<sup>180</sup> *Ídem*, p. 46.

parece ser suficiente para lograr su evolución a un principio jurídico. Aun cuando los autores agregan que es necesaria su relevancia jurídica, y que pase un test de adecuación al Derecho establecido, se requiere de un elemento más elevado que permita, inclusive, cuestionar al sistema jurídico ya establecido: un enfoque de virtud que valide si, efectivamente, el criterio candidato a principio merece ser elevado a dicha categoría, pues de otro modo el ejemplo usual del derecho de la Alemania nazi podría ajustarse a todas las características que se han descrito, así como sus principios.

Así, la Jurisprudencia de la Virtud vuelve a contar con una oportunidad de aplicación práctica, por encima del ideario colectivo, pues éste también se encuentra en evolución y en ocasiones, como la propia historia nos lo demuestra con decisiones altamente cuestionables, y nuestro presente todavía nos lo reprende, la sociedad puede continuar abrazando con naturalidad prejuicios que impiden el pleno reconocimiento de cada uno de sus integrantes al libre desarrollo de su plan de vida. De forma indirecta, quizás, los autores podrían compartir esta opinión, al reflexionar que el pensamiento de la sociedad, por mucho que pueda ser compartido y conformar un *lugar común* no puede contravenir un principio jurídico reconocido como tal: “*Un principio formulado en una fuente no pierde su validez como principio jurídico por las variaciones que al respecto pudiera haber en la conciencia social*”<sup>181</sup>.

La reflexión anterior abona a un debate en el que se da un paso más al terreno de las valoraciones morales, al considerar que un principio, una vez que ha sido reconocido como tal, tiene la capacidad de oponerse a las modificaciones de las apreciaciones morales compartidas por la colectividad, de modo que aun indirectamente, se les reconoce un grado de universalidad e inmutabilidad, al imperar inclusive bajo regímenes de conciencia temporales. No obstante que esta idea pretende afianzar un mínimo de seguridad jurídica que corresponda y

---

<sup>181</sup> *Ídem*, p. 47.

materialice a la dignidad humana en su manifestación más amplia –lo cual nos remite invariablemente a un ideal ético– lo cierto es que, dentro del margen de la virtud se debe permanecer abierto y atento a una posible circunstancia que pudiera cuestionar la aplicación mecánica de un principio. Dicho de forma simple, los principios, al igual que las reglas, deben tener siempre una posibilidad de derrotabilidad, de modo que no se consideren como absolutos.

Las presunciones legales *iuris et de iure* (absolutas), según su propia definición, no admiten prueba en contrario. Ahora bien, no obstante que dicha clase de presunción se deriva de preceptos legales en particular, encuentra su fundamento como una vertiente del principio de seguridad jurídica, bajo el cual el ordenamiento jurídico reconoce determinados estados de hecho sin necesidad de requerir un medio de prueba para acreditarlo por considerarlos como notorios con base en máximas de experiencia o de carácter científico. Sin embargo, su problema radica en que su adopción plena impediría el ejercicio del derecho fundamental al debido proceso legal, pues se negaría la posibilidad de probar y alegar en contrario; postura que sin duda resulta mucho más valiosa que una presunción cuya aplicación se asemeja, en estos términos, prácticamente a un prejuicio<sup>182</sup>.

Por ello, si bien se comprende que el sentido de la presunción legal es librar de la carga de la prueba al beneficiado con ella, su alcance deberá limitarse a invertir el sistema ordinario de carga de la prueba, desplazando sobre la contraparte la carga de destruir el enlace lógico existente entre éste y el hecho presumido. De este modo, se logra un equilibrio entre su finalidad de proporcionar seguridad a ciertas situaciones jurídicas que la norma escrita considera razonablemente existentes por la constatación de otros hechos que sirven de generadores, frente a la posibilidad

---

<sup>182</sup> Con esta afirmación deseo poner de relieve que una presunción legal que no admita prueba en contrario, actúa como un juicio *a priori* que impide detenerse a revisar el contexto y circunstancias de las partes involucradas a fin de verificar si su aplicación resulta acorde con las finalidades últimas de la normatividad.

de defensa de la contraparte que no debería verse mermada bajo ninguna circunstancia, o al menos, contar con la oportunidad de ejercerla debidamente.

Así, puede concluirse que si bien la figura del ilícito atípico tiene por objeto tutelar de manera amplia la corrección del sistema legal tomando en consideración las finalidades últimas de los textos legales, así como la forma en que éstas conviven con los principios jurídicos, dotando al decisor judicial de un margen de maniobrabilidad relevante en términos de alcanzar una determinación, su visión debe mantenerse abierta con el objeto de preservar la posibilidad de identificar si en un caso sometido a su conocimiento una solución que también se aparte de un principio resulta más razonable al generar un beneficio de mayor peso en términos jurídicos y sociales; consideraciones que pueden promoverse a través de la Jurisprudencia de la virtud y que, como se demostró, sí encuentran eco en el ámbito práctico.

### **3.3 Licitud atípica<sup>183</sup>**

Frente a la idea de ilícito atípico descrita, es posible también identificar una figura de licitud atípica, bajo la cual aquellas conductas que aparecen como prohibidas en primer término, por encontrarse contenidas en una regla, pueden resultar finalmente como permitidas o válidas de acuerdo a los principios jurídicos con una fuerte referencia a una razón de índole práctica.

Esta perspectiva, revisada someramente por Atienza y Ruiz Manero en la obra *Ilícitos atípicos*, también viene a demostrar la importancia de una interpretación y entendimiento con una visión integral y de sabiduría práctica del Derecho, a fin de

---

<sup>183</sup> Si bien este es el término empleado por los autores en cita, puede caber la reflexión si, de acuerdo al sentido con que se pretende dotarle, no sea más adecuado usar el concepto de “Licitud tipificada”.

continuar apartándonos de la tradición positivista pura y formalista. Así, dichos autores identifican 3 supuestos en los que se configura la licitud atípica<sup>184</sup>:

- a) Las principales razones que respaldan la regla no son aplicables al caso;
- b) Se genera una razón más fuerte no contemplada en la propia regla que justifica la permisión, y
- c) El acto sancionado se produce en un grado tan mínimo que parece injustificado que el alcance de la regla cubra el caso en cuestión; idea que genera un *principio de tolerancia*.

De manera análoga con el caso del ilícito atípico, también aquí observamos la injerencia de valoraciones que, si bien enarbolan una bandera de moralidad, puede percibirse en ellas una mayor influencia de sabiduría práctica; es decir, se encuentran dotadas de un aura de pragmatismo cuya visión no es sancionar de forma estricta a todo infractor del sistema legal, sino verificar si la conducta *realmente* amerita una consecuencia en términos legales, o bien, puede tolerarse sin que pueda ser considerada como un reflejo de impunidad. Así, podríamos englobar los tres supuestos sobre la idea de tolerancia, despojándola de un carácter netamente jurídico, como proponen Atienza y Ruiz Manero, para considerarla como una expresión de virtud, noción que puede asimilarse con mayor comodidad, fuera de los debates teóricos sobre su pertenencia al sistema jurídico como tal, o a un sistema valorativo justificante que pudiera arrollar o sobreponerse al legal<sup>185</sup>.

No obstante lo anterior, de las características enunciadas de la tolerancia jurídica que deben distinguirse, llama la atención la siguiente: “*las circunstancias*

---

<sup>184</sup> Vid. ATIENZA y RUIZ MANERO, *Op. Cit.*, p. 115 y ss.

<sup>185</sup> Nuestra postura en este punto es considerar un sistema jurídico único, integral, con apertura a la interferencia de otras ciencias y conocimientos humanos, particularmente filosóficos, en los que el Derecho pueda apoyarse a fin de encontrar mejores respuestas. Así, la función del Derecho debiera ser coordinar el conocimiento general para que en cada decisión relevante para la convivencia humana se le dote de fuerza vinculante, con miras a promover la mejora constante en la calidad de vida de las personas, así como el libre desarrollo de sus planes de vida.

*específicas de la tolerancia, esto es, las propiedades que deben darse para que pueda decirse que existen razones –buenas razones– para levantar la prohibición*<sup>186</sup>; reflexión en torno a la cual se hace alusión directa a los criterios de razonabilidad que hemos revisado antes, en el sentido de que el término “buenas razones”, debe materializarse en justificaciones que cuenten con la aprobación promedio del auditorio, bajo un esquema no jurídico, sino de afinidad de experiencia.

Sin dejar de lado lo anterior, debe reconocerse que con la idea de la tolerancia no se extingue una calificación jurídica de ilicitud (ya que la conducta efectuada, efectivamente, se encuentra sancionada o genera alguna consecuencia específica), sino que el grado de afectación que se genera resulta tan mínimo que resultaría más gravoso emprender la persecución del infractor, o bien, existe una justificación de mayor envergadura que el cumplimiento de la norma escrita.

Antes de emprender el comentario de algunos ejemplos prácticos, es conveniente advertir que las ideas expuestas también suelen describirse como *excepción implícita*, en el sentido de que dentro del ámbito del mandato de una norma jurídica, pueden tener cabida contextos específicos bajo los cuales su cumplimiento resulta contradictorio con el propio de la norma en cuestión, o bien, con un valor superior atendiendo al dinamismo del Derecho. Bajo este esquema, bien puede imaginarse que las normas jurídicas con un operador deóntico de prohibir cuentan con una posibilidad de excepción implícita, las cuales, dada su naturaleza, no podrían ser objeto de consideración normativa, al estimar que no pueden ser establecidos un número indeterminado de supuestos en los que la aplicación de la norma se aleja de su finalidad real, dado que el decisor normativo sólo tiende a establecer soluciones o prever casos usuales, por lo que corresponde al decisor de que se trate evaluar si en el caso sometido a su consideración se perfecciona un posibilidad de excepción.

---

<sup>186</sup> ATIENZA y RUIZ MANERO, *Op. Cit.*, p. 117.

Al igual que en el caso de la licitud atípica, los criterios orientadores para que el decisor elija un curso de acción respecto de la norma cuestionada, lo cual se traduciría en seguir la conducta prescrita por ella, o asumir alguna alternativa, puede confluir en una óptica principalista, aunque como trataremos de ilustrarlo aquí, en realidad su identificación, práctica y aceptación se derivan del ejercicio de una afinidad de experiencia.

En efecto, puede establecerse que la condición de la excepción implícita sea el reconocimiento de una norma jurídica diferente de la que se considera, originalmente, debe prevalecer para dar solución a un caso específico. Con esto, podría asumirse que la excepción implícita en realidad se trata de una <licitud típica inexplorada> ya que al realizar la búsqueda en el sistema legal de un elemento que justifique el curso de acción adoptado, eventualmente podría encontrarse alguno que lo fundamente, y que al adecuarse de mejor modo a los hechos acontecidos, cuenta con una preferencia para su aplicación, respecto de la norma inicialmente considerada. Sin embargo, el problema principal de esta concepción radica en la imposibilidad práctica de conocer la totalidad del contenido de las normas escritas en un sistema jurídico, o bien, que en los casos concretos en los que se requiera asumir una decisión de manera pronta (por ejemplo, en el caso de los decisores interpretativos), resultaría poco práctico detenerse a verificar, de forma pormenorizada, si existe algún fundamento para la conducta que se pretende realizar. Es por ello que, en condiciones normales, el curso de la acción es guiado por una afinidad de experiencia que permite al decisor, tomando en consideración su contexto, elegir una posibilidad que, en ese momento, resulta más razonable frente a otras alternativas.

Esta “derrotabilidad” de las normas, o mejor dicho, su inaplicación, no tiene por objeto combatir su validez abstracta, ya que el decisor se encuentra consciente de su obligatoriedad y de su aplicación en otras circunstancias. Sin embargo, a

través de razones, las cuales cuentan con un grado sustancial de juicios valorativos, es que se apunta, ya sea de forma consciente o no, hacia la teleología de las normas en su integridad, al igual que en los casos de ilícitos atípicos; sin embargo, a diferencia de esa figura, las excepciones implícitas se encuentran con mayor cotidianeidad para cada persona, por lo que es conveniente procurar comprender bajo qué justificaciones las personas dotan de “legales” algunas de sus acciones, pese a existir una prohibición expresa.

Un ejemplo recurrente en este sentido es la circulación de una ambulancia: en la doctrina suele expresarse que la misma entra a un parque (en el que se encuentra prohibido el tránsito a vehículos<sup>187</sup> a fin de brindarle a una persona auxilios de emergencia; reflexión con la cual queda de manifiesto que la prohibición del tránsito queda subsumida ante la posibilidad de salvar una vida. En ese mismo tenor, podemos agregar al ejemplo clásico que la ambulancia puede circular en sentido contrario y efectuar los cruces en intersecciones aun bajo la luz roja del semáforo: la integridad de una persona justifica el incumplimiento a la normatividad de tránsito, sin que se cuestione su utilidad o validez<sup>188</sup>. Ahora bien, fuera de estas apreciaciones, no obstante su valor ilustrativo, puede profundizarse en el concepto con otros casos en los que la licitud atípica se refleja como posibilidad inmanente del sistema jurídico y que, en mayor medida, contribuye a la materialización del valor de la justicia.

---

<sup>187</sup> El ejemplo recuerda, a su vez, al escenario propuesto por Hart para ilustrar su idea de la textura abierta de las normas.

<sup>188</sup> Puede precisarse en este punto que el Reglamento de Tránsito del Distrito Federal vigente (publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 17 de agosto de 2015), ya prevé en su artículo 13 fracciones II y IV los supuestos a que se ha hecho referencia, por lo que bajo ese marco normativo ya no podrían ser considerados ilícitos atípicos. Sin embargo, se citan ya que constituyen ejemplos claros y representan una evolución importante en la actuación del decisor normativo en la materia frente al Reglamento anterior (que data de 2007), que no las estableció.



### *El robo famélico*

A fin de comprender mejor esta figura, así como la regulación a la que podría considerarse subsumida en la actualidad, es conveniente remontarnos al Código Penal Federal expedido en 1931, en el que se encontraba regulado expresamente esta figura en su artículo 379:

*“Artículo 379. No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera por una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento”.*

Este tipo de robo, también denominado como necesario o de indigente, dentro del ámbito penal, refleja una causa de justificación en el que se produce una conducta típica (el robo), pero no se sanciona en atención a un contexto específico de necesidad y, a fin también de equilibrar esta acción con una eventual costumbre, el decisor normativo prudentemente estableció la circunstancia de “por una sola vez”, a fin de que el perdón otorgado normativamente no pudiera ser objeto de abuso por parte de alguna persona. Asimismo, se establece la idea de *estrictamente indispensables*, lo cual transmite la idea de que el activo se apodera de bienes que no implican un ánimo de lucro, sino que serán objeto de consumo casi inmediato. Finalmente, también se ha establecido que el activo no cause un daño a un tercero a través de violencia física o moral, con lo que se fortalece la percepción de que el activo actuó motivado por un estado de necesidad y no con otras finalidades, por lo que puede calificarse como de peligrosidad mínima.

De las ideas anteriores puede advertirse que el decisor normativo, frente a la incidencia del robo ordinario, detectó casos particulares en los que la subsistencia de una persona resulta de mayor valía que el patrimonio de otra; consciente de esta visión, delimitó con diversas características a la conducta, entre las que puede

inferirse la no peligrosidad del infractor, a fin de que no pudiera asimilarse con facilidad a otras conductas que pretendieran hacerse pasar por un auténtico robo famélico, o bien, aquellos casos en que se finge necesidad para justificar vagancia habitual<sup>189</sup>.

No obstante de que en la actualidad dicho tipo penal ha desaparecido, diversos doctrinarios, entre los que se encuentra el profesor Ricardo Franco Guzmán<sup>190</sup>, opinan que es posible encuadrar el robo de famélico en la normatividad actual a través de la causa de justificación relacionada con el estado de necesidad, contenida en el artículo 15 fracción V del código sustantivo penal federal. Sin embargo, las tendencias actuales no parecen evidenciar que su consideración haya tenido lugar de manera sobresaliente en diversos casos: de acuerdo con diversas notas periodísticas contemporáneas<sup>191</sup>, existen en México más de siete mil hombres y mujeres reclusos en las cárceles mexicanas por haber robado algo para comer, cuyas historias no fueron tomadas en consideración ni por su denunciante (alguna tienda de autoservicio), el Ministerio Público y, en mayor relevancia, un juez.

En este punto se comparte la visión del decisor normativo de 1931 de establecer, por un lado y de manera expresa, la posibilidad del robo de famélico pero sujeto a diversas características y especificaciones que permitieran contribuir a identificar que el sujeto activo de que se trate, en efecto, se encontrara en un estado de necesidad auténtico de modo que la licitud atípica operase en su beneficio a través de una causa de justificación penal. Lo preocupante aquí, radica en la

---

<sup>189</sup> Vid. GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *El Código Penal Comentado*, 1a. ed., Porrúa, México, 1982, p. 413; DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Lecciones de Derecho Penal para el Nuevo Sistema de Justicia en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014, pp. 165 y ss. y PLASCENCIA, Raúl (2004) *Teoría del Delito*, 3a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004, p. 148.

<sup>190</sup> Vid. FRANCO GUZMÁN, Ricardo. *El estado de necesidad en el derecho penal vigente en México*.  
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/693/21.pdf>

<sup>191</sup> <https://www.reporteindigo.com/reporte/el-delito-de-tener-hambre/>  
<http://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/articulo/javier-cruz-angulo/metropoli/2016/05/24/robar-comida-no-es-delito>  
<http://www.excelsior.com.mx/comunidad/2014/06/19/966273>  
<http://aristeguinoticias.com/2109/mexico/la-detienen-por-robar-59-en-comida-para-sus-dos-hijos/>  
<http://www.e-consulta.com/opinion/2017-04-05/la-pobreza-puebla-las-carceles-el-robo-famelico>

incomprensión de ciertas personas morales denunciantes que, con una visión de intentar inhibir el robo hormiga de sus anaqueles, buscan la imposición de una sanción desproporcionada a un infractor que en términos reales no lo merece. Sí, al igual que en el caso de la ambulancia se reconoce que existe una norma jurídica que prohíbe el apoderamiento sin consentimiento de bienes muebles con ánimo de dominio y que su objeto es proteger el patrimonio de las personas, pilar fundamental de algunas perspectivas liberales y económicas. Sin embargo, no se ve gran diferencia que así como la ambulancia se pasa un alto para salvar una vida, una persona con hambre tome un alimento para subsistir con todas las limitaciones referidas: no se pretende que exista una caridad por parte del denunciante, pero sí es vital que advierta el número de infractores que se encuentran en ese contexto tan apremiante. Finalmente, y si la cuestión de números fuese necesaria para ser más convincente, se tiene que para abril de 2017<sup>192</sup>, se gastaban 227.21 pesos diarios por cada reo en la Ciudad de México. Es decir, con un solo día de manutención en alguno de los recintos carcelarios de esta Ciudad de México, podrían pagarse los alimentos que alguna de las siete mil personas antes referidas robó y que, no obstante, deberán pasar entre 7 y 10 años en prisión, dado que los denunciantes suelen atribuirles otros delitos para que, aún en grado de tentativa, no alcancen el beneficio de la libertad bajo caución, incentivando su incriminación de manera arbitraria.

Para concluir esta idea, no continuar polemizando sobre las serias deficiencias que se advierten en este rubro en la actualidad y con ello apartarnos en demasía del tema central de esta investigación, sólo resta apuntar que el objeto de incluir este ejemplo en el tema de licitud atípica, además de considerarlo ilustrativo para los extremos de dicha figura, radica en que también al leer algunas historias, que más adelante se retoman, sin duda tienden a generar un grado de emoción que, como refieren algunos autores, también coadyuvan de manera importante a

---

<sup>192</sup> <https://www.publimetro.com.mx/mx/ciudad/2017/04/25/es-113-mas-carro-mantener-a-presos-que-en-2010.html>

encontrar rasgos específicos y a mejorar el entendimiento de los contextos de las personas.

### *Reglamentos de convivencia en lugares públicos*

Bajo este epígrafe se busca hacer referencia a las reglas que se derivan de diversos lugares cuya finalidad es determinar límites a conductas que impidan una convivencia armónica de los asistentes o usuarios de tales lugares o servicios, de modo que si bien no pueden considerarse estrictamente como jurídicos, también sirven para ejemplificar la manera en que cada destinatario emplea, aun de forma inconsciente, su *criterio* para identificar la viabilidad de la regla en contextos específicos, materializando casos de licitud atípica. Propongo al lector 3 casos:

- a) En una biblioteca, la regla ordinaria es guardar silencio, dado que un ambiente con poco ruido favorece la concentración de las personas que realizan la búsqueda y lectura de materiales en ella. Es decir, dada la actividad particular que se desarrolla en la biblioteca, el guardar silencio es una conducta que se encuentra alineada con su finalidad. Una persona integrante de la cuadrilla de limpieza del lugar, quien realiza su actividad fuera de los horarios de afluencia de personas, utiliza un dispositivo para escuchar música a un volumen alto. ¿Debe recriminarse a la persona por contravenir la regla?
  
- b) En la Ciudad de México, la prohibición de fumar en lugares cerrados ya es común denominador de todos los locales, ya sean públicos o privados, cuyo objetivo es proteger a los fumadores pasivos de los efectos del tabaco, mismos que son más nocivos que los sufridos por los fumadores activos. No obstante lo anterior, un profesor que gusta de fumar habanos importados desea fumar en su cubículo individual, tomando las

precauciones de que el humo no invadirá otros espacios, no recibirá visitas y con una ventana abierta. ¿Debe sancionarse al profesor?

- c) La familia de mi vecino tiene cuatro vehículos, y aunque han logrado acomodar dos en su cochera y uno enfrente de su casa, el último suelen estacionarlo en la entrada de mi cochera. He advertido que en su caso particular los vehículos no representan un lujo, sino una necesidad dada la naturaleza de sus profesiones y las distancias que recorren diariamente. El Reglamento de Tránsito vigente de la Ciudad de México<sup>193</sup>, me permitiría solicitar el auxilio de elementos de la policía de tránsito para liberar la entrada a mi cochera, aunque a decir verdad, no tengo carro y ese espacio lo utilizo como bodega. ¿Debo requerir el apoyo de la autoridad para retirar el vehículo?

En los casos expuestos, advertimos que existe un grado de tolerancia hacia las conductas que resultan infractoras, ya que detrás de ellas subyace una justificación por la cual parece razonable omitir su sanción. En este aspecto, sólo puede hablarse de tolerancia jurídica si el sujeto ofendido cuenta con algún mecanismo de respaldo o poder para actuar en contra del trasgresor, aunque realmente lo que nos interesa revisar aquí es la ponderación o reflexión que se efectúa entre la transgresión y las razones que justifican la omisión de intervención, a pesar de que se cuenta con la posibilidad para ello, así como la manera en que puede constituir una manifestación de virtud.

En cualquier caso de licitud atípica, retomando también aquí al robo familiar descrito, puede ubicarse un principio o finalidad cuya afectación con motivo de la comisión de la conducta infractora, derivado de una afinidad de experiencia, nos parece leve o justificable, mismo que encuentra sustento en la tolerancia que cada

---

<sup>193</sup> Art. 29 del Reglamento referido: “Al estacionarse u ocupar la vía pública, se deberá hacer de forma momentánea, provisional o temporal, sin que represente una afectación al desplazamiento de peatones y circulación de vehículos, o se obstruya la entrada o salida de una cochera”.

individuo identifique y susceptible de perfeccionamiento a través de la empatía que genere con el conocimiento del *otro*. Al respecto, sería interesante escuchar las razones de alguna persona que en los ejemplos dados haya respondido de manera afirmativa, pues la tesis defendida aquí es la relevancia de la tolerancia con un carácter tendente al universalismo –para que pueda ser aceptada por cualquier agente racional promedio–, de algunos valores con cimientos éticos que sobrepasen a la moralidad de la comunidad en caso de ser necesario, primordialmente al lesionar la dignidad de las personas en cualquiera de sus manifestaciones como la limitante más significativa.

Aunque las palabras anteriores pueden sonar desproporcionadas para los ejemplos cotidianos –incluso triviales– que se anotan, debe enfatizarse la carga valorativa de las razones por las cuales el agente que tolera asume este curso de acción frente a la posibilidad de reacción a la transgresión, la cual se nutre no sólo de la formación cultural de cada individuo, sino en particular, de la comprensión del contexto de cada caso. Así, el hecho de tener un vehículo o no, en el tercer ejemplo, es crucial para adoptar una elección. Y aun poseyendo un vehículo, es decir, con una afectación potencial a los intereses de su propietario, pueden intervenir otras razones que podrían abonar a la idea de tolerancia inicial, de modo que esta elección sea la resultante.

Por otra parte, lo que también se desea resaltar aquí es que no resulta posible delimitar alcances de la tolerancia. En el último ejemplo que parece el más apropiado para exponer esta situación, no sería posible, en primer término, establecer un <código> que estableciera bajo qué condiciones es aconsejable tolerar y en qué casos no: el límite es definido por cada persona. No obstante lo anterior, se pretende que una vez adoptada una decisión, el auditorio que conozca de la misma, con la información suficiente, pueda compartir en buena medida esa resolución, de manera análoga a como lo haría un decisor interpretativo, normativo o judicial. Por ello, aunque existan teorías que desarrollen debates fecundos en un

intento de alcanzar un carácter de supremacía sobre las demás, desde el ámbito de la virtud sólo pueden intentarse perfeccionar las habilidades de percepción para enriquecer historias y contextos que promuevan una mejor comprensión de otras visiones del mundo, pero al final la decisión es individual. Y vale la pena ese esfuerzo, porque así podremos reafirmar no sólo nuestra propia dignidad como librepensadores, sino además, contribuir de manera activa al ideal de sociedad armónica que deseamos, en la que cada integrante esté en posibilidad de aportar al proyecto de vida en común, tomando como soporte vinculante respecto de aquellos que se extravíen o se aparten de esta visión al Derecho, magnificado y nutrido con la valiosa esencial del ideal ético.

### **3.4 Análisis de resoluciones de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación**

Si bien se han citado diversos ejemplos en los apartados anteriores con la finalidad de procurar ilustrar en mayor medida las ideas expuestas, así como demostrar la aplicación en el terreno práctico de las características de la Jurisprudencia de la Virtud, ahora se efectúa un análisis de resoluciones de la Primera Sala –calificadas por ella misma como relevantes, de acuerdo a los informes anuales rendidos por sus respectivos presidentes<sup>194</sup>– con el objeto de verificar la incidencia de estas características de manera general fuera de ejemplos elegidos, lo cual podrá mostrar una idea general del estado que guarda dicho decisor judicial con base a sus resoluciones.

Las razones que justifican la elección de dicho decisor judicial son:

---

<sup>194</sup> Esta elección se encuentra revestida de una fuerte discrecionalidad por parte del autor del informe, pues de acuerdo a la consulta identificada con Folio PNT 0330000226317 y Folio interno UT-J/1376/2017 dirigida a la Unidad General de Transparencia y Sistematización de la Información Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que fuera atendida el 28 de noviembre de 2017, se informó que no existe un procedimiento específico para la elección de los criterios relevantes que integran los informes de labores, por lo que es dable concluir que el autor del informe elige libremente los asuntos a incluirse.

- ✓ Materias de conocimiento. La Primera Sala conoce de asuntos civiles y penales, ámbitos del sistema legal en que dadas sus características (relaciones con otros en un plano de igualdad formal, y protección de bienes jurídicos tutelados cuya vulneración limita la libertad del individuo) pueden tener lugar con mayor facilidad esquemas en los que el contexto de las partes sea de mayor peso o relevancia y ello pueda ser considerado para efectos de resolución. Desde luego, con ello no se busca sugerir que la materia administrativa o laboral se encuentren exentas de estas características, pues como se evidenció con asuntos de índole electoral –materia que cuenta con una aproximación al ámbito administrativo– el giro aretaico puede tener lugar en cualquier decisión judicial.
- ✓ Jerarquía orgánica. De acuerdo con la secuencia procesal, si bien en múltiples ocasiones corresponde a un Tribunal Colegiado de Circuito erigirse como instancia terminal, con motivo de la interpretación directa de preceptos de la Constitución Federal, así como derivado del ejercicio de su facultad de atracción, en ocasiones la Primera Sala dicta la última resolución, lo cual también permite suponer que ante ella se ventilarán casos con mayor relevancia. Además, en términos de la Ley de Amparo, constituye un órgano facultado para emitir criterios jurisprudenciales de carácter obligatorio para el resto de los decisores judiciales (con excepción de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y su Pleno).
- ✓ Integración. Aun cuando este criterio tiene un claro sesgo subjetivo, debe mencionarse, pues también abona a una de las ideas fundamentales de esta investigación: somos propensos a la crítica, y no al reconocimiento. En la integración actual, así como en los años en análisis (2011 a 2016), se encuentra presente el trabajo de las ponencias a cargo de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y José Ramón Cossío Díaz. Sin restar importancia a los demás integrantes de ese órgano colegiado, en nuestra trayectoria



profesional y académica hemos mostrado admiración hacia las resoluciones de ambos decisores, tanto por su carácter progresista como por los argumentos empleados.

Acotado lo anterior, la metodología que se empleará será la siguiente: la información que se expone proviene de los Informes Anuales de Labores de la Primera Sala<sup>195</sup>; en todos ellos existe un apartado específico relativo a los asuntos relevantes que la propia Sala identificó como tales. Es decir, del universo de casos resueltos cada año por ese decisor, las sentencias que a continuación se analizan fueron elegidas por contener criterios llamativos que se alejan de las materias eminentemente legalistas y se internan a cuestiones con una importancia ética sustancial. Una vez identificada la información, se efectuará el análisis de cada sentencia, especificando lo siguiente:

- a) *Datos de identificación.* Partiendo del año 2011 al año 2016, se brinda una clave a cada expediente para permitir su referencia con mayor facilidad en las conclusiones alcanzadas. Asimismo, se identifica el tipo de asunto, número de expediente, el ministro ponente y, aunque parece un dato poco relevante para efectos de esta investigación, también se anotó el número de páginas de cada resolución, para procurar evidenciar que la frecuencia de resoluciones demasiado extensas ha disminuido, lo cual facilita su lectura y análisis por parte de académicos, otros decisores y, con mayor importancia, de la sociedad general, con lo cual se promueve la democratización de la cultura jurídica, en lugar de circunscribirse a un auditorio elitista<sup>196</sup>;

---

<sup>195</sup> Visibles en <https://www.scjn.gob.mx/primera-sala/informes-de-labores>. Una vez identificadas en tales informes, se extrajo la información de cada sentencia del sitio de consulta: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx>. La abreviatura utilizada “SCJN” hace referencia a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<sup>196</sup> Inspiró en buena medida esta inclusión el artículo “¿Qué tan largas son las sentencias de la Suprema Corte?” <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=877>. Aunque el artículo apareció publicado el 25 de noviembre de 2010, las preocupaciones ahí plasmadas, que se comparten, se mantienen vigentes. Asimismo, se refiere que de las sentencias más relevantes en los últimos diez años a juicio de la Corte, el promedio de

- b) *Temática*. A través de una descripción breve, se intenta aproximar al lector al asunto resuelto, incluyendo aquellos términos con los que algunos asuntos fueron mediatizados. Asimismo, en caso de encontrar relación con algún otro asunto analizado, se cita el antecedente respectivo;
- c) *Hechos y argumentos principales*. Derivado del tipo de controversia de que se trate, se procurará sintetizar el contexto de la problemática, se identificarán las ideas torales que sostienen el sentido del fallo, y se incluyen los efectos de la resolución alcanzada, de modo que cada asunto en lo individual pueda ser objeto de una discusión suficientemente informada con el resumen que se propone, y
- d) *Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica*. Bajo la idea de que el uso del lenguaje también puede ayudar a construir nuevas realidades, así como permitir un acercamiento hacia la sociedad, se destacarán consideraciones que pueden relacionarse con la perspectiva aretaica, tanto al hacer énfasis en el contexto de las personas, al formularse en torno a una idea de afinidad de experiencia y por procurar remarcar una modificación social. Asimismo, con independencia de las conclusiones que al final se obtienen, se realizan algunos comentarios en este apartado. Las citas y números de página corresponden al texto de la sentencia correspondiente. Los resaltados son propios.

El análisis resultante es el siguiente:

---

palabras por sentencia es de 79,804; siendo la sentencia más breve de 14,135 y la más extensa de 279,649 palabras (aproximadamente 79,804 palabras corresponden a 237 páginas, tomando en consideración un tipo de letra Arial, tamaño 14 y espacio de interlineado a 1.5, formato común en la sentencias de la Corte).

Expediente, ponente y extensión	Temática	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p><b>2011-1</b>            Contradicción de Tesis            259/2011            Jorge Mario Pardo            62 páginas</p>	<p>Posibilidad de ejercer control de constitucionalidad por jueces de instancias ordinarias</p>	<p>La contradicción radica en determinar si el análisis del incidente innominado que se promueve en materia penal para intentar reducir la pena de prisión mediante la comparación de dispositivos legales previstos en diversos ordenamientos penales, con fundamento en el principio de proporcionalidad de las penas prevista en el art. 22 de la Constitución Federal, puede ser analizado o no por jueces de instancias ordinarias.</p> <p>Se resolvió que tales jueces <b>sí</b> pueden conocer del incidente, bajo el esquema de convencionalidad del art. 1 de la Constitución Federal, pero sin la posibilidad de efectuar declaratorias de inconstitucionalidad.</p>	<p>“...por lo que, de considerar que se actualiza una incompetencia constitucional, <b>el conocimiento y la resolución de los asuntos de esa naturaleza estaría supeditado a la creación formal y material de los Plenos de Circuito</b>, con el consecuente estado de indefinición de los criterios potencialmente contradictorios.” (p. 5).</p> <p><b>Comentario:</b> La Sala reflexiona que ante el régimen de transitoriedad de la Ley de Amparo, la contradicción planteada tendría que ser resuelta por un Pleno de Circuito; sin embargo, elige la interpretación que impide dilatar su resolución.</p>
<p><b>2011-2</b>            Amparo Directo en Revisión            1621/2010            Arturo Zaldívar            57 páginas</p>	<p>Exigencia de cumplimiento de los derechos humanos entre particulares. Inviolabilidad de comunicaciones privadas</p>	<p>En el curso de un juicio de divorcio, con el objeto de acreditar la causal de adulterio, se ofrecieron correos electrónicos así como la fe de hechos notarial en la que se describe cómo se obtuvieron (el solicitante llevó al fedatario a su domicilio y en una computadora de dicha ubicación extrajo las comunicaciones).</p> <p>En términos del art. 16 de la Constitución Federal, la inviolabilidad de las comunicaciones privadas no se limita a su protección frente a entidades de poder público, sino también puede exigirse su cumplimiento frente a particulares.</p> <p>No es óbice a lo anterior estimar que la revisión de los correos electrónicos se generó en una cuestión de índole familiar, ya que si bien la intimidad en las comunicaciones se modula respecto a los menores de edad para procurar su protección, estas limitaciones no tienen lugar en las relaciones conyugales.</p>	<p>“(...) <b>todas</b> las formas existentes de comunicación (...) <b>deben quedar protegidas</b> por el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas” (p. 42).</p> <p>“(...) un correo electrónico ha sido interceptado cuando –sin autorización judicial o del titular de la cuenta– se ha violado el password o clave de seguridad. <b>Es en ese momento, y sin necesidad de analizar el contenido de los correos electrónicos, cuando se consuma la violación (...)</b>” (p. 44).</p> <p><b>Comentario:</b> La Sala atiende a la finalidad del precepto constitucional y extiende a toda comunicación la protección de su inviolabilidad. Asimismo, remarca que el contenido de las comunicaciones es irrelevante si se accede a ellas indebidamente.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretáica
<p>2011-3  Amparo Directo en Revisión  1068/2011  Jorge Mario Pardo  91 páginas</p>	<p>Inconstitucionalidad de un monto máximo para reparación a pasajeros con motivo de accidentes aéreos</p>	<p>Un pasajero, derivado de un accidente aéreo, sufrió diversas afectaciones irreversibles en su salud de acuerdo con el peritaje relativo, impidiéndole trabajar. Si bien la Ley de Aviación Civil prevé la posibilidad de una indemnización, ésta se encuentra limitada a cierta cantidad en tanto el afectado no demuestre dolo o mala fe del concesionario o permisionario correspondiente.</p> <p>Con base en antecedentes internacionales, se verificó que la responsabilidad en caso de muerte o lesión debe ser ilimitada. En contraste, la Ley de Aviación Civil no protege al pasajero, sino limita la responsabilidad de las aerolíneas a un monto máximo para reparar dichos daños.</p> <p>En consecuencia, se declaró la inconstitucionalidad del precepto.</p>	<p>“(…) el artículo 62 de la Ley de Aviación Civil no persigue los fines de la ley, pues castigar a un pasajero dañado en su salud con una indemnización limitada en nada influye para impulsar la industria aeronáutica, mejorar los servicios de transportación o la seguridad de los usuarios del transporte aéreo, sino todo lo contrario” (p. 72)</p> <p>“Si bien la limitación en responsabilidad (...) pudo ser justificada en los orígenes de la industria de la aviación, para proteger una industria incipiente, (...) en la fecha actual resulta anacrónica...” (p. 82)</p> <p>“Debe tenerse en cuenta que <b>la salud no está en el mercado</b>, no puede desprotegerse por atender a la ecuación costo-beneficio, no es un bien que se pueda renunciar. De resolverse lo contrario, se produciría en favor de los transportistas una ventaja injustificada, en detrimento de la salud, (...) de los pasajeros, [y en contra] de los principios que protege la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos” (p. 85)</p> <p>“Limitar la responsabilidad fijando un techo cuantitativo implica marginar las circunstancias concretas del caso, el valor real de la reparación o de la salud deteriorada (...) <b>Sólo el juez, que conoce las particularidades del caso, puede cuantificar la indemnización con justicia y equidad</b>” (p. 87)</p> <p><b>Comentario:</b> Este caso fue resuelto el 19 de octubre de 2011. A la fecha de las últimas reformas a la ley, del 26 de junio de 2017, esta resolución no ha sido considerada en el texto legal.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretáica
<p><b>2011-4</b> Amparo Directo en Revisión 2655/2010 Arturo Zaldívar 47 páginas</p>	<p>Prevalencia del derecho a la prueba sobre el secreto fiscal</p>	<p>Derivado de un contrato de compraventa de un inmueble, mismo que se alegó como simulado, una de las partes ofreció como pruebas documentos emitidos por una autoridad fiscal para verificar la existencia legal de la persona moral contratante.</p> <p>Sin embargo, de acuerdo con el art. 69 del Código Fiscal de la Federación, se limita el envío de información fiscal a otros tribunales civiles únicamente en casos de materia penal o de pensiones alimentarias, restringiendo el derecho a la prueba.</p> <p>La Sala efectúa un test de proporcionalidad, analizando las características de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, para concluir que la posibilidad a la prueba debe prevalecer sobre el secreto fiscal, como una prevalencia de un derecho humano concreto sobre un interés público de carácter abstracto.</p>	<p>“(…) Como no podría ser de otra manera, <b>el interés público puede ser interpretado de diferentes maneras</b> por el legislador dependiendo de la época o el lugar” (p. 28).</p> <p>“En caso de que sea necesario para la defensa de una de las partes, [queda] bajo su responsabilidad la revelación de dicha información fuera del proceso, pues sólo podrá utilizar dicha información para su adecuada defensa en el proceso” (p. 35).</p> <p><b>Comentario:</b> La Sala precisa los alcances del amparo concedido, y entre ellos, especifica que no obstante el velo del secreto fiscal se levante por un momento para ejercitar un derecho a la adecuada defensa, ello no puede implicar que la información respectiva por este hecho tenga un tratamiento libre; logra un equilibrio entre ambos bienes jurídicos en juego.</p>
<p><b>2011-5</b> Amparo en Revisión 448/2010 Arturo Zaldívar 64 páginas</p>	<p>Modalidades específicas de la libertad de expresión en el contexto militar</p>	<p>Un elemento de las fuerzas castrenses expresó reiteradamente a oficiales de su batallón que promovería un “amparo laboral” para mejorar sus condiciones económicas. De acuerdo con la legislación militar, esa conducta es sancionable al causar tibieza o desagrado en el servicio, en contravención al decoro y disciplina militar.</p> <p>Como antecedente, el quejoso había obtenido un amparo en el que se consideró que el tipo penal militar con el que se pretendía sancionarlo era impreciso al contener términos vagos. En esta revisión, la Sala, previo análisis del concepto de disciplina militar, advierte que para un integrante de las fuerzas armadas, el tipo penal no puede resultar desconocido u obscuro, pero confirma la protección otorgada al quejoso por la vertiente de que la libertad de expresión que ejerce, si bien se encuentra sujeta a limitaciones propias de su actividad, éstas sólo pueden ser objeto de sanción cuando exista una amenaza real para la disciplina militar que tenga consecuencias en la organización castrense.</p>	<p>“...a juicio de esta Primera Sala, es necesario señalar que en la aplicación del principio de taxatividad <b>es imprescindible atender al contexto en el cual se desenvuelven las normas así como sus posibles destinatarios.</b>” (p.34)</p> <p>“...el análisis de la posible restricción de los derechos fundamentales de los militares <b>deberá realizarse en cada caso en particular, en el entendido de que la relevancia de la potestad, función y misión de un militar</b>, así como su derecho a llevar armas, justifican la restricción de sus derechos para proteger fines o intereses públicos primordiales.” (p.49)</p> <p><b>Comentario:</b> La Sala explica que en determinados contextos, el principio de taxatividad se suaviza en el sentido de que los destinatarios de la norma son propensos a conocer términos particulares usados en la norma; asimismo subraya que es necesario que las expresiones de los militares sean objeto de estudio casuístico.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p><b>2011-6</b> Amparo en Revisión 836/2010 Olga Sánchez Cordero 56 páginas</p>	<p>Relevancia del contexto temporal en el análisis de los principios de igualdad y no discriminación</p>	<p>Un grupo de personas, que fueron migrantes, son afectadas con la modificación a un programa de asistencia social, del que son beneficiarios, respecto del pago de los recursos respectivos de una sola exhibición a parcialidades.</p> <p>La Sala razona que en su pretensión debe distinguirse lo que establece una misma disposición en dos momentos distintos, es decir, antes y después de su modificación, toda vez que el análisis de igualdad (respecto de los ex migrantes que ya fueron beneficiados con un pago en una sola exhibición) debe hacerse a partir de lo que establecen una o varias normas jurídicas vigentes en relación con diversos hechos; sin comparar el tratamiento previsto en una norma que ha sido modificada o reformada, respecto de la disposición que la viene a sustituir, ya que dicha norma ya no existe en el mundo jurídico. Cabe mencionar que el monto a entregar a cada beneficiario no se modificó.</p>	<p>“...se estima necesario precisar que resulta igualmente inoperante el planteamiento relativo a que al entregárseles el apoyo en varias exhibiciones, <b>puede darse el caso de que ya no lo reciban en vida, en virtud de que se trata de un argumento hipotético</b> que no puede servir como base para declarar la inconstitucionalidad de dicha regla” (p. 34).</p> <p><b>Comentario:</b> Se hace un pronunciamiento respecto de un argumento valorativo con una respuesta de carácter técnica, cuando también se pudo haber indicado el carácter no lucrativo que debe tener el apoyo, en el sentido de que su objeto es auxiliar al ex migrante en lo individual, por lo que a su fallecimiento no puede prolongarse la entrega de recursos a terceros.</p>
<p><b>2011-7</b> Contradicción de Tesis 50/2011 Arturo Zaldívar 28 páginas</p>	<p>Nombre, nacionalidad y filiación como integrantes del derecho a la identidad de los niños</p>	<p>La contradicción radica en determinar la constitucionalidad de un artículo que prohíbe la indagación de paternidad cuando el sujeto a quien se le imputa haya estado casado en el tiempo de la concepción con persona extraña a la filiación.</p> <p>La Sala resolvió que el precepto <b>es inconstitucional</b>, pues limita el derecho a la identidad de los menores, sin que dicha restricción resulte justificable o proporcional.</p>	<p>“...<b>desentrañando el sentido de la norma podría advertirse que la misma protege el encubrir una relación extramarital.</b> Tal situación no debe ser admitida en el marco de un Estado constitucional donde se ha reconocido que los hijos nacidos fuera de matrimonio tienen los mismos derechos que los reconocidos” (p. 24)</p> <p><b>Comentario:</b> En ese sentido que denuncia la Sala también puede percibirse un sesgo de prejuicio respecto de la presunta “honorabilidad” que tiene un hombre como jefe de familia ante la sociedad; ¿acaso las capacidades reproductivas de un hombre se limitan con el vínculo matrimonial?</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p><b>2012-1</b>  Amparo Directo en Revisión  69/2012  José Ramón Cossío  48 páginas</p>	<p>Protección del interés superior del menor al considerar a su familia ampliada sobre sus padres para su convivencia y protección</p>	<p>Un juez familiar negó la patria potestad de una abuela respecto de su menor nieto, ya que en su acta de nacimiento aparecía registrado por una persona diversa (uno de sus padres); lo anterior, dada la incapacidad de los padres de lograr su cuidado.</p> <p>La Sala razonó que la perspectiva del interés superior del menor, reflejada en su cuidado y protección a cargo de una institución de asistencia social o privada es limitada frente a la posibilidad de reincorporarlo a un núcleo familiar. Asimismo, expresó que durante el proceso correspondiente, el juez no podría declararla perdida respecto de una persona que nunca la había ejercido (la abuela), ya que derivado de la naturaleza de la institución, ésta no detentó en ningún momento esa titularidad, por lo que la litis debía constreñirse a determinar si la abuela resulta apta o no para ese cargo.</p>	<p>“...si bien cuando se trate de contraponer derechos de los niños versus derechos de otras personas, los derechos del niño deberán tener primacía, lo cierto es que en ningún caso puede considerarse que, a priori, son excluyentes de los derechos de terceros; por tanto, (...) <b>resultaría jurídicamente incorrecto que a partir de una equivocada concepción del interés superior del niño, se hicieran absolutamente nugatorios los derechos de la abuela</b> al extremo de que una resolución judicial la condene a la pérdida de un derecho que en realidad no era parte de su haber jurídico” (p. 38).</p> <p><b>Comentario:</b> Aun cuando la Sala explica los alcances y relevancia del principio del interés superior del menor, advierte que no puede tener un carácter absoluto frente a otros derechos de terceros.</p>
<p><b>2012-2</b>  Amparo Directo en Revisión  2479/2012  Arturo Zaldívar  40 páginas</p>	<p>Intervención del menor para determinar régimen de convivencia</p>	<p>Derivado de una sentencia en la que un padre perdió la patria potestad de su menor hija, se cuestiona que dicho acto también implique la pérdida de la posibilidad de convivencia entre ambos, pues esta circunstancia no sólo constituye un derecho del padre, sino también de la niña.</p> <p>La Sala expresó que en atención a su interés superior, es relevante escuchar la opinión del menor, máxime que se encuentra de condiciones de formarse un juicio propio.</p>	<p>“Es por esta razón que el derecho de las niñas y niños a participar en procedimientos jurisdiccionales que puedan afectar su esfera jurídica se ejerce, también, en forma progresiva, <b>sin que ello dependa de una edad que pueda predeterminarse y aplicarse en forma generalizada a todos los menores de edad, sino que debe analizarse en cada caso</b>” (p. 28).</p> <p><b>Comentario:</b> Se subraya que la madurez de cada niño es distinta y queda en el prudente arbitrio del juez validar el peso que deba darse a su declaración.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p><b>2012-3</b> Amparo Directo en Revisión 2424/2011 José Ramón Cossío 46 páginas</p>	<p>Derecho al nombre, respecto a su posible variación en el registro de nacimiento. (uso de apellidos compuestos)</p>	<p>Una persona solicitó a la autoridad administrativa la rectificación del nombre asentado en su acta de nacimiento, al considerar que dicha acción es procedente no sólo en caso de error, sino también cuando se ha usado otro nombre del que consta en el registro. Tanto la autoridad administrativa, como en vía judicial, se negó dicha modificación.</p> <p>La Sala efectúa una revisión teórica y convencional respecto de los alcances del derecho al nombre, para determinar que cumple con la función de ser el nexo social de la identidad, como derecho humano y que no emerge de las legislaciones particulares de cada Estado, sino que es inherente a la persona humana como tal, siendo, además, inalienable e imprescriptible, por lo que concedió el amparo solicitado.</p>	<p>“...es necesario reiterar que el derecho al nombre no es absoluto y, como otros derechos fundamentales, admite restricciones, siempre que éstas no sean ilegales o arbitrarias” (p. 33)</p> <p>“...si se trata de ajustar el acta a la verdadera realidad social, tal motivación no puede entenderse como un actuar de mala fe, que contraría la moral o busque defraudar; lejos de ello tal circunstancia <b>constituye una razón legítima, lógica, seria y atendible que justifica una necesidad actual</b> que busca coherencia en el ámbito de la identificación personal” (p. 41)</p> <p><b>Comentario:</b> Nuevamente se reconoce la inexistencia de derechos absolutos, y se reflexiona en torno a la modificación del acta como una <i>necesidad</i> que trasciende a todos los actos jurídicos de la persona de que se trate.</p>
<p><b>2012-4</b> Amparo Directo en Revisión 772/2012 José Ramón Cossío 46 páginas</p>	<p>Derecho al nombre, respecto a su modificación para adaptar el acta a la realidad social de la persona (apellidos que pueden ser objeto de burla)</p>	<p>Una persona solicitó la rectificación de su acta de nacimiento respecto de uno de sus apellidos, al considerar que el que usaba hasta ese entonces la exponía al ridículo, burla ante la sociedad y vergüenza, lo cual le causaba un perjuicio moral, sin que ello implicara un desconocimiento de su filiación.</p> <p>Frente a los argumentos de las instancias ordinarias en el sentido de que la anotación de un apellido es consecuencia legal de la filiación, la Sala, de forma similar al caso inmediato anterior, y señalándolo como precedente, advierte la posibilidad de rectificar el nombre, pues la variación del apellido no implica por sí misma una mutación en la filiación cuando permanecen incólumes el resto de los datos que permiten establecerla, como sería el nombre de la madre, el padre, hijo o cónyuge.</p>	<p>“...es de suma relevancia dejar en claro que, en caso de que proceda la modificación del acta de nacimiento a la recurrente, <b>ello no se traduce en que su historia pasada se borre o desaparezca a partir de ese momento</b>, por lo que todos aquellos actos de la persona que hubiere realizado bajo su identidad anterior y que traían aparejados efectos jurídicos, siguen produciéndolos y le son exigibles, <b>de ahí que, necesariamente, la expedición de su acta conlleve la anotación marginal que dé cuenta de la modificación</b>”.</p> <p><b>Comentario:</b> Es necesario hacer notar esta característica de anotación marginal como un reflejo del precedente en el nombre de la persona, ya que como se verá con posterioridad este criterio fue modificado para proteger en mayor medida a la persona (casos de transexuales).</p>



Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p><b>2012-5</b> Amparo Directo 25/2010 Olga Sánchez Cordero 61 páginas</p>	<p>Malicia efectiva como lineamiento para determinar rebase de libertad de expresión</p>	<p>Una magistrada solicitó una indemnización respecto a notas periodísticas en las que, desde su perspectiva, se le acusaba de irregularidades cometidas con recursos públicos. Al respecto, en las notas se advierte la participación de otros funcionarios, así como descripciones de relaciones de poder e influencias al interior del tribunal al que se encontraba adscrito la magistrada y se mencionaron los procedimientos de responsabilidad iniciados derivado de tales hechos.</p> <p>De acuerdo con la normatividad aplicable, la Sala explica que los servidores públicos tienen limitado su derecho al honor, a la vida privada y su propia imagen, a no ser que prueben que el acto cuestionado se realizó con “malicia efectiva”; esto es, la información haya sido difundida: 1) a sabiendas de su falsedad, 2) con total despreocupación sobre si son falsas o no, y 3) con el único propósito de dañar.</p> <p>En el caso, ya que las notas contaban con soportes documentales, e inciden en temas de interés público como lo es la procuración de justicia, no se consideró actualizada la malicia efectiva y otorgó el amparo solicitado.</p>	<p>“Es decir, la complejidad radica en que el Estado no puede privilegiar un determinado criterio de decencia, estética o decoro respecto a las expresiones que podrían ser bien recibidas, <b>ya que no existen parámetros uniformemente aceptados que puedan delimitar el contenido de estas categorías</b>, por lo cual constituyen limitaciones demasiado vagas de la libertad de expresión como para ser constitucionalmente admisibles. Así pues, no todas las críticas que supuestamente agraven a una persona, grupo, o incluso a la sociedad o el Estado pueden ser descalificadas y objeto de responsabilidad legal” (p. 38).</p> <p><b>Comentario:</b> Pese a que la normatividad intenta establecer parámetros para encuadrar conductas dentro del término “malicia efectiva”, éstos se derivan indefectiblemente en juicios de valor, mismos que requieren la intervención de un decisor judicial consciente que sea capaz de tomar en consideración el contexto en el que se desarrolló la difusión de la información así como su contenido.</p>
<p><b>2012-6</b> Amparo Directo 11/2011 Olga Sánchez Cordero 208 páginas</p>	<p>Imposibilidad de mutilar o cercenar obras filmicas exhibidas por televisión sin consentimiento de sus autores</p>	<p>Se impugna la transmisión de películas por televisión pública, con modificaciones que fueron autorizadas por sus creadores, como lo son cortes publicitarios, introducción de elementos visuales ajenos a la obra y mutilación de escenas.</p> <p>Contrario a los argumentos de las demandadas, consistentes en que tales características se derivaron de los contratos de cesión de derechos y normatividad aplicable, sin causar perjuicio alguno, la Sala, de acuerdo con elementos de convencionalidad, considera que a los autores les corresponde una dualidad de derechos: 1) patrimoniales, reflejados en beneficios económicos, y 2) morales, relacionados con la integridad y paternidad de la obra, a fin de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma; derechos éstos últimos que no fueron transmitidos contractualmente, por lo que concedió el amparo.</p>	<p>“...en la interpretación que de los referidos contratos debió realizar la autoridad responsable (...) <b>no podía deparar perjuicio en contra de los autores —directores—, pues no fueron parte en dichos convenios, la imposibilidad de que a través de un contrato de cesión de derechos se transfieran los derechos morales</b> cuyo único titular es el autor de la obra artística...” (p. 184).</p> <p><b>Comentario:</b> Pese a que la solución del problema de fondo (la posibilidad de modificar obras en términos de la normatividad en materia de propiedad intelectual) es resuelta con un esquema de legalidad, la sentencia incrementa su extensión derivado del relato de las múltiples instancias jurisdiccionales que recorrió el caso, lo cual parece innecesario. Por otra parte, la Sala reconoce, por otra parte, que los autores no podían ser afectados ya que el derecho moral es personalísimo, y solo correspondía a ellos convenir en torno a un elemento de la dualidad jurídica referida.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretáica
<p><b>2013-1</b> Amparo Directo en Revisión 517/2011 Olga Sánchez Cordero 162 páginas</p>	<p>Vulneración del debido proceso reflejada en dilación para puesta a disposición de la autoridad competente (Caso Florence Cassez)</p>	<p>En un caso altamente mediatizado, se cuestionó la escenificación de un falso operativo en el que la quejosa fue obligada a participar, con lo que se buscó incriminarla –alterándose declaraciones iniciales de testigos– y se impidió su pronta puesta a disposición de la autoridad competente para definir su situación jurídica, además de que no se le concedió asistencia consultor como extranjera.</p> <p>Debe mencionarse que el 21 de marzo de 2012 el asunto se listó por primera vez (bajo la ponencia del ministro Zaldívar) en el sentido de amparar y ordenar la inmediata libertad de la quejosa, ya que el ponente consideró que el cúmulo de violaciones cometidas habían adquirido un “efecto corruptor” de todo el proceso, sin que resultara posible identificar qué medios de prueba podrían continuar siendo válidos para su análisis. Sin embargo, el proyecto no prosperó (votación 3 a 2) y se retornó, siendo el caso que la ministra Olga Sánchez, en lo sustancial, reprodujo nuevamente el proyecto y se consiguió la mayoría el 23 de enero de 2013, otorgando el amparo para los efectos anunciados (en la primer votación había votado en contra, junto con los ministros Cossío y Pardo).</p> <p><b>Voto particular:</b> El ministro Cossío consideró que no obstante el cúmulo de violaciones procesales acreditadas, el montaje televisivo no vició por completo el proceso, por lo que el efecto del amparo debió haber sido la reposición del procedimiento, y no emprender un análisis de legalidad que le correspondería al Tribunal Colegiado, pues la Sala únicamente debía pronunciarse respecto de la interpretación directa de artículos constitucionales, ya que el asunto se derivó de un recurso de revisión y no de una facultad de atracción.</p>	<p>“...estaremos frente a una <b>dilación indebida</b> cuando, no existiendo motivos razonables que imposibiliten la puesta a disposición inmediata, la persona continúe a disposición de sus aprehensores y no sea entregada a la autoridad competente para definir su situación jurídica. <b>Así las cosas, la autoridad debe justificar esos motivos razonables a través de impedimentos fácticos, reales, comprobables y lícitos</b>” (p.107).</p> <p>“...<b>no encuentra justificación constitucional alguna</b> el tiempo en el que [la quejosa], fue retenida en esa propiedad <b>y expuesta a una escenificación planeada y orquestada por la Agencia Federal de Investigación</b>, con el objetivo de exponerla ante los medios de comunicación como la responsable de la comisión de tres secuestros. (...) En el presente caso <b>no es una actuación loable de la policía</b> –como lo sería la protección de las víctimas–, ni siquiera una situación accidental –como lo sería el intenso tráfico de la Ciudad de México–, <b>sino la manipulación de las circunstancias y hechos objeto de la investigación</b>” (p. 108).</p> <p><b>Comentario:</b> Si bien la postura de la sentencia tiende hacia la máxima protección, en un tema de esta relevancia (con independencia del carácter mediático) parece que la postura del ministro Cossío, reservada y con fundamento técnico, hubiese sido preferible, ya que no obstante que el mensaje que se deja a la autoridad investigadora es impedir la proliferación de esta clase de montajes (lo cual es positivo), también se hubiera tenido la posibilidad de acreditar lícitamente la culpabilidad de la quejosa en los hechos que le fueron imputados.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p><b>2013-2</b> Amparo Directo en Revisión 886/2013 Jorge Pardo Rebolledo 61 páginas</p>	<p>Derecho a la asistencia consular como derecho humano en el debido proceso penal</p>	<p>Un extranjero imputado con el delito de secuestro, al ser detenido, no gozó de asistencia consular al momento de rendir su declaración. El juez de primer grado manifestó que ese derecho debe ser solicitado a instancia del interesado, lo que en el caso no aconteció. El Tribunal Colegiado que conoció del amparo reconoció que dicho derecho debe ser informado y promovido por la autoridad, por lo que otorgó el amparo para efectos de reponer el procedimiento por esta razón.</p> <p>Sin embargo, el quejoso en la revisión que se comenta adujo que esa falta de asistencia consular produjo un efecto corruptor y que la protección del amparo debía ser liso y llano, y ordenar su libertad. La Sala explicó que este derecho tiene un carácter instrumental, y únicamente afectó los actos en los que el amparista, enfrentó a la autoridad estatal sin asistencia de su delegación consular, mismos que pueden ser subsanados a través de una nueva sentencia, por lo que negó el amparo solicitado.</p>	<p>“(…) Los extranjeros se enfrentan a <b>desventajas singulares</b> [pues están sometidos a] <b>un ordenamiento jurídico que les resulta desconocido</b>” (p. 24).</p> <p>“...el funcionario consular tiene la encomienda de [no sólo de informar] la acusación y de los derechos que le asisten, <b>sino que éste los comprenda cabalmente</b>” (p. 42).</p> <p>“...debe decirse que este Tribunal constitucional considera que NO existe un remedio procesal único, <b>sino que el mismo, debe determinarse de manera casuística...</b>” (p. 48).</p> <p><b>Comentario:</b> Probablemente el quejoso tuvo oportunidad de conocer el caso Cassez y por ello citó el concepto de “efecto corruptor” en su beneficio. Sin embargo, pese a que la Sala explica la importancia de la asistencia consular, no otorgó el mismo tratamiento, modulando su decisión.</p>
<p><b>2013-3</b> Amparo en Revisión 150/2013 Jorge Mario Pardo 57 páginas</p>	<p>Sustracción de menores, modalidades para su restitución al país de su residencia original</p>	<p>Derivado de incidentes de violencia familiar, acreditados ante un tribunal en Estados Unidos, de los cuales se estableció una orden de restricción, un padre de origen mexicano aprovechó el régimen de convivencia para trasladar de forma ilegal a su menor a México.</p> <p>Una vez ubicados, el padre promovió un amparo en contra de la orden de restitución del menor al considerarla violatoria del derecho de audiencia, mismo que fue desestimado. En contra de esa resolución, cuestionó la constitucionalidad de la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Al respecto, la Sala explicó que ese instrumento tiene la finalidad inmediata de proteger el propio interés del menor, ya que busca regresarlo a su entorno habitual, que es en todo caso en donde se debe decidir a quién corresponde su custodia.</p> <p>Además, al tratarse de un tratado internacional, no establece cuestiones procedimentales, mismas que deberán ajustarse a la normatividad de cada Estado firmante, por lo que negó el amparo solicitado.</p>	<p>“...el hecho de que en ninguno de los preceptos de la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, se establezca algún recurso o medio de defensa, (...) no implica que por ese simple hecho, viole el derecho de acceso a la justicia (...), <b>pues dicho tratado internacional tampoco prohíbe que las determinaciones o resoluciones adoptadas en ese juicio puedan cuestionarse a través de algún recurso</b>” (p. 49).</p> <p><b>Comentario:</b> Con independencia de que la postura del padre resulta contradictoria, ya que el presente caso constituye un medio de defensa derivado de la aplicación de la Convención (que él mismo cuestiona) cabe resaltar que la restitución intentada se derivó de un acto ilícito que el mismo padre provocó.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p><b>2013-4</b> Amparo en Revisión 159/2013 Arturo Zaldívar 80 páginas</p>	<p>Límites al estado de interdicción con base a contextos específicos (Caso Ricardo Adair)</p>	<p>Un menor de edad, con 15 años, fue diagnosticado con síndrome de Asperger, derivado del cual, mediante pruebas psicológicas, se le dictaminó una madurez correspondiente a un niño 6.6 a 6.11 años. Al cumplir los 19 años de edad, en 2008, se le declaró en estado de interdicción. No obstante, sus padres le informaron hasta 2011 de esta resolución, y le ofrecieron apoyo para promover un amparo con el objeto de limitar los alcances de la interdicción declarada.</p> <p>La Sala advirtió que las discapacidades deben tener como punto toral, la existencia de factores sociales que vuelven adversas las diversidades funcionales que posee una persona, y limitan el acceso potencial a los mismos fines que el resto de las personas, y en la consecución de los propios planes de vida en igualdad de oportunidades. En ese sentido, dentro de la enorme variedad de diversidades funcionales no se les debe considerar bajo un esquema de uniformidad, por lo que no cualquier discapacidad podría dar lugar a una declaración de estado de interdicción. Así, en cada caso debe establecerse qué tipo de actos puede realizar por sí sola la persona con discapacidad, sin que tal señalamiento se deba limitar a los actos de carácter personalísimo (como lo prevé la normatividad), en aras de brindar un mayor margen de autonomía a la persona.</p>	<p>Esta sentencia contiene un formato de “lectura fácil” con el que se buscó facilitar al quejoso su entendimiento de forma directa:</p> <p>“Al analizar tu caso la Corte decidió que tú, Ricardo Adair, tienes razón. En poco tiempo un juez te llamará para pedirte tu opinión sobre tu discapacidad. El juez platicará varias veces contigo sobre qué actividades te gusta hacer, qué es lo que no te gusta hacer, cuáles son tus pasatiempos y cosas así. (...) el juez platicará de tu caso con tus papás, con médicos y con otras personas como maestros y abogados. Después de que el juez platique con todos ustedes, decidirá qué cosas puedes hacer solo y en qué cosas vas a necesitar que alguien te ayude. (...) Tu opinión será lo más importante cuando decidan cosas sobre tí mismo (...) Cuando tú consideres que algunas de las cosas que dijo el juez que tenías que hacer con ayuda, ahora las puedes hacer tú sólo, puedes ir con el juez y decírselo” (pp. 2-3).</p> <p><b>Comentario:</b> Este esfuerzo en acercar el Derecho a un gobernado en función de su contexto da muestra de un compromiso loable de la función judicial.</p>
<p><b>2013-5</b> Amparo Directo en Revisión 259/2013 Jorge Pardo Rebolledo 88 páginas</p>	<p>Derecho a la identidad, posibilidad de modificar el nombre. (filiación histórica-social)</p>	<p>Dos mujeres desean cambiar sus apellidos para modificar su filiación biológica con la filiación histórica del hombre que realmente les brindó en lo personal y ante la sociedad el trato de hijas (con la anuencia de éste). El juez de primer grado desechó la demanda al considerar que la “acción de exclusión de paternidad” no se encuentra contenida en la normatividad. En el estudio de fondo, previa queja procedente, determinó que la filiación no puede ser revocada de manera voluntaria.</p> <p>La Sala efectúa una revisión de las diversas clases de filiación reconocidas legalmente, para identificar que si bien tiene sustento en el fenómeno biológico de la procreación, el derecho no crea el vínculo biológico, pues sólo lo califica o regula. Así, al igual que en otros precedentes con temática similar, el principio de inmutabilidad del nombre no constituye un límite razonable para su adecuación a la realidad social, por lo que concedió el amparo solicitado.</p>	<p>“En consecuencia, se puede afirmar que desde el punto de vista biológico, progenitor es aquél o aquélla que ha tenido autoría en la procreación de un individuo, mientras que desde el punto de vista jurídico o legal, <b>padre y madre son aquellas personas que asumen y cumplen con el conjunto de deberes</b> y se benefician de los correlativos derechos que surgen de esa relación” (p. 53).</p> <p><b>Comentario:</b> Esta sentencia alude al dicho popular “padre es el que cría, no el que engendra”, y puede considerarse que también reconoce la labor de las personas que acogen libremente a menores bajo su cuidado y protección, cumplimentando las finalidades de la familia como concepto jurídico dinámico.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p><b>2013-6</b> Amparo en Revisión 737/2012 Alfredo Gutiérrez 155 páginas</p>	<p>Derecho a la salud, en su vertiente de análisis del interés legítimo en el registro de medicamentos con naturaleza similar.</p>	<p>Una empresa farmacéutica obtuvo el registro de un medicamento genérico con las características de biotecnológico innovador. Otra empresa del mismo rubro solicitó con posterioridad un registro similar, lo que en opinión de la primera empresa generó un trato inequitativo al no habersele exigido los mismos requisitos para su registro, además de que su medicamento innovador sirvió de referencia para éste último, en detrimento a la salud pública.</p> <p>La Sala advierte que en términos de la normatividad no se dio vista a la quejosa ya que no cuenta con una patente con la que pudiera acreditar su interés jurídico en el procedimiento del segundo registro, ya que en el registro sanitario autoriza la calidad, eficacia y seguridad de los medicamentos, sin conceder derechos en materia de propiedad industrial al solicitante. Asimismo, explicó que la actividad de la autoridad en el contexto es determinar en función de razones de orden público, tales como la seguridad y salubridad general, si otorga o no una autorización por lo que no puede asimilarse a un procedimiento de naturaleza jurisdiccional que requiera la participación de terceros. Derivado del interés legítimo que reconoció a la quejosa, concedió el amparo sólo para efectos de que el registro de su contraparte sea examinado debidamente.</p>	<p>“La anterior concesión del amparo, no implica que la autoridad responsable deba dar participación directa a la quejosa recurrente en el procedimiento de la revisión al registro sanitario (...), puesto que como se corroboró, <b>el interés que le asiste a la quejosa recurrente sólo tiene repercusión en el ámbito del derecho a la salud</b>, de ahí que su legitimación solo viabiliza exigir a la autoridad responsable el apego al marco jurídico vigente respecto a la seguridad, calidad y eficacia de los medicamentos biotecnológicos de los que por su peculiar naturaleza se requiere un procedimiento de verificación más estricto y complejo que el comparado a los medicamentos químicos, tal y como lo señala el artículo 222 bis de la Ley General de Salud” (p.150).</p> <p><b>Comentario:</b> La Sala analiza de manera exhaustiva los agravios de la quejosa y advierte la posibilidad de protección general de la salud a través del interés legítimo de ésta, sin exceder este alcance a la pretendida injerencia directa de la quejosa en detrimento de las facultades discrecionales de la autoridad sanitaria.</p>
<p><b>2013-7</b> Amparo en Revisión 173/2012 José Ramón Cossío 76 páginas</p>	<p>Acceso a la información – elementos relacionados con actividades policiacas.</p>	<p>Una autoridad policiaca presentó un video de en el que se interroga a un detenido presuntamente ligado con la delincuencia organizada. El detenido menciona reiteradamente el nombre de una revista, la cual como quejosa percibió un interés evidente de la autoridad federal en vincularla con esas actividades ilícitas en represalia con diversos artículos críticos. Derivado de lo anterior, la quejosa promovió una queja ante la CNDH, sin embargo no obtuvo acceso al informe de la Secretaría de Seguridad Pública Federal a fin de verificar la veracidad del video en cuestión.</p> <p>La Sala explica que el derecho humano de acceso a la información tiene una naturaleza dual o bifronte, pues, por una parte, es un derecho individual y, por otra, es un derecho social dadas las implicaciones que conlleva. En el caso, si bien la información solicitada se encuentra relacionada con una averiguación previa en curso, debe analizarse casuísticamente si con la divulgación de la información se pone en riesgo o se causa un perjuicio real a la finalidad de normativa, por lo que concedió el amparo solicitado.</p>	<p>“...el hecho de que se establezca que <b>toda la información contenida en la averiguación previa, absolutamente toda</b>, con independencia de sus elementos, sea considerada reservada, trae las siguientes consecuencias: a) no se realiza la restricción al derecho humano por el medio menos gravoso; b) se genera una condición absoluta de reserva como regla general que impide cualquier modalización por parte del órgano que tiene a su cargo la indagatoria y c) <b>se impide el ejercicio del derecho de acceso a la información incumpliendo el principio de máxima publicidad que lo rige</b>, sin que pueda entrar en juego para articular una respuesta completa a la solicitud respectiva” (p. 72).</p> <p><b>Comentario:</b> Se reflexiona en torno a la importancia de permitir a los decisores, en este caso interpretativos, de valorar las circunstancias de cada caso.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p><b>2014-1</b> Amparo en Revisión 263/2014 Olga Sánchez Cordero 105 páginas</p>	<p>Reconocimiento de concubinato para parejas homosexuales</p>	<p>De acuerdo la normatividad en el Estado de Sinaloa, a una pareja homosexual el registro civil les negó la posibilidad de contraer matrimonio y tampoco les reconoció el carácter de concubinos, al hacer alusión a la exclusividad de tales términos a las parejas heterosexuales.</p> <p>La Sala emprendió el análisis del carácter autoaplicativo de la normatividad, así como el interés legítimo con que cuentan los quejosos para promover su amparo para concluir en el carácter discriminatorio del texto legal al contener la expresión de “un hombre y una mujer” causando una exclusión implícita en perjuicio de las parejas homosexuales, causando una afectación de estigmatización. Por tanto, la Sala concedió el amparo para el efecto de que los quejosos no sean expuestos a los mensajes discriminadores de las normas.</p>	<p>“...las leyes –acciones por parte del Estado– no sólo regulan conductas, <b>sino que también transmiten mensajes que dan coherencia a los contenidos normativos que establecen;</b> (...) lo hacen para transmitir una evaluación oficial sobre un estado de cosas, un juicio democrático sobre una cuestión de interés general” (p. 41).</p> <p><b>Comentario:</b> La Sala reconoce que el estado de discriminación en que se encuentran los homosexuales tiene un fuerte arraigo histórico y cultural, mismo que se reproduce en los contenidos normativos. Con esta decisión, se reafirma la vocación judicial en la deconstrucción de asimetrías sociales basadas en prejuicios.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p>2014-2 Amparo Directo en Revisión 1387/2012 Olga Sánchez Cordero 80 páginas</p>	<p>Efectos de una perspectiva de no discriminación en el ámbito laboral</p>	<p>Derivado de una oferta de trabajo, en la cual se estableció expresamente que no contemplaba la contratación de personas con discapacidades, una persona con discapacidad arguyó daño moral derivado del efecto discriminatorio de dicha oferta.</p> <p>La Sala consideró que la existencia del daño moral por discriminación no podía condicionarse a la reunión de los requisitos a que alude la oferta de trabajo, ya que se minimizaría la afectación que provoca la discriminación, a pesar de haber sido excluida <i>prima facie</i> desde el anuncio, lo cual iría en contra de la dignidad humana además de que implicaría una revictimización. Por tanto, concedió el amparo para el efecto de que se cuantificara el daño moral causado.</p> <p><b>Voto particular:</b> El ministro Pardo puntualizó que la sola declaración de la empresa no es suficiente para configurar un daño moral, pues la quejosa debió haber acreditado que contaba con un perfil ideal para ocupar el cargo y que su discapacidad fue la razón por la cual fue descartada; asimismo, advierte que bajo el criterio de la mayoría, cualquier persona con capacidades diferentes, estaría en condiciones de demandar el daño moral alegando que fue discriminado, sin importar su contexto, lo cual en su concepto resulta excesivo.</p>	<p><b>“...de modo alguno puede significar que de manera automática cualquier persona con alguna discapacidad, se ubique en el supuesto para reclamar el daño moral, [dado que la] quejosa (...) hace presumir que cuenta con los requisitos del perfil que establecía la convocatoria...”</b> (p. 61).</p> <p>“...ante la falta de razonabilidad tratándose de exclusión, o bien de carencia de un trato igualitario y/o discriminación que se encuentra de manera expresa (...), <b>corresponde a la demandada a la que se le imputa tal responsabilidad, demostrar con los medios de prueba idóneos y lícitos, la existencia de una razonabilidad que pudiera justificar la exclusión de determinadas personas,</b> atendiendo al perfil de las necesidades en la materia de la vacante del empleo o a la materia en que se desarrolla la demandada” (p. 72)</p> <p><b>Comentario:</b> Si bien podría percibirse que la intención de la Sala es impedir que vuelvan a colocarse anuncios en los que se descarte <i>a priori</i> candidatos laborales con discapacidad, la visión del ministro Pardo resulta más prudente al contextualizar en mayor medida a la quejosa para definir el grado de discriminación referida.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p>2014-3 Amparo Directo en Revisión 4034/2013 José Ramón Cossío 65 páginas</p>	<p>Derecho de acceso a la justicia a personas indígenas, relevancia de contar con un traductor para efectos procesales.</p>	<p>Una mujer indígena celebró un contrato de comodato sobre un bien inmueble, respecto del cual fue demandada para su desocupación y entrega. Aclaró no contar con instrucción escolar y solicitó un perito traductor, el cual no le fue otorgado y se resolvió en su contra. En la apelación, hizo valer su condición desfavorable, y solicitó nuevamente un perito traductor, el cual tampoco le fue facilitado. En vía de amparo, insistió en su condición, y el colegiado lo desestimó al considerarlo como un argumento novedoso.</p> <p>La Sala identificó que el tribunal colegiado que resolvió el amparo, consideró que el ámbito de protección especial previsto en el artículo 2 de la Constitución Federal se reserva a indígenas monolingües, sin conocimiento del idioma español. Esta condición resulta equívoca pues el carácter indígena, por una parte, se deriva de una autoadscripción y el juzgador también debe adoptar una visión “activa pro-derechos” con el fin de identificarlos, sin que exista una preclusión o una pérdida de derechos relacionada con un reconocimiento tardío.</p>	<p>“...pretender definir lo “indígena” a partir del criterio de la competencia monolingüe (en lengua indígena) sería incompatible con la gama de derechos humanos previstos en la Constitución para dicho grupo, como el derecho a recibir una educación adecuada, o el derecho a gozar de lo esencial para incorporarse igualitariamente al sistema productivo, por citar sólo algunos casos de tensión patente. A nivel individual, <b>ello implicaría condenar a las personas indígenas a la desventaja que justamente se pretende erradicar</b>” (p. 39).</p> <p><b>Comentario:</b> La Sala interpreta de una forma amplia el contenido del precepto constitucional con el objeto de permitir la integración de cualquier persona que se reconozca como indígena sin intromisión de otros factores. Además, explicó que en todo proceso puede requerirse el auxilio de un traductor, lo cual no genera una ventaja procesal indebida o inseguridad de certeza, pues dicha medida pretende evitar dilaciones en la administración de justicia y así, me parece, materializar al menos en alguna medida el principio de igualdad procesal.</p>



Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p><b>2014-4</b> Amparo Directo en Revisión 4/2013 José Ramón Cossío 88 páginas</p>	<p>Constitucionalidad de la figura de extinción de dominio</p>	<p>Derivado de los hechos contenidos en una averiguación previa, en la que se investigaron hechos delictivos graves, la autoridad solicitó la extinción de dominio del inmueble en el que se ocultó un vehículo robado, relacionado con los hechos.</p> <p>La Sala emprendió el análisis de la figura de extinción de dominio, en el que destacó se carácter de régimen de excepción, su aplicación restrictiva y su autonomía respecto del juicio penal. Por ello, la carga de la prueba de que el afectado efectivamente conocía la comisión del hecho ilícito o que no haya efectuado alguna acción para evitarlo no puede recaer exclusivamente en éste, pues de lo contrario quedaría desvirtuado el principio de buena fe, de modo que la autoridad debe exponer consideraciones concretas que, a su vez, permitan al afectado ejercer eficazmente su derecho de defensa.</p> <p>Por tanto, se concedió el amparo a efecto de que se verifique la existencia del hecho ilícito, entendido como la acreditación de los elementos objetivos o materiales y normativos que configuran la descripción típica, considerada en la ley como delito, en el sentido de que la carga de la prueba en primer término corresponderá al Ministerio Público.</p>	<p>“...la carga de la prueba de la parte actora no se satisface acreditando solamente el hecho ilícito [también debe] involucrar a su propietario o considerar, aún indiciariamente, que el propietario tenía conocimiento de los hechos” (p. 52).</p> <p>“...si se deja la carga absoluta de la prueba al afectado respecto de su buena fe y de que estaba impedido para conocer la ilícita utilización del bien, la “buena fe” deja de ser un deber moral de conducirse honradamente en la convivencia humana, para convertirse en la exigencia de vigilar a los otros en todo momento...” (p. 57).</p> <p>“...Afirmar lo contrario (...) llevaría a sostener que la acción de extinción de dominio impone una presunción iure et de iure de culpabilidad en el propietario de los bienes...” (p. 60).</p> <p><b>Comentario:</b> La Sala interpreta el proceso de la extinción de dominio con el fin de asegurar una oportuna defensa al afectado e impedir que una presunción (que en el caso se torna en la figura de un prejuicio) le cause afectación sin mediar mayores elementos de prueba.</p>
<p><b>2014-5</b> Amparo Directo 47/2013 José Ramón Cossío 61 páginas</p>	<p>Procedimientos jurisdiccionales bajo los cuales puede analizarse el acoso laboral o “mobbing”.</p>	<p>Una persona demandó una indemnización por concepto de daño derivado de acoso laboral, marginación y discriminación de las que fue objeto en su centro de trabajo (un tribunal laboral). Sus pretensiones fueron desestimadas por las instancias ordinarias al considerar que no acreditó hechos ilícitos sobre los cuales pudiera cuantificarse el daño moral aducido.</p> <p>La Sala explicó el acoso laboral implica perseguir, apremiar o importunar a alguien, de manera continua (sin darle tregua ni reposo) en un ámbito perteneciente o relativo al trabajo, y que tales hechos pueden generar acciones laborales, penales, civiles o administrativas. Sin embargo, una vez elegida cierta vía, el actor debe sujetarse a las modalidades de la misma; en el caso consideró que no existieron pruebas suficientes para acreditarlo, en términos de la vía civil intentada, por lo que negó el amparo solicitado.</p>	<p>“...el mobbing es una conducta que agravia por la vulnerabilidad del sujeto pasivo de la que parte, <b>no se refiere a una institución jurídica que debiera tener una regulación precisa en los diferentes ordenamientos jurídicos</b>, sino a una conducta que da lugar a las diferentes acciones que la ley prevé como mecanismo para garantizar el recurso judicial adecuado y efectivo, según la pretensión que formule la víctima pero que, una vez ejercidas, sujeta al actor a las reglas procesales que privan en el juicio al que acude” (p. 27).</p> <p><b>Comentario:</b> La Sala reconoce que la figura del acoso laboral no requiere una definición o regulación precisa, sino que debe sujetarse a las características específicas de la vía sobre la cual se analice su procedencia.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p><b>2014-6</b> Amparo Directo en Revisión 1200/2014 Arturo Zaldívar 48 páginas</p>	<p>Constitucionalidad de las limitaciones de la obligación de suministrar alimentos bajo un esquema de subsidiariedad, como protección a la dignidad humana.</p>	<p>Una pareja con tres hijos decide poner fin al vínculo matrimonial, en cuya demanda la cónyuge también demandó al padre de su pareja la constitución de una hipoteca sobre el inmueble que habitaba para garantizar el pago de alimentos. El abuelo explicó que sus ingresos eran limitados y debía atender a otro hijo con discapacidad, por lo que la constitución de la hipoteca era inviable. Finalmente, aunque ambas partes arribaron a un convenio, la madre insistió en apelación a la constitución de la hipoteca, la cual se negó ya que la obligación de los abuelos es de carácter subsidiario; resolución que se confirmó en amparo.</p> <p>La Sala analiza que la obligación de los abuelos respecto de los padres de suministrar alimentos parte de premisas jurídicas distintas, ya que, respecto de los primeros, además de tener un carácter subsidiario, responden a un principio de solidaridad familiar, en tanto que en el caso de los padres la obligación es directa en términos de la patria potestad.</p>	<p>“...la <b>dignidad humana</b> funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, (...) <b>cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos</b> y el desarrollo integral de la personalidad” (p. 21)</p> <p>“...ya hemos determinado que la obligación de dar alimentos surge de la necesidad de un sujeto con el que se tiene un vínculo familiar, esta Primera Sala considera importante precisar que el contenido, regulación y alcances de <b>dicha obligación variará dependiendo, como ya se mencionó, de las circunstancias particulares de cada caso concreto</b> y del tipo de relación familiar en cuestión” (p. 26).</p> <p><b>Comentario:</b> Parece ser que la Sala, aunque establece las premisas, olvida anotar expresamente que la constitución de la hipoteca vulneraría la subsistencia del abuelo.</p>
<p><b>2014-7</b> Amparo Directo en Revisión 4380/2013 Arturo Zaldívar 27 páginas</p>	<p>Presunción de inocencia y duda razonable en torno a la figura de la flagrancia.</p>	<p>Una persona es detenida, en concepto de la autoridad, en flagrancia al haber cometido un robo. Sin embargo, esta persona aduce que su detención fue ilegal, ya que no existió flagrancia como tal, pues el robo fue cometido en el transporte colectivo metro, y fue aprehendido en un estacionamiento, cercano a la entrada de la estación.</p> <p>La Sala explica que el concepto de flagrancia ha sido dinámico, partiendo de la comisión del delito “actual y públicamente”, a la flagrancia equiparada, en la que durante el período de 72 horas que sigue a la comisión del delito, la persona es sorprendida con objetos, huellas o indicios que revelan que ejecutó el delito. En este aspecto, la Sala advierte que tal interpretación puede dar lugar a detenciones arbitrarias y extorsiones, por lo que determinó acotar los alcances de la flagrancia al momento de la comisión del hecho o en el momento inmediato siguiente, cuando se persigue al indiciado, sin que exista una razón justificable para hacerla extensiva por un término de 72 horas. En el caso, se negó el amparo ya que la flagrancia fue auténtica y no equiparada.</p>	<p>“... el ilícito se cometió momentos antes de las 12:00 am y que fue puesto en conocimiento de la autoridad aproximadamente a las 12:10 am. (...) De esta manera, puede concluirse que la autoridad aprehensora contaba con datos objetivos suficientes que le permitieron <b>identificar a la persona acusada, que apenas en el momento inmediato anterior se encontraba cometiendo el delito denunciado</b>. De tal manera que debe entenderse que <b>fue perseguido materialmente en el momento posterior a la comisión del delito</b>. En consecuencia, la detención del hoy quejoso se ciñó al concepto constitucional de flagrancia que fue delimitado en la última reforma constitucional del artículo 16 y no a la extinta figura de “flagrancia equiparada”, como lo señala el quejoso” (p.20).</p> <p><b>Comentario:</b> El quejoso intenta desvirtuar la flagrancia con una circunstancia de modo y lugar, cuando su evolución radica en el factor de la temporalidad.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p>2014-8 Amparo Directo 30/2013 Arturo Zaldívar 61 páginas</p>	<p>Daños punitivos como sanción ejemplar en materia de daño moral</p>	<p>Una persona a bordo de un kayak tuvo un accidente y éste volcó en el lago artificial ubicado en el interior de un hotel. Como se advirtió momentos después del accidente, el agua se encontraba electrificada, siendo ésta la causa que llevó al deceso de dicha persona. Realizadas las investigaciones correspondientes, se descubrió que la falta de mantenimiento en una bomba ubicada en dicho lago artificial fue la que causó que el agua quedara electrificada por lo que los padres de la víctima demandaron al hotel la indemnización correspondiente, máxime de que fue evidenciada la falta de capacitación del personal del hotel para responder ante dicha contingencia. Además, se consideró que la indemnización prevista en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal es discriminatoria, pues determina el monto de la compensación por daño moral en función de la situación económica de las víctimas y no conforme al verdadero daño causado.</p> <p>La Sala explicó en primer término que el daño moral es autónomo e independiente del daño patrimonial; después procedió a realizar la relatoría de los hechos bajo los cuales quedó acreditada la negligencia por parte del hotel en cuanto a la falta de mantenimiento de la bomba acuática como causa directa de la razón del deceso, así como la falta de primeros auxilios por parte del personal del hotel que se ostentaba como médico. Con base en tales premisas, advirtió que existían elementos para cuantificar el monto de una indemnización bajo los parámetros de daños punitivos (considerando otra interpretación del citado artículo) con el objeto de que la misma tuviese la calidad de ejemplar y ayudar a disuadir conductas similares con posterioridad, por lo que concedió el amparo solicitado y calculó dicha indemnización.</p> <p><b>Voto concurrente:</b> El ministro Cossío emitió un voto concurrente en el que expresó su preocupación en torno a la fuerte discrecionalidad judicial que se reflejó en el caso, así como a la falta de transparencia en la metodología para calcular la indemnización, ya que es necesario contar con guías más precisas que reduzcan la posibilidad de arbitrariedad judicial.</p>	<p><b>“Sería irrazonable exigir que todas las personas tuvieran que evitar siempre y a toda costa que se le cause un daño a otra persona.</b> Es decir, no en todos los casos en los que la conducta cause un daño, se generará responsabilidad subjetiva extracontractual, sino que <b>además es necesario que en dicho actuar haya mediado culpa o negligencia”</b> (p. 62).</p> <p><b>“...los elementos de cuantificación antes señalados, así como sus calificadores de intensidad, son meramente indicativos. El juzgador, al ponderar cada uno de ellos, puede advertir circunstancias particulares relevantes.</b> Su enunciación simplemente pretende guiar el actuar de los jueces, partiendo de la función y finalidad del derecho a la reparación del daño moral, sin que ello signifique que estos parámetros constituyen una base objetiva o exhaustiva en la determinación del quantum compensatorio” (p.100).</p> <p><b>“...Simplemente deseo destacar la necesidad de transparentar la mecánica que permite obtenerlos y sentar precedentes claros que fijen parámetros objetivos.</b> Entiendo el énfasis que pone la sentencia en que la sanción comunique la desaprobación social de la conducta ilícita. (...). Lo que debe perseguir el juez no es la retaliación, sino un verdadero efecto inhibitor”</p> <p>(p. 12 voto particular ministro Cossío).</p> <p><b>Comentario:</b> Es válido compartir la preocupación del ministro Cossío en nuestro contexto actual en el que la desconfianza hacia el poder judicial es un factor recurrente desde la perspectiva ciudadana; sin embargo es en la construcción de estas decisiones con las que se busca dotar de mayor legitimación a los jueces y permitirles afianzar sus posibilidades decisorias, ya que reducir la capacidad discrecional del juzgador o vincularlo a esquemas rígidas representaría un retroceso en la evolución jurisdiccional.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p><b>2014-9</b>  Amparo Directo en Revisión  3516/2013  Jorge Pardo Rebolledo  59 páginas</p>	<p>Derecho a una vivienda digna y decorosa de conformidad a los tratados internacionales</p>	<p>Una persona celebró un contrato de compraventa respecto de un inmueble; posteriormente demandó la nulidad de ese contrato al aducir un error respecto del bien prometido y su expectativa al momento de contratar. Hasta en vía de amparo se ordenó analizar el agravio consistente en el derecho humano a una vivienda digna y decorosa, por cuanto hace a que las piezas habitacionales deben tener ventilación e iluminación natural (el departamento sólo tenía una habitación funcional y un cuarto oscuro, contrario a lo señalado en el contrato, que se refiere a dos habitaciones funcionales –con iluminación natural–).</p> <p>En contraste a lo resuelto por el tribunal colegiado, la Sala identifica que el artículo 4° de la Constitución Federal, respecto al derecho humano de la vivienda, no hace una distinción de modo que sólo deba ser aplicable a las viviendas populares, sino que resulta de aplicación irrestricta, cuyo contenido se establece en la Ley de Vivienda, por lo que concedió el amparo solicitado.</p> <p><b>Voto particular:</b> El ministro Cossio advierte el riesgo que se corre al convalidar en términos legales el contenido del término “vivienda digna y decorosa”, ya que el llamado “estándar mínimo” debería ser construido desde la Constitución y no depender del legislador: la legislación podría elevar dicho estándar pero jamás disminuirlo o menospreciarlo.</p>	<p>“El derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa, consagrado en el artículo 4° de la Constitución Federal, si bien tuvo como origen el deseo de satisfacer una necesidad colectiva, <b>no puede limitarse a ser un derecho exclusivo de quienes son titulares de una vivienda popular, o incluso carecen de ella.</b> (...) el derecho fundamental a la vivienda adecuada, o a una vivienda digna y decorosa, protege a todas las personas, <b>y por lo tanto, no debe ser excluyente</b>”. (p. 43).</p> <p>“...lo que dispone el artículo 4° de la Constitución Federal es un derecho mínimo: comprende las características de habitabilidad (...), <b>y que no son exclusivamente aplicables a la vivienda popular, sino a todo tipo de vivienda</b>” (p. 45).</p> <p><b>Comentario:</b> Con esta decisión, en un esquema de igualdad, la Sala refuerza la concepción de que la función objetiva de los derechos humanos, impide que su disfrute quede subordinado a la voluntad de los particulares.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p><b>2014-10</b>  Amparo Directo en Revisión  3169/2013  Jorge Pardo Rebolledo  153 páginas</p>	<p>Violencia familiar en torno acciones emprendidas por un elemento de la familiar para su supuesta protección</p>	<p>Una abuela paterna acusó a un menor de abuso sexual respecto de sus hermanos; tales conductas fueron catalogadas posteriormente por un psicólogo como normales y se indicó a la abuela que debería acudir a sesiones de terapia especializada, pues los padres descalificaron en todo momento sus observaciones, además de que calificaron sus acusaciones como violencia familiar.</p> <p>La Sala considera que las acciones emprendidas por la abuela no pueden calificarse como de violencia familiar, pues de su convivencia con sus nietos, advirtió un posible abuso sexual cometido por el mayor de ellos en contra de los menores, por lo que se justifica que, en atención a su interés superior, no podía guardar silencio a ese respecto. Sin embargo, frente a la situación la abuela procedió a la discriminación del menor con frases peyorativas que aludían a su presunta homosexualidad, lo cual si calificó como violencia familiar, por lo que se concedió el amparo para el sentido de que la abuela acuda a terapias en la que se sensibilice respecto de la sexualidad de sus nietos, así como a los menores para reafirmarla y orientarlos.</p>	<p>La Sala transcribió el contenido de las “pruebas” obtenidas por la abuela, consistentes en grabaciones, así como los dictámenes psicológicos rendidos:</p> <p><i>(Respecto del presunto agresor)</i> <b>“está desarrollando un trastorno psicopático de la personalidad,</b> al estar entrando a la adolescencia, ese trastorno y el conflicto de su identificación sexual, <b>combinados con los “juegos sexuales” mencionados, podrían en un futuro cercano, transformarse en abusos de tipo sexual,</b> representando un riesgo físico y psicológico irreparable para sus hermanos menores” (p. 93).</p> <p><b>Comentario:</b> La Sala consideró tales contenidos con el objeto de evidenciar que las suposiciones de la abuela eran fundadas, frente a lo cual cabe preguntarse los motivos o razones de los padres para dudar de ella; sin embargo su postura se demerita al verificarse acciones de discriminación hacia el menor que lejos de auxiliarlo, pueden agravar el daño causado.</p>
<p><b>2014-11</b>  Contradicción de Tesis  493/2013  Jorge Pardo Rebolledo  35 páginas</p>	<p>Posibilidad de que los socios de una persona moral sean sujetos pasivos del delito de administración fraudulenta</p>	<p>La contradicción radica en determinar si los socios activos de una persona moral tienen legitimación pasiva o no para denunciar actos de administración fraudulenta respecto de la propia persona moral a la que pertenecen, al no contar con una autorización de la asamblea general de accionistas, ni reúnen 33% del capital social para ejercitar una acción directa en contra de los administradores.</p> <p>La Sala explica que el tipo penal de administración fraudulenta tiene como fin principal proteger el patrimonio de las personas que tienen la titularidad de un bien que está siendo administrado por un tercero; en el caso de personas morales, cada uno de los socios son titulares de una parte del capital total de la persona jurídica, por lo que en el supuesto en comento, se lesionaría tanto a los bienes de los socios como los bienes de la persona moral como titular del capital social, por lo que no debe obligarse a que sea únicamente la persona moral a través de sus legítimos representantes o de la mayoría de sus socios la que defienda tales derechos.</p>	<p>“...de considerarse lo contrario se estaría impidiendo a una persona a la que ilícitamente se le afecten los bienes de los que es titular que ejerza las acciones legales pertinentes, (...); <b>con lo que se generaría impunidad pues en muchos casos el penalmente responsable es precisamente el administrador legal,</b> o, el legítimo representante o alguno de los socios mayoritarios, <b>contra los que el socio minoritario no tendría ninguna posibilidad de defenderse</b> siendo que son sujetos pasivos de este delito en su calidad de titulares de bienes y valores de capital de la sociedad a la que pertenecen, respecto de las acciones o parte alicuota del patrimonio social formado” (p. 31).</p> <p><b>Comentario:</b> Aunque no se establece expresamente en la decisión, también se percibe que con el criterio se fortalece un esquema de autorregulación y ética corporativa entre las sociedades, al fomentar esquemas de vigilancia a su interior.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p><b>2014-12</b> Amparo Directo en Revisión 3508/2013 Alfredo Gutiérrez 65 páginas</p>	<p>Constitucionalidad de los tipos administrativos abstractos.</p>	<p>Una persona moral distribuidora de gas licuado de petróleo, fue omisa en presentar informes trimestrales a la autoridad de 2007 a 2012, obligación que no se encuentra contenida expresamente en la normatividad por la cual se le sancionó, por lo que la consideró ilegal al exponer que no se adecua al principio de tipicidad que también debe regir en el derecho administrativo sancionador.</p> <p>La Sala explica que no se deja al arbitrio de la autoridad la definición de las conductas que son sancionables, ya que en todos los supuestos se encuentran contenidas de manera expresa y con anterioridad a la comisión del hecho en la normatividad correspondiente, además de que la remisión de sanción de una ley a un reglamento, es una posibilidad de constitución legítima admitida por la modulación del principio de legalidad en esta área, por lo que negó el amparo solicitado.</p>	<p>“...el principio de reserva de ley adquiere una expresión mínima, pues, <b>al tratarse de sectores tecnificados y especializados, es dable al legislador establecer esquemas regulatorios</b>, cuyo desarrollo, en esas cuestiones, correspondan a órganos igualmente especializados. Esto explica porque la Constitución contempla órganos constitucionalmente autónomos en distintos sectores, como competencia económica, telecomunicaciones, energía etcétera, con facultades de creación normativa: <b>su finalidad es desarrollar desde una racionalidad técnica los principios generales de política pública establecidos por el legislador</b> (p. 49).</p> <p><b>Comentario:</b> La Sala establece los alcances de la facultad reglamentaria de los órganos reguladores del Estado como una necesidad que les permita desarrollar sus actividades de supervisión y vigilancia eficazmente en un entorno sumamente dinámico.</p>
<p><b>2014-13</b> Amparo Directo en Revisión 1182/2013 Alfredo Gutiérrez 36 páginas</p>	<p>Constitucionalidad de prescripción en expropiación, al no afectar las garantías del acto privativo.</p>	<p>Derivado de un acto de expropiación, las personas afectadas solicitaron tardíamente la indemnización correspondiente, dado que como esgrimíó la autoridad, el plazo para la reclamación respectiva ya había prescrito, por lo que se les negó su pago.</p> <p>La Sala considera que la propiedad se somete a restricciones o limitaciones permisibles, porque constituye un derecho que no es absoluto, el cual, por razones de utilidad pública o de interés social, puede ser sustraído de la esfera de derechos del gobernado, constituyendo estos elementos garantías que no pueden soslayarse en legislaciones locales; en el caso, un plazo de prescripción para reclamar la indemnización no afecta tales garantías, por lo que resulta constitucional. Así, negó el amparo solicitado.</p>	<p>“...no se comparte (...) lo planteado por las recurrentes, en cuanto a su señalamiento de la <b>indemnización</b> a la que se refiere el artículo 27 de la Constitución Federal como un derecho humano; toda vez que, se reitera, <b>dicha figura se ubica en el marco constitucional vigente como una garantía de protección de la propiedad privada</b> frente a la potestad administrativa del Estado para ejercer la expropiación” (p. 32).</p> <p><b>Comentario:</b> La Sala destaca el federalismo que permite a los Estados establecer características al ejercicio de los actos de expropiación en tanto no contravengan a las garantías mínimas establecidas en el rango constitucional, de manera análoga a una facultad reglamentaria.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p>2014-14 Amparo Directo en Revisión 496/2014 Alfredo Gutiérrez 38 páginas</p>	<p>Derecho a la asistencia consular en un proceso penal respecto a mexicanos con doble nacionalidad</p>	<p>Una persona, imputada con el delito de robo, tras ser detenida en un primer momento manifestó ser mexicano, pero posteriormente acreditó con un acta de nacimiento contar con la nacionalidad estadounidense, por lo que consideró que no se observó el debido proceso en su perjuicio, al no haber contado con asistencia consular.</p> <p>La mayoría manifestó que en cada caso debía atenderse a verificar si, efectivamente, esta circunstancia había afectado a las defensas del procesado a fin de que el juez pudiera valorar prudentemente la necesidad de la asistencia consular. En el caso, de acuerdo a las circunstancias hechas valer en la primera instancia, se consideró que su derecho a la defensa había sido vulnerado, y que las autoridades tuvieron conocimiento, antes del dictado de la sentencia, de su doble nacionalidad y pese a ello no efectuaron el contacto consular correspondiente, por lo que concedió el amparo solicitado.</p> <p><b>Votos particulares:</b> El ministro Cossío consideró que no debe existir un ejercicio de ponderación en el supuesto en estudio, pues la violación no admite grados y eso podría llevar a la arbitrariedad, por las dificultades que representa administrar el criterio.</p> <p>El ministro Pardo, a diferencia de la mayoría, sí considera relevantes los aspectos de tiempo de residencia, domicilio y conocimientos del idioma a efecto de determinar si existe violación a sus derechos, en tanto que la mayoría, de forma abstracta, alude a verificar si existieron vulneraciones a su derecho de defensa.</p>	<p>“...esta Primera Sala considera que <b>lo que sí puede variar en cada caso concreto con una persona con doble o múltiple nacionalidad</b>, siendo una de ellas la mexicana – a diferencia de aquéllas que no cuenten con esta última nacionalidad– son los efectos específicos en caso de que dicho derecho no haya sido reconocido, <b>de manera acorde con las circunstancias del caso relacionadas con su defensa</b>” (p. 32).</p> <p>“...tres días después, el 27 de octubre, nombró defensor particular, quien cinco meses después informó al juez sobre la doble nacionalidad del quejoso. <b>Consta además en el expediente que en un proceso paralelo –en el cual fue absuelto – el quejoso manifestó ser de nacionalidad mexicana y no manifestó tener otra nacionalidad</b>”. (p. 34).</p> <p>“El poder, ya de por sí extraordinario, que poseen los jueces crece desmedida y descontroladamente con este tipo de decisiones.” (p. 5, voto particular ministro Cossío)</p> <p><b>Comentario:</b> El aspecto de la p. 34 puede hacer dudar a cualquier lector de la buena fe del imputado, pues utilizó el recurso de doble nacionalidad como estrategia procesal y no en ejercicio de una auténtica defensa, perdiendo de vista la naturaleza y esencia de la asistencia consular, por lo que en el caso concreto debió haberse negado el amparo.</p> <p>En este sentido, se comparte la preocupación del ministro Cossío, pero es precisamente lo que se busca orientar con el giro aretaico propuesto: debe analizarse cada caso concreto para advertir particularidades que faciliten la toma de una decisión y en este caso es evidente el dolo con que se condujo el procesado.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p><b>2015-1</b> Amparo Directo en Revisión 1819/2014 Olga Sánchez Cordero 63 páginas</p>	<p>Constitucionalidad del divorcio sin expresión de causa</p>	<p>Un hombre consideró que el divorcio “incausado”, es decir, sin que se explicara alguna causal o razón específica por la cual se disuelve el vínculo matrimonial resulta ilegal al no establecerse hechos concretos frente a los cuales pueda ejercer su derecho de defensa.</p> <p>La Sala explicó que ver el matrimonio como un contrato civil es un error tomando en consideración sus particularidades y objeto; y que si bien es cierto que la institución del matrimonio está formada por dos personas que voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y que es fuente de derechos y deberes morales, lo cierto es que el logro de esa estabilidad no implica que los consortes, <i>per se</i>, tengan que permanecer unidos no obstante que sea imposible su convivencia, ya sea entre ellos o con los hijos si los hubiera, o bien ante la pérdida del afecto que en un principio los animó a contraer matrimonio, sin que resulte relevante la voluntad del diverso consorte. Por lo anterior, negó el amparo solicitado.</p>	<p>“...no sólo no es dable exigir judicialmente el cumplimiento forzoso del matrimonio sino <b>que ni siquiera puede forzarse a alguien a permanecer en él</b>, pues eso desvirtuaría su naturaleza y contaminaría su objeto”. (p. 33)</p> <p>“Con la expresión de tal voluntad, esto es, <b>de no continuar con el matrimonio, se ejerce el derecho al libre desarrollo a la personalidad</b>, pues decidir no continuar casado, cambiar de estado civil, constituye, la forma en que el individuo desea proyectarse, vivir su vida; <b>la forma en que el individuo decide de manera libre y autónoma su proyecto de vida</b>”. (p. 47)</p> <p><b>Comentario:</b> Además de explicar los alcances de la institución del matrimonio, la Sala protege el libre desarrollo de los planes de vida con esta posibilidad. Este asunto se encuentra ligado con el 2015-7 siguiente.</p>
<p><b>2015-2</b> Amparo Directo en Revisión 652/2015 Olga Sánchez Cordero 50 páginas</p>	<p>Tipo penal de feminicidio no transgrede derechos humanos de igualdad y no discriminación</p>	<p>Una persona que fue detenida con motivo de un homicidio en grado de tentativa en contra de una mujer, aduce que el tipo penal de feminicidio constituye un grado de discriminación al atentar contra la igualdad del hombre y la mujer.</p> <p>La Sala explica que sólo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable, y en el caso el feminicidio persigue que las mujeres tengan derecho a una vida libre de violencia y focalizar la justicia en su beneficio, derivado del reconocimiento que han realizado instrumentos internacionales – como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención Belém Do Pará”, respecto de que la violencia contra la mujer es una ofensa a su dignidad humana, así como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, por lo que negó el amparo solicitado.</p>	<p>“...si en el apartado anterior se concluyó que la finalidad de la ley es la mayor protección al derecho de reconocimiento de la mujer <b>por la evidente violencia hacia ella por el simple hecho de serlo</b>, cuya razón subyacente es, entonces, que un género viva sin más violencia física, sexual o psicológica en la sociedad...” (p.41)</p> <p>“...<b>la necesidad de reorientar el delito de feminicidio deriva, no sólo por la gravedad de la conducta desplegada por el sujeto activo</b>, que incide de manera directa en la sensibilidad social y evidencia el repudio a las normas de convivencia colectiva...” (p. 43).</p> <p><b>Comentario:</b> La Sala realiza un esfuerzo argumentativo notable para evidenciar que la razón principal por la que se originó el tipo penal de feminicidio es reconocer y hacer visible la desventaja social y cultural en que se encuentran las mujeres, en contravención a la dignidad inherente a todo ser humano, sin distinciones.</p>



Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p><b>2015-3</b> Amparo Directo en Revisión 2417/2014 Olga Sánchez Cordero 31 páginas</p>	<p>Pensión alimentaria para mayores de edad, en caso de que exista desfase entre su edad y los estudios que cursan.</p>	<p>Derivado de una demanda de pensión alimenticia, se condenó al deudor alimentario a suministrar el 20% de sus ingresos, por cada uno, a la madre de su hijo y a éste. El deudor impugnó esta resolución ya que en su concepto la madre está en posibilidad de trabajar, además de que no acreditó debidamente cómo calculó su nivel de gasto mensual; además, su hijo ya es mayor de edad, contaba con casi 22 años de edad y sus estudios de licenciatura ya debía haberlos concluido.</p> <p>La Sala explica que el sentido de la institución alimentaria consiste en garantizar a los acreedores la posibilidad de atravesar una etapa económicamente inactiva en la que se alleguen de los recursos necesarios que les darán una base para desarrollar sus planes de vida, lo que les permitirá acceder a un nivel de vida adecuado y digno; en el caso concreto ordenó la devolución del asunto al tribunal colegiado para que determinara si las causas del retraso en completar los estudios del hijo fueron imputables a él o no y con ello establecer el alcance de la obligación alimentaria.</p>	<p>“...para poder arribar a una conclusión lógico-jurídica respecto de la subsistencia de la obligación alimentaria, cuando el acreedor es mayor de edad y existe disparidad entre la edad de éste y el grado escolar que cursa, <b>debe analizarse cada caso en particular</b>” (p. 21).</p> <p>“...el acreedor alimentario <b>no se aplicó al estudio en virtud de su bajo rendimiento académico</b>; ello al tomar en cuenta que realizó el bachillerato en cinco años y no en tres, que reprobó seis materias las cuales algunas tuvo que recurrar para aprobarlas y, que obtuvo un promedio final de siete punto treinta y uno” (p. 30).</p> <p><b>Comentario:</b> Si bien esta última consideración genera una presunción fuerte en contra del acreedor, la Sala identifica que es necesario conocer las razones por las cuales se generó el bajo rendimiento académico, las cuales pudieran ser no imputables a aquél.</p>
<p><b>2015-4</b> Amparo Directo en Revisión 2244/2014 José Ramón Cossío 52 páginas</p>	<p>Protección a los consumidores en materia de publicidad engañosa</p>	<p>La publicidad de unos zapatos deportivos aseguraba mayor firmeza y tono en los músculos de los glúteos, hasta en un 28%, así como en la pantorrilla comparado con un zapato ordinario. La Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO) en una acción colectiva, demandó dicha publicidad como engañosa y solicitó el pago de una indemnización; pretensión que fue desestimada en instancias ordinarias al considerar que le correspondía a dicha dependencia probar la falsedad de lo ofertado.</p> <p>La Sala explica que, en términos de la normatividad, el proveedor debe contar con el respaldo técnico y científico que acredite que la información o publicidad de un determinado producto es exacta y verdadera y, por ende, los atributos del producto que anuncie en su oferta deben ser comprobables, al ser enunciados empíricos que pueden ser probados, por lo que ordenó la devolución del asunto al tribunal colegiado para que efectúe el análisis correspondiente bajo la premisa de que la carga de la prueba corresponde al proveedor.</p>	<p>“...En las circunstancias apuntadas <b>es al proveedor al que le corresponde desvirtuar los indicios aportados por los consumidores y comprobar que la información publicitada es exacta y verdadera</b> y, por ende, comprobable. Exigir a los consumidores que aporten pruebas irrefutables que demuestren que la información es inexacta o falsa haría nugatorio su derecho al acceso a la justicia, <b>pues nadie puede conocer mejor que el proveedor el proceso de producción del bien que comercializa</b>” (p. 47).</p> <p><b>Comentario:</b> Esta última consideración contiene un aspecto de experiencia práctica muy valioso, en el sentido de que es el propio fabricante quien debe conocer su producto; asimismo cabe reflexionar que el transferir el peso de la prueba a los consumidores dificultaría en gran medida la posibilidad de acreditar sus afirmaciones y haría nugatorio el acceso a la justicia.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p>2015-5 Amparo Directo en Revisión 4909/2014 José Ramón Cossío 63 páginas</p>	<p>Contexto del trabajo en el hogar para determinar el monto de la compensación relativa.</p>	<p>Derivado de un divorcio sin expresión de causa, la consorte reclamó como prestación la compensación consistente en el 50% de los bienes adquiridos durante el vínculo matrimonial, al haberse dedicado preponderantemente al hogar en el tiempo que tuvo lugar el vínculo matrimonial. Después de diversas instancias, un tribunal colegiado emitió una resolución en la que se confirmó absolver al demandado, negando la compensación referida, con base en la premisa de que a ella le corresponde acreditar que, efectivamente, se dedicó al hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos.</p> <p>La Sala explicó que la indemnización se fundamenta en la necesidad de encontrar un mecanismo paliativo de la inequidad que puede producirse cuando se liquida el régimen económico de separación de bienes, con el fin de resarcir el perjuicio económico sufrido por el cónyuge que, en aras del funcionamiento del matrimonio, asumió determinadas cargas domésticas y familiares sin recibir remuneración económica a cambio. Por ello, es necesario verificar qué actividades y con qué intensidad fueron desarrolladas para cuantificar un monto de compensación específica, ya que no basta la mera afirmación de encontrarse en el supuesto previsto en el texto legal como lo efectuó la consorte, por lo que negó el amparo solicitado.</p>	<p>“...cuando una de las partes dentro de un juicio de divorcio solicita la compensación bajo la afirmación de que se dedicó preponderantemente a las labores del hogar y al cuidado de los hijos durante el vínculo matrimonial, <b>la carga de la prueba de los hechos en que se funda la petición corresponde a la parte solicitante</b> (...) (p. 38).</p> <p>“...de presumirse la dedicación plena y exclusiva al hogar con la mera afirmación de uno de los cónyuges — como lo pretende la recurrente—, <b>sería imposible valorar las especificidades, duración y grado de dedicación al trabajo del hogar, que son los elementos a considerar para determinar el monto de la eventual compensación</b>” (p. 53).</p> <p><b>Comentario:</b> Si bien ya existía un criterio de la propia Sala en el sentido de que le corresponde al solicitante probar los hechos en que se funda su pretensión, esta resolución viene a detallar con mayor medida qué elementos deben ser considerados para que le juzgador tenga una visión más amplia del contexto específico.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p>2015-6  Amparo Directo en Revisión  3506/2014  José Ramón Cossío  101 páginas</p>	<p>Protección de las comunicaciones privadas aun cuando se desconozca el propietario del dispositivo sobre el cual se pretenden extraer.</p>	<p>Una persona refiere se violó su derecho a que sus comunicaciones privadas no fueran intervenidas dado que su teléfono celular fue revisado sin previa autorización judicial: en un forcejeo la persona perdió el teléfono celular y fue recuperado posteriormente por la autoridad (sin que conociera a su propietario) en el cual se encontró información que lo vinculaba con un robo cometido en perjuicio de la empresa para la que laboraba, haciendo presumir su coordinación con los sujetos activos del robo, e identificado de este modo al propietario de dicho teléfono celular.</p> <p>La Sala explicó que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, aun cuando respecto de un objeto de comunicación no existía un titular o, bien, se desconozca porque haya sido abandonado por los agresores el día en que se llevaron a cabo los hechos delictivos de prevalecer y para su intervención es necesaria la autorización judicial, de modo que fue incorrecto que se otorgara valor a la información recabada de dicho teléfono celular, pues tiene el carácter de ilícita. Con base en ello, la Sala devolvió el asunto al tribunal colegiado para que emitiera una nueva resolución tomando en consideración esta premisa.</p>	<p>“la protección de las comunicaciones privadas <b>se extiende en aquellos casos de teléfonos o aparatos de comunicación abandonados o respecto a los cuales no se tenga conocimiento de quién es su titular</b>. Esto es así, puesto que <b>aquello que se protege es la acción misma de la simple presencia de algún aparato idóneo que pudiese ser empleado para ello</b>. Por ello, en estos casos la autoridad competente deberá solicitar la autorización del juzgador federal para acceder a la información contenida en un apartado de comunicación” (p. 98).</p> <p><b>Comentario:</b> En este caso bien cabe preguntarse qué diligencias podría ordenar el juzgador con el objeto de verificar que, efectivamente, el dispositivo en cuestión es un bien mostrenco, ya que si la autoridad investigadora ya lo hizo constar, esta situación únicamente tendría un carácter dilatorio. Por tanto, podría bastar que el órgano investigador haga constar del contexto particular en que se encontró el objeto y las razones que lo llevan a concluir que tiene la calidad de mostrenco.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p><b>2015-7</b>            Contradicción de Tesis            73/2014            Arturo Zaldívar            44 páginas</p>	<p>La acreditación de causales en la disolución del matrimonio vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad</p> <p>Antecedente 2015-1</p>	<p>La contradicción radica en determinar si la normatividad que establezca la necesidad de contar con causales de divorcio vulnera el libre desarrollo a la personalidad por obligar a uno de los cónyuges a permanecer en el vínculo matrimonial en contra de su decisión.</p> <p><b>Votos particulares:</b> El ministro Ortiz considera que no debió declararse de forma general que los preceptos enlistados como causales vulneren el libre desarrollo de la personalidad o la dignidad humana, ya que podrían admitir un análisis específico para validar su apego a tales derechos.</p> <p>El ministro Pardo, de forma similar, advirtió que en realidad lo que se cuestiona en diversas normatividades es la falta de un divorcio "incausado", pero no advierte que dicha circunstancia deba afectar la legalidad de las causales de divorcio vigentes en tanto que las mismas traen aparejadas otros efectos, como es el de establecer un cónyuge culpable.</p> <p>Cabe mencionar que en el precedente identificado como 2015-1 de este análisis, ambos ministros votaron a favor de dicho sentido de resolución.</p>	<p>"...la inconstitucionalidad que sustenta la mayoría de los Ministros, <b>parte del hecho de que las legislaciones analizadas no contemplan la posibilidad de demandar el divorcio sin expresión de causa</b>; sin embargo, la omisión de no contemplar el divorcio sin expresión de causa, no puede dar lugar a considerar que la necesidad de probar las hipótesis en que se considera procedente el divorcio necesario sea inconstitucional, por transgredir el libre desarrollo de la personalidad, pues insisto, si en las legislaciones analizadas no se contempla el divorcio sin expresión de causa, son precisamente las hipótesis previstas para el divorcio necesario, las que permiten que el cónyuge que desea divorciarse, pueda ejercer el libre desarrollo de su personalidad" (p. 3 voto particular ministro Pardo).</p> <p><b>Comentario:</b> Se considera que el divorcio sin expresión de causa constituye un avance fundamental en la protección de la dignidad humana, pues maximiza una decisión que trasciende en la vida de cualquier persona, sin que ese hecho impida que el otro consorte esté en posibilidad de alegar lo que a su derecho convenga.</p>
<p><b>2015-8</b>            Amparo Directo            35/2014            Arturo Zaldívar            107 páginas</p>	<p>Elementos del acoso escolar o "bullying"</p>	<p>Una madre de un menor demandó a su escuela una indemnización por el daño psicológico y físico que le fue causado. La escuela respondió que no se acreditó que el daño hubiese tenido lugar en el interior de sus instalaciones y, por otra parte, que sus problemas psicológicos derivaban del ámbito familiar y del trastorno de déficit de atención con hiperactividad (TDAH) que padece.</p> <p>La Sala efectúa una recopilación de testimonios y dictámenes periciales para advertir que existió el acoso incitado por la profesora del menor, frente a lo cual la escuela no respondió adecuadamente. Se concedió el amparo solicitado y se estableció un monto de indemnización, para lo cual la Sala examinó las características de la escuela; además en una expresión de proactividad, hizo diversas recomendaciones para identificar y combatir el acoso escolar.</p>	<p>"Respecto a la negligencia demandada a la escuela (...) <b>el Instituto sabía que el menor necesitaba una atención especial al tener TDAH; ni el personal directivo, administrativo o docente del Instituto mostró algún tipo de apoyo o emprendió alguna acción para tratar de prevenir, remediar o sancionar las agresiones físicas y morales</b>" (p. 98).</p> <p><b>Comentario:</b> Se hizo énfasis en la indiferencia que mostró la escuela de combatir el problema, pese al interés manifiesto de la madre. Habrá que reflexionar sobre los casos en que las escuelas constituyan la única posibilidad de defensa de los menores frente al desinterés de sus padres o tutores.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p><b>2015-9</b>  Amparo en Revisión  237/2014  Arturo Zaldívar  114 páginas</p>	<p>Uso lúdico o recreativo de la marihuana</p>	<p>Los quejosos refieren que la prohibición del consumo de marihuana implica la supresión de conductas que confieren al individuo una diferencia específica de acuerdo a su singularidad, pues la imposición de un estándar único de vida saludable no es admisible en un Estado liberal que basa su existencia en el reconocimiento de la singularidad e independencia humana. Así, la prohibición para consumir marihuana se basa en un prejuicio sustentado en valoraciones morales y no en estudios científicos, revelando que el Estado no ha actuado con neutralidad ética, sin que se acredite fehacientemente que existe una vulneración a derechos de terceros.</p> <p>La Sala primero identificó que el marco normativo vigente sólo concede el uso de la marihuana para efectos de investigación científica; por otra parte, en el ámbito penal, existe una excluyente de responsabilidad, pero sólo respecto al consumo personal, sin que se incluya su siembra, cosecha, transporte y otras actividades relacionadas; consideraciones ambas que dejan de lado la pretensión de los quejosos. Así, se analizó que la doctrina especializada ha señalado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad comporta “un rechazo radical de la siempre presente tentación del paternalismo del Estado, que cree saber mejor que las personas lo que conviene a éstas y lo que deben hacer con sus vidas”, de tal manera puede decirse que este derecho supone “la proclamación constitucional de que, siempre que se respeten los derechos de los demás, cada ser humano es el mejor juez de sus propios intereses. Con base en lo anterior, advierte que existe un contraste con las escasas afectaciones en la salud y el orden público que protege el “sistema de prohibiciones administrativas” sobre el consumo de marihuana regulado en la normatividad, frente a la intensa afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad que supone dicha medida legislativa. Bajo estas ideas, concedió el amparo a los quejosos, haciendo énfasis en que los efectos no conllevan la comercialización de la marihuana dado que se limita al uso personal de los quejosos.</p> <p><b>Voto particular:</b> El ministro Pardo considera que dentro de los efectos no se incluyó el aspecto de la adquisición inicial de la marihuana, por lo que la concesión del amparo es ineficaz porque el primer paso (obtención) de la sustancia continúa siendo ilícita.</p>	<p>“la prohibición del consumo de marihuana por la mera autodegradación moral que implica no persigue un propósito legítimo. <b>La Constitución no impone un ideal de excelencia humana, permite que cada individuo elija su propio plan de vida y adopte el modelo de virtud personal que considere válido, en tanto no afecte a los demás.</b> Así, las afectaciones al desempeño social que ocasiona la marihuana -por ejemplo, disminución de productividad laboral del consumidor y el denominado “síndrome amotivacional”- no pueden considerarse como razones válidas para intervenir el derecho al libre desarrollo de la personalidad” (p. 71).</p> <p>“la medida analizada constituye una intervención en el libre desarrollo de la personalidad porque conlleva una interferencia en la autonomía personal protegida por este derecho. Como se explicó anteriormente, <b>la forma en la que un individuo desea recrearse pertenece a su esfera más íntima y privada, ya que sólo él puede decidir de qué manera quiere vivir su vida.</b>” (p. 79).</p> <p><b>Comentario:</b> La frase “Haz lo que quieras” de Fernando Savater (asumiendo responsabilidad) resuena con fuerza en el sentido de esta resolución; es notable la preocupación de la Sala en sostener tanto técnicamente como razonablemente el sentido de su determinación, sin embargo, el fundamento primordial radica en la protección a la autonomía personal, en tanto no afecte derechos de terceros ni en lo particular ni en su conjunto como sociedad. Es un tema debatido y se reconoce que aún generará dudas respecto a la posible apertura a otras sustancias más “duras”, pero en tanto parece que es un paso en la dirección correcta.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretáica
<p><b>2015-10</b> Amparo Directo en Revisión 2441/2014 Jorge Mario Pardo 47 páginas</p>	<p>El derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa comprende también el acceso a servicios públicos</p> <p>Antecedente 2014-9.</p>	<p>Una persona se hizo beneficiaria de un programa social para acceder a una vivienda popular. En el contrato respectivo, se estableció como causa de rescisión el que no se habitara la vivienda en un plazo mayor a 3 meses una vez de haberla recibido. Con posterioridad, se demandó la rescisión del contrato por dicha causal, a lo que la beneficiaria adujo que la casa se encuentra alejada de la ciudad y se han registrado actos vandálicos y de inseguridad en la colonia en que se encuentra ubicada.</p> <p>La Sala advierte que se está condicionando el apoyo a la quejosa a que resida en un lugar determinado, y por lo tanto, restringiendo su derecho de elegir el lugar de residencia, bajo la consideración de que lo hace con la finalidad de satisfacer el derecho a la vivienda digna y decorosa de su gobernado, por lo que dicha vivienda debe cumplir no sólo con una infraestructura básica adecuada, sino también con acceso a los servicios públicos básicos, incluyendo el servicio de seguridad pública; ya que en caso contrario, el Estado, no estará cumpliendo con su obligación en la materia, por lo que concedió el amparo.</p>	<p>La Sala extiende la protección del término de “vivienda digna y decorosa” al acceso de servicios públicos, en particular, al de seguridad pública:</p> <p>“...la cláusula del contrato de compraventa que prevé como causal de rescisión, el que el inmueble no se habite dentro de los tres meses siguientes a su recepción, <b>sólo puede ser exigible a partir de que la tercera interesada: Comisión de vivienda del Estado de Guanajuato, demuestre que el inmueble tiene acceso a servicios de seguridad pública y vigilancia</b>” (p. 45).</p> <p><b>Comentario:</b> Esta interpretación en la que se tutela con mayor amplitud el derecho a una vivienda con determinadas características, también muestra el carácter progresista que deben observar los derechos humanos.</p>
<p><b>2015-11</b> Amparo en Revisión 323/2014 Jorge Mario Pardo 136 páginas</p>	<p>Derecho a la educación, respecto de una sociedad civil que impugna la reducción en el gasto público de ese rubro</p>	<p>Una asociación impugna la distribución a dependencias federales y entidades federativas en el año 2013 de los recursos que integran el Fondo de Aportaciones para la Educación Básica y Normal (FAEB) y del Ramo 25, lo que da lugar a que se haya reducido el gasto público en materia educativa, en detrimento de este derecho humano y de la sociedad.</p> <p>La Sala identifica la quejosa no está constituida con la finalidad de intervenir de manera concreta en la eficacia del derecho a la educación, sino que de forma abstracta se delimita el desarrollo de diversas actividades en cuanto a la promoción de la cultura del Estado de Derecho, por lo que su interés es tal y como lo tendría cualquier ciudadano interesado en verificar la constitucionalidad y legalidad de los actos de autoridad. Sin embargo, de los agravios expuestos se identificó que las autoridades involucradas, en particular la Auditoría Superior de la Federación, no promovieron las acciones resarcitorias correspondientes, por lo que concedió el amparo, reconociendo el interés legítimo de la asociación, y ordenó se exhibieran constancias del seguimiento o en su caso inicio, de los procedimientos resarcitorios correspondientes.</p>	<p>“...en la especie <b>las responsables no acreditan haber llevado a cabo un conjunto de acciones relacionadas a la conclusión de los procedimientos de financiamiento de responsabilidades resarcitorias</b>, así como tampoco dar vista a las autoridades competentes para la investigación de las conductas que pudieran ser objeto de responsabilidad administrativa y penal; <b>lo que genera una afectación sistemática al derecho a la educación, pues no se trata sólo de verificar la correcta asignación de recursos, sino de llevar a cabo acciones de reparación cuando no se cumple con dicho objetivo</b>” (p. 130)</p> <p><b>Comentario:</b> Tras superar la barrera inicial del interés legítimo, una asociación logra lo que cualquier ciudadano tendría que lograr en un régimen democrático: la exigencia de transparencia en la rendición de cuentas de recursos públicos; la resolución deja incertidumbre pues ya no se puede vincular el resultado de tales diligencias, pero agota el alcance de su competencia.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p><b>2015-12</b> Contradicción de Tesis 76/2015 Jorge Mario Pardo 48 páginas</p>	<p>Suplencia de la queja deficiente opera también para personas morales</p>	<p>La contradicción a resolver radica en determinar si es posible o no suplir la deficiencia de la queja en los casos en que las personas morales adquieran el carácter de sujetos pasivos en la comisión de un delito.</p> <p>La Sala explicó que la suplencia de la queja deficiente se ha creado en auxilio de quienes carecen de los elementos económicos para lograr que su defensa legal se ajustara a las exigencias de la técnica jurídica requerida para proceder al análisis constitucional de los actos que produjeran una afectación a los derechos fundamentales de los solicitantes de la protección constitucional; en el caso de personas morales, no se advierte que la normatividad contenga algún caso de excepción, por lo que, además, atendiendo al carácter de progresividad, también debe considerárseles para tal beneficio.</p>	<p>“...la Ley de Amparo vigente, establece que el beneficio de la suplencia de la queja deficiente opera en favor del ofendido o víctima del delito, resta señalar que el mencionado precepto <b>no establece quiénes pueden ser las personas a las que les asiste el referido beneficio</b> y, por tanto, se llega a la conclusión de que se entiende que <b>la disposición legal está dirigida a la totalidad de supuestos en los que una persona en su calidad de víctima u ofendido acuda al juicio de amparo</b> en su calidad de quejoso o adherente...” (p. 41).</p> <p><b>Comentario:</b> La postura que perdió no consideró en su reflexión la naturaleza de la suplencia de la queja en beneficio de la víctima u ofendido, la cual es procurar protegerlo frente a la situación perniciosa derivada de la comisión de un delito, sin especificar que se trate de una persona moral o física.</p>
<p><b>2015-13</b> Amparo en Revisión 704/2014 Alfredo Gutiérrez 95 páginas</p>	<p>Adopción para parejas del mismo sexo</p>	<p>La normatividad del Estado de Colima establece expresamente que la adopción tendrá lugar para parejas heterosexuales, lo cual excluye de esa posibilidad a las parejas homosexuales.</p> <p>La Sala consideró que ha establecido en varios precedentes –y lo ha reiterado en el presente– que la enunciación normativa de “entre un solo hombre y una sola mujer” no tiene razón constitucional de existir en la definición de matrimonio, más aún cuando la finalidad del mismo es la ayuda mutua. Así pues, dicha expresión resulta igualmente discriminatoria en su mera expresión. Desconocer ese hecho haría nugatorio lo establecido por la Corte Interamericana, en el sentido que un “derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual; razonamiento que resulta también válido hacia otras acepciones, como lo es el concubinato o en la adopción, por lo que concedió el amparo.</p> <p><b>Voto particular:</b> En opinión del ministro Pardo, los quejosos no cuentan con interés legítimo para impugnar las normas cuestionadas; inclusive considera que los quejosos tendrían que acudir al Registro Civil y que sólo hasta ese momento que se les niegue la función registral tendría lugar un acto de aplicación.</p>	<p>“...En el caso específico, <b>al ser un asunto de discriminación legislativa</b>, basada no sólo en juicios de valor del legislador, sino arraigado en mayor o menor medida en la sociedad, <b>el sistema de justicia debe ser capaz de reparar el daño realizado por parte de las autoridades y de impulsar un cambio cultural</b>” (p. 88).</p> <p><b>Comentario:</b> Llama la atención que con independencia de contar con un precedente (asunto 2014-1) la Sala analice con tanta amplitud el tema del acto de aplicación, el cual podría reducirse a considerar que, si el quejoso intentó un trámite de adopción y le fue negado con motivo de su preferencia sexual, y promovió el respectivo juicio, parece claro que con esta circunstancia ya puede validarse, de forma pragmática, un acto de aplicación sin necesidad de consideraciones excesivas y técnicas; comentario que también incita a la reflexión confrontándolo con la postura del voto particular del ministro Pardo, dado que la normatividad vigente produce un escenario en el que un acto susceptible de impugnación se torna inminente.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p><b>2015-14</b> Amparo en Revisión 554/2013 Alfredo Gutiérrez 109 páginas</p>	<p>Ausencia de perspectiva de género en la investigación de un feminicidio (Caso Mariana Lima)</p>	<p>Una mujer fue encontrada muerta, según versión de su marido, en su domicilio por que en un inicio se investigaron los hechos bajo la línea de suicidio. Sin embargo, la madre de la fallecida observó diversas irregularidades graves, algunas inclusive bajo una óptica de sentido común, que permitían inferir válidamente que en realidad se trató de un homicidio cometido por su marido, quien se desempeñaba como policía judicial.</p> <p>La Sala emprendió un análisis pormenorizado de las irregularidades y serias deficiencias que cometió el ministerio público tanto desde una perspectiva técnica como desde la perspectiva de género, para conceder el amparo y ordenar las diligencias correspondientes bajo los lineamientos de la sentencia, con la posibilidad de considerar al marido como homicida.</p>	<p>Este asunto fue objeto de análisis profundo en este capítulo. Sin embargo, vale la pena recapitular la siguiente consideración como una muestra del giro aretaico propuesto:</p> <p>“...al ser un asunto en que se investiga la muerte violenta de una mujer, así como las negligencias, omisiones y obstrucciones en la investigación, basada tanto en una falta de perspectiva de género, como en la discriminación en la investigación de este tipo de hechos, <b>el sistema de justicia debe ser capaz de reparar el daño realizado por parte de las autoridades y de impulsar un cambio cultural</b>” (p. 105).</p>
<p><b>2015-15</b> Amparo Directo en Revisión 3998/2012 Alfredo Gutiérrez 59 páginas</p>	<p>Derecho a ser informado con inmediatez respecto del motivo de la detención con relación a la presunta comisión de un ilícito</p>	<p>Una persona manifiesta que, al ser abordado por dos policías, uno de ellos le arrebató su mochila y aprovecha ese momento para introducir unas pastillas en la misma, presuntamente psicotrópicos, que los policías después atribuyeron a su propiedad, por lo que finalmente fue detenido por la posesión de tales sustancias. En ese sentido, el quejoso aclara que fue retenido por cerca de 6 horas por los policías sin que se le dieran a conocer los motivos ni le hicieron saber sus derechos.</p> <p>La Sala explica que, en una impresión inicial, y bajo una estricta interpretación literal de las fracciones II y III del apartado A del artículo 20 constitucional, se podría haber entendido que no existía disposición expresa del momento específico en el cual se le debía informar al detenido los motivos de su detención y de los derechos que le asistían; sin embargo, el artículo 1º constitucional establece una interpretación sistemática de la manera más amplia y efectiva, por lo que considerando a la Convención Americana, la cual establece que la persona detenida debe ser informada “sin demora” de la razón de la detención, sin importar si la misma se dio o no en una situación de flagrancia, en el caso dicho extremo no se cumplimentó, sin que se haya cuestionado el tiempo aproximado de 6 horas en que el detenido no fue informado de sus circunstancias jurídicas, por lo que se concedió el amparo solicitado.</p>	<p>“...la ausencia de cumplimiento de informar a la persona detenida de los motivos de la detención y de los derechos que le asisten puede impactar directamente en el proceso. En ese sentido, cuando se esté en dicho supuesto, el operador judicial debe de realizar un análisis detallado para determinar si el no haber sido informado de los motivos de la detención y de sus derechos –incluido el de ser asistido por un defensor– <b>tuvo alguna consecuencia en el proceso y si hubo algún evento que vulnerara directamente el derecho de defensa del inculpaado</b>” (p. 56).</p> <p><b>Comentario:</b> Frente a la postura del tribunal colegiado que conoció del asunto, en la que es hasta la declaración ministerial –y no antes– que se debe informar al detenido sobre los motivos de su detención y demás derechos, incluido aquel de contar con un abogado, la Sala opta por la aplicación de un elemento convencional que busca maximizar la oportunidad de ejercer una adecuada defensa, pues de otra forma la detención será considerada como arbitraria e ilegal. No obstante lo anterior, la Sala deja abierta la posibilidad de que el juzgador examine cada caso y valore si, en el contexto dado, se vulneró efectivamente el derecho de defensa.</p>



Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p><b>2016-1</b>  Amparo Directo en Revisión  5267/2014  José Ramón Cossío  32 páginas</p>	<p>Constitucionalidad de la agravante del delito de homicidio en razón del sexo del pasivo</p> <p>Antecedente 2015-2</p>	<p>Con motivo de un accidente de tránsito, una persona provocó lesiones a una mujer que derivaron en su fallecimiento. En el proceso penal correspondiente, se estableció la agravante de feminicidio al procesado, a pesar de que en los hechos no tuvieron lugar las circunstancias específicas para considerar que el homicidio tuvo razones de género.</p> <p>La Sala explicó que la justificación esencial del tipo diferenciado de feminicidio es reconocer las condiciones de desventaja en que se encuentran las mujeres por razones de prejuicios y estereotipos sin vulnerar el derecho de igualdad; en el caso advirtió que en los hechos no se configura algún motivo del activo en producir el resultado desde una óptima de discriminación, por lo que ordenó devolver el asunto al tribunal colegiado que conoció del asunto para efectuar el análisis bajo esta visión.</p>	<p>“(…) Esta Primera Sala estima que la objeción constitucional a la norma enjuiciada no radica — contrariamente a lo razonado por el tribunal federal— en el sujeto activo del delito, sino en la formulación de la agravante únicamente en razón del sexo del sujeto pasivo, <b>omitiendo el elemento finalista, consistente en que la privación de la vida constituya una manifestación de la discriminación</b>, la situación de desigualdad y las relaciones de poder entre hombres y mujeres, esto es, <b>que el homicidio sea perpetrado en razón de género</b>” (p. 28).</p> <p><b>Comentario:</b> Con esta interpretación, se hace relevante para efectos jurídicos el contexto específico de la víctima así como las condiciones en que se desarrolló el delito.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretáica
<p>2016-2 Amparo Directo en Revisión 1619/2015 José Ramón Cossío 61 páginas</p>	<p>Constitucionalidad del procedimiento abreviado en el nuevo sistema acusatorio y oral</p>	<p>Derivado de un procedimiento abreviado en materia penal, el cual fue solicitado y aceptado por las partes involucradas, se condenó al procesado por el delito de violación agravada en contra de una menor de edad. El procesado manifestó que no hubo un juez en la causa, sino varios que otorgaron diversas prórrogas sin estudiar el asunto, y nunca se le explicaron las consecuencias e implicaciones de someterse a un procedimiento abreviado.</p> <p>La Sala explicó que el abreviado es un procedimiento especial que permite la terminación del proceso de manera anticipada, el cual requiere: 1) que el acusado admita el hecho que se le imputa; 2) que consienta su aplicación, y 3) que no exista oposición del Ministerio Público o el ofendido. En el caso, si bien existió “aceptación” del procesado de los hechos, ésta no puede considerarse como una confesión para efectos probatorios; sin embargo, la Sala también considera que en sede de amparo directo sólo pueden verificarse si se tuvieron por actualizados los requisitos señalados para la procedencia del procedimiento abreviado, los cuales en el caso sí tuvieron lugar, y procedió a negar el amparo solicitado.</p>	<p>“...cuando el inculpado admite, ante autoridad judicial, su responsabilidad en la comisión del delito atribuido, (...) no está propiamente confesando su participación en la comisión de los hechos ilícitos que se le atribuyen, sino que acepta ser juzgado a partir de los medios de convicción en que sustentó la acusación el Ministerio Público para dar procedencia al procedimiento abreviado...” (p. 34).</p> <p>“... dado que en un procedimiento especial abreviado no estuvieron a debate, tanto la acreditación del delito como de la responsabilidad del acusado en su comisión, debido a la aceptación del acusado de ser juzgado con base en los medios de convicción que sustentan la acusación, dichos elementos no admiten contradicción en sede judicial; (...) Es por ello que el acusado acepta su participación en la comisión del delito por el que se le acusa, ante el juez de control, a cambio de que a través de un procedimiento que permita la terminación anticipada del proceso se le dicte una sentencia con penas inferiores a las que pudieran imponérsele como resultado de la tramitación del procedimiento ordinario de juicio oral” (p. 51).</p> <p><b>Comentario:</b> La distinción que hace la Sala entre “aceptación” y “confesión” parece artificial, ya que ambas ideas convergen en la noción de reconocer hechos propios. Además, un razonamiento basado en esta supuesta diferencia puede contravenir la naturaleza del procedimiento especial abreviado.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p><b>2016-3</b> Amparo Directo 1/2015 José Ramón Cossío 39 páginas</p>	<p>Diferencias entre acciones colectivas en materia ambiental y juicio de responsabilidad ambiental</p>	<p>Una asociación promovió una acción difusa en contra de la Comisión Federal de Electricidad por actos que contaminan y dañan el medio ambiente, derivado de la operación de una central termoeléctrica que arroja aguas residuales que exceden los límites máximos de temperatura permitidos en las normas legales, sustentando su afirmación en estudios auspiciados por la Comisión Nacional del Agua. En la instancia de apelación, se hizo valer que la asociación no acreditó cumplir los elementos previstos para las acciones de responsabilidad ambiental, por lo que resolvió revocar el acuerdo que tenía por admitida la demanda.</p> <p>La Sala distingue que la acción intentada pertenece a una acción colectiva, por lo que no debe colmar los elementos previstos para la acción de responsabilidad ambiental, por lo que concedió el amparo solicitado.</p>	<p>“No es óbice a la conclusión anterior, el hecho de que la CFE [argumente que] <b>la asociación civil no fue precisa en el derecho que consideró afectado ni en señalar las circunstancias de modo, tiempo y lugar que acreditan el daño ambiental que supuestamente ocasiona las descargas de la central termoeléctrica.</b> (...) la parte actora señaló como derecho difuso afectado el que protege el quinto párrafo del artículo 4º constitucional, que otorga a todos los habitantes del territorio nacional el derecho a disfrutar de un medio ambiente sano. <b>Por lo que respecta a la falta de precisión de la acreditación del daño, esta Primera Sala estima que dicha litis será la que se dirima en las etapas subsecuentes</b> a la admisión de la demanda (...) (p. 36).</p> <p><b>Comentario:</b> Ante esta confusión conceptual que realizó el decisor normativo respecto de la multiplicidad de vías para exigir un medio ambiente sano (que beneficia y conviene a todos) cabe preguntarse si la Sala podría considerar un reencauzamiento en caso de que la actora hubiese errado la acción para este objeto.</p>
<p><b>2016-4</b> Amparo en Revisión 208/2016 Arturo Zaldívar 33 páginas</p>	<p>Derecho de los padres a determinar el nombre de sus hijos (colocar primero apellido materno y después paterno).</p>	<p>Una pareja solicitó registrar a sus menores hijas colocando en primer lugar el apellido materno y en segundo lugar el apellido paterno. Las autoridades registrales se negaron verbalmente, pero atendiendo a la salud de las menores, los padres procedieron al registro en términos ordinarios (primero apellido paterno). Si bien un juez de distrito concedió el amparo a los padres a fin de permitirles realizar esta elección, las autoridades interpusieron el recurso en comento.</p> <p>La Sala confirmó la sentencia recurrida al considerar que no se encuentra justificado el limitar el derecho de los padres a decidir el orden de los apellidos de sus hijos, a partir de prejuicios o medidas que pretenden perpetuar la situación de superioridad del hombre en las relaciones familiares.</p> <p><b>Voto particular:</b> El ministro Pardo considera que esta medida genera incertidumbre jurídica, y expresa su preocupación respecto de los casos en que los padres no logren un consenso.</p>	<p>“...<b>la elección del nombre de un hijo por sus padres es un momento personal y emocional, razón por la cual queda circunscrito en su esfera privada.</b> A nadie más que a ellos importa la forma en que se denominará a sus hijos. En efecto, la elección del nombre de los hijos genera un vínculo especial entre estos y sus padres” (p. 18).</p> <p><b>Comentario:</b> En este caso no se percibe que exista una posibilidad de inseguridad jurídica, ya que la identidad a través del nombre de la persona se crea, para efectos jurídicos, desde un inicio con el acta de nacimiento respectiva, en tanto que en otros casos analizados por la Sala las modificaciones en el nombre sí requieren una anotación en dicho documento.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p><b>2016-5</b> Amparo en Revisión 622/2015 Arturo Zaldívar 31 páginas</p>	<p>Derecho a la lengua indígena, en un contexto de protección a la pluriculturalidad y el acceso a medios de difusión masiva.</p>	<p>Una persona que se ostentó como indígena, poeta, actor y periodista, cuestionó el contenido de la Ley Federal de Telecomunicaciones que entró en vigor el 13 de agosto de 2014 dado que restringe el uso de lenguas indígenas a las concesiones de uso social destinadas a ello, imponiendo la lengua “nacional” – entendida como español – a todas las demás concesiones.</p> <p>La Sala consideró que los derechos lingüísticos amparan el derecho de los pueblos y personas indígenas a fundar o utilizar los medios de comunicación. El ejercicio de dicho derecho debe hacerse en condiciones de no discriminación, y mediante la adopción de medidas por parte del Estado que lleven a asegurar la diversidad cultural en dichos medios, máxime que la pluriculturalidad se logra a través de la integración de las lenguas minoritarias, –en el caso mexicano, las indígenas–, en los espacios nacionales por lo que concedió el amparo solicitado.</p>	<p>“...el respeto por la pluriculturalidad <b>incluye la comprensión del otro como sujeto culturalmente diverso y titular de derechos fundamentales</b>. En esa medida, no puede desconocerse la gran relevancia que tiene la lengua “en la materialización de la diversidad étnica y cultural, <b>pues la lengua es uno de los vehículos de construcción cultural que permite justamente romper con el paradigma de la homogenización cultural</b>, señalando una multiplicidad de formas de entender, pensar, sentir y hablar el mundo” (p. 15).</p> <p><b>“Debe distinguirse entre el concepto de idioma oficial y el de lengua nacional</b>. El primero, se refiere al idioma en el que normalmente se emiten las comunicaciones del Estado. <b>La lengua nacional en cambio, denota el idioma en el que un país sustenta su identidad y raíz cultural</b>. Así, aun cuando algunos trámites ante el Estado se realicen en español, éste no constituye el único idioma de la Nación” (p. 28).</p> <p><b>Comentario:</b> La Sala no resulta indiferente ante la pluriculturalidad de México, y esta resolución es un paso hacia su protección y difusión, así como el reflejo del ideal de otredad.</p>
<p><b>2016-6</b> Amparo en Revisión 706/2015 Arturo Zaldívar 74 páginas</p>	<p>Medidas de reparación de violaciones a derechos humanos en el amparo</p>	<p>A una pareja homosexual le fue negado el acceso a la institución del matrimonio, tomando como premisa la definición de ésta en la normatividad que la circunscribe a “un hombre y una mujer” además de que su finalidad reproductiva también vulnera el libre desarrollo de la personalidad. Aunado a lo anterior, también demandaron medidas de reparación, tanto económicas como extrapatrimoniales. A pesar de que el juez de distrito concedió el amparo solicitado, no se pronunció respecto de tales medidas, por lo que interpusieron el recurso en comento.</p> <p>La Sala declaró infundadas sus pretensiones pues con la desaplicación de las normas impugnadas se consigue restituir a las quejas en el goce del derecho violado, y constituye en sí misma una medida de satisfacción, que no resulta compatible con alguna otra medida de compensación como las solicitadas.</p>	<p>“...cabe señalar que esta Suprema Corte ha emitido jurisprudencia firme en la cual se ha declarado inconstitucional el régimen legal que impide a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio (...) Así, debe entenderse este criterio vinculante <b>como una medida de no repetición, la cual, además de la difusión oficial, ha sido objeto de gran cobertura mediática</b>” (p. 72).</p> <p><b>Comentario:</b> La Sala explica que, en lo individual, la sola sentencia de amparo constituye una medida de reparación y satisfacción; en el aspecto mediático y de difusión de su decisión deberá reflexionarse si dicha medida puede contribuir directamente a modificar textos legales en el tema, ya que el decisor normativo no se encuentra vinculado a la jurisprudencia emitida.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p>2016-7 Amparo Directo en Revisión 3799/2014 Jorge Mario Pardo 75 páginas</p>	<p>Interés superior de la infancia, restricciones en caso de actos de violencia contra menores</p>	<p>Una persona demandó la declaración sobre la existencia de actos de violencia familiar cometidos por su ex pareja en contra de la integridad física y psicológica de sus menores hijos, así como el establecimiento de medidas de seguridad para su protección, pues en su concepto durante el desarrollo del régimen de visitas, derivado del divorcio acontecido años atrás, tiene lugar actos de violencia familiar.</p> <p>La Sala advirtió, de las declaraciones efectuadas por los menores, que expresamente manifestaron el deseo de seguir conviviendo con su padre, el cual debe ser atendido, pues los Estados tienen el deber de dar por supuesto que el niño tiene la capacidad suficiente para formarse sus propias opiniones y expresarlas, en tanto que el niño es capaz de formarse sus propias opiniones y expresarlas desde muy temprana edad. En ese sentido, negó el amparo y confirmó la sentencia recurrida, a fin de que las visitas tengan lugar bajo supervisión.</p>	<p>“...<b>al restringir la convivencia entre los menores y su progenitor</b>, a fin de que dicha convivencia se realice en el Centro de Convivencia Familiar Supervisada del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el juzgador <b>no sólo busca facilitar la convivencia entre los menores y su padre, sino que además busca proteger a dichos menores</b> contra toda forma de perjuicio o maltrato por parte de su progenitor (...) ya que dentro de su interior se garantiza la integridad física, psicológica y moral de los menores...” (p. 70).</p> <p><b>Comentario:</b> La Sala busca equilibrar tanto el derecho del padre a convivir con sus hijos como los deseos de éstos de pasar tiempo con su progenitor, en un ambiente en el que puedan analizarse de forma objetiva la posibilidad real de daño para los menores.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p><b>2016-8</b> Amparo Directo en Revisión 6564/2015 Jorge Mario Pardo 88 páginas</p>	<p>Tortura, en casos de que no exista autoincriminación es improcedente reponer el procedimiento.</p>	<p>Un procesado por delitos contra la salud y posesión de armas de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas Nacionales, adujo que en los momentos posteriores a su detención sufrió tortura por parte de las autoridades que lo interrogaron, sin ponerlo a disposición de la autoridad investigadora inmediatamente.</p> <p>La Sala advirtió que no se dio tratamiento a la denuncia de tortura; sin embargo, la violación al derecho fundamental a no ser objeto de tortura, impacta única y exclusivamente sobre la confesión que en su caso hubiera rendido el procesado, por tanto, cuando no existe el reconocimiento de los hechos que se le imputan por negativa o abstención, a ningún sentido práctico conduce ordenar la reposición del procedimiento para que se investigue la correspondiente denuncia de tortura, al no tener consecuencias procesales, precisamente, por no haber confesión que excluir; así, negó el amparo solicitado.</p> <p><b>Voto particular:</b> Comenzando con un par de citas literarias, entre las que destaca un fragmento de la obra “Pedro y el Capitán” de Mario Benedetti, el ministro Gutiérrez expresa su preocupación en el sentido de que limitar los efectos de la tortura por falta de autoincriminación no sólo contraviene el parámetro de regularidad constitucional desarrollado por la SCJN sino que implica incumplir con la obligación constitucional de investigar la tortura como violación de derechos humanos.</p>	<p>“...esta Primera Sala llega a la convicción de que <b>en determinados casos concretos, como el que ahora nos ocupa</b>, no existe necesidad de ordenar la reposición del procedimiento, ante la noticia de tortura (...) a fin de que se determine si existió tal violación, así como el posible impacto en el proceso seguido en su contra, pues ello <b>podrá actualizarse únicamente si</b> (...) existieran declaraciones, confesiones o alguna otra clase de <b>información autoincriminatoria, porque sólo de esa forma tendrá trascendencia en el proceso...</b>” (p. 75).</p> <p><b>Comentario:</b> No obstante que se deja abierta la posibilidad a explorar cada contexto, el voto particular representa un llamado a la necesidad de continuar perfeccionando el criterio alcanzado, pues parece que en tanto la tortura no genere un efecto trascendente que implique la reposición del proceso, ésta puede convalidarse, aminorando o pasando por desapercibidas las particularidades atroces que rodean los casos de tortura.</p>
<p><b>2016-9</b> Amparo Directo en Revisión 5456/2014 Jorge Mario Pardo 35 páginas</p>	<p>Derecho a la vivienda digna y decorosa</p> <p>Antecedentes 2014-9 y 2015-10.</p>	<p>Una persona que refiere haber ocupado de buena fe un inmueble por 15 años, fue desposeída del mismo por una persona moral que en juicio acreditó con una documental pública haber adquirido el inmueble cinco años atrás del inicio del juicio respectivo.</p> <p>La Sala explicó que el derecho humano a una vivienda digna y decorosa tiene la finalidad de que el Estado propicie la toma de las medidas que permitan a las personas acceder a una vivienda con los requisitos esenciales también establecidos a través de pactos internacionales, pero no puede hacerse valer como una defensa procesal o para evidenciar inconstitucionalidad de una determinación judicial al resolver un juicio en el que se discuta la posesión de un inmueble, motivo por el cual negó el amparo.</p>	<p>“...la realización de su derecho a la vivienda no se traduce necesariamente en la inviolabilidad de su derecho de posesión, sino en la provisión de una vivienda digna y decorosa, como parte del derecho a la protección familiar. (p. 33).</p> <p><b>Comentario:</b> La Sala advierte que en el caso la controversia no versa sobre el contenido del derecho a la vivienda digna y decorosa en sí, sino sobre una acción real sobre el inmueble, cuya naturaleza es diversa.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p><b>2016-10</b> Amparo Directo en Revisión 5121/2014 Alfredo Gutiérrez 60 páginas</p>	<p>Derecho humano de notificación, contacto y asistencia consular (extranjero naturalizado mexicano)</p> <p>Antecedentes 2013-2 y 2014-14.</p>	<p>Una persona de origen extranjero, naturalizado mexicano, adujo que en proceso penal instaurado en su contra, por el delito de homicidio, no le fue facilitada la asistencia consular durante la fase de averiguación previa.</p> <p>La mayoría explicó que si bien es cierto durante la tramitación del proceso el quejoso fue asistido consularmente, durante la averiguación previa si tuvo lugar dicha violación, puesto que el Ministerio Público consideró innecesaria esa intervención al validar la nacionalidad mexicana del quejoso como naturalizado. Con base en esta premisa, concedió el amparo solicitado, en el sentido de devolver el asunto al tribunal colegiado que conoció del asunto y determine la invalidez de las actuaciones en la que el quejoso no contó con asistencia consular.</p> <p><b>Voto particular:</b> El ministro Pardo considera que en el caso la nacionalidad adquirida por naturalización no crea una doble nacionalidad, sino una sola: la mexicana, en términos de la normatividad aplicable.</p>	<p>“tal como se destacó en el Amparo Directo en Revisión 496/2014, (...) si bien se ha expresado que el derecho a la asistencia consular de una persona que manifieste ser extranjera, además sea mexicana, es un derecho humano que debe ser reconocido siempre, (...) <b>lo que sí puede variar en cada caso concreto con una persona con doble o múltiple nacionalidad, siendo una de ellas la mexicana –a diferencia de aquéllas que no cuentan con esta última nacionalidad– son los efectos específicos en caso de que dicho derecho no haya sido reconocido</b>, de manera acorde con las circunstancias del caso relacionadas con su defensa” (p. 39).</p> <p><b>Comentario:</b> No se comparte la decisión de la mayoría, pues aunque sí tiene presente la relevancia del contexto, parece no entrar a su análisis particular, pues en el caso un dato relevante que no se atiende es la fecha desde la cual el quejoso fue naturalizado.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p><b>2016-11</b> Amparo Directo en Revisión 3048/2014 Alfredo Gutiérrez 81 páginas</p>	<p>Derecho a interrogar testigos en el proceso penal</p>	<p>Un agente federal de investigaciones fue sentenciado bajo la comisión del delito de secuestro, pese a que manifestó que actuó bajo una excluyente de responsabilidad, consistente en la orden de un superior jerárquico. También adujo que en el caso no tuvo la oportunidad de carearse con el ofendido (que de hecho constituyó el único testigo) pues según la autoridad investigadora era suficiente con su declaración rendida ante ella, además de que no fue posible su localización.</p> <p>La Sala explicó que el respeto al derecho a interrogar testigos en el proceso tiene una razón de existir muy clara: permite al inculpado cuestionar la veracidad de la acusación que pesa en su contra ante la misma persona que la hace y de cara al juez, por lo que si la acusación depende de un testimonio rendido por alguien que no comparece ante el juez, incluso en el supuesto de que se hayan agotado todos los medios para obtener su comparecencia (que en el caso no ocurrieron), la presunción de inocencia debe quedar firme, permitiendo definir a los juzgadores de legalidad determinar en qué casos la acusación depende de esa comparecencia. En el caso, concedió el Amparo a fin de que el tribunal colegiado analizara esta circunstancia.</p>	<p>“...el Ministerio Público tiene que probar fehacientemente que ha intentado cumplir con esta obligación a su cargo; <b>tiene que probar que ha realizado un esfuerzo de buena fe para lograr tal comparecencia, ya que —por el principio de presunción de inocencia— la falla en la localización del testigo, juega en su perjuicio.</b> (p. 61).</p> <p><b>Comentario:</b> En el caso el criterio cobra mayor relevancia dado que el único testigo lo fue el ofendido, por lo que ante las inconsistencias de su declaración, pese a que haya sido rendida ante el Ministerio Público, pierde fuerza probatoria, máxime que como también lo explica la Sala, las actuaciones y pruebas recabadas por parte del órgano investigador pueden ser cuestionadas y ser objeto de debate en el juicio, lo cual garantiza el debido proceso como tal.</p>
<p><b>2016-12</b> Amparo Directo en Revisión 777/2016 Alfredo Gutiérrez 23 páginas</p>	<p>Las tasas de interés de las instituciones bancarias gozan de la presunción de no ser usurarias</p>	<p>Derivado de la ejecución de una acción hipotecaria por parte de un banco, el deudor sostuvo que los intereses cobrados fueron “usureros”; esto es, excesivos.</p> <p>La Sala en un análisis de fondo se percató de que la revisión en cuestión no cumple con los requisitos de procedencia correspondientes, máxime que el tribunal colegiado resolvió el asunto tomando en consideración las jurisprudencias emitidas por la propia Corte, por lo que desechó la revisión.</p>	<p>“...el Banco de México tiene el deber de vigilar que los créditos que ofrecen las instituciones bancarias al público en general <b>se otorguen en condiciones accesibles y razonables</b>, de ahí que las tasas de interés ofrecidas por las instituciones bancarias <b>gozan de una presunción de no ser excesivas, salvo prueba en contrario, en tanto que al estar reguladas están protegidas por motivos de interés público y estabilidad económica nacional</b>” (p. 16).</p> <p><b>Comentario:</b> Con este criterio puede inferirse que el principio de presunción de legalidad de los actos de autoridad puede matizarse hacia la actuación de particulares que se encuentre sujeta a la supervisión y regulación de una entidad estatal.</p>



Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretaica
<p>2016-13 Amparo en Revisión 750/2015 Norma Lucía Piña 123 páginas</p>	<p>Autonomía universitaria con relación al principio de progresividad, respecto a la gratuidad de la educación impartida por el Estado</p>	<p>Derivado de un decreto estatal en el que se indicó que la gratuidad de la educación impartida por el Estado de Michoacán implicaría el pago de inscripción en las instituciones públicas de media superior y superior hasta el grado de licenciatura, ese Estado firmó un convenio con la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo para cubrir ese gasto. A pesar de que al año siguiente (2012) el convenio no fue renovado, la Universidad mantuvo el esquema de subsidio. Para 2014, este esquema finalizó, por lo que reinició el cobro de cuotas de inscripción, dadas las dificultades financieras por las que atravesaba la Universidad. Con base en lo anterior, un estudiante solicitó el amparo con el objeto de no pagar tales cuotas, mismo que le fue concedido. Las autoridades universitarias interpusieron el recurso en comento, haciendo valer en esencia que con base en su autonomía la Universidad cumple con su finalidad de brindar educación superior de calidad e implica la posibilidad de administrar libremente su patrimonio y allegarse de recursos, incluso mediante el cobro de cuotas de inscripción.</p> <p>La Sala explicó que la autonomía universitaria es una garantía institucional que protege la libertad de enseñanza, propia de la finalidad de la educación superior, e implica las facultades de autonormación, autogobierno, y libre administración del patrimonio; sin embargo, no puede invocarse para frustrar o restringir algún aspecto del derecho que está llamada a servir, como la gratuidad de la educación superior. En el caso los actos impugnados constituyen medidas regresivas, pues son contrarios a la gratuidad de la educación reconocida en la Constitución del Estado de Michoacán y aplicada previamente a favor del estudiante, por lo que confirmó la sentencia recurrida.</p>	<p>“esta Primera Sala estima que <b>las autoridades recurrentes no justificaron las medidas regresivas reclamadas, porque se limitaron a afirmar que carecían de recursos</b>, como se desprendía del acta de la sesión del Consejo Universitario mencionada en los antecedentes de esta resolución. <b>Sin embargo, no aportaron prueba alguna que demostrara suficientemente la ausencia de recursos, que aplicaron todos los disponibles, que realizaron todos los esfuerzos razonables para obtenerlos, y/o</b> que los emplearon para garantizar otro derecho fundamental de mayor importancia relativa, dadas las circunstancias” (p. 119).</p> <p><b>Comentario:</b> Con esta consideración la Sala también reconoce que, en algún momento, el cobro de cuotas podría justificarse siendo congruente con la perspectiva de que ningún derecho humano es absoluto, máxime que allegándose de las pruebas idóneas, las instituciones educativas podrían sugerir que el cobro de cuotas asegura la viabilidad del centro educativo como tal, y ante la falta de éstas podrían incluso desaparecer, lo que agravaría en mayor medida a la comunidad estudiantil.</p>

Expediente, ponente y extensión	Temática general	Hechos y argumentos principales	Consideraciones con relación a una perspectiva aretáica
<p><b>2016-14</b> Amparo Directo en Revisión 2162/2014 Norma Lucía Piña 55 páginas</p>	<p>Consentimiento informado en el derecho a la salud, en la relación entre un médico y su paciente.</p>	<p>Una pareja y su menor hijo, originarios de Michoacán, se trasladaron a la Ciudad de México con el objeto de mejorar las expectativas de atención médica al menor, quien fue intervenido quirúrgicamente en tres ocasiones; en tales intervalos los padres aducen que no contaron con información clara sobre los procedimientos médicos practicados, por lo que consideraron que existió una inadecuada atención médica.</p> <p>La Sala explicó que el derecho protege a la víctima cuando el daño ha sido consecuencia de una conducta ajena antijurídica y culpable (ilícito) o del aprovechamiento de un objeto peligroso, por lo que la doctrina del daño apunta a la necesidad de que exista un vínculo de causalidad entre el hecho y el daño, y que éste sea consecuencia inmediata y directa del hecho. En el caso, aunque existió un consentimiento informado deficiente, éste no puede por sí mismo dar lugar al daño moral, si del acto médico en su conjunto no se acreditó daño alguno al paciente, por lo que negó el amparo solicitado.</p>	<p>“...<b>el médico no garantiza la curación del enfermo</b>, pero sí el empleo de las técnicas adecuadas conforme al estado actual de la ciencia médica y de las circunstancias concurrentes en cada caso; en consecuencia, <b>el médico cumple con su obligación cuando desarrolla o despliega el conjunto de curas y atenciones en la fase diagnóstica, terapéutica y recuperatoria, que son exigibles a un profesional o especialista normal</b>, lo que, a consideración del órgano colegiado, en el caso quedó acreditado” (p. 51).</p> <p><b>Comentario:</b> La Sala enfatiza que pueden tener lugar casos en los que el deficiente consentimiento informado pueda afectar la atención médica, si bien en el asunto examinado dicha circunstancia no se perfeccionó.</p>
<p><b>2016-15</b> Amparo Directo en Revisión 1594/2016 Norma Lucía Piña 44 páginas</p>	<p>Inconstitucionalidad de las obligaciones diferenciadas en razón del género</p>	<p>Derivado de la disolución de un vínculo matrimonial, a un padre se le condenó a suministrar alimentos a sus hijas hasta el momento en que contraigan matrimonio, lo cual consideró ilegal al prever la posibilidad de que dicha condición pueda no tener lugar.</p> <p>La Sala identificó los estereotipos consagrados en la normatividad: la mujer tiene derecho a alimentos hasta en tanto no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente; así, a partir de un estereotipo de inferioridad y subordinación limita el papel de la mujer a contraer matrimonio a partir de la consideración de que no puede subsistir por sí misma y, además, sujeta el ejercicio del derecho a la condición de honorabilidad en el modo de vida. Bajo estas premisas, concedió el amparo con el fin de que valoren nuevamente las condiciones del caso y se ajuste el monto de pensión correspondiente, tomando en consideración la inaplicación de los preceptos aludidos.</p>	<p>“...la norma que se analiza, al establecer una diferenciación en el ejercicio de este derecho basada en estereotipos de género (...) imposibilita al juzgador para que, a la luz del principio de igualdad, <b>tome en cuenta las circunstancias particulares de cada caso y determine así pensiones justas y razonables</b>” (p. 41).</p> <p>“esta Sala se ha pronunciado en el sentido de que la obligación de otorgar una pensión compensatoria no puede depender de la culpabilidad de los cónyuges en la ruptura del vínculo matrimonial; (...) <b>no se configura como una sanción civil, [pues tiene por objeto] evitar un desequilibrio económico post-marital</b>, la obligación se actualiza independientemente de que el cónyuge sea culpable o inocente” (p. 42).</p> <p><b>Comentario:</b> La Sala hace hincapié en la necesidad de valorar el contexto particular de cada caso para establecer las condiciones y montos de las pensiones respectivas.</p>

De acuerdo con el análisis efectuado, se obtienen las siguientes conclusiones:

- ✓ Se ha reducido considerablemente el número de páginas en cada sentencia: si bien la nota de opinión a la que se hizo referencia en el apartado de “*Extensión*” hace referencia a más de 200 páginas como un indicador común, podemos advertir que el promedio simple de las 64 sentencias que fueron comentadas es de 69.17 páginas<sup>197</sup>, lo cual representa una reducción de un 65% de extensión (tomando como indicador anterior 200 páginas<sup>198</sup>). Este cambio puede obedecer también a un interés en utilizar lenguaje más accesible a la ciudadanía para la lectura de textos judiciales, a través del abandono de prácticas y prejuicios en las que un proyecto de resolución extenso representa un mejor análisis del caso, sino que, una vez más, la longitud deberá estar en sentido de la problemática planteada<sup>199</sup>. Además, podrían agregarse las sugerencias siguientes:
  - Las cuestiones estrictamente procesales y técnicas, como las contenidas en los apartados de oportunidad, legitimación y procedencia de los recursos podría revisarse mediante auto del ponente, a fin de contribuir a la reducción de la extensión de los fallos, y
  - Puede uniformarse el estilo de las sentencias para evitar la transcripción de jurisprudencias y tesis aisladas citadas o aludidas, limitándose a transcribir el rubro y datos de localización en pies de página.

---

<sup>197</sup> La suma simple resultó en 4,427.  $4,427/64=69.17$ .

<sup>198</sup> Aun cuando se tomara en consideración la mitad del indicador propuesto (100 páginas), tendríamos una reducción aproximada del 30%, lo cual también resultaría altamente loable.

<sup>199</sup> Se refirma lo anterior al considerar que otro de los rasgos de virtud que podemos encontrar en el ámbito judicial es el de claridad, de modo que logre la comprensión de la problemáticas planteada y la manera en que se resolvió: “*La meta es que un lector pueda entender un documento escrito en lenguaje claro la primera vez que lo lee*” Vid. <http://plainlanguagenetwork.org/plain-language/que-es-el-lenguaje-claro/>

- ✓ El lenguaje y estilo de redacción en las sentencias, si bien es comprensible que pueda variar dependiendo de la formación de cada secretario y sus preferencias personales, debe mesurar el uso de tecnicismos y términos que dificulten la lectura de las resoluciones, en aras de brindar una mayor claridad a los textos. Por ejemplo, en la sentencia 2013-2, en su página 8, el amparo directo es referido como “*proceso constitucional autónomo de amparo en la vía directa*”, una expresión que muy lejos de incentivar la comprensión del tema que se resuelve, representa un intento de ostentación académica o lingüística que no debe tener cabida en una perspectiva de constante democratización de la decisión judicial, pues de lo contrario impide la formación de un vínculo entre la ciudadanía y el decisor judicial, o en su caso, lo debilita, lo que contribuye a erosionar la confianza en tales decisores.
- ✓ En algunos casos podría considerarse el uso de un glosario o sección de abreviaturas con el cual se identifiquen siglas de términos recurrentemente usados o términos fijos para identificar a las partes y reducir la posibilidad de confusión: así, se prevé que con el término “actor” o “actora” se haga referencia en toda la sentencia a esa parte<sup>200</sup>, en tanto que en los fallos revisados es común llamarla de diversas maneras para evitar repeticiones (la demandante, la impetrante, la accionante, el peticionario de amparo, la amparista, la recurrente, la quejosa); práctica que puede inducir a confusión entre los lectores.
- ✓ En diversas sentencias, se advirtió como metodología la formulación de preguntas relacionadas con los contenidos de la controversia planteada; este método dialectico permite facilitar la identificación de las problemáticas concretas que son objeto de análisis y resolución. Con base en estas preguntas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación o concretamente la Primera Sala

---

<sup>200</sup> Muestran esta práctica (por citar algunos ejemplos) las sentencias identificadas con las claves SUP-JDC-1028/2017, SUP-JDC- 1107/2017 y SUP-JDC-840/2017, de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.  
(consultables en [http://www.te.gob.mx/Informacion\\_judiccial/sesion\\_publica/ejecutoria/sentencias.asp](http://www.te.gob.mx/Informacion_judiccial/sesion_publica/ejecutoria/sentencias.asp))

podría emitir publicaciones o boletines de prensa dirigidos a un público no especializado con la finalidad de lograr un mayor involucramiento y acercamiento con la sociedad, reduciendo así brechas respecto a cultura jurídica.

- ✓ Se percibe en varios casos la preocupación del ministro ponente para transmitir la necesidad de impulsar un cambio cultural en temas controvertidos. En el caso de las sentencias 2015-13 y 2015-14 encontramos el texto siguiente:

*“...el sistema de justicia debe ser capaz de reparar el daño realizado por parte de las autoridades y de impulsar un cambio cultural”.*

Si bien ese cambio cultural no puede lograrse únicamente a través de la emisión de una sentencia, ésta puede representar un punto de partida, como mensaje justificado a la sociedad en la que se han explicado las razones por las cuales la moral imperante (reflejada primordialmente a través del decisor normativo) es cuestionable al contravenir derechos humanos, cuya protección resulta del interés común en un esquema de imparcialidad, solidaridad y otredad, cuyos elementos resultan fundamentales para consolidar un Estado democrático de Derecho.

- ✓ Se identificaron ejemplos (uso lúdico de marihuana: 2015-9 y divorcio incausado: 2015-7) que desarrollaron la idea del *libre desarrollo de la personalidad*, la cual abona en beneficio del paradigma de imparcialidad dentro de una ética liberal en la que el aspecto de la tolerancia cobra mayor relevancia; un principio bajo el cual la autodeterminación del individuo se torna el eje de interpretación de los derechos humanos y sus alcances pero logrando un equilibrio respecto a una eventual lesión a los derechos de terceros<sup>201</sup>. En este

---

<sup>201</sup> En el caso particular del uso lúdico de la marihuana (2015-9) el ponente cita las obras de Carlos Nino, Ernesto Garzón y Robert Alexy, entre otros juristas, y dada la complejidad del tema abordado, enriquece sus conclusiones con bibliografía especializada en la materia, lo cual implica un análisis interdisciplinario que en la mayoría de los casos no ocurre.

punto debe resaltarse que esta libertad implica la posibilidad de todo individuo a elegir en forma autónoma su proyecto de vida, lo cual se traduce en permitirle a cada persona vivir de acuerdo con su ideario particular, sin limitar sus posibilidades de expresión y convivencia en tanto no se vulneren los derechos de terceros. Sobre la forma en que los ciudadanos y decisores pueden identificar estas fronteras habremos de pronunciarnos en el siguiente capítulo, pues aunque se adelanta que no pueden ofrecerse lineamientos sumamente concretos –a manera de texto normativo– sí es posible establecer pautas que, bajo un carácter orientador, podrían facilitar su identificación sin que se pierda de vista que un *modelo único de virtud* no es factible, y que la virtud radica precisamente en la posibilidad de discernir adecuadamente conforme a cada situación qué curso de acción seguir. La sentencia 2015-9 lo expresa así:

*“La Constitución no impone un ideal de excelencia humana, permite que cada individuo elija su propio plan de vida y adopte el modelo de virtud personal que considere válido, en tanto no afecte a los demás... ni de la ley que ahora se analiza, ni de los procesos legislativos que la han reformado, se desprende la intención del legislador de promover un determinado modelo de virtud personal. Como se ha explicado, la ley pretende proteger la salud y el orden público”.*

Con esta reflexión se pretende hacer notar que los decisores normativos, por sus características a las que hemos hecho referencia, se encuentran limitados a través de sus textos normativos a posiciones estáticas que buscan prolongarse indefinidamente y adecuarse a múltiples supuestos. Este fallo remarca el carácter *impersonal* y *general* de sus decisiones: no pueden dirigirse a ningún ciudadano en particular, y dentro del ámbito de su respectiva competencia se encuentra sujeta a la protección o promoción de fines que no pueden reducirse hasta el ámbito particularista, lo cual incluye al texto constitucional. Así, cuando se afirma que *“no se impone un ideal de excelencia humana”* implica que el

sistema normativo no establece cánones rígidos de comportamiento en la esfera más íntima del ser humano; se limita a regular las acciones más relevantes o proscribire las más lesivas en sus cuerpos normativos, dejando de lado aquellas que pertenezcan plenamente a la libre configuración de cada persona en el ejercicio de su libertad, ya que en caso contrario, si se llegara al extremo de plantear a rango normativo determinados caracteres que incidan en esa esfera prístina electiva, la dignidad humana quedaría trastocada y cada persona sería cosificada, lo cual también negaría el carácter dinámico, complejo y evolutivo de las relaciones humanas.

- ✓ En el caso 2016-8, mismo que aborda el tema de la tortura, el ministro Alfredo Gutiérrez comienza su voto particular con un par de citas literarias; este es un aspecto que escapa a lo estrictamente jurídico pero que enriquece su postura y logra un mejor acercamiento del lector a la postura que sostiene: al encontrarse como notas introductorias, permiten ubicar al lector en contextos específicos, y su efecto resulta mucho más poderoso si se conocen las obras de las cuales fueron extraídas. En el caso, haremos referencia a la cita de *Pedro y el capitán*:

*“Te golpearon un poco, parece. Y no hablaste, claro (...) Siempre pasa eso en la primera sesión. Incluso es bueno que la gente no hable de entrada. Yo tampoco hablaría en la primera. Después de todo no es tan difícil aguantar unas trompadas y ayuda a que no se sienta bien. ¿Verdad que te sentís bien por no haber hablado?”<sup>202</sup>*

En esta obra dramática de Mario Benedetti, “Pedro” –una persona que ha sido capturada y que es torturada para que proporcione información– y “Capitán” –su interrogador– es valorada tanto por el estilo literario en el que poco a poco de manera paradójica los papeles se invierten, así como por la capacidad de poder reconocer que Pedro y Capitán se encuentran en nuestro día a día, pues a pesar

---

<sup>202</sup> BENEDETTI, Mario, *Pedro y el Capitán*, 22ª reimpresión, México, Nueva Imagen, 1999, p. 12.

de que la primera edición de la obra data de 1979 y no especifica en qué lugar se desarrollan los hechos, su lectura puede amoldarse a cualquier régimen hispanoamericano contemporáneo sin complicaciones.

Esta clase de recursos resultan valiosos porque rompen el esquema “clásico” o tradicional de los textos jurídicos y representan pasos importantes hacia una re-humanización del Derecho, en el que puedan tener cabida con holgura manifestaciones no sólo de otras disciplinas, sino también artísticas como lo es el caso de las obras literarias. En caso de que el lector conozca la referencia, se facilita la construcción del contexto en que se desarrolla la problemática, al contar con un elemento adicional para comprender su naturaleza.

Y es que, aun cuando el lector desconozca la referencia utilizada, esta ruptura del esquema tradicional –rígido– puede contribuir a una reconstrucción imaginaria de los hechos descritos, misma que puede potenciarse de acuerdo con la experiencia y conocimientos previos del lector, lo que promueve alcanzar ese entendimiento, aún momentáneo, de la perspectiva del otro, dando así un paso hacia la justicia.

- ✓ En el caso “Ricardo Adair” (sentencia 2013-4), relativo a los límites que deben apreciarse en los casos de interdicción, la Primera Sala incluyó un formato de “lectura fácil” para el justiciable. Para pronta referencia, su contenido es el siguiente:

“...

1. *Al analizar tu caso la Corte decidió que tú, Ricardo Adair, tienes razón.*
2. *En poco tiempo un juez te llamará para pedirte tu opinión sobre tu discapacidad.*



3. *El juez platicará varias veces contigo sobre qué actividades te gusta hacer, qué es lo que no te gusta hacer, cuáles son tus pasatiempos y cosas así.*
4. *Cuando platiques con el juez, te va a explicar por qué te llamó y hablará contigo de forma amigable.*
5. *Si tú así lo quieres, un familiar tuyo o algún amigo te puede acompañar cuando vayas con el juez.*
6. *Además, el juez platicará de tu caso con tus papás, con médicos y con otras personas como maestros y abogados.*
7. *Después de que el juez platique con todos ustedes, decidirá qué cosas puedes hacer solo y en qué cosas vas a necesitar que alguien te ayude.*
8. *En todas las decisiones que se tomen sobre ti, tendrán que preguntarte qué es lo que opinas. Tu opinión será lo más importante cuando decidan cosas sobre ti mismo.*
9. *El juez decidirá qué personas, como alguno de tus familiares, te ayudarán cuando vayas a tomar una decisión sobre ti mismo o tus pertenencias.*
10. *Cuando tú consideres que algunas de las cosas que dijo el juez que tenías que hacer con ayuda, ahora las puedes hacer tú sólo, puedes ir con el juez y decírselo”.*

Es conveniente recordar que los 10 párrafos anteriores se encuentran dirigidos a un joven con una edad cronológica de 23 años de edad, pero que fue diagnosticado con síndrome de Asperger y se le calculó un nivel de madurez correspondiente de 6.6 a 6.11 años. Esta inclusión podría ampliarse hacia asuntos en los que estén involucrados menores, a fin de robustecer la democratización judicial y promover la cultura jurídica desde temprana edad, lo cual también da clara muestra de un esfuerzo de inclusión acorde con el sentido de la sentencia.

- ✓ Respecto a los asuntos con temas relacionados, se observa una tendencia progresista de protección a los derechos humanos, pues se trata de casos que impactan un núcleo de contenido ético cuyo retroceso resultaría inadmisibles no sólo en atención al principio de progresividad, sino a la finalidad última de los ordenamientos implicados, en equilibrio con el contexto de las problemáticas planteadas las cuales no pueden dejarse de lado para lograr una decisión razonable:

Tema	Asuntos relacionados	Elementos destacables de la resolución	Normatividad aplicable	Esencia de la normatividad
<b>Divorcio incausado</b>	2015-1	Con la expresión de no continuar con el matrimonio se protege el libre desarrollo a la personalidad	Civil - Familiar	Solidaridad entre miembros de la familia como núcleo de la sociedad / libre desarrollo de la personalidad
	2015-7	Contradicción de tesis resuelta a favor de evitar la acreditación de causales de divorcio		
<b>Tipo penal de feminicidio</b>	2015-2	Justificación del trato diferenciado del tipo penal en función de la desventaja social arraigada en que se encuentra la mujer	Penal	Materialización de la perspectiva de género
	2016-1	El feminicidio no se configura de forma simplista siempre que la víctima sea mujer (homicidio por accidente de tránsito)		
<b>Características de una vivienda digna</b>	2014-9	Las características previstas en la Constitución para la vivienda no se limitan para aquellas de carácter popular	Civil - Administrativo	Estándares mínimos que hacen aceptable una vivienda para uso humano como habitación
	2015-10	La vivienda digna y decorosa requiere de acceso a servicios públicos, entre los que se encuentran el de seguridad pública		
	2016-9	El derecho a la vivienda digna no tiene injerencia en una contienda que cuestiona la titularidad de la propiedad de un inmueble		
<b>Asistencia consular en materia penal</b>	2013-2	La falta de una debida asistencia consular deriva en la reposición del procedimiento, sin que implique un "efecto corruptor"	Penal	Debido proceso / presunción de inocencia
	2014-14	En caso de doble nacionalidad, en la que se encuentre la mexicana, debe valorarse la necesidad real de asistencia consular		
	2016-10	La calidad de naturalizado de un mexicano no hace nugatorio el derecho a la asistencia consular		

A las conclusiones anteriores sólo restaría agregar, que de forma cercana a la reflexión anotada en el primer capítulo, relativa a que la moralidad implica un esfuerzo, es necesario reconocer que el trabajo desplegado por los decisores judiciales en las sentencias descritas, en particular en los últimos casos comentados, resultan loables para la perspectiva aretaica ya que incluyen un hacer *adicional* a la actividad ordinaria. Esto representa, en buena medida, el ideal del juez que requieren los estados democráticos modernos.

Lo anterior se magnifica al verificar la difícil situación actual de las instituciones estatales –no sólo la judicial– en materias de eficiencia y legitimidad, pero cuyo mantenimiento, evolución y protección representan el mejor garante de la ciudadanía para permitirnos preservar en nuestro beneficio las notas distintivas de pluralidad y liberalidad, inmanentes a la sociedad democrática contemporánea, las cuales requieren protección frente a los diversos riesgos que amenazan continuar erosionándolas<sup>203</sup>; labor en la que estamos convencidos que los decisores judiciales mantienen un peso y batuta fundamentales para apuntalar posiciones y continuar avanzando en la dirección adecuada, como se revisa en el siguiente capítulo.

---

<sup>203</sup> La degeneración de las instituciones en un contexto democrático sólo conlleva a su violenta desaparición, con la consiguiente imposición de regímenes totalitarios en los que los valores fundamentales humanos de libertad y dignidad suelen ser negados sistemáticamente, en perjuicio de la mayoría de la población. Respecto a esta reflexión se toma como ejemplo Grecia: “*La muerte de la democracia griega fue violenta y natural a un tiempo, provocada por la degeneración de las instituciones y por la incapacidad de la ciudad-Estado de Atenas para resolver los problemas de gobierno*”. Vid. CISNEROS, Isidro (2000, p. 35 y ss.).

## Capítulo 4.

### 4. La persona del juez

*“Los jueces deben controlar y aun suplir a los demás poderes para garantizar los derechos y hacer efectivas las promesas constitucionales. Así como el siglo XIX ha sido el siglo del Poder Legislativo y el siglo XX el del Poder Ejecutivo, el siglo XXI será, de acuerdo a una profecía neoconstitucionalista, el del Poder Judicial”*

-ALFONSO SANTIAGO<sup>204</sup>

Hasta este momento, hemos revisado qué debemos comprender por Jurisprudencia de la virtud, cómo puede encontrarse inserta en el contexto de cualquier decisión jurídica –con una relevancia excepcional en la judicial– y casos concretos con los cuales se ha tratado de ejemplificar para despertar el interés, o al menos, generar alguna discusión entre los lectores más escépticos en torno a esta posición. Pero en el tránsito hacia nuestras conclusiones, para que sea posible consolidarlas, es indispensable detenernos en la persona del juez, el cual en diversos análisis en torno a esta temática permanece innominado o incluso con cierta indiferencia, cuando debe ser su personaje central.

Asimismo en este punto cabe reiterar, como se precisó con anterioridad<sup>205</sup>, que estas reflexiones también pueden ser encaminadas hacia la función del proyectista; es decir, aquella persona que se encarga del estudio de un expediente para realizar una propuesta de resolución que muchas veces recae no sólo en los secretarios, sino en otros funcionarios que, aunque jerárquicamente inferiores, en ocasiones representan un apoyo fundamental en las labores de los órganos de

---

<sup>204</sup> *Neoconstitucionalismo, Op. Cit.*, p. 13.

<sup>205</sup> *Vid.* Nota 24 de esta investigación.

administración de justicia, si bien no se pierde de vista que la decisión última de adoptar esa posible decisión o modificarla corresponda, invariablemente, al titular del órgano judicial de que se trate<sup>206</sup>.

Hecho lo anterior, la pregunta toral que nos hacemos es: ¿Qué es un juez virtuoso? Y más importante aún, ¿puede cualquier juez alcanzar características específicas que lo permitan considerarse virtuoso? ¿A quién corresponderá calificar esta virtud? Estas preguntas son las que tratarán de aclararse en este capítulo, procurando de acuerdo a nuestra metodología emplear ejemplos que permitan al lector estimular su reflexión y permitir un debate cuya finalidad última –se reconoce desde este punto– no sea precisamente la de convencer al auditorio, pero sí generar inquietudes y descubrir perspectivas que, en ocasiones, por considerarlas demasiado obvias pasan inadvertidas cuando pueden encubrir puntos de vista poco explorados.

#### **4.1 ¿Qué es un juez?**

Pareciera que este apartado, en vista del camino recorrido, puede parecer innecesario, pero se considera oportuno realizar algunas precisiones conceptuales, con un carácter analítico, antes de proceder a procurar explicar qué es un juez *virtuoso*.

Con base en lo anterior, por el término juez es posible identificar dos ideas esenciales: primero, en el sentido más amplio posible, al funcionario estatal dotado de jurisdicción procesal. Es decir, a cualquier persona que, de acuerdo a la normatividad aplicable, tiene la capacidad de resolver conflictos con relevancia jurídica cuya resolución se encuentra respaldada por el poder coercitivo del Estado.

---

<sup>206</sup> Puede mencionarse sobre este aspecto la tendencia contemporánea de citar en el encabezamiento de las sentencias, además de los datos de identificación ordinarios del asunto, un rubro con la leyenda “Colaboró” en el que se inserta el nombre de alguna persona que intervino directamente en su elaboración, sin tener el cargo de Secretario, lo que cual representa una forma de reconocimiento, y probablemente de estímulo al nombrado.

Entendido de esta manera, un ministro, un magistrado y un juez resultan equivalentes en lo sustancial; concepción bajo la cual nos hemos enfocado en esta investigación, ya que las diferencias con relación a sus respectivas jerarquías, como en el caso de los límites competenciales, no son importantes en términos del giro aretáico, pues aún en el asunto que tenga la apariencia más modesta, puede el decisor judicial mostrar un esfuerzo de percepción fuera de sus obligaciones eminentemente legales.

Por otra parte, en un sentido mucho más restringido, un juez es la persona titular de un juzgado, de la organización que constituye la primera instancia en el ámbito procesal. Con esta idea de juez, más precisa, se excluye a otro tipo de juzgadores como se describió en el párrafo anterior, pero en tanto nos enfoquemos a la *función* de la impartición de justicia como hemos efectuado en esta investigación, el término de juez parece adecuado para denominar a cualquier funcionario estatal encargado de dicha actividad, si bien nosotros lo hemos asimilado bajo la idea del decisor judicial de acuerdo a lo expuesto en el capítulo 2 anterior.

Superado este primer acercamiento de carácter conceptual, es necesario explorar qué personas *pueden* ser jueces de acuerdo a los requisitos previstos en la normatividad. Es decir, al tratarse de un funcionario público, éste se encuentra regulado de manera específica, procurando describir un perfil idóneo para asumir tan alta responsabilidad, constituyendo éste una especie de estándar mínimo. Lo anterior, ya que el nombramiento de los jueces se encuentra sujeto de manera adicional a concursos a fin de procurar que los declarados vencedores hayan demostrado las mejores aptitudes tras una serie de exámenes teóricos y prácticos. Sin embargo, pese a ello, las aptitudes emocionales y de percepción en torno a un modelo de virtud a que hemos hecho referencia difícilmente reciben reconocimiento o son contenidas en tales procesos de designación.

Como ejemplo concreto de los requisitos que establece la normatividad para poder ser designado decisor judicial, podemos hacer referencia al artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el cual prevé los requisitos relativos a un nombramiento de un juez de distrito. Dado que en términos generales tales elementos se reproducen para las entidades federativas –respecto a sus jueces de primera instancia– hemos considerado paradigmático este caso para realizar un análisis de los mismos. Los requisitos contenidos en el precepto citado son los siguientes:

1. Ser ciudadano mexicano por nacimiento y que no haya adquirido otra nacionalidad;
2. Estar en pleno ejercicio de sus derechos;
3. Ser mayor de treinta años;
4. Contar con título de licenciado en derecho expedido legalmente;
5. Contar con un mínimo de cinco años de ejercicio profesional;
6. Gozar de buena reputación, y
7. No haber sido condenado por delito intencional con sanción privativa de libertad mayor de un año.

Como se adelantó, los requisitos anteriores constituyen un parámetro mínimo que deben satisfacer los aspirantes a ser designados juez de distrito, entre los cuales no se advierte una examinación de carácter práctico que permita evidenciar la calidad o experiencia obtenida en función del ejercicio profesional o, inclusive, de la edad misma del sustentante. Es, entonces, necesaria la aplicación de exámenes con los que se permita validar que el concursante cuenta con los conocimientos técnicos necesarios para asumir esta encomienda; conocimientos en los cuales difícilmente puede examinarse si el sustentante cuenta con una afinidad de experiencia derivada de un contacto real con la vida humana y sus infinitas

realidades<sup>207</sup>, pues como hemos revisado hasta aquí, el conocimiento jurídico (en analogía con la ley) representa únicamente un punto de partida que brinda una aproximación a la certeza, pero que requiere ser cuestionado constantemente a la luz del contexto en que pretenda aplicarse, para lo cual es necesario un enfoque ético en el que la virtud puede darse cita como paradigma decisorio.

Con esta reflexión se pretende puntualizar dos ideas fundamentales: primero, que la función del juez como funcionario estatal, más allá de la clásica fórmula de “impartir justicia” debe procurar una paz social en la que exista un esfuerzo permanente en materializar condiciones de oportunidad dignas para todos los integrantes de una sociedad, y por otro lado, evidenciar que en términos normativos –aun con la existencia de exámenes relativos– no se refleja una preocupación por contar con jueces mejor preparados o capacitados fuera del ámbito estrictamente técnico, ya que la función del juez ya no puede encontrarse limitada a la mera aplicación de ordenamientos legales, sino que, como esperamos el lector ya podrá compartir a plenitud en este momento, trasciende mucho más allá, inclusive, de las partes en conflicto. Es decir, podemos encontrar personas que satisfagan los requisitos previstos en la normatividad, superen los exámenes correspondientes y sean declarados vencedores: ello sólo les imprimirá el título de *juez*, sin que pueda garantizarse que será un *buen juez*. Entonces, ¿qué elementos adicionales son requeridos para –si no garantizar– al menos procurar que podremos contar con mejores jueces que, inclusive, puedan alcanzar el calificativo de *virtuosos*? Esta es la pregunta que intentaremos responder en los apartados siguientes.

---

<sup>207</sup> Martha Nussbaum (1997, p. 163), en torno al tema de la formación de los futuros jueces, parece coincidir en las líneas conclusivas de su *Justicia Poética*: “[Los jueces] no sólo deben afinar sus aptitudes técnicas, sino su capacidad humana. En ausencia de esta capacidad, la imparcialidad es obtusa y la justicia, ciega”.



## 4.2 La labor del juez en los sistemas democráticos.

*“Quien juzga tiene en sus manos una enorme responsabilidad y un gran potencial de cambio”* (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013-2, p. 138). Una breve reflexión pero que encierra una verdad fundamental sobre la cual resulta, a su vez también evidente, la necesidad de contar con jueces que *sepan* manejar ese gran poder, para lo cual como se ha procurado demostrar en esta investigación, no es suficiente un conocimiento técnico de la materia jurídica, sino que (y probablemente con mayor influencia) una sabiduría práctica, observadora y reflexiva que encuentra mejor desarrollo a través de la virtud para maximizar en beneficio integral de la sociedad su posición privilegiada como decisores jurídicos.

Transitado el camino hasta aquí recorrido, parece que será más sencillo sostener que los elementos prístinos del Estado Democrático de Derecho son la primacía de los derechos fundamentales del hombre, la división de competencias en el ejercicio del poder en ámbitos ejecutivos, legislativos y judiciales, y la autoridad de la ley como primer factor de previsibilidad y certeza respecto de la actuación de las autoridades. Bajo tales premisas, el término “democracia” ya no puede asimilarse en la actualidad como una mera forma de gobierno que favorece a las mayorías, sino que además, debe buscar permanentemente la inclusión de las minorías tomando como eje el cumplimiento y maximización de los derechos humanos.

Ahora bien, dentro de la sociedad democrática contemporánea, en la que la nota de pluralidad además de ser una constante probablemente sea un requisito, el juez se erige como un rector epistémico social: una entidad que debe poseer los conocimientos suficientes sobre su contexto para dilucidar la corrección de los actos de sus semejantes, pero no sólo de conformidad con los cánones de comportamiento estandarizados por la moralidad imperante y por las reglas normativas, sino con la capacidad de cuestionarlas y enfocarlas hacia un sentido en

el que se maximice la dignidad y libertad de sus integrantes, siendo ésta la brújula fundamental de todos sus juicios.

Y es que aun cuando el rasgo distintivo de la democracia sea que la soberanía resida en el pueblo, el cual se autogobierna a través de sus representantes elegidos, debe contener también un carácter genuino de libertad, en el que la función de tales representantes, constituidos ya como un poder estatal, cuenten con los mecanismos necesarios y eficientes para garantizar un grado mínimo de seguridad, orden y oportunidades para que los integrantes de la sociedad puedan desarrollar libremente sus planes de vida.

En efecto, en los Estados constitucionales modernos a través de sus instituciones y ordenamientos, es decir, a través del Derecho, prevén pautas de comportamiento que pretenden garantizar esa dignidad y libertad que todo régimen democrático debe aspirar y preservar en todo momento. Sin embargo, al mirar con mayor detenimiento ese escenario a primera vista ideal, podrá cuestionarse cómo fueron establecidos esos niveles “mínimos” de aceptabilidad para la convivencia, y si existen factores o situaciones que, a pesar de incidir en un ámbito íntimo de la esfera humana, no fueron objeto de protección por el Estado a través del Derecho. De esta reflexión es patente que el andamiaje estatal existente es reflejo de una moralidad imperante, de un consenso a veces artificial que no necesariamente puede corresponder a las expectativas o intereses de la sociedad; que en ocasiones, al buscar favorecer a mayorías o intereses sectorizados, las minorías son ignoradas y sus derechos son negados, de modo tal que esos niveles que en principio creímos suficientes resultan, en realidad, ineficientes.

No obstante lo anterior, el reconocimiento de estas realidades tanto el ámbito normativo como en el judicial es el mejor mecanismo de evolución social, por una vía pacífica, a fin de que los integrantes de una sociedad puedan acercarse en mayor medida a una igualdad cada vez más tangible. En opinión de Arcila Giraldo

(2010, p. 43) “*En el Estado Social de Derecho los derechos fundamentales empiezan a cobrar singular importancia, nunca antes alcanzada, debido a que el ciudadano común y corriente aspira a que se le reconozca como ser humano con valor, dignidad, y a que se le respeten sus derechos fundamentales inalienables*”.

Esta posibilidad fundamental en la que se encuentra en nuestros días el poder judicial ha sido posible gracias a transformaciones sociales que han moldeado su evolución hacia su perfeccionamiento, como ente garante no sólo del orden constitucional, sino además, de los intereses de particulares cuando advierten la dificultad del sistema legal de acoger pretensiones válidas bajo una perspectiva de ética liberal. Al respecto, siguiendo la narración que propone el autor Malem Seña, (2001, pp. 381-388) –útil también por el sesgo con que identifica su análisis– podemos identificar *grosso modo* dos grandes fases de la actividad judicial, partiendo de la característica de fundamentación, la cual integra en este contexto el aspecto de motivación, y la manera en que la virtud jugó desde entonces un papel destacado en esa evolución favorable.

Así, en una primera fase los decisores judiciales no estaban obligados a plasmar elementos de fundamentación en sus sentencias, llegando incluso a prohibirse, en aras de fomentar la economía procesal y reducir la crítica por parte de los litigantes que no fueron favorecidos con el fallo, con lo que también se evitaba acrecentar el número de recursos promovidos. Sin embargo, lo que en realidad debe resultar llamativo es que la actividad de juzgar se derivaba de un favor divino o de un mandato proveniente del monarca, por lo que las decisiones de los jueces, por este simple hecho, debían considerarse justas sin que mediara alguna manifestación de fundamentación: un ataque a la decisión (incluidos aquellos en el ámbito académico) constituía no sólo una confronta al juez, sino en última instancia, a Dios.

Con base en la falta de fundamentos que sostuvieran la legitimidad de una sentencia, la justificación de encontrar apoyo con el carácter metafísico de su emisión y también contaba con el sustento del carácter moral de la autoridad que las dictaba; es decir, se exigía a los jueces poseer rasgos específicos y evidentes al escrutinio público con el objeto de transmitir una imagen de imparcialidad:

*“Pero no solo se trataba de que el juez diera una imagen personal de imparcialidad, sino también de hombre justo y moralmente irreprochable. Por esa razón, se sostenía que quien ejerciera tan elevado magisterio debía ser temeroso de Dios y sentir amor por la justicia. Los jueces debían, además, ser de buena fama, desinteresados, sabios y con experiencia. Para poder juzgar con acierto, debían ser dóciles de corazón, afables y con indiferencia de ánimo respecto de las cosas o personas involucradas en las causas, aunque debían estar dotados de una gran firmeza de carácter para llevar a cabo su misión”<sup>208</sup>.*

De lo anterior es deseable destacar que no obstante el soporte divino o de poder real a través de un gobernante que permitía a los jueces ejercer su actividad, ya se advertía la complejidad de juzgar a otro y la dificultad de hacerlo razonablemente, a fin de que las decisiones judiciales tuvieran, de origen, un carácter mandatorio legítimo. Dicho con otras palabras, desde esta etapa se hace patente la preocupación que rodea al perfil óptimo del decisor judicial como *diskates*, –justicia viviente según Aristóteles– dejando de lado la posibilidad de imponer su determinación, pues era acatada sin que mediase algún elemento coactivo.

A pesar de los esfuerzos para lograr mejores perfiles de juzgadores, con el devenir histórico en el que las decisiones normativas ya no provenían de una instancia centralizada y totalitaria, sino que mediante mecanismos de representación democráticos provenían del mismo pueblo, los jueces se encontraron con la obligación de hacer cumplir ese mandato, materializado a través

---

<sup>208</sup> MALEM SEÑA, Jorge, *Op. Cit.* p. 383.

de sistemas legales cada vez más sofisticados en aras de cumplimentar el principio de legalidad como una voluntad a someterse a la expresión popular contenida en leyes. Así, el poder del juez decrece en medida que es la ley el límite de su actuación, por lo que su actividad se circunscribe a la de un operador con una fuerte tendencia mecanicista y silogística.

En este punto es importante cuestionarse si es posible acercarnos al ideal de justicia, cualquiera que éste sea, a través de la aplicación irrestricta de la ley: esto es, si el cumplimiento de la ley equivale a un modo justo de vivir que asegure la convivencia ordenada y pacífica de los integrantes de la comunidad. Aunque en las reflexiones que hemos sostenido esta idea adolece de diversas deficiencias, parece que en su momento representó la mejor garantía para, primero, detener el abuso de la autoridad quien tendía a ejercer funciones de manera arbitraria y, segundo, permitir construir una incipiente seguridad jurídica en torno a las instituciones que promovieran su legitimación y asentar con mayor firmeza la fiabilidad que representa el Estado. Estas dos razones parecen suficientes –y para algunos en la actualidad continúan siéndolo– para negar apertura al decisor judicial, pese a que los factores de moralidad de las sociedades, inevitablemente, se mantienen en una evolución constante y en los casos en que representan contradicciones insoportables frente a la dignidad y libertad humana requieren ser denunciados para ser paulatinamente excluidos del sistema legal, tomando en consideración, además, que tales valores suelen resultar inaprensibles en las estructuras normativas.

En términos históricos el juez, que primero se encontraba condicionado y sujeto a la voluntad de su monarca, fue después vinculado a la voluntad de la ley (entendida ésta como una expresión popular), para limitarse a ser su obediente servidor y ejecutor, en una especie de equivalencia con las ideas de justicia formal a que hace alusión Aristóteles respecto a los actos que se encuentran en apego con la ley. Esta visión, como ya se ha venido revisando, en nuestros días comienza a desfasarse con mayor fuerza al tener presente las limitaciones naturales de los

textos legales así como la complejidad creciente en las relaciones humanas que suelen encontrarse marcadas con profundas asimetrías, en tanto que el reto permanente del ideal democrático es reducir materialmente dichas brechas en equilibrio con la libre configuración del plan de vida de cada persona.

Por ello, el juez también funge como un vínculo entre la sociedad y el Derecho que la rige, cuyas justificaciones y razonamientos vertidos en sus sentencias, deben procurar clarificar a sus lectores el sentido del derecho aplicado, a fin de que contribuya a construir eventualmente una percepción de la utilidad del orden jurídico. Es decir, los jueces constituyen los decisores jurídicos ideales para evidenciar cómo el sistema jurídico vigente responde a las necesidades reales de la población, y la forma en que su aplicación respaldada por el poder coercitivo estatal incide efectiva y positivamente en el mejoramiento de sus condiciones de vida, lo cual traería como consecuencia que sea la propia población la interesada en buscar preservar este ámbito de juridicidad –expandir el Estado de Derecho de autoridades a gobernados con una convicción auténtica–. La autora Arcila Giraldo (2010, p. 44) lo reflexiona de este modo: *“su intervención [del juez] no se manifiesta sólo como mecanismo necesario para solucionar un conflicto, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y sociedad, es decir, para favorecer el logro de la justicia material (la comunicación entre derecho y realidad)”*.

Los elementos de la redimensión contemporánea descrita pueden entenderse mejor si se advierte que los decisores judiciales se erigen como juzgadores de los decisores normativos e interpretativos, y con ello cuestionar o incluso dejar sin efectos la voluntad política de una mayoría reflejada a través de una norma. Con esto, el Estado de Derecho exige de sus jueces ya no limitarse a realizar una aplicación silogística y mecánica de los contenidos normativos, sino ampliar su perspectiva y perseguir con ahínco la materialización de la justicia.

En contraste, el autor Andrés Bordalí (2008, pp. 44 y ss.) reflexiona que los órganos políticos dotados de legitimidad democrática (en alusión a las legislaturas) permiten configurar el ideal de autogobierno, por lo que las decisiones de estos órganos podemos asimilarlas como “nuestras”. Sin embargo, respecto de los decisores judiciales, en particular cuando media la interpretación de la Constitución, la decisión ya no se abraza como “propia”, sino que pertenece a un sector específico (en alusión a los jueces) y como tal la califica de facciosa. No obstante lo anterior, Bordalí reconoce que los jueces tienen el deber de fallar y fundamentar en Derecho sus decisiones, en tanto que los órganos políticos generalmente no son sujetos de esta obligación. Por ello, al menos en el caso mexicano, esta reflexión pierde de vista que las decisiones legislativas suelen obedecer a la protección de intereses transitorios y pendulares, dejando de lado un esfuerzo deliberativo auténtico que busque reforzar su legitimación frente a la sociedad fuera del esquema teórico en el que basta un esquema de elección popular para acceder a ella; sin mencionar el desprestigio en que se encuentra el ámbito legislativo nacional derivado de perfiles con nula o escasa preparación técnica para dicha función, o debido a la actitud apática de los asistentes en las sesiones (siendo comunes que sean captados en la revisión de temas ajenos a la discusión que se desarrolla o –en casos extremos– dormidos)<sup>209</sup>.

Retomando una de las características esenciales del juez, es el análisis que realiza de una aplicación práctica y concreta de una hipótesis normativa: contrasta el ejercicio especulativo del legislativo sobre *cómo puede resolverse* una problemática, a la necesidad imperiosa y actual de *cómo resolverla*, máxime que pesa sobre sus hombres la difícil función de procurar encontrar una solución razonable en ese micro universo que, como hemos expuesto, a final de cuentas

---

<sup>209</sup> Esta crítica se hace, sobre todo, de la afinidad de experiencia que se obtiene del caso mexicano: esos órganos de representación, que supuestamente reflejan una decisión mayoritaria, no pueden constituir expresiones completas o acabadas de soberanía: las mayorías también resultan falibles. En esta línea, tampoco pasa desapercibida la situación actual del poder judicial, el cual adolece de índice social insatisfactorio de confianza. Esta problemática se analiza en el apartado 4.4 siguiente.

nunca resulta pequeño, tomando como criterio de validez último la Constitución – fundamento de nuestra comunidad política– bajo una lectura liberal que privilegie en todo momento la dignidad del hombre y su autodeterminación.

Bajo esta última premisa, también se puede cuestionar la perspectiva de Andrés Bordalí respecto a que las decisiones judiciales son “facciosas”, entendidas como parciales o carentes de la legitimación que brinda el sustento teórico a los órganos legislativos, pues una vez que han sido expuestos los hechos y argumentos concretos de cada caso, y el auditorio pueda comprenderlos y reconocer el contexto de las partes, puede tener lugar un consenso en el que la determinación en cuestión sí pueda ser “nuestra” como refiere dicho autor: con otras palabras, analizada y explicada cierta resolución, es posible arribar a soluciones que pueden ser compartidas por una mayoría sustancial, al encontrar fundamento en una afinidad de experiencia, misma que puede ser constatada a través de los ejemplos que han sido descritos a lo largo de esta investigación, cuyos resultados tienen la posibilidad de ser calificados como razonables, en sintonía con una idea de aceptabilidad. Así, el debate legal encuentra sustento en principios intersubjetivos que se acercan, de forma paralela, también a condiciones deliberativas ideales.

Como se ve, es en este esquema propuesto de preponderancia de la virtud como factor decisivo en la determinación jurídica, en la que una razón práctica puede alcanzar mayor peso que un cúmulo de conocimientos técnicos, también se justifica con base en nuestro contexto actual, pues aunque se tenga acceso a una fuente inagotable de información, lo cierto es que la responsabilidad y la manera en que la empleamos continúa siendo nuestra. La autora Aída Kemelmajer (2006, p.21) reflexiona al respecto: *“Las profesiones están inmersas en un mundo de complejidad creciente. Durante años, el único discurso ‘autorizado y practicado’ fue el de carácter técnico. Por el contrario, hoy se advierte que una profesión implica no sólo el manejo de conocimientos de tipo instrumental, sino el de ciertos criterios sobre la*



*justificación o no de los fines y de los medios para alcanzarlos. En suma, la técnica no se basta a sí misma.”*

En efecto, como se describió en el apartado anterior, la técnica puede tener un lugar importante en el esquema de evaluación de los jueces, pero conforme nos continuamos adentrando en la complejidad de la realidad humana y comenzamos a percibir al fenómeno jurídico desde otras vertientes, la sabiduría práctica y la capacidad de percepción de rasgos significativos se tornan habilidades más valiosas para arribar a soluciones razonables. Bajo estas condiciones, será el decisor judicial quien posee en cada caso la oportunidad de impartir justicia en armonía con los fines últimos del Derecho, los cuales en este punto ya podemos comenzar a identificar con claridad como la protección de la libertad y la dignidad humana.

Aun cuando se mantengan posturas escépticas frente a esta elevada encomienda del poder judicial, lo cierto es que los efectos de su actividad sobre el resto de los decisores jurídicos (interpretativos y normativos) son sustanciales al poseer la capacidad de imponerse a ellos. La autora Arcila Giraldo (2010, p. 55) lo expresa de la siguiente manera:

*“La función judicial es la clave del Estado de derecho. De una parte, es una contención del poder del Estado; de otra la garantía de los derechos y las libertades de los particulares frente al Estado y a los demás particulares Por ella se obtiene el reconocimiento de los derechos, el mantenimiento en su disfrute, su restablecimiento cuando se perturbe su ejercicio. Su independencia, su neutralidad, su oportunidad, su moralidad, son la seguridad jurídica”.*

Nörbert Losing (2008, p. 181) se une a la concepción de contar con decisores judiciales receptivos y virtuosos para asegurar el ideal democrático bajo la afirmación siguiente: “...sólo la existencia de tribunales imparciales e

*independientes puede garantizar, en último término, el respeto a las leyes y el imperio de la justicia*". Con estos elementos, aun cuando se reconoce que el autor citado no refiere expresamente a las virtudes en su reflexión, debe observarse que la inclusión de los términos de imparcialidad e independencia hace alusión a la ética judicial, pues ambos valores encuentran contenidos de forma permanente en cualquier manifestación normativa en la materia.

No obstante lo anterior, es necesario complementar la afirmación de Losing de acuerdo a la perspectiva que se ha procurado defender en esta investigación. El respeto irrestricto de las leyes puede ser desfavorable para una materialización auténtica de la justicia –como ya se ha revisado– por lo que la observancia normativa debe retroceder en todos los casos que se detecte una consecuencia desfavorable para los fines últimos de la propia normatividad. Esta aclaración resulta prudente ya que permite dar un paso más en la evolución del pensamiento jurídico dejando atrás esquemas netamente positivistas y permite a los decisores una intervención mucho más activa para validar que la determinación adoptada pueda ser investida de un parámetro de razonabilidad relevante, y coadyuvar de forma directa con una transformación social que reivindique libertades de las minorías, protegiendo así una de las características esenciales de la democracia: la pluralidad.

Esta visión de la función democrática del decisor judicial no puede ser relegada únicamente a los ápices del poder judicial: todo juez tiene en cada caso que se somete a su conocimiento, una posibilidad de enviar un mensaje a la sociedad respecto de los alcances de su función. En el caso mexicano, a partir de la reforma constitucional de 2011, todas las autoridades (incluidos los jueces, sin distinciones) tienen la obligación de favorecer en todo tiempo a la personas con la protección más amplia considerando para ello los tratados internacionales relativos, lo que refuerza la postura de que cualquier decisor judicial, aun cuando no reciba la

atención mediática de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, posee el gran poder del que hemos hablado<sup>210</sup>.

Inclusive, dicho sea de paso, podría ser conveniente recordar en este punto que tras la citada reforma de 2011, la primera sentencia dictada en México que abordó la perspectiva de la convencionalidad, es decir, el análisis de una norma de derecho interno confrontándola con una protección garantizada en un tratado internacional del cual el Estado mexicano forma parte, fue dictada por un juez de apelación en materia penal. Dado lo ilustrativo del caso, es conveniente compartir con el lector los aspectos más importantes de dicha resolución.

#### *La sentencia del Magistrado Arenas Bátiz. Aplicación de convencionalidad<sup>211</sup>.*

A diferencia de otros asuntos que han cobrado importancia y trascienden en el devenir jurídico bajo una denominación específica (como el caso Riggs v. Palmer usualmente vinculado a la teoría dworkiniana) la resolución que a continuación se reseña es, a veces, mejor identificada de forma impersonal como la primer sentencia en nuestro país en la que se no se aplicó un tipo penal contrario a los derechos humanos, lo cual implica un ejercicio de contraste entre el derecho nacional y un tratado internacional para evidenciar cómo la norma cuestionada resulta desproporcional respecto de su finalidad última.

Para una mejor comprensión del asunto, resulta conveniente citar los antecedentes más relevantes del mismo:

---

<sup>210</sup> Esta acotación nos parece oportuna ya que comúnmente se considera que las grandes transformaciones jurídicas, desde el ámbito judicial, corresponden a los tribunales constitucionales. Por ejemplo, el autor Aaron Barak (2008, p.1) considera: “*La principal preocupación de un tribunal constitucional en una democracia no es corregir los errores individuales cometidos en las sentencias de los tribunales inferiores. Ese es el trabajo de los tribunales de apelación. La principal preocupación del tribunal constitucional es la más amplia acción correctiva de todo el sistema. Esta acción correctiva se debería enfocar en dos problemas principales; cerrar la brecha entre el derecho y la sociedad, y proteger la democracia*”.

<sup>211</sup> Dictada el 8 de agosto de 2011, en el Toca Penal 43/11, Cuarta Sala Penal Unitaria del Poder Judicial del Estado de Nuevo León, con sede en Monterrey.

- I. El 1° de noviembre de 2010 a las 7:20 horas aproximadamente, con motivo de una denuncia anónima, se informó a elementos de la Secretaría de Marina Armada de México que a bordo de una patrulla de seguridad pública de Santa Catarina, Nuevo León, se encontraba un elemento policiaco municipal informando a través de un equipo portátil, la ubicación del convoy de la referida Secretaría de Marina.
- II. Una vez recibida la denuncia anónima, elementos de la Secretaría de Marina Armada de México se apersonaron en el lugar en que se encontraba estacionada la unidad policiaca municipal, e interrogaron al oficial de seguridad pública respecto de su actuar, a lo que éste confirmó que estaba vigilando los movimientos que realizaba el convoy.
- III. Ante la afirmativa del oficial de seguridad pública, los elementos de la Secretaría de Marina procedieron a quitarle el equipo de comunicación portátil y el arma de fuego que portaba, con la finalidad de posteriormente fincarle responsabilidad penal.
- IV. Al poco tiempo de haber realizado esta primera detención, llegó al lugar otra patrulla de seguridad municipal, quien al divisar a los elementos de la Secretaría de Marina intentó huir, sin embargo no tuvo éxito ya que fue obstruida. Los dos oficiales de seguridad pública que iban a bordo del vehículo también fueron detenidos y desarmados.
- V. El 8 de noviembre de 2010, seguido el procedimiento respectivo, el Juez Penal del Cuarto Distrito Judicial del Estado, con sede en el municipio de San Pedro Garza García dentro del toca penal número 247/2010-IV, dictó el auto de formal prisión en contra de los policías detenidos por la comisión del “Delito cometido contra instituciones oficiales y servidores públicos”, previsto en el artículo 192 del código penal del Estado. Asimismo, fue dictado auto de

libertad por cuanto hace al delito imputado denominado “Delito cometido en la Administración y Procuración de Justicia”, previsto en el artículo 224 fracción V del mismo ordenamiento punitivo.

- VI. Inconformes con las determinaciones descritas en el párrafo anterior, tanto los acusados como la representación social interpusieron el recurso de apelación que se comenta.

Cabe precisar que el primer tipo penal enunciado, “Delito cometido contra instituciones oficiales y servidores públicos”, sanciona a quien “aceche o vigile o realice actos tendientes a obtener información sobre la ubicación, las actividades, los operativos o en general las labores de seguridad pública, de persecución o sanción del delito o la ejecución de penas.” Este tipo penal se creó, esencialmente, para sancionar a los llamados “halcones”, es decir, personas que realizan labores de vigilancia callejera o de inteligencia para el crimen organizado.

En el caso del segundo tipo penal “Delito cometido en la Administración y Procuración de Justicia” sanciona a los servidores públicos administrativos o judiciales, por “no cumplir una disposición que legalmente se les comunique por su Superior competente, sin causa fundada para ello”; en el caso el Ministerio Público estimó que se perfeccionaba la conducta tipificada toda vez que los policías municipales utilizaron equipo de comunicación portátil (para informar los movimientos del convoy de la Marina) que no se les había asignado oficialmente, pese a que existía una orden de sus superiores de omitir su uso.

Hecho lo anterior, las consideraciones que sustentan el fallo en apelación, medularmente, son las siguientes:

- a) En primer término, se reconocen que los hechos imputados a los acusados actualizan la conducta que describe el primer tipo penal en comento, relativo al “halconeo” realizado por los policías municipales.

- b) Ahora bien, aunque la conducta es típica, no es antijurídica ya que en el asunto les asiste a los inculpados una causa de justificación, consistente en obrar en el cumplimiento de un deber: mantenerse debidamente informados de la problemática delictiva que se genera en el ámbito específico de su asignación, y reportar dicha información a las instancias correspondientes dentro de su corporación son deberes que deben cumplir de acuerdo con la ley, en lo específico, conforme al artículo 155 de la Ley de Seguridad Pública del Estado de Nuevo León<sup>212</sup>.
- c) Asimismo, de la lectura del tipo penal en comento el transmitir a otro la información obtenida, como en el caso aconteció, no constituye un elemento del delito en estudio, ya que éste solo describe la conducta de “obtener información”, sin que haga referencia expresa su comunicación a otra persona<sup>213</sup>. Incluso, aun en el supuesto que pudiese configurarse esa transmisión de información, en el caso, no se acreditó que efectivamente se hubiere transferido a un grupo delictivo, o con la intención de perjudicar un bien jurídicamente tutelado.
- d) Por lo que hace al segundo tipo penal cuestionado, relativo a la desobediencia en que puede incurrir un servidor público, respecto de una disposición que le comunique su superior competente sin causa fundada para ello, el magistrado lo estimó inconstitucional y por ende, procedía su inaplicación en el caso concreto, con fundamento en el artículo 1° de la Constitución Federal y el párrafo 339 de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso 12.511: Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos.

---

<sup>212</sup> Fracción XIII del citado precepto, corresponde a la fracción XIV del ordenamiento vigente.

<sup>213</sup> Artículo 192 del Código Penal para el Estado de Nuevo León: Se impondrá una pena de dos a quince años de prisión y multa de doscientas a cuatrocientas cuotas a quien aceche o vigile o realice actos tendientes a obtener información sobre la ubicación, las actividades, los operativos o en general las labores de seguridad pública, de persecución o sanción del delito o la ejecución de penas.

- e) En función del principio de legalidad penal y sus respectivos mandatos<sup>214</sup>, se advierte que el tipo penal en comento es una “ley penal en blanco” pues autoriza a los servidores públicos de jerarquía superior que dicten las disposiciones cuyo incumplimiento será delito, pese a que corresponde única y exclusivamente al Poder Legislativo enunciar qué conductas podrán ser calificadas como tipos penales.

En consecuencia, se revocó el auto de formal prisión por cuanto hace al “Delito cometido contra instituciones oficiales y servidores públicos”, para decretar a favor de los acusados auto de libertad por falta de elementos para procesarlos, y respecto al “Delito cometido en la Administración y Procuración de Justicia” se confirmó por las razones apuntadas el auto de libertad previamente decretado.

Como se ve, los razonamientos del magistrado Arenas toman como punto de partida el artículo 1° Constitucional y una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ante lo cual si bien el contenido del referido artículo puede parecer, a primera vista, ambiguo y con una aplicación amplia, es precisamente esta característica lo que permite al decisor judicial validar si la norma examinada satisface la *metafísica* del precepto constitucional: en este caso, redundando en favorecer la protección de las personas a través de una decisión en la que prepondera la inocencia de los inculpados y se exhibe una deficiencia en el diseño de los tipos penales.

Como reflexión final en torno a este ejemplo, es probable que algún lector se pregunte si esta decisión, en realidad, no demuestra una postura contraria a la que

---

<sup>214</sup>En concepto del magistrado Arenas, a su vez, del referido principio, se desprenden los siguientes mandatos con jerarquía constitucional: 1) De taxatividad, traducido en la exigencia dirigida al juez para que se abstenga de aplicar las normas penales a los casos penales que no vengan expresamente previstos en las mismas, 2) De determinación, por el cual el legislador debe describir de manera clara y precisa las conductas antijurídicas así como sus consecuencias, y 3) De reserva de ley, consistente en el monopolio para el establecimiento de los delitos y penas a favor del legislador, es decir, el juez no puede configurar tipos penales más allá de la norma.

se pretende explicar aquí: que el decisor judicial se haya valido de un “tecnicismo” o “recoveco” legal para defender a elementos policiacos que, efectivamente, se encontraban haciendo labores de halconeo en beneficio del crimen organizado, y que al no haber sido acreditada esta circunstancia, se genera un evento de impunidad con las consecuencias negativas que todos conocemos. Al respecto, debe recordarse que el juez, aun dentro de la discrecionalidad que posee, se encuentra sujeto a las actuaciones y pruebas que integran cada expediente (situación que se remarca en materia penal), por lo que estas circunstancias se debieron haber hecho valer, aún de forma indiciaria, por parte del Ministerio Público, o aportar elementos que apuntaran hacia esa dirección incluso indirectamente, lo que en el caso, de acuerdo con la sentencia en cuestión, no tuvo lugar. Por ello, dentro de los alcances particulares de la decisión, se considera acertada<sup>215</sup>.

Retomando nuestro discurso, bajo la exigencia contemporánea de contar con jueces virtuosos a servicio de la democracia, es indispensable mantener abierta la posibilidad de aplicar directamente principios constitucionales en los casos concretos, sin esperar que los decisores normativos regulen tales principios y cuestionando la idea del esquema positivista completo y congruente, en vista de las limitaciones inmanentes que presentan los textos legales a que hemos hecho referencia<sup>216</sup>.

Para intentar ilustrar mejor esta postura, puede imaginarse que el sistema normativo visto en su integridad, desde la óptica positivista –aún la incluyente– es una caja cerrada cuyo contenido (normas jurídicas) es suficiente para resolver cualquier problema, minimizando los defectos naturales que presentan tales

---

<sup>215</sup> *Supra* p. 30. Al igual que en el caso antes reseñado respecto a la legalidad de la prostitución como fuente de trabajo, el juez no desconoce la realidad social en que pretende aplicarse la norma (describe que el tipo penal hace alusión al “halconeo”), y asume su determinación con base en lo aportado como pruebas por las partes, sin contar con elementos contextuales que le permitiesen indagar otras posibilidades.

<sup>216</sup> *Supra* p. 121, en particular la incapacidad por parte del decisor normativo para contextualizar la aplicación.



contenidos a través de métodos de interpretación enfocados en sus propios contenidos; es decir, la caja no se abre y busca la respuesta a su interior.

Aun cuando la convencionalidad representa un grado evolutivo superior en el ámbito positivista, pues implica un paso hacia la universalidad –propia del ideal ético–, sólo ha permitido ampliar el abanico de posibles interpretaciones *legales*. Es decir, esta situación únicamente implica que la caja se ha hecho más grande, con nuevos contenidos, pero no que haya solucionado sus problemas. Más espacio y más contenido son una respuesta temporal: entre mayor número de elementos legales contenga, la posibilidad de contradicciones y falta de coherencia puede incrementarse. Un sistema jurídico eficiente no puede ser valorado en función de la cantidad de normas que contenga, pues el laberinto legal creado sólo generaría confusión y problemas tanto en su aplicación como observancia, sino en la capacidad de permear entre la sociedad a la que sirve una conciencia de juridicidad en la que cada integrante cuente con los elementos suficientes para reflexionar y validar la utilidad y la conveniencia de preservar ese orden.

Se requiere, entonces, que la caja se abra a nuevas reflexiones. Debe permitir la injerencia de la ética y las virtudes, por ejemplo, para alcanzar de mejor forma sus objetivos. En ese momento ya no se hablaría entonces de una caja, sino de un espacio abierto en el que, si bien las reglas rígidas del sistema legal sean la base que brinde certeza inicial en las actividades cotidianas, los principios y la afinidad de experiencia sean ingredientes dispersos que aporten un sentido de razonabilidad y justicia a los conflictos por resolver, y coadyuven de forma directa a moldear la base de ese espacio abierto.

Entonces, la función del poder judicial, quien en opinión del magistrado Joel Carranco (2005, p. 41) radica en velar por la juridicidad de los otros poderes, es decir, que sus acciones sean conforme a la Constitución y las leyes, bajo nuestra perspectiva, se redimensiona, al erigirse con la posibilidad de emplear como criterios

de validez factores con fundamento ético en el que la justicia pueda materializarse en mayor medida y propiciar ambientes más favorables a fin de que cada persona pueda desarrollar libremente su plan de vida al tiempo que se proteja su diversidad, como elemento indispensable de una democracia auténtica.

Así, para lograr esa vital encomienda, es conveniente que los decisores normativos prudentemente dejen a configuración de los decisores judiciales los alcances y significados de elementos abstractos para que funjan como puntos de partida para una función creativa que puede culminar en una decisión apropiada por parte del decisor judicial, para que sean contextualizados de manera específica en atención a las particularidades de cada caso. El juez de distrito Fernando Silva García (2008, p. 766) considera:

*“(...) los conceptos indeterminados previstos en las normas escritas ofrecen al juez el camino para generar derecho. (...) Se ha dicho, a ese respecto, que la función judicial es una actividad dinámica, puesto que la aplicación de las disposiciones normativas abstractas a los casos concretos de la realidad, forzosamente tiene que presuponer una labor creativa, indispensable para adecuar el mandato genérico a las modalidades específicas, infinitamente variables, de la práctica”.*

A manera de conclusión, el papel del juez en la democracia contemporánea, o sociedades que aspiren en esa dirección, requiere de personas con una conciencia perenne de procurar reducir brechas de desigualdad entre los integrantes de la sociedad en aras de materializar un mínimo de bienestar compartido en el que cada plan de vida pueda desarrollarse con plena libertad, lo que conlleva desarrollar una aguda percepción del contexto histórico y social en que se desarrolla su función; reflexión con la cual intentamos dotar de contenido a la

añeja fórmula de “impartir justicia”<sup>217</sup>, y poner en relieve una vez más la necesidad de contar con jueces virtuosos, que dentro de la filosofía savateriana, resulten jueces heroicos capaces de trascender su quehacer legal y contribuir a inspirar evoluciones sociales.

### **4.3 Hacia el juez virtuoso. Rasgos distintivos.**

Una vez explicada la relevancia que tiene la función judicial en el ámbito democrático, ahora es necesario esbozar con qué características debe estar armado este juez ideal para que pueda cumplimentar su misión ante la sociedad. Así, lo hemos calificado como virtuoso al considerarlo capaz de enarbolar conductas que materializan una ética que se refleje en su determinación, y como se describió antes, trasciende de las partes involucradas hacia la sociedad. Este escenario, aun cuando parezca poco probable –utópico inclusive– y genere posiciones de escepticismo inicial, puede comenzar a trazarse o visualizarse mejor al identificar ejemplos y claves que permitan comprender cómo la virtud judicial es puesta en práctica, pero sobre todo, que constituye una práctica asequible a todo juez, en tanto éste así lo decida.

#### **4.3.1. Otredad: el reconocimiento de la dignidad del otro.**

En este apartado se desarrollará con mayor profundidad las nociones básicas que dejamos asentadas con anterioridad, al considerar a la otredad como un fundamento indispensable en el ámbito de la virtud judicial y como punto de partida para el resto de otras virtudes, incluida la justicia. Así, debemos comenzar por

---

<sup>217</sup> Se sostiene esta idea ya que, como se expuso, la primera noción con la que suele identificarse al juez es con la impartición de justicia y, a su vez, esta idea con la aplicación de la ley lo cual refleja una clara resistencia al dinamismo y profundo humanismo con que debe revestirse la función judicial. El profesor Jaime Cárdenas (2008, p. 102) al respecto afirma “*Se debe promover un cambio en la cultura jurídica en donde el juez no se asuma como un burócrata pasivo sino como un activo defensor de la Constitución y de los derechos humanos*”.

exponer que la otredad radica en el esfuerzo de *conocer* a un semejante y *reconocerlo* como tal; es decir, implica una apertura cognoscitiva para visualizar en otra persona tanto perspectivas diferentes, como las razones que las sostienen, en un esquema libre de prejuicios y con deferencia hacia su contexto.

Savater (2009, p. 96) parte de la premisa fundamental: “*La confirmación de lo propiamente humano no me viene dada en mí mismo sin más, la recibo de otro... el tema radicalmente ético del reconocimiento es que ni puedo recibir del otro más que lo que generosa y libremente pongo en él*”. Entonces, otredad también conlleva un grado significativo de solidaridad hacia mi semejante, pues a su vez lo busco de él para intentar arribar a un esquema de reciprocidad, lo cual tenderá a facilitar el entendimiento entre perspectivas diferentes en función de la apertura lograda. Con ello, el reconocimiento ético identifica y hace patente la infinitud de las posibilidades, de la capacidad creadora de cada hombre no sólo hacia su entorno, sino la forma en que trasciende hacia sí mismo como director absoluto de su destino a través del ejercicio auténtico de su libertad, a través de las interacciones con otras personas que compartan esta visión.

Bajo estas nociones, la otredad en el ideal ético también nos permite recordar que una relación con otro sujeto indiscutiblemente es más enriquecedora que la relación derivada con algún objeto, pues la cosa es incapaz de proporcionar rasgos de nuestra propia humanidad; la cosa es y la persona presenta esa compleja ambivalencia de *ser* y *no ser* como una dualidad inmanente en la existencia humana, en particular por lo que hace a las elecciones que configuran cada plan de vida, que generan espontaneidades incapaces de ser asimiladas en su totalidad por otra entidad que no se asuma como *no objeto*. Lo anterior también puede entenderse respecto a la permanente tentación cosificadora de la idiosincrasia consumista de nuestras sociedades contemporáneas, en las que usualmente se atribuyen a determinados bienes cualidades o aspiraciones artificiales bajo las cuales las

personas pretenden alcanzar definiciones sobre su propio ser, rechazando su apertura y capacidad transformadora con independencia de tales objetos.

Identificados los rasgos sustanciales de la otredad, Savater (2009, p. 103) establece que el vehículo para fundar este reconocimiento en el otro es la comunicación racional, la cual describe como “*la relación recíproca y reversible por excelencia, en la que cada cual ha de descender desnudo, alerta y solidario a la palestra máximamente abierta*”. Al respecto, dado que pretendemos vincular esa comunicación racional con la sentencia de los decisores judiciales, es necesario detenernos ante esta descripción para explicar cómo asimilamos ambos conceptos.

Por recíproco y reversible debemos comprender la posibilidad de que a través de las sentencias pueda tener lugar una relación discursiva entre partes, el decisor judicial que la emite, y la sociedad. Es decir, la sentencia aun cuando alcance la categoría de cosa juzgada puede ser objeto de comentario y análisis; si bien en términos legales, de verificarse alguna irregularidad, la misma no podrá ser modificada, sólo con esta clase de ejercicios puede identificarse con precisión cuáles son las deficiencias que requieren ser corregidas, y coadyuvaría a la legitimación del poder judicial, pues al integrarse de personas, como cualquier otra, resultan falibles. El decisor judicial, como ningún otro, requiere esta expresión de humildad, pues dentro del ámbito jurídico de impugnación, a él le corresponderá, eventualmente, establecer en última instancia las condiciones que habrán de regir una situación de hecho a través de una sentencia, sin posibilidad ulterior de ser revocada.

Este diálogo racional también podría incentivar una discusión cada vez más informada y enriquecida de posturas divergentes –que pudiera ser asimilable a deliberativa– tomando en consideración el contenido ético creciente de las problemáticas que son sometidas a conocimiento de los decisores judiciales, lo cual también contribuiría de manera directa a una inmersión social en temas jurídicos

bajo la conciencia que tales temas terminarán generando consecuencias que impactarán a todo integrante de la sociedad.

El descenso desnudo, alerta y solidario a una palestra “máximamente abierta”, es una bella metáfora para recordar a los interlocutores de esa comunicación racional que deberán participar libre de prejuicios, procurando no perder la atención sobre las exposiciones ajenas ni la propia, y dispuestos a entablar una relación empática con el otro, en un foro en el que cada persona tenga la posibilidad de compartir alguna opinión sin restricciones de ningún tipo. Aunque a la sentencia judicial en sentido estricto no le resulten asequibles la totalidad de estos elementos (al encontrarse ceñida indefectiblemente a un cúmulo de elementos de convicción que obran agregados en un expediente) lo cierto es que el juez sí puede acudir a esa palestra discursiva si no desnudo, al menos con una visión en la que intente despojarse de prejuicios y con una apertura solidaria, mismas que pueden reflejarse como condiciones de humanidad mínimas que tiendan hacia la impersonalidad y al cosmopolitismo: es decir, su condición mínima para cumplir el ideal de otredad es erigirse como un defensor convencido de la libertad y la dignidad.

Lograr el ideal anterior, no es sencillo. Hombres, mujeres, ancianos, niños, religiosos y laicos, y la infinita lista de posibilidades que se deseen agregar, encierran profundas diferencias. Sin embargo, la otredad enarbola como principio que ninguno de los sustantivos puede definir con totalidad lo que es humano, como tampoco puede hacerlo un estilo de vida. La complejidad en sus relaciones, sus contradicciones, así como sus puntos de desencuentro y encuentro sí son definición de lo humano. Por tanto, el conocimiento y aceptación de esta pluralidad es el primer paso para respetar la diferencia, para asimilarla y considerarla al adoptar alguna determinación.

Este reconocimiento y aceptación deben anteponerse frente a las concepciones o visiones personales del decisor judicial, quien no puede perder de

vista cuál es su función dentro del ámbito democrático, y la forma en que sus decisiones trascienden fuera de las partes involucradas. En el caso de los órganos judiciales con mayor jerarquía esta afirmación se acrecienta ya que en términos legales, tienen la facultad de imponer sus criterios y orientar el discurso constitucional de un Estado. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en la decisión del caso conocido como *Planned Parenthood v. Casey*<sup>218</sup>, cuya opinión conjunta de los *Justices* O'Connor, Kennedy y Souter –considerados como jueces conservadores– demuestra cómo resistieron a sus influencias personales afirmando lo siguiente<sup>219</sup>:

*“Hombres y mujeres de buena conciencia pueden estar en desacuerdo, y suponemos que algunos siempre lo estarán, respecto las profundas implicaciones de índole moral y espiritual de poner fin al embarazo, incluso en su fase más inicial. Algunos de nosotros como personas encontramos al aborto ofensivo para nuestros principios morales, pero ello no puede controlar nuestra decisión. Nuestra obligación es definir la libertad para todos, no imponer nuestro propio código moral”.*

La afinidad de experiencia nos demuestra que la máxima “*cada cabeza es un mundo*” es válida y real, y por tanto cada persona está en su derecho de contar con una respuesta propia para cada una de las interrogantes con un sentido moral, lo cual se encuentra incentivado desde el ideal ético. Sin embargo, en el ámbito jurídico, y en particular al decisor judicial, debe ser exigible una disciplina mayor para evitar visiones sesgadas que contravengan el sentido de la libertad y la dignidad de las personas. Esta visión también es compartida por el ex Magistrado de la Corte Constitucional de Italia, Pierfrancesco Grossi (2008, p. 165): “[el juez]

---

<sup>218</sup> La problemática consistió en analizar la constitucionalidad de una notificación al cónyuge de la mujer que pretende practicar un aborto como requisito para su legal procedencia. El caso encuentra antecedente en *Roe v. Wade* (1973), bajo el cual la Corte reconoció el derecho al aborto. *Vid. Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania ET AL. V. Casey, Governor of Pennsylvania, ET AL.* (1992) visible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/> La traducción que se propone es propia.

<sup>219</sup> *Ibidem*, p. 18.

*está obligado a determinar cuál es la noción ética imperante en ese momento histórico y en ese entorno social, aunque él no la comparta, justificando su decisión con la adecuada motivación, sin contradicciones, para que pueda sostener su legitimidad”.*

Con base en las ideas anteriores, puede ser ilustrativo un ejercicio comparativo entre las sentencias en torno al matrimonio igualitario de las Cortes Supremas de Estados Unidos de América y de México, en el que se enfatice los alcances valorativos de la argumentación empleada bajo este ideal de otredad como se propone a continuación.

	<b>Sentencia México</b>	<b>Sentencia Estados Unidos de América</b>
<b>Datos de identificación</b>	Primera Sala (Suprema Corte de Justicia de la Nación) Amparo en Revisión 152/2013 <sup>220</sup> 18 marzo 2015 / Votación 4 a 1 / 79 páginas <sup>221</sup>	Corte Suprema de los Estados Unidos de América Obergefell v. Hodges 26 de junio de 2015 <sup>222</sup> / Votación 5 a 4 / 28 páginas
<b>Materia de impugnación</b>	Texto normativo del Estado de Oaxaca que define al matrimonio como un contrato entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida, es considerado discriminatorio respecto de orientaciones sexuales distintas a la heterosexual.	Texto normativo de los Estados de Michigan, Kentucky, Ohio y Tennessee que define al matrimonio como una unión entre un hombre y una mujer, frente a lo cual no se reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado legalmente en otras entidades federativas que sí lo permiten.

---

<sup>220</sup> No se ignoran precedentes sobre el tema como la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 (en la que se resolvió la constitucionalidad de las reformas al Código Civil del Distrito Federal, traducida en validar el matrimonio igualitario y el derecho a adoptar), y el Amparo en Revisión 485/2013 (en el que la Segunda Sala de la Suprema Corte realizó una interpretación conforme de la Ley del Seguro Social para permitir el acceso al seguro de enfermedades y maternidad al cónyuge o concubino del asegurado con independencia de si se trata de matrimonios o concubinos de distinto o del mismo sexo). Sin embargo, se toma como referencia la sentencia citada al considerar que se trata del primer caso en el que el tema se analizó desde la acción de un particular y enfocado al concepto; contexto análogo a la sentencia estadounidense con la que se confronta. Sentencia visible en el vínculo: [www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2013/2/2\\_150476\\_2215.doc](http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2013/2/2_150476_2215.doc)

<sup>221</sup> La extensión en ambos casos no incluye los votos particulares.

<sup>222</sup> Sentencia es visible en el vínculo: [https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf)  
La traducción que aquí se ofrece en torno a dicha resolución es propia.



	Sentencia México	Sentencia Estados Unidos de América
<b>Argumentos de los demandantes</b> <sup>223</sup>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Análisis deficiente en torno a la figura de interés legítimo como aplicable en el caso, y</li> <li>• Afectación del derecho a la igualdad y no discriminación con motivo de sus preferencias sexuales a través de omisión legislativa, dando lugar a una situación de hecho que no requiere un acto de aplicación concreto para acreditarse.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• De acuerdo con la 14° Enmienda<sup>224</sup>, es ilegal que un Estado invalide o no reconozca los matrimonios entre personas del mismo sexo cuando fueron celebrados fuera de su territorio, lo cual vulnera en particular la libertad de los peticionarios.</li> </ul>
<b>Resumen del estudio de fondo</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Se analiza que el interés legítimo es aquel dotado con relevancia jurídica que puede traducirse, en caso de llegar a concederse el amparo, en un beneficio a favor del quejoso.</li> <li>✓ Se subraya que los jueces deben considerar las relaciones jurídicas en que se insertan las personas en cada caso, de modo que se determinen individualmente las posibilidades de perjuicios o privación de beneficios.</li> <li>✓ El amparo contra leyes reconoce el derecho de las personas a oponerse a las mayorías legislativas cuando estimen que han sobrepasado los límites de lo decidible en el contexto democrático.</li> <li>✓ En el contexto de las disposiciones autoaplicativas, la nota distintiva radica en que sus efectos ocurran de forma incondicionada; es decir, sin necesidad de un acto de aplicación posterior.</li> <li>✓ Respecto del contenido particular del artículo impugnado, se estima que no incurre en una omisión, ya que prevé una regulación completa de la institución del matrimonio, por lo que el legislador no fue omiso en incluir a las parejas homosexuales, sino que los excluyó implícitamente.</li> <li>✓ Toda vez que las leyes contribuyen a la construcción del significado social en una</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ La dinámica del matrimonio permite a dos personas encontrar una vida que no podrían encontrar por sí solos, pues el matrimonio convierte en algo mayor a las dos personas. Proveniente de las necesidades humanas más básicas, el matrimonio es esencial para nuestras más profundas esperanzas y aspiraciones.</li> <li>✓ Contrario a devaluar el matrimonio, los peticionarios lo procuran para sí mismos, pues respetan –y necesitan– sus privilegios y responsabilidades.</li> <li>✓ La historia del matrimonio implica tanto continuidad como cambio<sup>226</sup>. Las nuevas reflexiones contemporáneas han fortalecido, no debilitado, la institución del matrimonio.</li> <li>✓ De acuerdo con el deber judicial de basar sus decisiones en principios y discusiones neutrales, sin comentarios despectivos o denigrantes, las Cortes han emitidos un número importante de precedentes tomando en consideración todas las aristas de esta controversia.</li> <li>✓ La identificación y protección de derechos fundamentales es un elemento permanente de la función judicial de interpretar la Constitución, y requiere el empleo de juicios razonados al identificar aquellos intereses de las personas</li> </ul>

<sup>223</sup> Se describen los argumentos esgrimidos en la instancia en análisis. Sin embargo, es conveniente describir, aun de forma somera, la instancia precedente: en el caso mexicano el juez de distrito negó el Amparo solicitado al considerar que el texto normativo tiene un carácter heteroaplicativo y no se acreditó un acto de aplicación concreto; en el caso estadounidense la Corte de Apelaciones determinó que los Estados no tienen la obligación de autorizar matrimonios del mismo sexo o reconocerlos cuando fueron constituidos fuera de su territorio.

<sup>224</sup> Esta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América, que data de 1868, garantiza la ciudadanía a todos los nacidos o naturalizados, con el objeto de incluir a los esclavos que fueron liberados al término de la Guerra de Secesión. Asimismo, prohíbe a los Estados afectar el patrimonio (en particular libertad) de las personas sin un debido proceso y garantiza la igual protección de los ciudadanos por las leyes. Es, de acuerdo con la fuente consultada, la enmienda más citada en el ámbito litigioso de ese país. Con información del sitio web de la Librería del Congreso de Estados Unidos de América:

<https://www.loc.gov/rr/program/bib/ourdocs/14thamendment.html>

<sup>226</sup> Se hace referencia a cómo antiguamente el matrimonio constituía una entidad dominada por el varón, y existía la prohibición de uniones interraciales, de casarse con presidiarios, y las relaciones homosexuales. Fue hasta el último cuarto del siglo XX en que los psiquiatras y otros profesionales reconocieron que la orientación sexual es una expresión normal e inmutable de la sexualidad humana, traducido en una gradual vida más abierta de estas parejas y una incipiente tolerancia en la opinión pública.

	Sentencia México	Sentencia Estados Unidos de América
<b>Resumen del estudio de fondo</b>	<p>comunidad, cuando una ley se modifica se deriva también un cambio de significados o de juicios de valor por parte del Estado promovidos a través del derecho, pero siempre con mira a un bien común.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Así, una ley que en principio puede parecer neutra, podría generar una afectación directa e inminente por su simple existencia, dado que el significado social no depende de las intenciones de su autor, sino del contexto social que le asigna ese significado.</li> <li>✓ Como precedente, el Código Civil del Estado de Sonora de 1932, al prohibir el matrimonio entre mujeres mexicanas e individuos de “raza china”, contenía un mensaje estigmatizador por discriminatorio; elemento que también se identifica en el presente caso, al producirse un daño jurídicamente relevante que es actual y real.</li> <li>✓ El significado social del matrimonio es de la mayor importancia, al constituir una de las instituciones de realización existencial más relevantes de las personas, por lo que la exclusión de las parejas homosexuales conlleva un simbolismo que no puede pasar inadvertido.</li> <li>✓ De acuerdo con el precedente de reformas al Código Civil del Distrito Federal (Acción de Inconstitucionalidad 2/2010), el matrimonio entre personas del mismo sexo es compatible con la Constitución Federal y no contraviene el concepto de familia previsto en ella<sup>225</sup>.</li> <li>✓ A través de un escrutinio, en el que la orientación sexual es identificada como categoría sospechosa, se advierte que la distinción no persigue una finalidad constitucionalmente admisible, la cual en el caso se traduce en la protección de la familia como realidad social.</li> <li>✓ El matrimonio otorga a los cónyuges una gran cantidad de derechos; el negar a las parejas homosexuales los beneficios tangibles intangibles que disfrutaban las parejas heterosexuales implica tratar a los homosexuales como “ciudadanos de segunda clase”.</li> </ul>	<p>que, por ser fundamentales, el Estado debe asegurar su protección.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ La Corte, al examinar la pertinencia y razonamientos de los precedentes, debe respetar las razones fundamentales por las que el derecho a contraer matrimonio ha sido largamente protegido, identificando como tales: <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Su elección es inherente al concepto de autonomía individual: es una de las más íntimas que cada quien puede tomar;</li> <li>b) Brinda apoyo a una unión entre dos personas como ninguna otra en términos de su importancia para aquellos que se han comprometido;</li> <li>c) Protege a niños y familias, fundamentando derechos relacionados como procreación y educación de los hijos. Ofrece estabilidad necesaria para el interés superior de los menores, y</li> <li>d) Constituye una piedra angular de nuestro orden social: un matrimonio válido bajo una ley estatal permite también una posición significativa respecto de más de mil disposiciones federales.</li> </ul> </li> <li>✓ Limitar el matrimonio a parejas de sexo opuesto pudo haber parecido natural y justo, pero su incompatibilidad con el significado central del derecho fundamental a contraer matrimonio es ahora evidente.</li> <li>✓ El derecho a contraer matrimonio es fundamental como una cuestión de historia y tradición, pero los derechos no provienen únicamente de fuentes antiguas. Surgen, también, de un entendimiento mejor informado sobre cómo los imperativos constitucionales definen una libertad que continúe siendo primordial para nuestra época.</li> <li>✓ Pudiera haber una inclinación inicial en estos casos a proceder con cautela –esperar legislación, litigios o deliberación adicional–. Sin embargo, la dinámica de nuestro sistema constitucional permite a los individuos hacer valer un derecho fundamental sin tener que esperar una acción legislativa.</li> </ul>

<sup>225</sup> A manera de síntesis, el Pleno sostuvo: “...la Norma Fundamental no protege un solo tipo de familia, concretamente, la familia “ideal”, conformada por padre, madre e hijos, (...) **sino a la familia como tal, como realidad social**, debiendo entonces el legislador, al realizar su función normativa, buscar, precisamente, la protección de toda estructura u organización familiar y su desarrollo...” (énfasis añadido, p. 129, párrafo 311).

	Sentencia México	Sentencia Estados Unidos de América
<b>Votos particulares y concurrentes</b>	<p><b>Ministro Cossío (voto concurrente)</b> El ejercicio efectuado por la Sala en el que se analiza que puede modificarse la naturaleza formal de la norma que se estima violatoria de un derecho humano, de hetero a autoplicativa en función de la perspectiva de interés legítimo, impone al juzgador a efectuar una valoración objetiva que, en términos prácticos, resulta pretencioso y casi imposible de administrar.</p> <p>Por ello, el interés legítimo debió ser acotado a la vulneración de un derecho humano en particular: el derecho a no ser discriminado, de modo que no resulte necesario cambiar la naturaleza formal de las normas.</p> <p><b>Ministro Pardo (voto particular)</b> Los quejosos no demostraron que se encontraran en el ámbito de validez de la norma impugnada, por lo que a pesar de que lo hayan asumido “bajo protesta de decir verdad”, esta consideración de hecho debió acreditarse de forma fehaciente.</p> <p>Por otra parte, los quejosos tampoco acreditaron que hayan sido discriminados con motivo de la aplicación de la norma impugnada, ya que la norma impugnada tiene un carácter heteroaplicativo; inclusive, esta situación podría no acontecer si el Oficial del Registro Civil accediera a celebrar el matrimonio solicitado.</p>	<p><b>Chief Justice Roberts<sup>227</sup>.</b> La Corte no es un órgano legislativo, por lo que le corresponde determinar lo que establece la ley, no lo que debería ser. La mayoría impone preferencias personales en perjuicio de las disposiciones legales<sup>228</sup>. Los precedentes no cuestionan el significado tradicional de matrimonio, con premisa fundamental de la unión de un hombre y una mujer.</p> <p><i>“Si eres de los estadounidenses –sin importar orientación sexual– que está a favor del matrimonio igualitario, celebra la decisión de hoy. Celebra haber alcanzado una meta. (...) Pero no con base en la Constitución. No tuvo nada que ver en ello”<sup>229</sup>.</i></p> <p><b>Justice Scalia.</b> Si 9 jueces no elegidos democráticamente (en este caso, 5) pueden regir, irrumpen con un principio de la Declaración de Independencia de 1776 consistente en que el pueblo se gobierna a sí mismo a través de sus representantes.</p> <p><i>“Un sistema de gobierno que permite subordinar a todo un Pueblo a un comité de nueve jueces no electos no merece ser denominado democracia”<sup>230</sup>.</i></p> <p><b>Justice Thomas.</b> Para un análisis a partir de la perspectiva del debido proceso debe identificarse una afectación, lo que no se perfecciona en el caso<sup>231</sup>.</p> <p><i>“Nuestra Constitución –como la Declaración de Independencia que le precede– tuvo un fundamento simple: La libertad del individuo, así como su dignidad, tienen que ser protegidas –no proporcionadas– por el Estado”<sup>232</sup>.</i></p> <p><b>Justice Alito.</b> Contrasta que el entendimiento sobre el matrimonio de la mayoría se enfoque en la felicidad de las personas cuando la visión tradicional se vincula con la procreación.</p> <p><i>“Al imponer su visión a todo un país, la mayoría también promueve la marginación de los estadounidenses que tienen ideas conservadoras”<sup>233</sup>.</i></p>

<sup>227</sup> Todos los votos particulares del caso estadounidense son particulares (disentimientos).

<sup>228</sup> Esta observación se contrasta, como ejemplo de virtud, en *Roe (Supra p. 356)*.

<sup>229</sup> Opinión disidente del *Chief Justice Roberts*, p. 29.

<sup>230</sup> Opinión disidente del *Justice Scalia*, p. 5. Además, reflexiona sobre la composición de los 9 jueces que integran la Corte, para evidenciar que no constituyen un reflejo apropiado de representatividad.

<sup>231</sup> Esta postura es similar al razonamiento del juez de distrito mexicano que consideró la inexistencia de un acto de aplicación particular respecto del texto impugnado que contiene la definición de matrimonio.

<sup>232</sup> Opinión disidente del *Justice Thomas*, p. 17.

<sup>233</sup> Opinión disidente del *Justice Alito*, p. 7.

	Sentencia México	Sentencia Estados Unidos de América
Citas notables	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ “...se puede formular una regla de relación entre la amplitud del espacio de las normas heteroaplicativas como inversamente proporcional al grado de inclusión abarcado por el concepto de agravio adoptado.<sup>234</sup>”</li> <li>❖ “[Las leyes] no sólo regulan conductas, sino que también transmiten mensajes que dan coherencia a los contenidos normativos que establecen; es decir, las leyes no regulan la conducta humana en un vacío de neutralidad, sino que lo hacen para transmitir una evaluación oficial sobre un estado de cosas, un juicio democrático sobre una cuestión de interés general.<sup>235</sup>”</li> <li>❖ “[L]a medida es claramente discriminatoria porque las relaciones que entablan las parejas homosexuales pueden adecuarse perfectamente a los fundamentos actuales de la institución matrimonial y más ampliamente a los de la familia.<sup>236</sup>”</li> <li>❖ “La exclusión de los homosexuales de la institución matrimonial perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, ofendiendo con ello su dignidad como personas y su integridad.<sup>237</sup>”</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>❖ “La naturaleza de la injusticia conlleva que a veces no sea percibida en nuestros tiempos. Las generaciones que escribieron y ratificaron la Carta de Derechos y la Decimocuarta Enmienda no pretendieron asentar el alcance de la libertad en todas sus dimensiones, por lo que le delegaron a las generaciones futuras una carta que protegía el derecho de todas las personas de disfrutar la libertad mientras descubrimos su significado. Cuando nuevas reflexiones revelan discordancias entre las protecciones totales de la Constitución y restricciones legales, los reclamos de libertad tienen que atenderse.<sup>238</sup>”</li> <li>❖ “Sin el reconocimiento, estabilidad y predictibilidad que el matrimonio proporciona, sus hijos sufren el estigma de percibir que sus familias son de alguna manera inferiores.”<sup>239</sup></li> <li>❖ “Las decisiones acerca de casarse y criar hijos se basan en muchas consideraciones personales, románticas y prácticas; no sería realista concluir que una pareja de distinto sexo optaría por no casarse simplemente porque las parejas del mismo sexo pueden hacerlo.”<sup>240</sup></li> <li>❖ “Ninguna unión es más profunda que el matrimonio, ya que encarna los más altos ideales de amor, fidelidad, dedicación, sacrificio y familia. Al formar un matrimonio, dos personas se convierten en algo más grande lo que eran. Como algunos de los peticionarios demuestran, el matrimonio representa un amor que puede trascender incluso la muerte. Decir que estos hombres y mujeres le faltan el respeto a la idea del matrimonio sería no comprenderles. Su reclamo es que sí la respetan, y su convicción es tan profunda que tratan de conseguirla para sí mismos. Su esperanza es no ser condenados a vivir en soledad, excluidos de una de las instituciones más antiguas de la civilización. Ellos piden un trato digno y equitativo ante los ojos de la ley. La Constitución les otorga ese derecho.<sup>241</sup>”</li> </ul>

<sup>234</sup> p. 18, párrafo 55 del Amparo en Revisión 152/2013.

<sup>235</sup> *Ídem*, p. 25, párrafo 82.

<sup>236</sup> *Ídem*, p. 54, párrafo 170.

<sup>237</sup> *Ídem*, p. 61, párrafo 193.

<sup>238</sup> p. 11 de la Opinión de la Corte, suscrita por el *Justice Kennedy*.

<sup>239</sup> *Ídem*, p. 15.

<sup>240</sup> *Ídem*, p. 26.

<sup>241</sup> *Ídem*, p. 28.

Con base en el cuadro anterior, podemos encontrar las conclusiones siguientes<sup>242</sup>:

- a) La Primera Sala ocupó 70 párrafos de 218 que contiene la resolución (más del 30% de su extensión) en intentar clarificar la distinción entre interés legítimo y jurídico, así como su relación con las normas heteroaplicativas y autoaplicativas. Su redacción además de ser extensa tiende a ser repetitiva<sup>243</sup>, por lo que diluye el mensaje de justificación con soporte legal por el cual se aparta del criterio sostenido por el juez de distrito. En contraste, esta consideración de carácter técnico, como factor de procedencia del juicio, sólo es abordado –de forma análoga– por un *Justice* en el caso estadounidense, en el cual como se apreció, tuvo mayor interés en procurar dilucidar la cuestión de fondo.
- b) La resolución de la Sala basa su argumentación en considerar precedentes en los que se estableció el dinamismo del término “familia” para retomar dicha fórmula para la noción de “matrimonio”, pero es omisa en reconocer y asimilar otros componentes indispensables por los cuales las personas deciden asumir ese compromiso de pareja. Es decir, sus argumentos presentan un apego a esquemas legalistas, pese a que la naturaleza del tema requiere una perspectiva integral de las consecuencias de un matrimonio. La sentencia estadounidense presenta un acercamiento más decidido en otredad, al intentar comprender *por qué* las personas buscan casarse, teniendo como eje principal la libertad y el amor.
- c) En los votos particulares se presentan las diferencias en técnica argumentativa más evidentes: en el caso estadounidense, la preocupación de

---

<sup>242</sup> A pesar de que se conserva en mente de las diferencias en los sistemas legales de ambos países, así como sus contextos y culturas, consideramos que el ejercicio de contraste es posible en función de los puntos que se desean comparar, mismos que podrían incorporarse en el caso mexicano en su beneficio.

<sup>243</sup> Por ejemplo, el final del párrafo 64 (p.20) y el párrafo 70 (p.22) de la resolución son exactamente iguales.

los *Justices* estriba en cómo un poder estatal, sin legitimación democrática, tiene la capacidad de imponer sus puntos de vista por encima de la ciudadanía y de órganos de representación; además, cuestionan el punto de vista de la mayoría al no contar con un sustento jurídico sólido en el sistema jurídico de ese país. En fuerte contraste, el voto particular del caso mexicano incluso plantea un escenario irracional en el que la presentación de la demanda de amparo no habría tenido lugar, con base en la posibilidad – irrisoria– de que los funcionarios del registro civil accedan espontáneamente a la pretensión de la pareja homosexual: este voto es indiferente a la afinidad de experiencia imperante en nuestro país (idea que retomaremos más adelante).

Aun cuando pudiera comentarse que Estados Unidos de América y México son países con sustratos culturales distintos, y con una práctica jurídica y judicial muy distantes entre sí, lo cierto es que estas diferencias no representan un obstáculo para que la otredad pudiera presentarse; la conciencia de contribuir a proteger la libertad y la dignidad de las personas, como se describió, debe constituir un ideal impersonal y cosmopolita, con aspiración hacia un universalismo pleno, por lo que el ejercicio efectuado también evidencia cómo una de las expresiones humanas más perfectas –el amor– puede ser considerado para una resolución judicial, en la que se pierda la timidez de emplear conceptos e ideas ajenos al sistema jurídico, pero no por ello exentos de humanismo y cotidianidad.

La magistrada Hernández Chong Cuy (2012, p. 130) advierte: “*Juzgar lo que no se ve o sólo se ve por fuera conlleva un alto riesgo de injusticia*”. Esta afirmación puede complementarse al agregar que la justicia sí es asequible y se encuentra más cerca de lo que solemos creer. Se encuentra en nosotros mismos, en las acciones que nos permitan acercarnos al otro, pues sólo en la medida en que conozcamos mejor a otras personas, podremos alcanzar significados más ricos y humanos de

nuestra propia existencia, lo cual bajo una guía jurídica adecuada, puede materializarse como justicia.

Es necesario recordar que este punto de vista no pretende soslayar la utilidad de las leyes, pero es útil percatarnos de sus limitaciones inherentes. Las leyes que deben ser neutras, generales, abstractas e impersonales, son incapaces de comprender contextos particulares. Y es por ello que la intervención del decisor judicial al momento de aplicarlas resulta fundamental: al tratarse de una determinación individual, sobre partes con una historia, un contexto y planes de vida específicos, puede efectuarse el intento de arribar a soluciones más justas, bajo la conciencia de que dicha solución investida de fuerza coercitiva estatal, tiene la característica de regir destinos, a veces, perjudicándolos de forma trascendental.

Para concluir este apartado, cabe reflexionar que aun cuando nos hemos enfocado en el ámbito judicial, la otredad como franca cercanía hacia un semejante con una perspectiva humana constituye una práctica cuya valía podría comprometer en sentido positivo a todo integrante de la sociedad. Es decir, las reflexiones hechas que describen un esfuerzo serio por comprender al otro pueden constituir, de forma directa, en una vía para el mejoramiento de nuestras relaciones interpersonales en cualquier contexto y, de paso, permitirían constatar una manifestación práctica del quehacer filosófico en su vertiente ética, pues como lo reflexionó Confucio, el estudio sincero de la filosofía y el humanismo trae aparejado la mejora del carácter y la inteligencia de las personas<sup>244</sup>.

---

<sup>244</sup> Cfr. ANTAKI, Ikram (2009, p. 128).

### 4.3.2 Emociones y percepción: la justicia poética de Martha Nussbaum

La justicia poética, como la entendemos a partir de la obra homónima de la autora Martha Nussbaum, consiste en un ideal con el cual los decisores judiciales, mediante el uso de emociones e imaginación literaria, asumen la comprensión de las características y contexto de las partes en un caso concreto con el objetivo de identificar en mayor medida hechos que representen una vulneración a la dignidad y libertad humanas.

Toda vez que las emociones constituyen uno de los núcleos en el pensamiento de Nussbaum, y cuya utilidad según explica aquí compartimos, es prudente que se haga frente a la primera crítica que usualmente se formula en torno a las emociones: su carácter irracional. Las emociones, como estados de ánimo frente a estímulos externos, son catalogadas como reacciones ajenas a un proceso de racionalización. Sin dejar de lado esa descripción, el uso de las emociones con una posibilidad racional radica en incrementar las capacidades de percepción de las personas para incentivar en ellas el descubrimiento de situaciones que en un primer momento pueden pasar desapercibidas. Además, a través de las emociones es posible estimular una *imaginación literaria*, un concepto con el que Nussbaum describe la recreación que efectuamos en nuestras mentes sobre la vida de los personajes de las novelas que leemos (cuando nos interesamos en su trama) que genera un sentimiento de empatía hacia el personaje, al reconocerlo como una manifestación de nuestra propia humanidad.

Con base en lo anterior, las emociones no merecen ser descartadas apresuradamente de toda deliberación o análisis jurídico, al constituir un rasgo predominante de nuestra naturaleza humana; por el contrario, lo que Nussbaum propone es emplearlas a fin de perfeccionar nuestras capacidades de percepción reconociendo su humanidad innata. Sostener una postura contraria, con un apego estricto a la racionalidad, implicaría desconocer el valor de nuestras relaciones



interpersonales y cómo trascienden a un carácter lógico. En este sentido, Nussbaum (1997, p. 91) afirma: “*esa conclusión se basa en una visión ética sustantiva y sumamente controvertida, según la cual los lazos con nuestros seres queridos, nuestro país y otros elementos inconstantes y externos al yo carecen de valía*”.

Tomando como referencia a Aristóteles, Nussbaum (1997, p. 99) reflexiona cómo una tragedia inspira compasión a los lectores, instándolos a preocuparse intensamente por el sufrimiento y la desgracia ajena, y a identificarse con los demás de maneras que les revelan posibilidades para sí mismos. Por ello, los jueces o jurados que se niegan a sí mismos la influencia de las emociones, niegan a su vez maneras de ver el mundo que parecen esenciales para aprehenderlo en plenitud.

La novela que es usada recurrentemente por dicha autora para dar soporte a su exposición es “Tiempos difíciles” de Charles Dickens. Dado que resultaría demasiado extenso considerar diversos ejemplos que nos parecen ilustrativos para ejemplificar el valor de las emociones en torno a la justicia poética –además de que en todo caso la remisión al texto particular resultaría lo más conveniente– aquí nos limitaremos a compartir uno de ellos: un profesor con un pensamiento utilitarista<sup>245</sup> explica que, en una inmensa ciudad con un millón de habitantes, sólo veinticinco habitantes mueren de hambre en las calles. El profesor pregunta a una alumna qué piensa de ello, sin duda esperando una respuesta que exprese satisfacción por un número tan bajo. Sin embargo, ella responde “*debe ser igualmente duro para quienes mueren de hambre, aunque los demás sean un millón o un millón de millones*”. Nussbaum sobre este ejemplo concluye que el análisis numérico ofrece confortación y distanciamiento; demuestra que el intelecto sin emociones es indiferente ante los valores, pues no percibe el peso de la muerte de una persona, percepción que es inherente al juicio basado en las emociones. La respuesta emocional de esa alumna *reconoce* a los muertos con la valía de la humanidad, afín

---

<sup>245</sup> *Supra* p. 77.

al ideal de otredad que hemos expuesto, al ubicarlos en un contexto que hace visibles las consecuencias que derivan de su muerte, sobre su familia, amigos y otros conocidos.

Para Nussbaum, al leer una novela, en la medida en que nos adentramos a su historia, sucumbiendo a sus invitaciones y conmoviéndonos con sus personajes, resulta ineludible hacer juicios sobre ese proceso, confiando en que algunas razones son más fuertes que otras, que algunas maneras de tratar a los seres humanos son mejores que otras, y que pueden justificarse como mejores exponiendo determinadas razones. Así, la novela a través de las emociones que nos genera, nos hace jueces, al disentir acerca de lo que es correcto y apropiado. Como lectores interesados buscamos un bien humano que procuramos realizar en y para la comunidad humana, y dicho proyecto no requiere de normas externas a la experiencia de la lucha humana, a una afinidad de experiencia que no necesariamente tiene fundamento en conocimientos técnicos o letrados: *“La comprensión literaria, pues, promueve hábitos mentales que conducen a la igualdad social en la medida en que contribuyen al desmantelamiento de los estereotipos en que se basa el odio colectivo”* (Nussbaum, 1997, p. 130).

Otra postura escéptica también podrá cuestionar que las emociones no generan, por sí mismas, soluciones a los problemas. Y dicen verdad, pero su importancia radica en que las emociones nos urgen a resolverlos. La emoción del lector en el esquema de la imaginación literaria –espectador de los hechos– surge de la consideración de los que él mismo sentiría si estuviera reducido a la misma situación y pudiera al mismo tiempo contemplarla con su razón y juicios presentes, encontrando aquí un punto de conexión importante con el ideal de otredad que hemos expuesto en el apartado anterior<sup>246</sup>.

---

<sup>246</sup> Nussbaum reflexiona: *“Con frecuencia en la vida política actual nos sentimos incapaces de ver al prójimo como plenamente humano, como algo más que “sueños o puntos minúsculos...”* (1997, p.15).

De acuerdo con lo anterior, la imaginación literaria puede ser considerada como una herramienta esencial de una postura ética que despierta el interés en el bienestar de personas aunque su existencia parezca distante de la nuestra (ya sea como personajes de ficción, o como personas en nuestra realidad). Para ello, la imaginación literaria tiene que luchar contra los profundos prejuicios de la sociedad que suelen encontrar refugio en la moralidad imperante, cuestionándolos e imaginando si las personas que son víctimas de ellos cuentan con medios eficaces para reducir las asimetrías generadas por ese motivo.

Si bien podríamos cultivar nuestras capacidades perceptivas como lo propone Nussbaum a través de otras obras artísticas, tales como el cine y la pintura, la autora elige al género de la novela como la premisa de su exposición al considerar que constituye el mejor medio para formar la capacidad de imaginar, de fortalecer nuestras fantasías y comprender en qué consistiría vivir la vida de personas que podrían ser, con algunos cambios circunstanciales, nosotros mismos o nuestros seres queridos. Nussbaum (1997, p. 33) explica:

*“La novela construye un paradigma de un estilo de razonamiento ético que es específico al contexto sin ser relativista, en el que obtenemos recetas concretas y potencialmente universales al presenciar una idea general de la realización humana en una situación concreta, a la que se nos invita a entrar mediante la imaginación”.*

De la descripción anterior conviene subrayar algunas ideas. La imaginación literaria de Nussbaum escapa a las reducciones relativistas en las que los juicios de corrección son susceptibles de atomización sin posibilidad de analizar su valía en términos éticos. Es decir, a través de la novela se pueden identificar rasgos y acciones tendentes hacia un carácter universal, con validez inmanente al reconocimiento de la humanidad de las personas, derivado de las adversidades que

enfrentan los personajes. Con esto, un lector tiene la posibilidad de refinar y perfeccionar constantemente esta capacidad de análisis y encontrar semejanzas entre diversas historias, como lo es el carácter *heroico* con que suele dotarse a los personajes principales, en tanto que además de cumplimentar la expectativa que se espera de ellos de acuerdo a sus roles específicos, realizan acciones adicionales en beneficio de otras personas: en toda historia, entonces, es fácil reconocer al héroe no por la medida de sus acciones y logros, sino en la medida en que logra inspirar a otros.

Por otra parte, las recetas concretas y potencialmente universales de las que nos habla Nussbaum confirma la búsqueda de necesidades y aspiraciones humanas inmanentes a las personas que trascienden límites culturales y temporales, en tanto que los esfuerzos deben ser dirigidos a encontrar cómo optimizar las posibilidades de satisfacer dichas necesidades y aspiraciones, las cuales pueden variar pero su núcleo será siempre el mismo: una lucha por el reconocimiento de la libertad y dignidad humanas. En ese sentido, las asimetrías profundas que presentan nuestros esquemas democráticos deben ser mitigadas desde todos los frentes posibles, de lo contrario erosionan un sentido de humanidad tanto para quienes la padecen como para quienes tienen la posibilidad u obligación de hacer frente a ellas. Nussbaum (1997, p. 81) afirma: *“la gente muy infeliz puede adaptarse a las circunstancias en que vive, pues uno de los peores aspectos de la privación es que despoja a la gente de sus aspiraciones y del sentido de la dignidad”*.

En alusión a Richard Posner y a otros autores que pretenden asimilar al fenómeno jurídico con la ciencia económica, Nussbaum cuestiona que a través de procedimientos “sumatorios” o de maximización puedan obtenerse soluciones pulcras y precisas para todos los problemas humanos. El núcleo de su crítica –que compartimos– se expresa de la siguiente forma (1997, p. 50):

*“...la mentalidad económica no tiene reparos en encarar la vida de los seres humanos como un problema matemático relativamente elemental que tiene una solución definida, ignorando el misterio y la complejidad de cada vida, en su intriga y dolor frente a sus elecciones, sus enmarañados amores, sus intentos de enfrentar el enigmático y sobrecogedor hecho de la propia mortalidad.”<sup>247</sup>*

Con el objeto de afianzar su postura frente a tales críticas, en el último apartado de su obra *Justicia Poética*, Nussbaum aterriza su exposición en la figura de los jueces para discernir cómo pueden los elementos analizados impactar positivamente en la función judicial. Al decisor judicial que asume su rol bajo este esquema, Nussbaum lo ha denominado *juez literario*, mismo que *“Busca la neutralidad (...) y requiere de un conocimiento empático de datos humanos cargados de valores”* (1997, p. 119). Como se advierte, este comentario encuentra eco en el modelo de juez virtuoso que describimos aquí, al enfatizar el carácter humano cargado de dinamismo en cada caso concreto frente a una aplicación silogística de los textos normativos, contrastando si la solución dada por la regla silogística no se contrapone a un bien superior protegido igualmente por el sistema jurídico. En sentido, la autora en cita (1997, p. 127) comenta: *“el juez literario sostiene que esos datos sociales e históricos son relevantes, y piensa que debe esforzarse en comprender todos los matices de la situación de los grupos afectados. No debe sucumbir a inclinaciones personales ni a objetivos sectarios”*.

A manera de conclusión, Nussbaum (1997, p. 123) sostiene: *“el razonamiento en ética y política es y deber ser diferente del razonamiento deductivo que algunos buscan en las ciencias, pues debe interesarse fundamentalmente en el cambio histórico, en la complejidad de los contextos prácticos reales y en la diversidad de*

---

<sup>247</sup> La conclusión de su crítica es contundente y aboga por una reflexión detenida: *“Si las decisiones económicas no reconocen las complejidades de la moral interior de cada ser humano, (...) cabe desconfiar de su pretensión de gobernar una nación de seres humanos. De hecho, es bastante posible que, puesto que nos consideran iguales a objetos inanimados, nos tratarán con cierta obtusidad”* (1997, p. 51).

*los casos*”. Esta situación tiene un mayor peso en el ámbito democrático, pues sólo a través de ejercicios análogos a la imaginación literaria propuesta por Nussbaum, las personas que integran minorías –generalmente excluidos de la sociedad– podrán expresar los hechos de sus vidas, reconocerse su tratamiento desigual, y que los decisores involucrados logren actuar en consecuencia con el objeto de mitigar esas posiciones de desventaja.

Con la finalidad de ejemplificar las ideas anteriores, se propone el análisis del caso “*Guardianes del Muro*” (*Mauerschützen*)<sup>248</sup>. Como primer acercamiento al asunto que se plantea, debe imaginarse el contexto al finalizar la Segunda Guerra Mundial, en el que para asegurar la pacificación de Alemania, los países aliados optaron por fraccionar su territorio original a fin que los vencedores mantuvieran un control político y económico sobre tales regiones. La parte oriental terminó constituyendo, el 7 de octubre de 1949, la República Democrática Alemana (RDA), bajo control soviético, con lo cual se promovió un sistema estatal basado en ideales socialistas.

Con el objeto de asegurar la estabilidad e impedir la intromisión de “intrusos” del bloque occidental que pudieran poner en riesgo al régimen implantado, en agosto de 1961 se comenzó la construcción del llamado Muro de Berlín, (o muro de la vergüenza como lo llamó la República Federal Alemana –occidental–) cuya utilidad en la práctica consistió en impedir la migración masiva que marcó a los Estados que conformaban el Pacto de Varsovia, dadas las fuertes e incluso lesivas restricciones de las que usualmente era objeto la población en aras de la economía planificada.

---

<sup>248</sup> Los comentarios aquí anotados se derivan de la versión abreviada de la traducción del alemán por Eduardo R. Soderó, en LUIS VIGO, Rodolfo. *La injusticia extrema no es derecho*, Facultad de Derecho, UBA, Argentina, 2004, pp. 73-99.

Por lo anterior, es fácil suponer el interés de la RDA de mantener militarizado el muro, llegando incluso a consecuencias fatales para todo aquél que pretendiera alcanzar la Alemania occidental sin la autorización estatal correspondiente, a los que se consideraba como auténticos traidores. Descrito el contexto histórico-político, los antecedentes del caso son los siguientes:

- I. En la noche del 14 de febrero de 1972, hacia las 22:30 horas, un joven de 29 años de edad de Berlín Oriental, se había introducido al río Spree, sin ser descubierto, para cruzarlo a nado en dirección a la costa de Kreuzberg (Berlín Occidental).
- II. Dos soldados descubrieron al joven mientras él nadaba en medio del río, por lo que procedieron a llamarlo mediante gritos, sin que aquél respondiera a los guardias fronterizos.
- III. Ante la omisión de respuesta del nadador, ambos dispararon sobre éste al mismo tiempo, desde una distancia aproximada de 40 metros sin ponerse de acuerdo previamente de manera expresa y sin que se haya podido desmentir, posteriormente, que hayan existido disparos de advertencia. Ambos reconocieron la posibilidad de una herida mortal para el fugitivo.
- IV. Tras las ráfagas de disparos no se vio más al nadador, dado que fue alcanzado por un proyectil en la cabeza y se ahogó, sin que pudiese aclararse cuál de los soldados efectuó el disparo mortal. Posteriormente, fueron dados de baja, se les recompensó con una medalla al servicio y un premio de 150 marcos. La viuda fue informada cuatro semanas después del hecho de que se había tratado de un suicidio y que el cadáver ya había sido incinerado.
- V. El Tribunal estadual consideró culpables a los soldados, sosteniendo que el acto era considerado como homicidio doloso de conformidad al Derecho Penal de la República Federal de Alemania, como el de la RDA, al aducir,

esencialmente, que el uso de arma de fuego no había sido justificado en las circunstancias existentes.

- VI. Inconformes ante el fallo descrito en el párrafo que antecede, se promovió recurso de revisión ante la Corte Suprema Federal, la cual desestimó el medio de impugnación al estimar, en lo toral, que la causa de justificación sostenida por los recurrentes respecto del cumplimiento de un deber vulneraba derechos humanos sin que ello implicara trastocar el principio de irretroactividad de la ley.
- VII. Toda vez que su pretensión no fue acogida, fue promovida la instancia constitucional respectiva ante el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, misma que es objeto de análisis a continuación.

De los antecedentes referidos, puede destacarse, en primer término que el tribunal de primera instancia consideró culpables a los soldados desde un enfoque eminentemente legalista, ya que conforme al derecho de la RDA, el uso de las armas de fuego sólo tenía cabida ante situaciones extremas, en las que se advirtiera un peligro o amenaza real e inminente, mientras que en la especie el nadador no representaba ninguna clase de riesgo para los soldados, de forma que el uso del arma de fuego resultaba ilegal.

Sin embargo, el caso es relevante ya que la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en función de los agravios planteados por los acusados –actuación en cumplimiento de un deber como causa de justificación, con base al derecho de la RDA–, va más allá de los esquemas normativos para introducir cuestiones con una fuerte carga emocional, lo que da como resultado un fallo con mayor robustez y razonabilidad. Tales argumentos, en síntesis, pueden agruparse en las dos siguientes temáticas:



## 1) Cuestionable potestad punitiva de la RDA.

La RDA ejerció su poder punitivo en un contexto estatal en el que no se hicieron efectivas la democracia, la división de poderes ni los derechos fundamentales, por lo que la protección de la confianza en el actuar de los recurrentes, basados en que actuaron bajo el cumplimiento de un deber atentos a la orden de un superior, debe retroceder ante la justicia material<sup>249</sup>. Por ello, ante este estado de cosas, el tribunal consideró que el portador del poder estatal estableció una “extrema injusticia estatal”, al no haberse observado en dicho régimen la protección a esos derechos fundamentales.

## 2) Moralidad (emotividad en torno al ataque)

A pesar de existir disposiciones con pretensión de ordenar determinadas conductas, cuya validez en el sentido formal no se cuestiona, estarían privadas de carácter jurídico por lesionar principios que valen con independencia de cualquier reconocimiento estatal; quien se comportase conforme a tales disposiciones resultaría merecedor de pena.

De acuerdo al nivel cultural de los recurrentes, se estima inaceptable como un hecho, que principios decisivos e indispensables para la vida humana en común, que pertenecen al inviolable núcleo esencial del derecho, no hayan sido conocidos para los autores al momento del hecho. El nadador se encontraba indefenso, y no representaba ninguna amenaza para los soldados ni para otro bien jurídico generalmente reconocido; por ende, el tribunal considera que en el caso se actualizó una insoportable contradicción del derecho positivo con la justicia, en tanto que el

---

<sup>249</sup> *Idem*, p. 93. El tribunal también describe que el mandato de justicia material comprende la observancia de los derechos humanos internacionalmente reconocidos y, en consecuencia, la protección de la confianza (la aplicación de la causa de justificación) debe retroceder: “*La subordinación del derecho a la vida del individuo frente al interés estatal en impedir el cruce de la frontera condujo a la postergación del mencionado derecho frente a las exigencias de conveniencia política. Ella fue la más grave injusticia material*”.

principio de la seguridad jurídica puede ser estimado como menos valioso que el de la justicia material<sup>250</sup>.

En vista de lo anterior, el atentado contra el nadador indefenso es tan grave que ofende las convicciones jurídicas comunes a todos los pueblos acerca del valor y la dignidad del hombre. Al imaginar la situación del ataque contra un hombre desarmado cuyo objeto era huir de un régimen que limitaba profundamente su libertad –y con ello la libre prosecución de su plan de vida– genera una emoción de *injusticia* que el tribunal orientó para calificar el acto como una manifestación insoportable respecto de la esencia auténtica del derecho. Así, la percepción fue conducida racionalmente, pues resulta importante recordar que todo decisor judicial es una persona, la cual no puede sustraerse de sus sentimientos y emociones; al contrario, es necesario buscar su perfeccionamiento para que lo auxilien en la búsqueda de la justicia.

#### **4.3.3 Afinidad de experiencia: el sentido común refinado**

A lo largo de esta investigación hemos utilizado continuamente el término “afinidad de experiencia” para definir un consenso generalizado respecto a situaciones particulares, como una manifestación de sabiduría práctica que ha sido comprobada y que las personas aprueban ya sea por una vivencia personal o por haber asumido el conocimiento a partir de una experiencia ajena que estiman confiable. La afinidad de experiencia, además de percibirse como un sentido común refinado, también implica un grado de otredad, ya que su construcción es conjunta, y también muestra apertura ante las modificaciones que proponga el otro.

---

<sup>250</sup> *Idem*, p. 94. El tribunal procura medir su punto de vista al respecto: “Con todo, se ha destacado que una privación de efectos del derecho positivo debe quedar limitada a extremos casos de excepción, y que incluso una legislación meramente injusta, que sería repudiable según una simple interpretación, todavía puede alcanzar validez jurídica a partir de elementos de su propio ordenamiento, pudiendo realizarse de esa manera la seguridad jurídica”.

Probablemente pueda pensarse que este esquema ya es lo suficientemente <obvio> y no requiere que fijemos nuestra atención en él, o bien, que es necesario confiar en los decisores normativos, quienes al asumir sus determinaciones, han considerado regular los ámbitos más importantes de la *praxis* humana en aras del beneficio colectivo. Sin embargo, hemos considerado su inclusión como otro factor fundamental a considerar por el juez que pueda ser calificado como virtuoso, debido a la recurrencia de resoluciones supuestamente fundadas y motivadas, pero con graves omisiones en este ámbito: el caso de Mariana Lima, o de los “Porkys” descritos con anterioridad, dan buena cuenta de ello.

Si bien pudiera pensarse en factores de corrupción como los detonantes específicos de esta falta de claridad de las determinaciones judiciales ante preguntas que pueden ser formuladas de manera común, alejadas de la técnica jurídica rigurosa, este es un problema del cual por cuestión de materia no habremos de ocuparnos aquí. Luego, el enfoque que se pretende dar, nuevamente en contravención a la aplicación silogística –mecánica e inhumana– de la ley, es el de recordar al decisor judicial, esta vez a través de un sentido común, si no ha pasado desapercibido algún rasgo del caso que pudiera alterar sustancialmente la solución que haya reflexionado.

Esta vinculación entre justicia y experiencia, bajo un enfoque pragmático, al menos en el caso del common law no es nuevo. En los Estados Unidos de América<sup>251</sup> desde mediados del siglo XIX ya existían jueces ciudadanos que no tenían un conocimiento jurídico específico, pero cuyo reconocimiento entre la sociedad, así como su sabiduría práctica reflejada en cada determinación les permitió forjar un prestigio duradero. Alexis de Tocqueville en su obra “La democracia en América” explica que el juez de paz es un ciudadano ilustrado pero que no está precisamente versado en el conocimiento de las leyes. Por eso no se le

---

<sup>251</sup> Cfr. VALDÉS, Clemente (2008, pp. 228-230).

encomienda más que ser policía de la sociedad: cosa que exige más buen sentido y rectitud que ciencia. Es decir, la solución de conflictos tenía un fundamento más cercano a las partes, y la posibilidad de arribar a una solución razonable también se incrementaba en el sentido de que el decisor tenía información sobre la situación particular de los vecinos en conflicto; el principio de inmediatez procesal se materializaba de manera inmejorable. Esta tradición perdura, por ejemplo, en Inglaterra, en el que la mayoría de los jueces de paz son no profesionales, y no reciben ninguna compensación por su trabajo, fuera del honor que dicha función representa. Aunque los conflictos que son sometidos a su conocimiento podrían ser calificados como poco relevantes (cuestiones penales menores y algunos aspectos familiares), podremos advertir que en la experiencia inglesa dichos jueces (*magistrates*) inciden poderosamente en su comunidad. Gozan de buena reputación al encontrarse respaldada en los efectos positivos y visibles de sus determinaciones, entre las que se encuentran otorgar licencias de cervecerías y bares, expedir requerimientos a los padres para cumplir con su obligación de mantener a sus hijos menores y ordenar la destrucción de perros peligrosos.

Un dato interesante que abona a esta perspectiva planteada de la sabiduría práctica sobre el conocimiento técnico jurídico, es la expresada por el autor Bernard Schwartz (1995, p. 98) al elaborar un listado de los 10 mejores jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos. En el lugar número 1 ubica a John Marshall, y al comenzar la descripción de Joseph Story (segundo lugar de su listado) hace referencia a su primer lugar de la forma siguiente:

*“Joseph Story ha sido el Justice nominado más joven, así como el más erudito en ocupar un sitio en la Corte Suprema. En la Corte Marshall, Story proveía la única cosa de la que el gran Chief Justice carecía: instrucción académica<sup>252</sup>. ‘Bien Story’, Marshall dijo alguna vez a su colega, ‘esta es la*

---

<sup>252</sup> “*Legal scholarship*” en el original.

decisión: encuentra precedentes para ella'. *La erudición de Story era, en efecto, prodigiosa (...) Sus opiniones eran usualmente largas y documentadas, sostenidas en precedentes y autores*".

Aunque una opinión proveniente de un académico estadounidense no sea suficiente para afirmar que el mejor juez en la historia de los Estados Unidos de América haya carecido de instrucción académica, y en consecuencia forjó su conocimiento a partir de una experiencia práctica en el ámbito legal<sup>253</sup>, sí deja entrever, al menos, la relevancia de contar con conocimientos que no son adquiridos en una escuela de Derecho, sino que son producto de nuestras vivencias cotidianas, y que en su mayoría pueden compartirse con nuestros semejantes para cimentar su validez. Luego, la sabiduría práctica reflejada en esta afinidad de experiencia se convierte en otro soporte del juez virtuoso. Amaya (2011, p. 139) opina: "*el juez virtuoso ha de tener la virtud de la sabiduría práctica, ya que esta virtud es, según Aristóteles, un requisito necesario para poder tener cualquier otra virtud*".

Conforme a las ideas expuestas, y en seguimiento a diversos ejemplos que hemos proporcionado en esta investigación, es posible identificar en ellos diversos rasgos que podemos atribuir a la afinidad de experiencia. No obstante lo anterior, consideramos conveniente mencionar otro caso para ilustrar este apartado, en el que estas condiciones no se observaron y dieron lugar a una resolución cuestionable.

---

<sup>253</sup> "*Marshall, con mayor énfasis que cualquiera de los primeros jueces, moldeó sus decisiones de acuerdo con las necesidades imperantes de su época. Si esto era a menudo intuitivo en lugar de consciente, sus intuiciones influyeron notoriamente en la concepción del interés público*" (Schwartz, 1995, p. 97).

## *El caso de Grettel Rodríguez Almeida*<sup>254</sup>

Este caso alcanzó notoriedad mediática –de forma similar al caso “Porkys” revisado con anterioridad– porque implica elementos que hacían inverosímil e incluso contradictoria la sentencia dictada. Aquí intentaremos apartarnos del sensacionalismo y de las posturas publicadas en diversos medios de comunicación, con el objeto de ofrecer al lector una perspectiva imparcial del caso, sobre las cuales, se comparta o no el sentido de la sentencia, es posible debatir algunas de sus consideraciones. Los antecedentes del caso son:

- I. El 16 de septiembre de 2009, Grettel Rodríguez y su entonces pareja sentimental entablaron una discusión en el domicilio particular de los padres de ella. Molesta por una expresión de celos, Grettel le anunció que decidía terminar la relación y le pidió que se retirase del domicilio. Su pareja se negó y afirmó que si se atrevía a dejarlo la iba a matar y luego él se suicidaría<sup>255</sup>.
- II. Ante la negativa de acompañarlo para platicar en otro lugar, Grettel perdió de vista a su pareja en un momento, en el cual presumiblemente entró a la cocina por un cuchillo y después continuó la discusión<sup>256</sup>. En un momento ríspido de la discusión, su pareja tomó el cuchillo y la agredió en la cara y el cuello<sup>257</sup>.

---

<sup>254</sup> Se hace referencia a la sentencia de Amparo en Revisión 208/2014 del índice del Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Decimocuarto Circuito, con sede en Mérida, Yucatán, de 22 de enero de 2015. Visible en: <https://es.scribd.com/doc/259287947/Exoneran-a-un-hombre-que-apunalo-a-su-novia>

<sup>255</sup> Esta afirmación es consistente entre ambas declaraciones (Grettel y su pareja). *Vid.* Páginas 167 y 168 así como 170 y 171, respectivamente, de la sentencia en comento.

<sup>256</sup> *Ibidem*. Su pareja declaró que extrajo el cuchillo “*ya que le iba a servir en ese momento*” (sin especificar para qué) y lo dejó sobre la mesa del centro de la sala.

<sup>257</sup> *Ibidem*. Aunque las declaraciones difieren respecto del inicio de la agresión (Grettel declaró que fue sorpresivo, en tanto que su pareja declaró que se debió a un par de bofetadas que causaron su enojo), ambas son coincidentes en esta primer mecánica de lesiones.

III. Durante el forcejeo en el que ella intentó defenderse, fue herida en diversas partes del cuerpo. Ante el escenario creado, el agresor huyó en su vehículo que se encontraba estacionado enfrente del domicilio en que sucedieron los hechos. Asimismo, reconoce que guardó el cuchillo con el que se generó la agresión en la guantera de su carro. En tanto, los padres de Grettel al escuchar sus gritos salieron de sus dormitorios para auxiliarla.

IV. Después de una larga secuela procesal en la que se debatió si el hecho ilícito imputable al agresor debía ser clasificado como lesiones o tentativa de homicidio, el asunto arribó al tribunal colegiado de circuito para decidir en definitiva esta circunstancia, que impactaría de forma contundente el tratamiento del caso, así como la pena a imponer al agresor.

El tribunal colegiado resolvió que no existían elementos en el caso para considerar que la pareja de Grettel podía ser juzgado bajo la figura de homicidio calificado cometido en grado de tentativa, debido a que “*decidió por sí sólo dejar de agredirla*”<sup>258</sup>, pues en su opinión, de los hechos no se advierte evidencia que conduzca a concluir que la intención del agresor fuera privar de la vida a su víctima. Además, enfatiza, las lesiones provocadas aun cuando son de aquellas que tardan en sanar más de 15 días, no fueron clasificadas como aquellas que ponen en peligro la vida.

Las preguntas, que muy probablemente el lector compartirá, y sobre las cuales no existe ningún pronunciamiento por parte del tribunal colegiado son: 1) ¿Acaso no reconoció expresamente el agresor la intención de matar a la víctima en su propia declaración? 2) ¿Cómo es que una herida en el cuello no puede ser analizada con base en la intencionalidad de matar? 3) ¿Las heridas en la cara no merecían un tratamiento particular dada su visibilidad y las secuelas psicológicas que desencadenan?, y finalmente para debatir en torno al razonamiento que niega

---

<sup>258</sup> *Ibidem*, p. 186.

la tentativa, 4) ¿Por qué huyó el agresor de la escena en lugar de prestar auxilio a la víctima? y 5) Al ver las hemorragias profusas que sus heridas causaron, ¿no habrá pensado el agresor que *había hecho suficiente* y fue la razón real de su huida?

Con el anterior ejercicio deseamos dejar patente, en primer término, cómo las cuestiones medulares del caso en comento no requieren un conocimiento jurídico vasto o especializado para cuestionar el razonamiento del tribunal colegiado: obedecen a reflexiones que podemos identificar con mayor facilidad al intentar recrear los hechos en nuestra mente, afinando la percepción si hemos contado con experiencias anteriores. Fuera de apreciaciones que puedan ser calificadas como subjetivas, podemos construir un consenso sobre la inviabilidad de la resolución. La interrogante de índole práctica con mayor peso radica en las razones por las cuales el agresor huyó del lugar, lo cual en un sentido común, se atribuye al temor del castigo correspondiente, como un reconocimiento tácito de la culpa o responsabilidad.

Sabemos que en materia penal no es posible fincar responsabilidad o imponer penas con base en meras presunciones. Sin embargo, parece que en el caso la decisión del tribunal colegiado se encuentra asentada en las mismas consideraciones fácticas que podrían servir para sostener un resultado distinto. Es decir, los hechos ya no fueron objeto de debate en esta instancia, sino que se limitó a una apreciación de los mismos: a definir si existió intención de privar de la vida o no. En el caso de que existieran elementos de convicción pendientes o necesarios por desahogar, el tribunal colegiado también podría haber ordenado su práctica. Pero el resultado es, francamente, decepcionante y en oposición a la afinidad de experiencia en el tema: una persona que busca herir a otra en la cara –quizás la parte más visible de nuestra fisonomía– es para marcarla; en el cuello es con una intención fatal. En ambos casos, la reclasificación que propone el tribunal colegiado es indiferente a la intencionalidad del agresor y a las consecuencias que produjo en su víctima.



Finalmente, desde el punto de vista jurídico, es necesario llamar la atención en un aspecto: para sostener sus conclusiones, el tribunal colegiado cita criterios de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación... ¡de la Quinta Época! Criterios que implica remontarse a mediados del siglo pasado, los cuales como puede suponerse, son citados dogmáticamente, transcritos sin explicar en qué medida resultan aplicables. El criterio más reciente citado en este apartado data de la Séptima Época (1981)<sup>259</sup>. Ahora bien, la sentencia fue dictada el 22 de enero de 2015; ya desde agosto de 2012, se había integrado una tesis aislada<sup>260</sup> que estableció que aun cuando para configurar la tentativa es necesario que se coloque en peligro la vida de la víctima, el juez debe valorar integralmente si los actos del agente fueron *idóneos* para poner en peligro la vida del pasivo, como bien jurídico tutelado por la norma; es decir, ya reconocía la posibilidad del juzgador para no depender de las clasificaciones proporcionadas por un certificado médico, sino para permitirse guiar por una afinidad de experiencia. En junio de 2015, se integró la jurisprudencia correspondiente (por reiteración de criterios).

No obstante que pudiera comentarse que la jurisprudencia entre tribunales colegiados de circuito no resulta obligatoria entre sí, era necesario demostrar cómo la afinidad de experiencia también tiene otra manifestación, ya que el uso de criterios judiciales remotos, al ser ajenos a la evolución interpretativa, contribuyen a depreciar las reflexiones de los decisores judiciales; de ahí que sea conveniente mantener un acercamiento hacia los criterios contemporáneos, sin importar que se tenga la obligación de observarlos o no para tomar en cuenta los referentes que continúen contribuyendo al fortalecimiento del juzgador como rector del proceso –como lo

---

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 190.

<sup>260</sup> Tesis I.4o.P.3. P con rubro “HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA. PARA ACREDITAR QUE EL ACTIVO PUSO EN PELIGRO LA VIDA DE SU VÍCTIMA, ES NECESARIO QUE EL JUEZ VALORE INTEGRALMENTE SI LOS ACTOS QUE LLEVÓ A CABO FUERON LOS IDÓNEOS, Y NO SÓLO QUE UN PERITO MÉDICO CERTIFIQUE QUE LAS LESIONES CAUSADAS AL PASIVO LO COLOCARON EN REAL PELIGRO DE MUERTE del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XI, agosto de 2012, Tomo 2, página 1781.

establece el criterio jurisprudencial citado— en un rol dinámico y consciente de su relevancia en afectar los destinos de otras personas.

#### **4.3.4. Códigos de ética: necesidad de otro enfoque.**

Según hemos revisado, la ética se deriva de un diálogo o reflexión al interior de cada persona en el que se discierne qué curso de acción tomar en una situación donde se interactúa con otros actores. De las ideas aportadas, se ha subrayado que el ideal ético no puede ser impuesto por terceros, pues se transformaría en un objeto distinto, como la moral o el Derecho, de modo que su oportunidad de expresarse debe quedar ineludiblemente en el rango del convencimiento personal de su valor de corrección. Los códigos de ética que han proliferado en los últimos años no sólo en el ámbito jurisdiccional, sino también en el corporativismo empresarial deben buscar esta finalidad, de fungir como instrumentos que incentiven el pensamiento crítico de sus lectores y auxiliarlos a encontrar la excelencia en sus actividades, pero sin olvidar esa limitación inmanente: la decisión de tomar en consideración el contenido del código, queda al libre arbitrio de cada persona, pues como refiere el maestro Javier Saldaña “...los códigos de ética no hacen del juez, per se, un agente moral, porque nadie llega a serlo sólo por la prescripción de un código o estatuto”<sup>261</sup>.

¿Entonces, tiene alguna finalidad *real* la introducción de códigos de ética en el ejercicio de prácticas profesionales? La respuesta sin duda debe ser positiva, pues aunque el ideal ético bajo su portal sin llave, permanentemente abierto, se erige como una invitación que cada cual decidirá aceptar o rechazar, lo cierto es que todos los instrumentos que puedan ayudar a estimular la aceptación de la invitación deben ser considerados; se reconocerá que valorar el alcance o impacto de los mismos no podrá tener lugar a través de las estadísticas tradicionales que suelen

---

<sup>261</sup> Vid. SALDAÑA, Javier (2007) p.55.

agradar a muchos, pero no por ello debe restárseles relevancia como otro paso en la dirección correcta: hacia un modelo de virtud práctica.

Por ello, en este apartado se procurará describir de la manera más general posible qué naturaleza tienen los códigos de ética y cómo es posible aproximarnos a ellos a través de otro enfoque al que usualmente se les atribuye, de modo que esta perspectiva contribuya a materializar su contenido y no se limite a ser relegado como un manual sin utilidad o de expresiones carentes de significado práctico. Así, la naturaleza del código de ética, en armonía con las ideas expuestas, es de un carácter orientativo para ser considerado por los decisores judiciales –o en muchos casos recordarles– qué curso de acción resulta el más adecuado para dignificar su investidura, sin que tengan un carácter coercitivo. Acotado lo anterior, es posible identificar los siguientes elementos respecto de los códigos de ética en el ámbito judicial:

- a) Los códigos de ética judiciales reflejan en buena medida la cultura legal del país en que se pretende implementar. Por ejemplo, en el caso del *Code of Conduct for United State Judges*, de acuerdo con el maestro Saldaña, es el único de los muchos consultados que permite al juez llevar a efecto labores que se califican como “extrajudiciales” en la búsqueda de la verdad jurídica; es decir, se percibe al juez como un participante mucho más activo en el escenario procesal que en otras tradiciones jurídicas. Por su parte, en el caso de los códigos de ética judiciales mexicanos (se hace referencia al ámbito federal y del otrora Distrito Federal) los mismos comienzan con un fundamento constitucional, el cual en opinión de Saldaña –misma que se comparte– “...dicha referencia es innecesaria, porque abona bien poco en la comprensión general del código. La existencia y fuerza de estos documentos no dependen de la referencia al texto constitucional, o a cualquier ley

*reglamentaria*<sup>262</sup>; observación que necesariamente hace patente el caso mexicano que continúa siendo, en ocasiones, excesivamente formalista.

- b) A través de la identificación de diversos principios y valores aplicables a la función judicial, se refleja una preocupación de considerar en mayor medida a la ética como factor fundamental para mejorar su actividad; es una manifestación expresa de que un buen juez requiere ser virtuoso para validarse como tal, pues el conocimiento vasto del texto legal se limita a un aspecto técnico insuficiente para trascender hacia la búsqueda efectiva de la justicia. Afirma el maestro Saldaña que “*el objetivo de los códigos de ética es incentivar e inculcar los valores o principios morales con los que ha de conducirse el juzgador*<sup>263</sup>.”
- c) En armonía con el hallazgo anterior, el maestro Saldaña también identifica que en diversos códigos se ha evolucionado del exhorto de legalidad al decisor judicial hacia una confianza en el uso de su propio criterio de justicia y de equidad en su labor argumentativa, por lo que se reconoce progresivamente el margen de discrecionalidad del juzgador fundado en la justicia y no de forma exclusiva en el texto legal<sup>264</sup>.
- d) Los códigos presentan descripciones sobre los principios que deben regir la función judicial, o plantean escenarios o supuestos bajo los cuales pueden ser vulnerados. Sin embargo, esta metodología descriptiva respecto a ideales dinámicos es insuficiente para considerar la complejidad de las interacciones humanas y sus contextos. A fin de procurar ejemplificar esta idea, tomemos en consideración la siguiente redacción de la obra del maestro Javier Saldaña (2007, p. 59), al describir uno de ellos:

---

<sup>262</sup> *Ídem*, p. 93.

<sup>263</sup> *Ídem*, p. 81.

<sup>264</sup> *Vid. Ídem*, pp. 66, 71, 85, 97 y 106.

*“El principio de corrección se expresa de diferentes maneras. Por ejemplo, un juez tendrá que apartarse del asunto que está conociendo cuando un miembro de su familia se encuentre involucrado, directa o indirectamente con tal asunto. No utilizará el prestigio de ser miembro de la judicatura para beneficiarse personalmente, o beneficiar a sus familiares o amigos. La información confidencial revelada al juez no será utilizada con ningún propósito. No podrá ejercer la abogacía mientras desempeñe las funciones de juzgador”.*

Según se aprecia en esta transcripción, en realidad no se cuenta con una definición precisa sobre lo que implica “el principio de corrección”, pero sí se expresan diversas manifestaciones relacionadas, en tanto que todas ellas inciden en evitar situaciones que sean potencialmente dañinas para la imparcialidad del juez. Nótese como aquí las conductas descritas también podrían encuadrarse bajo alguna otra virtud o principio, como lo es la imparcialidad o la fortaleza, de modo este esfuerzo descriptivo se diluye en favor de escenarios en los que se ejemplifica un actuar correcto por parte del juez, siendo entonces poco relevante a qué virtud se le atribuya en tanto sea armónica con una naturaleza justa. Otra manifestación que abona a esta postura la encontramos en el término “excelencia”, el cual de acuerdo con el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación (Capítulo V) no se describe en concreto, pero puede identificarse con otras ideas que implican un corolario del propio código: humanismo, justicia, prudencia, responsabilidad, fortaleza, patriotismo, compromiso social, lealtad, orden, respeto, decoro, laboriosidad, perseverancia, humildad, sencillez, sobriedad y honestidad; como se advierte, no hay ninguna razón por la cual la excelencia no pueda incluir, además, alguno de los principios anteriormente citados por ese código como lo es el profesionalismo o la imparcialidad.

Como primer apunte frente a las características reseñadas, resulta necesario que los textos de los códigos, o su enseñanza, se acompañe de casos prácticos con

los cuales los propios decisores judiciales puedan identificarse, ya que a través de este reconocimiento también podrán tomar mejor conciencia sobre la cotidianidad de la virtud, y cómo su materialización o deterioro corresponden en cualquier circunstancia de una decisión personal e íntima. Por ello, según quedó descrito, su percepción puede perfeccionarse con motivo de la aprehensión de los elementos de otredad, emociones y afinidad de experiencia, como rasgos esenciales del ejercicio ético. Dicho con otras palabras, una simple enunciación de conceptos aunque ayude al juzgador a recordar los cánones que deben regir su actuar, resultan de poca utilidad para permitir su contraste o revisión en casos prácticos.

En este sentido, de acuerdo con las características y preocupaciones que hemos dejado asentadas con antelación, surge una interrogante fundamental: entendido el ejercicio de reflexión ética como íntimo y abierto, ¿la codificación de algunos de sus lineamientos no resulta contraproducente? La respuesta debe ser positiva, aun cuando –se reconoce– se desnaturaliza en parte ese ideal ético. Revisemos los argumentos de esta postura: un estudio comparado en la materia que data de 2005<sup>265</sup>, reveló que en los países latinoamericanos la confianza de la población en la justicia ha caído a sus niveles más bajos en los últimos años<sup>266</sup> por lo que resulta válido recomendar a estos países no sólo la codificación de principios éticos, sino además, su sanción, tomando en consideración que la jurisdicción “*terminaría siendo una farsa si los ciudadanos ya no confiaran en ella y, para resguardar sus derechos, recurrieran a otros métodos*”<sup>267</sup>.

Además, de acuerdo con el *Consultative Council of European Judges* de 2002, los códigos de ética judicial también cumplen con las siguientes funciones:

---

<sup>265</sup> Vid. ROOS, Stefanie Ricarda y WOISCHNIK, Jan (coord.) *Códigos de ética judicial. Un estudio comparado con recomendaciones para los países latinoamericanos*, 1a. ed., Uruguay, Fundación Konrad-Adenauer, 2005, pp. 46 a 56.

<sup>266</sup> Aunque han pasado más de 10 años desde la elaboración del estudio que se comenta, esta situación se presenta como una variable constante. *Infra*. p. 392.

<sup>267</sup> ROOS, Stefanie Ricarda y WOISCHNIK, Jan (coord.) *Op Cit.*, p. 46.

- 1) Auxilian a los jueces a resolver interrogantes en el ámbito de su ética profesional, lo que les proporciona autonomía en su toma de decisiones y garantiza su independencia respecto de otras autoridades;
- 2) Informan al público sobre las expectativas de la conducta de los jueces, y
- 3) Contribuyen a fortalecer la imagen frente a la sociedad de que la justicia es administrada de manera imparcial e independiente.

En contraste, conviene revisar algunos argumentos que suelen ser esgrimidos en contra de la codificación de principios éticos. Uno de ellos parte de la premisa consistente en la vulneración de la característica de independencia que debe revestir la función judicial, al considerar que implicaría la adopción de elementos que resultan ajenos a la reflexión personal del juzgador. Este argumento resulta endeble desde dos perspectivas: como apunta el estudio comparado, los códigos son dictados por la judicatura misma, de modo que el poder legislativo no interviene en esta actividad, lo cual parece altamente improbable en función de la especial naturaleza del código. El código, entonces, representa una medida de autorregulación con lo que se incrementa su posibilidad de cumplimiento, y tiende a legitimar a los decisores judiciales:

*“Una sociedad que observa a sus jueces pensar, debatir, preocuparse, y adoptar medidas y reglas de conducta, fruto de autorregulación y de su autoimposición, destinadas a asegurar su comportamiento adecuado, se sentirá más confortada y proclive a respetar a aquéllos<sup>268</sup>.”*

En segundo lugar, consideramos que esa visión de la independencia judicial se distorsiona, ya que el código de ética conserva en todo momento su carácter orientador y, además, incentiva su reflexión con un carácter personal y autónomo. Ante esta consideración cabe agregar que la posibilidad de sanción respecto a

---

<sup>268</sup> *Ídem*, p. 49.

alguno de los principios en el código podría materializarse a través de la tipificación de alguna conducta prevista en términos penales y administrativos<sup>269</sup>, por lo que tampoco esta condición debe limitar su eficiencia en caso de que se requiriese dotar de algún grado de coerción a los códigos en atención al contexto en que se aplique, sin que reste eficacia a lo anterior que los códigos –según se comentó– se encuentren redactados en una generalidad abierta, dado que ello no impide determinar con precisión una consecuencia en términos de los textos legales<sup>270</sup>.

Otra visión que se encuentra más generalizada entre diversos sectores, no sólo el judicial, es el hecho de que los códigos de ética tienen una eficacia muy limitada, pues como se describió antes, no resulta un fundamento idóneo para imponer una sanción y se volvería a reiterar el aspecto de libre adopción de la ética. En este sentido, aunque el panorama no genere muestras de simpatía u optimismo, como se va dibujando en este apartado, los códigos representan instrumentos que fomentan la reflexión en sus lectores respecto de sus prácticas cotidianas, y aun con las limitaciones que hemos detectado, pueden ayudar a despejar algunas dudas, por lo que aun desde esta incipiente trinchera frente al mal es preferible contar con ella que comenzar el estudio de la ética con las manos vacías.

Derivado de lo anterior, es que el código de ética requiere no sólo de pláticas informativas o seminarios relacionados que analicen su contenido e inviten a su lectura. En nuestra opinión lo que puede ayudar a generar una mayor convicción respecto de su utilidad y acercamiento en la práctica, es el análisis de casos

---

<sup>269</sup> Con esta idea se pretende establecer que aun cuando los códigos de ética no cuenten con mecanismos sancionatorios, o se delegue esta posibilidad en un comité o consejo encargado de supervisar su aplicación, es posible remitir la conducta hacia un tipo penal o administrativo. En el caso penal, el Código Penal Federal en su Título Decimoprimer “Delitos cometidos contra la administración de justicia” contiene un catálogo de conductas que pueden percibirse como contrarias a cualquier noción de ética; en el ámbito administrativo, también en el rubro federal, el Consejo de la Judicatura Federal ha emitido acuerdos en sintonía con la normatividad aplicable en materia de responsabilidades administrativas de los servidores públicos (en la actualidad, la Ley General de Responsabilidades Administrativas) en cuanto a la observancia de los principios de disciplina, legalidad, objetividad, profesionalismo, honradez, lealtad, imparcialidad, integridad, rendición de cuentas, eficacia y eficiencia que rigen el servicio público (art. 7 de dicha Ley).

<sup>270</sup> *Supra.* p. 299, en referencia a los tipos administrativos sancionatorios abstractos.



específicos en los que se demuestre cómo las virtudes judiciales han tenido lugar, de modo que los decisores judiciales puedan reconocerse en ejemplos reales que materialicen los conceptos que, fuera de esa emotividad o imaginación literaria atribuibles a un caso práctico, pierden gran parte de su impacto y eficacia para ejercicios de reflexión personales.

Esta carencia pedagógica –o metodológica si se desea– no es exclusiva del ámbito de los códigos de ética para jueces. Como se revisará en el siguiente apartado, es difícil pensar que un código de forma aislada constituya una solución eficaz para el problema concreto del distanciamiento de la justicia en las resoluciones que se emiten de forma cotidiana cuando al observar un precedente determinante en la instrucción de nuestros jueces, es decir, en la formación recibida a nivel de licenciatura en Derecho, la fórmula descriptiva y memorística se repite. Es por ello que a través de la postura que se presenta en el siguiente apartado se pretende reforzar la perspectiva expuesta, en el sentido de que un código de ética representa un primer –y acertado– paso hacia la materialización efectiva de la justicia, pero este esfuerzo pierde gran parte de su valía si no se acompaña con enseñanzas y reflexiones que inviten a su lector a percibir la necesidad de adoptar una perspectiva humana ante las problemáticas que le son planteadas, de modo que la exposición de casos prácticos y su análisis se torna en una necesidad de primer orden no sólo para la aprehensión de la Jurisprudencia de la Virtud y sus elementos que hemos propuesto, sino además, para el estudio del Derecho mismo y, con una mira mucho más ambiciosa, para contribuir a formar buenos ciudadanos.

#### **4.4 Problemática actual: una asignatura pendiente**

En claro contraste con la figura ideal del juez que hemos descrito, es necesario analizar la situación imperante en que se encuentran los jueces mexicanos, con independencia de la posibilidad que alcancen el calificativo de

virtuosos, ya que sin aras de justificar o aminorar las deficiencias en que pueden incurrir, es necesario reconocer y procurar comprender el contexto en que se desenvuelve su función. Además de las problemáticas que comúnmente son detectadas en torno a la impartición de justicia<sup>271</sup>, el enfoque alternativo de acuerdo con el sentido de la presente investigación, es analizar la formación de los jueces como el elemento idóneo que incentive el acercamiento al ideal ético en las determinaciones que se adopten, y con ello puedan derivarse con mayor facilidad los resultados positivos identificados con anterioridad.

Aun cuando parece evidente que la situación actual de nuestras instituciones judiciales se encuentra en franco deterioro, y podríamos asumirlo como un hecho notorio, resulta ilustrativo el ejercicio estadístico realizado por la consultoría Buendía y Laredo en marzo de 2017 “*Confianza en Instituciones*”<sup>272</sup>, en función de su impacto mediático y prestigio de la propia consultoría<sup>273</sup>. Aun cuando entre los resultados no aparecen las instituciones judiciales, resulta útil para brindar un contexto respecto a la forma en que la ciudadanía percibe a las autoridades. Así, entre los resultados obtenidos podemos destacar los siguientes:

- a) Las instituciones que gozan de mayor confianza entre la ciudadanía, en orden descendente, son la Marina Armada de México, la UNAM y la Iglesia

---

<sup>271</sup> El estudio de “Justicia Cotidiana” de 2015 detectó los siguientes: 1) los procesos son largos, costosos, poco flexibles o adaptables a las circunstancias; 2) existen numerosos obstáculos tanto para el acceso a la justicia como para que el resultado contribuya a solucionar efectivamente los problemas de los ciudadanos; 3) la justicia se percibe como lejana, resulta mayormente incomprensible para los ciudadanos y tiene a incrementar la desigualdad social; 4) se tiene a privilegiar la forma procesal sobre la resolución del conflicto, y 5) las personas que enfrentan un conflicto con mucha frecuencia no saben a dónde acudir y cómo obtener servicios de asistencia jurídica de calidad y bajo costo (LÓPEZ AYLLÓN, Sergio y OÑATE LABORDE, Alfonso, 2015, p. 15).

<sup>272</sup> La encuesta puede consultarse en el vínculo

[http://www.buendiaylaredo.com/publicaciones/404/confianza\\_instituciones1.pdf](http://www.buendiaylaredo.com/publicaciones/404/confianza_instituciones1.pdf)

<sup>273</sup> Así lo expresan diversos medios de comunicación, por citar algunos:

<http://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/sociedad/2017/03/21/destaca-unam-como-institucion-confiable>

<http://www.unamglobal.unam.mx/?p=13555>

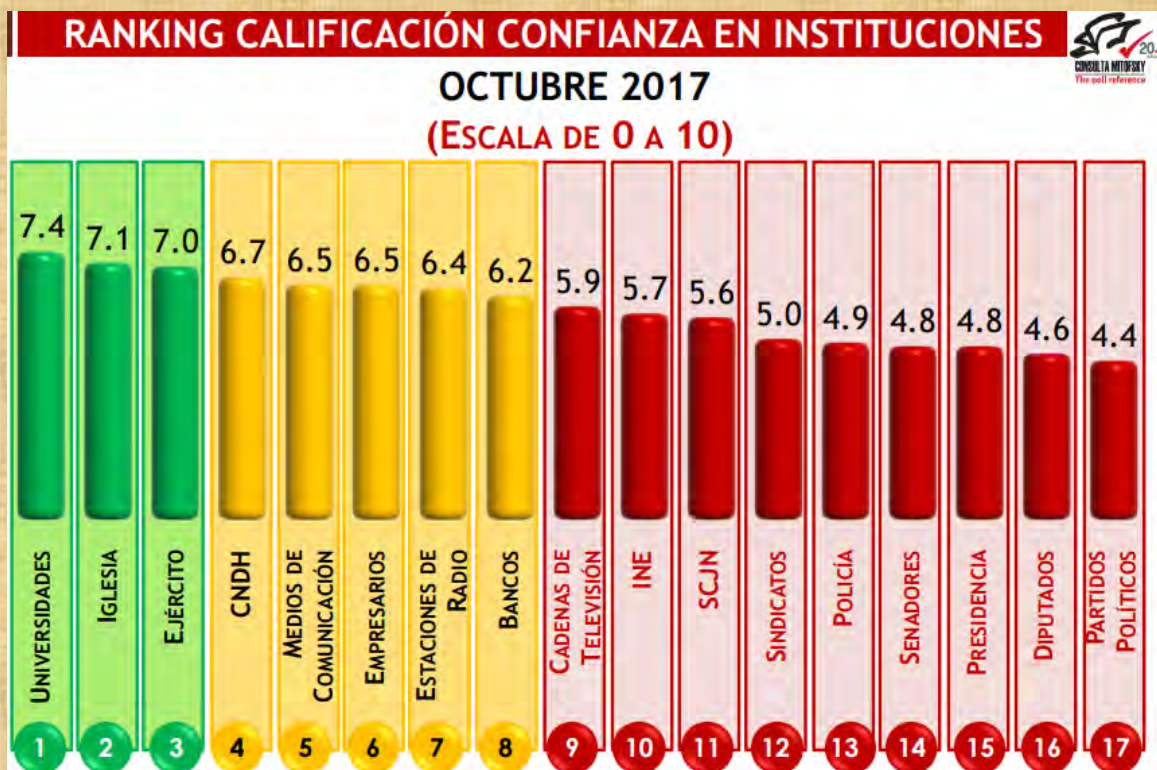
<https://www.animalpolitico.com/2017/02/mexicanos-confian-en-el-ejercito/>

<https://889noticias.mx/noticias/los-mexicanos-confian-mas-en-la-unam-que-en-la-la-iglesia-y-el-ejercito-encuesta/>

católica, con un grado de aprobación del 71%, 67% y 63%, respectivamente, y

b) Las instituciones con menor confianza los partidos políticos y la policía, con un nivel de aprobación del 15% y 23% respectivamente.

Ahora bien, respecto a un ejercicio de encuesta en el que sí se encuentre considerada una institución judicial –en concreto la Suprema Corte de Justicia de la Nación– tenemos a la realizada por Consulta Mitofsky “México: Confianza en instituciones 2017”<sup>274</sup> cuyos resultados son similares a los hallazgos antes descritos; para mejor referencia, se inserta la imagen siguiente<sup>275</sup>:



De la encuesta en comento, se desprende:

<sup>274</sup> Visible en <http://consulta.mx/index.php/estudios-e-investigaciones/mexico-opina> (octubre 2017).

<sup>275</sup> Corresponde a la diapositiva número 5 de la encuesta en referencia.

- a) Al igual que en el ejercicio realizado por los consultores Buendía y Laredo, las Universidades (aun cuando no se menciona alguna en específico, pudiendo incluir a la UNAM), la Iglesia y el Ejército se encuentran en los lugares más altos de aprobación;
- b) También en armonía se encuentran los resultados arrojados respecto a la Policía y los Partidos Políticos, pues dentro de la escala del 1 al 10 presentan un índice de 4.9 y 4.4, respectivamente;
- c) En el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual es mencionada expresamente, cuenta con un índice de confianza de 5.6, en el lugar 11 de 17 instituciones, siendo superada por “Bancos” y “Empresarios”, por mencionar algunos de los actores objeto del ejercicio que suelen ser sujetos de mayor cuestionamientos mediáticos;
- d) Entre los principales resultados que considera la propia encuestadora, puede destacarse: *“De las últimas ocho instituciones en la confianza ciudadana, siete sufren caídas y aparecen en su peor momento en 14 años medidos. El INE (antes IFE), la SCJN, policía, senadores, presidencia, diputados y partidos políticos llegan en mal momento al último año del actual gobierno”,* y
- e) Respecto al grado de confianza baja (los indicadores marcados en color rojo del gráfico insertado) la encuestadora mencionada que en 2006 la categoría estuvo vacía, pero en el ejercicio de 2017 se tienen a 9 de las 17 instituciones con evaluaciones por debajo de 6.0.

Los comentarios anteriores pretenden poner de manifiesto que la percepción generalizada en torno a la impartición de justicia no es positiva y, por otra parte, dan muestra del estado alarmante de la situación frente a la cual resulta indispensable

tomar medidas, sin que pueda abogarse por justificaciones parciales en las que se aduzca que los malos resultados son producto de visiones subjetivas. El desprestigio del poder judicial en nuestro país es una realidad innegable<sup>276</sup>.

A fin de abonar a esta discusión, conviene tomar en consideración el estudio de “Justicia Cotidiana”, elaborado por el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) en 2015, en el cual se describe dicho concepto como “*a las instituciones, procedimientos e instrumentos orientados a dar solución a los conflictos que genera la convivencia diaria en una sociedad democrática*”<sup>277</sup>. Aun cuando esa investigación utiliza el término “cotidiana”, sus observaciones resultan válidas para los efectos que aquí deseamos ilustrar, en el sentido de que la impartición de justicia implica generar y conservar la confianza de que las instituciones encargadas de ello brinden respuestas adecuadas a las problemáticas que les son planteadas y contribuyan a reducir las brechas de marginación jurídica, sin importar la materia o temática de que se trate.

Una forma de sintetizar la relevancia de lograr una impartición de justicia adecuada, de acuerdo al estudio en comento, es la siguiente<sup>278</sup>:

*“En la medida en que un sistema de justicia es capaz de procesar efectivamente los conflictos que se suscitan a diario en la vida social, previniendo y sancionando las conductas ilícitas, reduce estos costos al tiempo que promueve el crecimiento económico y el desarrollo social en un sentido amplio (...) la justicia es un espacio fundamental de soporte a la economía, al crecimiento y al bienestar”.*

---

<sup>276</sup> Dicho sea de paso, este desprestigio no es exclusivo del poder judicial, pues abarca toda la profesión jurídica y cuenta con un arraigo popular incluso histórico: tras el descubrimiento de América, los reyes españoles queriendo preservar a las nuevas colonias de las lacras que sufría la sociedad española, prohibieron la emigración de los abogados debido a su “*afición a los pleitos, su pasión por la trácala y su capacidad de engullir bienes y fortunas en procesos interminables*” (Vid. PÉREZ VALERA, Víctor Manuel, 2005, p. 3)

<sup>277</sup> p. 6 del referido estudio.

<sup>278</sup> p. 8 del referido estudio.

Ahora bien, un aspecto que el estudio en comento subraya y que conviene considerar para nuestra reflexión, radica en el hecho de que el discurso de la reforma judicial –desde el año 2003 cuyos esfuerzos culminaron en un Libro Blanco de la Reforma Judicial y en la creación de la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia (AMIJ)– ha estado dominado por la idea de que el sistema de impartición de justicia requiere una modificación completa y estructural, a pesar de que la experiencia en diversos países ha mostrado que los resultados de una reforma con una visión integral suelen ser menores de lo esperado; de ahí que el enfoque propuesto sea la identificación de problemas específicos que permitan resolver, en cada aspecto a lo vez, injusticias concretas. Inclusive, probablemente parte del problema reside en los que esfuerzos suelen enfocarse a factores que no inciden en las condiciones reales de los actores encargados de la operación del sistema: desde el decisor judicial, hasta los funcionarios de carácter administrativo, cuya actividad inmerecidamente suele ser menospreciada.

Entonces, la hipótesis que se comparte es que los cambios pequeños pueden modificar aditivamente el entorno macro. Es innecesario esperar una reforma contenida en un elemento normativo si cada persona, en lo individual, tiene la capacidad de producir ese cambio; en particular si se trata de los decisores judiciales. Ante un problema de esta complejidad, es improbable que logremos identificar medidas con un grado sustancial de viabilidad que impacte en todos los factores involucrados a la vez, por lo que es necesario implementar medidas graduales que tengan la posibilidad de alterar paulatinamente el estado de cosas. La Jurisprudencia de la Virtud, o la formación de jueces virtuosos si se desea, se presenta como una solución dirigida hacia la forma en que los jueces resuelven los asuntos sometidos a su competencia, de modo que las sentencias emitidas tomen en consideración elementos que dentro de un esquema silogístico tradicional pasan desapercibidos y contribuir así a fortalecer la legitimación tanto del poder judicial como del sistema jurídico, en términos de las ideas expresadas a lo largo de esta investigación.

Propuesta dicha solución, surgen inquietudes inmediatamente: ¿Cómo se logrará capacitar a los jueces en activo en torno a este esquema? ¿Por qué la existencia de códigos de ética resulta insuficiente? ¿En realidad puede hablarse de ética al interior del desprestigiado poder judicial en nuestro contexto actual?

Intentaremos dar respuesta a esas inquietudes a partir de un ejemplo. Partiendo de la última pregunta, sin duda es difícil relacionar el ideal ético con los decisores judiciales, aunque afortunadamente existan diversos casos, como los compartidos con anterioridad, que ponen de manifiesto la posibilidad permanente de la ética, y confiamos en que diariamente se generan razones para que esta desconfianza no sea total. Sin embargo, sí reconocemos el escenario cotidiano. El Vigésimo Octavo Concurso Interno de Oposición para la Designación de Jueces de Distrito del año 2018 (en lo sucesivo “concurso”), fue anulado por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal debido a que conoció un informe del director del Instituto de la Judicatura Federal, respecto de la obtención ilegal de algunos de los reactivos aplicados<sup>279</sup>: ¡un aspirante a juez federal hace trampa! ¿Qué clase de expectativa tendríamos sobre dicho juez? Las peores, sin duda. A fin de continuar explicando cómo el ejemplo puede ayudarnos a intentar despejar las dudas referidas, se comparten con el lector los hechos relacionados y la investigación efectuada en los términos siguientes:

- I. El 12 de octubre de 2017, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación<sup>280</sup> la convocatoria del concurso, subrayando el carácter *interno* del mismo de acuerdo con los puntos Quinto y Sexto inciso 7 del mismo; es decir, sólo se encontraba dirigido a integrantes del Poder Judicial de la Federación que contaran con, al menos, 6 años de antigüedad en alguno

---

<sup>279</sup> De acuerdo con el Comunicado 03 de ese órgano, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 16 de febrero de 2018.

<sup>280</sup> Dicha convocatoria puede consultarse en:  
<http://www.dof.gob.mx/index.php?year=2017&month=10&day=12>

de los puestos de carrera judicial, lo cual a su vez impide que juristas ajenos al poder judicial de la federación puedan integrarse a la judicatura como decisores judiciales.

- II. De acuerdo con el calendario previsto en el concurso (punto Decimosexto de la convocatoria), el 18 de enero de 2018 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación un listado de 91 sustentantes que pasarían a la segunda etapa del concurso, por lo que el 6 de febrero siguiente, les sería aplicado un examen de carácter práctico. Cabe mencionar que en el mismo calendario se previó un periodo para la presentación de aclaraciones del 7 al 13 de febrero de 2018.
- III. Sin embargo, el día 14 de febrero de 2018, un día después del vencimiento del plazo para presentar aclaraciones, el Consejo de la Judicatura Federal emitió un comunicado en el que se daba a conocer la anulación del concurso con motivo de la obtención ilegal de diversos reactivos de la prueba teórica efectuada el 4 de enero de 2018.

El comunicado no especificó circunstancias particulares en torno a las cuales el Instituto de la Judicatura Federal (ente organizador del examen) tuvo conocimiento del ilícito denunciado, ni la manera en que a su juicio el impacto de la irregularidad fue tal que, en lugar de sancionar en particular a alguno de los sustentantes, decidió anular el concurso en su totalidad.

- IV. Derivado de lo anterior, mediante la solicitud de información número 0320000089018 formulada a través de la Plataforma Nacional de Transparencia (PNT) el 15 de febrero de 2018, se solicitó al Consejo de la Judicatura Federal informara las instituciones educativas en las que los 91 sustentantes que pasaron a la segunda etapa del concurso cursaron sus estudios de licenciatura, y la versión pública del informe por el cual dicho consejo tuvo conocimiento de la irregularidad denunciada.



- V. Ante la falta de respuesta por parte de ese sujeto obligado en términos de la normatividad en materia de transparencia, el 19 de abril de 2018 se interpuso recurso de revisión en contra de esa omisión ante el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI).
- VI. El recurso, correspondiente al expediente RRA 2510/18, fue resuelto el 16 de mayo de 2018 en el sentido de sobreseerlo, ya que la información de las denominaciones de las instituciones educativas de los sustentantes, fue proporcionada (con posterioridad a la admisión del recurso), y se clasificó como reservado el informe al Consejo de la Judicatura Federal de los hechos, al considerar que se encuentra relacionado con una investigación en curso, lo cual podría afectar el curso de la misma, o la presunción de inocencia de los indiciados.
- VII. Ante dicha determinación, se interpuso un segundo recurso de revisión, al cual le correspondió el expediente RRA 3410/18, mismo que fue resuelto en el sentido de proporcionar, finalmente, la información solicitada, pues se subrayó que la materia de la solicitud es la comunicación interna rendida sobre la irregularidad detectada, y no los nombres de los funcionarios o sustentantes que estuviesen implicados, además de prevalecer en el contexto el derecho a la información<sup>281</sup>.

Líneas arriba nos preguntamos: ¿cómo es posible que una persona con trayectoria en el poder judicial, haya realizado gestiones ilícitas para asegurar su paso por una de las etapas del concurso? ¿Es posible hablar de virtud judicial, si los sustentantes a juez son capaces de hacer trampa? Ya hemos revisado cómo el modelo de juez virtuoso que idealizamos cuenta con diversas características que,

---

<sup>281</sup> Las constancias relativas se agregaron como Anexo único de la presente investigación.

en definitiva, lo apartarían de esta clase de prácticas. Inclusive, para un juez que no alcance el calificativo de virtuoso en tales términos, también resultaría inaceptable. La autora Aída Kemelmajer (2006, p.40) comenta al respecto: “*La sociedad exige al juez un comportamiento superlativo si se lo compara con el de cualquier otro ciudadano*”. Sin embargo, la experiencia de la anulación del examen nos obliga a reflexionar sobre cómo la sociedad espera que los decisores judiciales cumplan no sólo con todo aquello que les es obligatorio sino que, además, brinden una muestra pública de virtud, pues la credibilidad del poder judicial, su aura de moralidad, también tiene sustento en la apariencia externa de las conductas de sus funcionarios.

A continuación se propone un ejercicio. Se analizan los planes de estudios cursados en la licenciatura en derecho de los sustentantes involucrados en la irregularidad descrita, identificando la incidencia de los cursos de ética que son impartidos para verificar algunas de sus características y cómo una visión con mayor seriedad en torno a esta asignatura podría ayudar a impedir la comisión de estas prácticas.

Desde luego, lo anterior no tiene por objeto establecer una relación de causa y efecto: un curso de ética no tiene la posibilidad de *blindar* a las personas frente a cualquier tentación perniciosa o conducta lesiva a los intereses de los demás, como tampoco un curso de ética, en consecuencia, puede hacer *mejor* en automático a una persona: la virtud no puede enseñarse como reflexionó Sócrates en su diálogo con Menón<sup>282</sup>. La virtud está en cada uno, y es una decisión propia. *Contrario sensu*, tampoco se sugiere que la falta de un curso de ética conlleve a la proliferación de estas acciones nocivas. Por ello, es necesario subrayar que este ejercicio se limita a revisar, de una muestra que se considera representativa al contener instituciones educativas tanto públicas como privadas de prácticamente toda la geografía

---

<sup>282</sup> *Supra* p. 57.

nacional, la forma en que la ética es impartida durante la licenciatura en Derecho, de modo que tras presentar los resultados, puedan presentarse algunas conclusiones que ayuden a sostener la visión que aquí se desea hacer visible: la falta de humanismo en la enseñanza del Derecho.

Acotado lo anterior, el listado de instituciones educativas en las cuales los sustentantes cursaron sus estudios de licenciatura es el siguiente, especificando de acuerdo con la información disponible a través de sus respectivos portales de internet, o bien, consultada mediante correo electrónico, aquellas en las que se imparte algún curso relacionado con ética, así como la denominación del mismo y el semestre o periodo en el que es cursado<sup>283</sup>:

	Institución educativa / fuente de consulta <sup>284</sup>	Asignatura de ética <sup>285</sup>	Semestre
1	Universidad Tecnológica de México <a href="http://www.unitec.mx/licenciatura-en-derecho/">http://www.unitec.mx/licenciatura-en-derecho/</a>	No tiene	N/A
2	Universidad Nacional Autónoma de México <sup>286</sup> <a href="https://www.derecho.unam.mx/oferta-educativa/licenciatura/nuevoplan2011/PlandeEstudios2011Completo.pdf">https://www.derecho.unam.mx/oferta-educativa/licenciatura/nuevoplan2011/PlandeEstudios2011Completo.pdf</a>	Ética y Derechos Humanos Bioética y Derecho (optativa)	8° 9°
3	Centro de Estudios Superiores C.T.M. Justo Sierra O'Reilly <a href="http://www.cesctm.edu.mx/oferta-educativa/licenciaturas/derecho">http://www.cesctm.edu.mx/oferta-educativa/licenciaturas/derecho</a>	Ética Jurídica y Derechos Humanos.	1°
4	Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo <a href="http://www.themis.umich.mx/derecho/index.php/academias-materias">http://www.themis.umich.mx/derecho/index.php/academias-materias</a>	No tiene	N/A

<sup>283</sup> Cabe destacar que la información fue proporcionada de manera desagregada; es decir, no se especificó a qué institución educativa pertenece cada sustentante en lo particular. Este listado pertenece a la información proporcionada mediante la solicitud de información mencionada. La información pertenece a los planes de estudios más actuales. La información fue consultada del 16 al 18 de mayo de 2018.

<sup>284</sup> En los casos en que no se encontró información disponible, se solicitó la misma a través del correo indicado, con una insistencia posterior. Los casos en los que se no se obtuvo información aparecen como "No disponible".

<sup>285</sup> Para efectos de este apartado sólo se han considerado las asignaturas que tengan un enfoque central en la ética; es decir, aun cuando en el temario de materias que podrían ser afines como "filosofía del derecho" pudieran tener algún contenido ético, se considera necesaria su enseñanza de manera independiente.

<sup>286</sup> Se hace referencia al Plan de Estudio de la Facultad de Derecho; las Facultades de Estudios Superiores Acatlán y Aragón también cuentan con asignaturas relativas (Ética Jurídica Profesional, 9° semestre y Deontología Jurídica, 3° semestre, respectivamente).

	Institución educativa / fuente de consulta <sup>284</sup>	Asignatura de ética <sup>285</sup>	Semestre
5	Universidad Autónoma de Baja California <a href="http://www.uabc.mx/formacionbasica/FichasPE/Lic_en_Derecho.pdf">http://www.uabc.mx/formacionbasica/FichasPE/Lic_en_Derecho.pdf</a>	Ética profesional (optativa)	Etapa básica <sup>287</sup>
6	Instituto Tecnológico Autónomo de México <a href="http://daedcs.itam.mx/sites/default/files/programas/planes/plan_derecho.pdf">http://daedcs.itam.mx/sites/default/files/programas/planes/plan_derecho.pdf</a>	No tiene	N/A
7	Universidad Autónoma de la Laguna Correo electrónico a: <a href="mailto:olozano@ual.mx">olozano@ual.mx</a> (asistente de rectoría)	No disponible	--
8	Universidad Juárez Autónoma de Tabasco <a href="http://www.archivos.ujat.mx/2015/div_dacsyh/LIC_DERECHO.pdf">http://www.archivos.ujat.mx/2015/div_dacsyh/LIC_DERECHO.pdf</a>	Ética	1°
9	Universidad de Sonora <a href="http://www.derecho.uson.mx/?page_id=16">http://www.derecho.uson.mx/?page_id=16</a>	Ética y Desarrollo Profesional	2°
10	Universidad Autónoma de Tamaulipas <a href="http://portal.comerciolaredo.uat.edu.mx/files/2010/06/materias-derecho.jpg">http://portal.comerciolaredo.uat.edu.mx/files/2010/06/materias-derecho.jpg</a>	Profesión y valores	9°
11	Universidad Juárez del Estado de Durango <a href="https://www.ujed.mx/oferta-educativa/licenciado-en-derecho/plan-de-estudios">https://www.ujed.mx/oferta-educativa/licenciado-en-derecho/plan-de-estudios</a>	Seminario de ética profesional	2°
12	Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (Universidad Jesuita de Guadalajara) <a href="https://carreras.iteso.mx/web/general/ruta?group_id=216880">https://carreras.iteso.mx/web/general/ruta?group_id=216880</a>	Ética, identidad y profesión Desafíos éticos contemporáneos I Desafíos éticos contemporáneos II	2° 8° 9°
13	Universidad Latina <a href="http://www.unila.edu.mx/media/archive/49949-I_derecho_scue_unam2.pdf">http://www.unila.edu.mx/media/archive/49949-I_derecho_scue_unam2.pdf</a>	Ética y ciudadanía Filosofía del Derecho y Ética del Abogado	1° 3°
14	Universidad Iberoamericana <a href="http://ibero.mx/sites/all/themes/ibero/descargables/licenciaturas/LDerecho.pdf">http://ibero.mx/sites/all/themes/ibero/descargables/licenciaturas/LDerecho.pdf</a>	Deontología y Ética jurídica	9°
15	Universidad de León <a href="http://www.universidaddeleon.edu.mx/spanish/generales/programas/licenciaturas/?id=derecho">http://www.universidaddeleon.edu.mx/spanish/generales/programas/licenciaturas/?id=derecho</a>	No tiene	N/A
16	Universidad de Guanajuato <a href="http://www.ugto.mx/licenciaturas/por-area-del-conocimiento/ciencias-sociales-y-humanidades/derecho">http://www.ugto.mx/licenciaturas/por-area-del-conocimiento/ciencias-sociales-y-humanidades/derecho</a>	Ética jurídica	10°
17	Universidad Autónoma de Aguascalientes <a href="http://www.uaa.mx/direcciones/dgdp/catalogo/ciencias_sociales_humanidades/lic_derecho.pdf">http://www.uaa.mx/direcciones/dgdp/catalogo/ciencias_sociales_humanidades/lic_derecho.pdf</a>	Ética profesional	6°
18	Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo <a href="https://www.uaeh.edu.mx/campus/icshu/investigacion/aadi/oferta/lic_derecho_2015.html">https://www.uaeh.edu.mx/campus/icshu/investigacion/aadi/oferta/lic_derecho_2015.html</a>	No tiene	N/A
19	Instituto de Estudios Superiores de Chiapas <a href="http://www.iesch.edu.mx/tuxtla/wp-content/uploads/2018/05/Plan-de-estudios-Derecho.pdf">http://www.iesch.edu.mx/tuxtla/wp-content/uploads/2018/05/Plan-de-estudios-Derecho.pdf</a>	Ética jurídica	5°
20	Universidad Autónoma del Estado de México <a href="http://www.uaemex.mx/catespuni/pdfs/115.pdf">http://www.uaemex.mx/catespuni/pdfs/115.pdf</a>	No tiene	N/A
21	Universidad Autónoma de Nuevo León <a href="http://www.uanl.mx/sites/default/files/Licenciado%20en%20Derecho-Plan%20de%20Estudios.pdf">http://www.uanl.mx/sites/default/files/Licenciado%20en%20Derecho-Plan%20de%20Estudios.pdf</a>	Ética y Cultura de la Legalidad	8°

<sup>287</sup> El plan de estudios en cita contiene rubros de asignaturas obligatorias y optativas y, a su vez, se dividen en 3 etapas: “básica” (se percibe como inicial), “disciplinaria” (intermedia) y “terminal” (con cursos de carácter predominantemente práctico).

	Institución educativa / fuente de consulta <sup>284</sup>	Asignatura de ética <sup>285</sup>	Semestre
22	Universidad Latinoamericana <a href="https://www.ula.edu.mx/oferta-academica/licenciaturas/derecho">https://www.ula.edu.mx/oferta-academica/licenciaturas/derecho</a>	Filosofía del Derecho y ética profesional Ética organizacional y responsabilidad social	2° 6°
23	Universidad Autónoma de Nayarit <a href="http://www.uan.edu.mx/d/a/oferta_educativa/planes_de_estudio/mapa_curricular_derecho.jpg">http://www.uan.edu.mx/d/a/oferta_educativa/planes_de_estudio/mapa_curricular_derecho.jpg</a>	Ética social	2°
24	Universidad Autónoma de Chiapas correo electrónico a: <a href="mailto:sec-adad@unach.mx">sec-adad@unach.mx</a> (secretaría académica)	No disponible	--
25	Centro Universitario Grupo Sol <a href="http://www.ucugs.edu.mx">http://www.ucugs.edu.mx</a>	No disponible	--
26	Universidad Autónoma de San Luis Potosí <a href="http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Licenciatura/Licenciado%20en%20Derecho/Ret%C3%ADcula%20plan%202010-Dic%202014.pdf">http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Licenciatura/Licenciado%20en%20Derecho/Ret%C3%ADcula%20plan%202010-Dic%202014.pdf</a>	Ética jurídica	5°
27	Universidad Veracruzana <a href="https://www.uv.mx/docencia/programa/Creditos.aspx?Programa=DPLU-16-M-CR">https://www.uv.mx/docencia/programa/Creditos.aspx?Programa=DPLU-16-M-CR</a>	Ética jurídica y responsabilidad profesional	No específica
28	Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca correo electrónico a: <a href="mailto:dirmovilidad_academica@uabjo.mx">dirmovilidad_academica@uabjo.mx</a> (movilidad académica)	No disponible	--
29	Universidad Autónoma de Querétaro <a href="http://www.uaq.mx/ofertaeducativa/prog-derecho/mapa-ld.pdf">http://www.uaq.mx/ofertaeducativa/prog-derecho/mapa-ld.pdf</a>	Ética aplicada y ejercicio de la profesión	1°
30	Universidad de Guadalajara <a href="http://quiadecarreras.udg.mx/licenciatura-en-derecho-o-abogado/">http://quiadecarreras.udg.mx/licenciatura-en-derecho-o-abogado/</a>	Ética jurídica	No específica
31	Universidad Autónoma de Yucatán <a href="http://www.derecho.uady.mx/malla.php">http://www.derecho.uady.mx/malla.php</a>	Ética jurídica	1°
32	Universidad Autónoma de Sinaloa <a href="http://derecho.uas.edu.mx/documentos/Plan%20de%20Estudios%20Homologado.pdf">http://derecho.uas.edu.mx/documentos/Plan%20de%20Estudios%20Homologado.pdf</a>	Ética jurídica	9°
33	Benemérita Universidad Autónoma de Puebla <sup>288</sup> <a href="http://cmas.siu.buap.mx/portal_pprd/work/sites/fdcs/resources/LocalContent/20/8/Matriz_Final_1_Derecho.pdf">http://cmas.siu.buap.mx/portal_pprd/work/sites/fdcs/resources/LocalContent/20/8/Matriz_Final_1_Derecho.pdf</a> correo a: <a href="mailto:j_blazquez@hotmail.com">j_blazquez@hotmail.com</a> (coordinadora de la licenciatura)	No tiene	N/A
34	Universidad de Hermosillo <a href="http://www.udeh.us/">www.udeh.us/</a> <sup>289</sup>	No disponible	--
35	Universidad Autónoma España de Durango correo a: <a href="mailto:difusionunes@unes.edu.mx">difusionunes@unes.edu.mx</a> (informes generales)	No disponible	--
36	Universidad Autónoma de Guerrero correo a: <a href="mailto:transparencia@uagro.mx">transparencia@uagro.mx</a> (unidad de transparencia)	Deontología jurídica	3°
37	Universidad del Golfo de México, A.C. <sup>290</sup> <a href="https://ugm.mx/acayucan/derecho-sev/">https://ugm.mx/acayucan/derecho-sev/</a>	Filosofía del derecho y ética del abogado	7°
38	Universidad Lasallista Benavente <a href="http://www.ulsab.edu.mx/licenciatura/derecho/derecho-plan-de-estudio/">http://www.ulsab.edu.mx/licenciatura/derecho/derecho-plan-de-estudio/</a>	No tiene	N/A
39	Universidad Autónoma de Chihuahua <a href="http://fd.uach.mx/facultad/2011/06/20/plan_de_estudios/">http://fd.uach.mx/facultad/2011/06/20/plan_de_estudios/</a>	Ética	3°
40	Universidad Autónoma de Tlaxcala <a href="https://www.uatx.mx/oferta_academica/index.php?n=Licenciatura%20en%20Derecho&amp;programa=19">https://www.uatx.mx/oferta_academica/index.php?n=Licenciatura%20en%20Derecho&amp;programa=19</a>	Deontología jurídica	2°
41	Universidad Autónoma de Occidente correo a: <a href="mailto:monica.lopez@udo.mx">monica.lopez@udo.mx</a> (jefe escolar de unidad Culiacán)	No disponible	--
42	Universidad Autónoma del Estado de Morelos <a href="https://www.uaem.mx/admision-y-oferta/nivel-superior/licenciatura-en-derecho-plan.pdf">https://www.uaem.mx/admision-y-oferta/nivel-superior/licenciatura-en-derecho-plan.pdf</a>	Ética, sociedad y profesión	1°

<sup>288</sup> No cuenta con una materia específica, pero se destaca la asignatura de "Teoría de la justicia" como optativa, misma que será objeto de comentario en las conclusiones de este cuadro.

<sup>289</sup> No fue posible consultar su página de internet.

<sup>290</sup> Cuenta con varios campus, pero el plan de estudios de la licenciatura en derecho es idéntico en todos ellos.

Del listado anterior se observa lo siguiente:

- a) De las 42 instituciones revisadas, en 27 de ellas se imparte algún curso relacionado directamente con ética jurídica (64.28%), en 8 no se imparte algún curso relacionado (19.04%) y en las 7 restantes (16.66%), no fue posible encontrar información, en razón de: 1) no es posible ingresar a su sitio de internet, o no cuentan con alguno; 2) no se encuentra visible en su sitio de internet el plan de estudios de licenciatura en derecho, o 3) al realizar la solicitud correspondiente a través de los correos electrónicos visibles en tales páginas, no se obtuvo respuesta.
- b) De las 27 instituciones que prevén alguna formación en ética jurídica, sólo 4 (14.81%) cuentan con más de un curso, lo cual permite profundizar los conocimientos obtenidos en el ciclo anterior e incentivar entre los estudiantes el seguimiento de algunos temas por su cuenta.
- c) De las 27 instituciones referidas, 19 (70.37%)<sup>291</sup> imparten la asignatura de formación ética en una etapa temprana de la formación académica de licenciado en Derecho (del primer al quinto ciclo lectivo), en tanto que las restantes 8 (29.62%) lo imparten en una etapa más tardía, posterior a la primera mitad de la carrera profesional.
- d) A pesar de que la justicia es reconocida como la virtud más emblemática no sólo del decisor judicial, sino del Derecho en sí, únicamente un plan de estudio prevé una asignatura para su estudio específico –y como optativa–.

---

<sup>291</sup> Se incluyeron aquí los dos casos en los que no se especifica en qué momento se cursa la asignatura (Universidad Veracruzana y Universidad de Guadalajara).

En esta información llaman la atención diversos aspectos. Primero, el hecho de que existan instituciones educativas que sean omisas en el estudio de la ética jurídica resulta, cuando menos, preocupante. Aquí cabe insistir que el estudio de la ética no se puede traducir en la consecuencia efectiva de aprehender la virtud; incluso para los más entusiastas del ideal ético esta postura es insostenible. Pero lo que sí puede percibirse es que, al menos, una asignatura de formación ética deja en el alumnado algunas *bases*, una sutil reminiscencia que invite a la reflexión. Dicho de otro modo, es mejor contar con un principio que eventualmente podamos desarrollar y perfeccionar a nuestro modo que ignorarlo por completo, pues consideramos que esta debe ser la finalidad primordial de un curso de ética en el ámbito de la licenciatura en Derecho: *“No debe perderse de vista que una educación de calidad tiene que ver con programas integrales de formación académica que incluyan necesariamente aspectos éticos y de responsabilidad social”*<sup>292</sup>.

Por razones de metodología, y para no apartarnos del tema principal, aquí no podremos profundizar en esa segunda dimensión, que reconocemos necesaria, de la enseñanza de la ética. Sí, en la mayoría contamos con un curso. Pero, ¿qué, quién y cómo se imparte la materia? Sin duda, si alguno de estos factores presenta deficiencias, repercutirá en los resultados de los estudiantes. Aunque no podamos ocuparnos a cabalidad de estos temas por ahora, sí es necesario dejarlos asentados, a fin de contextualizar en mayor medida la problemática de la enseñanza de la ética en nuestras escuelas de Derecho.

Otro aspecto que deseamos destacar del ejercicio anterior es el momento, dentro de la formación del abogado, en que se desarrolla la asignatura ética. Como se apreció, en la mayoría ésta tiene lugar en una etapa temprana –muy temprana– del curso universitario, lo cual en nuestra opinión constituye una deficiencia dado

---

<sup>292</sup> Vid. Mesa 4, “Mejora de la Enseñanza y del Ejercicio del Derecho”, *Diálogos por la Justicia Cotidiana*, 2015. El documento completo puede consultarse en [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/79028/Di\\_logos\\_Justicia\\_Cotidiana.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/79028/Di_logos_Justicia_Cotidiana.pdf)

que el estudiante cuenta con menos elementos para realizar ejercicios de reflexión y contraste, lo cual incentiva a que la asignatura se focalice en aspectos teóricos o abstractos y no pueda aterrizar de manera adecuada. Además, como un aspecto de afinidad de experiencia que deseamos llamar en este sentido, es común que los estudiantes de los primeros semestres aún se encuentren confundidos o poco convencidos sobre el curso universitario de su elección, por lo que una asignatura que invite a la reflexión sobre el ejercicio de la profesión, de manera integral, puede resultar poco afortunada, además de que en los primeros cursos lectivos los estudiantes aún se encuentran forjando tanto su personalidad como su pensamiento crítico. De ahí que los estudios éticos puedan aspirar a tener un mayor grado de éxito cuando se presentan hacia la conclusión de la vida universitaria, inclusive después de haber pasado por alguna experiencia profesional –por incipiente que ésta sea– dado que la enseñanza podrá nutrirse de reflexiones íntimas y personales, en afinidad con el ideal ético.

La postura anterior podría perfeccionarse si consideramos múltiples cursos con contenido ético, tal vez, procurando establecer bases en los primeros cuando los jóvenes son más susceptibles a nuevas ideas y aspirar a su perfeccionamiento en los ulteriores, una vez transcurridas diversas vivencias –no necesariamente académicas– que fortalezcan sus puntos de vista y su juicio crítico. En este caso, como se describió, se encuentra una minoría de instituciones educativas que prevén más de un curso relacionado con la ética, lo cual también resultaría deseable modificar, a fin de que se dote a la filosofía con una visión toral de la profesión y no sea relegada a un carácter secundario.

Finalmente, de la búsqueda efectuada, llamó nuestra atención el nombre de una asignatura en particular: “Teoría de la Justicia”, misma que nos hace recordar a la obra de John Rawls. Sin que haya sido posible acceder al temario de la misma – fue negado en razón de no ser estudiante ni docente de la universidad en cuestión– es posible imaginar cómo su contenido podría impactar positivamente a los



estudiantes de las licenciaturas en Derecho del país, al incentivar reflexiones en torno a ese elevado valor que diariamente escuchamos, que nos resulta cotidiano, pero no siempre logramos materializar. Una teoría de la justicia para el abogado en formación debería constituir un curso de carácter obligatorio, tan usual como lo son la materia civil, penal, administrativa y laboral.

Sólo a manera de reflexión final para el presente apartado, volvamos por un momento a las preguntas que nos formulamos antes: ¿qué, quién y cómo se imparte la materia de ética? Nuestra postura inicial para intentar responder esa pregunta se deriva de experiencias personales –y algunas compartidas con un alto índice de credibilidad– en las que se observa cómo el enfoque pedagógico del Derecho más usual radica en privilegiar la capacidad memorística de conceptos y (más preocupante aún) de textos normativos, lo cual trae como resultado egresados con un aparato crítico empobrecido, dispuestos a continuar una tradición de repetición de las mismas fórmulas y conceptos sin detenerse a cuestionar su validez o aplicación práctica real, de modo que la realidad y complejidad humanas si bien no se ven reducidas, deben ser deformadas para ser comprendidas en tales <moldes> epistemológicos. Clemente Valdés (2008, p. 219) afirma: *“Es decir, por una distorsión absurda, la enseñanza del derecho se convirtió en la enseñanza de teorías como concepciones imaginarias a las que se les atribuye valor por sí mismas, las cuales muchas veces están desconectadas de las necesidades de los seres humanos”*. La educación del Derecho, entonces, debe evolucionar como debe evolucionar la forma de resolver conflictos jurídicos. La Jurisprudencia de la Virtud es una respuesta que conviene considerar al impactar en estos dos ámbitos: teórico y práctico con miras a recuperar la metafísica humanista del Derecho y ayudar a legitimar el fenómeno jurídico ante la sociedad como una herramienta idónea para la solución de conflictos, pero sobre todo, cercana y confiable.

## 5. Conclusiones.

*“¿Sabes que el 90% del país creen en los fantasmas, menos de un tercio en la evolución? El 35% puede identificar a Homero Simpson y su ciudad ficticia, y menos del 1% ha oído hablar de Thurgood Marshall. Pero cuando pides a un jurado de doce norteamericanos justicia sucede algo excepcional. Casi siempre... aciertan”*

Henry Palmer, en la película “EL JUEZ” (2014).

No nos preocupa terminar esta investigación con un acuerdo. De acuerdo con el estilo que encontramos en la filosofía atribuida a Sócrates, a través de sus famosos diálogos, algunas de las mejores reflexiones no requieren sentar conclusiones acabadas, sino por el contrario, su misión es dejar asentadas las bases que sirvan para discusiones posteriores, en las que poco a poco se perfeccionen nuestras certezas y podamos identificar nuevas aristas de la complejidad que enfrentamos. No obstante lo anterior, sí es posible advertir algunas conclusiones y abrir futuras discusiones que permeen a lo largo de esta investigación y que, a punto de su conclusión, es posible sostener con líneas argumentativas desde las posturas teóricas y prácticas:

### **I. El distanciamiento del Derecho respecto a la filosofía contribuye a su deterioro.**

La filosofía como ciencia total de las cosas constituye el fundamento de todo el conocimiento humano, a pesar de que a través de la evolución del pensamiento ha ido perdiendo su titularidad debido a la emancipación de las vertientes de ese conocimiento en razón de la especificación de su objeto y sus métodos. La filosofía, así, poco a poco ha sido relegada a planes secundarios –cuando acaso es

considerada– o incluso ignorada por completo para ser progresivamente sustituida por la dudosa certidumbre que exige el saber humano, discurso arraigado en el ámbito de las ciencias con un fuerte apego al método científico. Sin embargo, en el ámbito de lo humano, las personas no podemos ser reductibles a factores o elementos de cálculo que nos cosifiquen: reclamamos un grado de humanidad que nos es inmanente. En este contexto, el Derecho como expresión humana necesaria para procurar la convivencia armónica entre las personas, requiere un acercamiento más pronunciado hacia su sentido filosófico, en el que se cuestione constantemente cómo se regulan las interacciones humanas y cómo se reconoce y protege su libertad y dignidad, pues de lo contrario corre el grave riesgo de caer en formalismos exacerbados que resultan indiferentes ante la realidad que pretenden normar, contraviniendo así su propia finalidad.

Conforme a lo anterior, cuando intentamos retomar un acercamiento entre el Derecho y la filosofía a través de la ética, reflejada en el ámbito de los decisores judiciales como Jurisprudencia de la Virtud, es que se propone recordar a esos actores, y de paso a toda persona inmersa en el fenómeno jurídico, de la relevancia con que se encuentra investida la posibilidad de la ética para reflexionar en torno a determinaciones que tienen la capacidad de transformar decisivamente planes de vida, tanto en sentido positivo, como negativo: comprender que la decisión no es sobre algún objeto, sino sobre una persona *como yo*, con una historia, contexto y aspiraciones únicas que deben ser tomadas en consideración si es que se pretende realizar el esfuerzo de arribar a una decisión justa.

La filosofía ofrece una visión que, fuera del aspecto específico de la ética que la integra, promueve lograr este acercamiento a través de la reflexión de teorías<sup>293</sup>

---

<sup>293</sup> Aquí se hace referencia a la lectura de los clásicos y la doctrina contemporánea. Aunque pueden atribuirse críticas o pensamientos concretos a cada autor en lo particular, cuando una persona se interna en su pensamiento, será usual la descripción de experiencias distintas, pero al ser tomadas en consideración con seriedad por parte del lector, contribuirán a encontrar mejores respuestas sobre sus problemáticas personales y prácticas; en este sentido compartimos la opinión de Ronald Dworkin en *La Justicia con Toga* en su “confesión”: *“El trabajo de los iconos filosóficos es suficientemente rico como para permitir la apropiación a*

conjugadas con vivencias personales en las que se identifiquen mejores prácticas sobre criterios de razonabilidad. Dice el maestro García Morente (2003, p. 2) *“la filosofía, más que ninguna otra disciplina, necesita ser vivida”*; a través de la experiencia y el contraste con los fundamentos establecidos podemos construir un conocimiento que, sin dejar de cuestionar, sea capaz de percibir con un grado creciente de refinación la complejidad de la realidad humana y cómo el Derecho jamás debe renunciar a la persecución de su mejoramiento a través de la materialización de la justicia.

## **II. La aplicación del ideal ético, aun cuando se ha subrayado hacia los decisores judiciales como una ruptura de paradigma, es deseable para toda persona.**

Los decisores judiciales tienen un poder inmenso a través de sus sentencias que se refleja a través de diversas vertientes que hemos revisado: trasciende de las partes involucradas en el conflicto planteado y envía mensajes a la sociedad sobre la eficacia y legitimación del sistema jurídico. Sin embargo, fuera de esta exposición, y retomando el carácter de persona con que hemos dotado a los decisores judiciales, podemos advertir como esta necesidad de contar con una reflexión ética cotidiana no debe limitarse sólo a ellos; ni siquiera a otros decisores en el ámbito jurídico: lo deseable es su propagación hacia todas las personas, en el sentido de que todos nos encontramos inmersos en las interacciones humanas y nos resulta posible identificar qué cursos de acción resultan más convenientes de acuerdo a las situaciones que se nos presenten. Sobre este particular, es útil tener en consideración la siguiente reflexión de Ikram Antaki (1998, p. 16):

*“Nadie puede negarse a entrar en el conflicto que opone el bien y el mal; nadie puede negarse a pronunciar juicios de valor. ¿Por qué? Porque es*

---

*través de la interpretación. Cada uno de nosotros tiene su propio Immanuel Kant”.* Así, lo que debe destacarse es despertar ese interés por adentrarse a la lectura filosófica y reconocer sus implicaciones prácticas.

*imposible poner a un lado la cuestión de la virtud, de los fines, de lo equitativo, de lo justo y de lo bueno. Un hombre que se niega a distinguir entre los mediocres y los grandes, los imbéciles y los sabios, puede ser un buen bibliotecario, pero no podrá decir nada pertinente a los hombres. Su horizonte es la indiferencia”.*

Al igual que en los ejemplos triviales propuestos en la introducción de esta investigación, como en cualquiera de los casos revisados en su contenido, las personas contamos con la posibilidad inmanente de observar el contexto específico de que se trate en armonía con las características de las personas implicadas para tomar una buena decisión. En el ámbito jurídico esta reflexión devendrá en construir un nuevo paradigma en el que la diosa Temis –imagen idealizada para los abogados– retire con valor la venda que cubre sus ojos y enfrente la realidad de las partes en conflicto, sin que ello implique la pérdida de imparcialidad o independencia: por el contrario, incrementará sus posibilidades de triunfo. Mauro Cappelletti en este sentido es contundente: “...*nuestra respuesta debe basarse en el análisis realista de los hechos y los acontecimientos, no en especulaciones abstractas. (...) A diferencia de la lógica formal, la realidad nunca está libre de contradicciones*”<sup>294</sup>.

Finalmente, es necesario recordar que estos ejercicios de análisis y mejoramiento personal no deben buscarse exclusivamente a partir de textos que tengan un carácter doctrinario o especializado: es necesario también combatir este prejuicio para permitirnos enriquecer nuestra imaginación literaria como propone Martha Nussbaum a través de la lectura lo cual redundará en un acercamiento a ese ideal ético. El popular escritor de terror Stephen King, en el epílogo de su obra *Todo oscuro, sin estrellas* nos recuerda: “*la nobleza reside casi enteramente no en el triunfo sino en procurar hacer lo correcto...*” como una forma de expresar que aun

---

<sup>294</sup> Citado por VALDÉS, Clemente (2008, p. 209).

cuando los personajes de sus historias viven situaciones desesperanzadoras (como cada uno de nosotros a lo largo de nuestras vidas) siempre es posible identificar el bien y esforzarnos por conseguirlo, así como percibirlo en las acciones de nuestros semejantes.

### **III. La sentencia debe ser un medio de comunicación eficaz hacia la sociedad, y requiere de un escrutinio ciudadano para incrementar su legitimidad.**

La sentencia debe procurar desprenderse del exceso de formalismos y lenguaje excesivamente técnico que va en detrimento de su claridad. Es necesario difundir un *plain language*, un lenguaje accesible para transmitir las ideas centrales de las sentencias y explicar *por qué* se resuelve en un sentido dado. El fomentar una democratización judicial bajo esta vertiente, permite que los ciudadanos tengan acceso a los argumentos bajo los cuales son solucionados problemas cotidianos, lo cual incentivará una cultura cívica en torno a la cercanía con que se perciba al fenómeno jurídico. Además, puede fortalecerse la emisión de comentarios o creación de foros en los que se discutan desde perspectivas académicas las sentencias más relevantes, y en los casos en que se encuentren deficiencias serias, con independencia del curso legal que haya tenido lugar, previos los trámites de ley correspondientes por parte de los órganos internos de control correspondientes, podrían imponerse sanciones con un carácter público para reforzar en la ciudadanía una imagen de confianza y legitimación al interior del poder judicial. Esta cultura del reconocimiento de los errores para obtener un aprendizaje no es propia de nuestra idiosincrasia, pero es necesario transformarla gradualmente, como otros tantos prejuicios, para que a partir de estas soluciones –en apariencia aisladas– puedan combatirse otras problemáticas del poder judicial y comenzar a percibir cómo las modificaciones implementadas son capaces de generar cambios en casos concretos.

Respecto esta conclusión de la posibilidad del análisis *a posteriori* de sentencias, que tal vez algún lector considere inútil dado que los efectos jurídicos de la cosa juzgada invariablemente deben permanecer incólumes, es necesario reflexionar que la determinación alcanzada se encontraría revestida de una fuerza moral y emocional positiva para la parte que se haya visto afectada, y en mayor medida, permitiría fungir como un ejemplo ilustrativo para cátedras de ética judicial posteriores. Baste recordar la expresión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “*Esta sentencia constituye per se una forma de reparación*”<sup>295</sup>, que hace valer el alcance simbólico en beneficio de las víctimas que, después de una larga lucha por la justicia, sea reconocida la violación de la que fueron objeto. Este reconocimiento también trasciende hacia la opinión pública, generando el esclarecimiento de los hechos involucrados y, sobre todo, la emisión de un mensaje en el sentido de que la persecución de tales hechos importa y generan consecuencias, fortaleciendo la legitimación del Estado de Derecho, reivindicando los derechos de las víctimas y generando confianza en la labor judicial.

Sobre la última consideración es necesario hacer una puntualización: una investigación respecto deficiencias notorias en la impartición de justicia por parte de órganos internos de control –derivada de una examinación académica o ciudadana– tendría que ser empleada de manera responsable por parte de los interesados, para no ser concebida como una “instancia adicional” o para entorpecer el trabajo judicial, por lo que de contar con una ética robusta, esta práctica también podría verse fortalecida con la presentación de hechos que verdaderamente estén en posibilidad de alcanzar la finalidad descrita y no como medidas de represalia que pudieran afectar a los decisores judiciales esmerados.

---

<sup>295</sup> Disposición 1.1 de la sentencia “Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México”, de 16 de noviembre de 2009, p. 153. Visible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf)

#### **IV. La preponderancia del silogismo jurídico debe abandonarse para impulsar una apertura a contextualizar los conflictos a través de una perspectiva humana.**

En varios de los casos analizados en esta investigación se describió cómo la aplicación mecánica del texto legal a través del silogismo jurídico –en ocasiones– se traduce en una solución poco razonable que atenta contra la finalidad del propio texto legal, o bien, en la lesión de un principio, cuya relevancia para efectos de adoptar una determinación también quedó evidenciada en las figuras del ilícito atípico y la licitud atípica. Con base en tales ejemplos, y al tomar en consideración la complejidad de las interacciones humanas en el Estado democrático contemporáneo cuya nota ideal es la pluralidad, es posible detectar con mayor frecuencia limitaciones en la capacidad reguladora de los postulados legales. En estas circunstancias, la ley deberá perder gradualmente su posición predominante y los principios jurídicos, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, o con una aplicación supletoria, comenzarán a revestirse de mayor importancia.

Esta nueva perspectiva se ve robustecida si el sentido básico de los argumentos y justificaciones de los decisores judiciales puede partir de premisas afines al ideal ético, asumiendo con su rol de garantes de la dignidad y la libertad, a fin de construir una visión dinámica y contextual del Derecho como técnica al servicio de la justicia y como control al ejercicio del poder estatal<sup>296</sup>. La legitimación del decisor normativo parte de un electorado que conforma una mayoría –usualmente relativa–; la legitimación del decisor judicial, si logra encontrar sustento en una noción de justicia, podrá aspirar a una legitimación mucho más amplia. Bajo esta

---

<sup>296</sup> Bajo estas premisas, no compartimos el punto de vista de los esquemas originalistas en los que, con la perspectiva de materializar la neutralidad de los jueces y la deferencia a la ley, los jueces deben constreñirse a descubrir las *intenciones* de los decisores normativos sin ir más allá, dado que una interpretación abierta se entiende como una vulneración a las atribuciones exclusivas de carácter legislativo. (*Vid.* CÁRDENAS, Jaime, 2008, pp. 85 a 87).



premisa pueden reflexionarse dos aspectos: primero, reiterar la enorme responsabilidad de los decisores judiciales al erigirse como jueces de los legisladores con la posibilidad de impulsar transformaciones sociales que se estimen necesarias y, en segundo lugar, la necesidad de que los órganos administrativos de contraloría dentro de la esfera del poder judicial vean reforzadas sus acciones de supervisión y vigilancia, pues como bien afirma Andrés Bordalí (2008, p. 47) “*Un estado constitucional y democrático de derecho no puede tolerar que ningún poder sea ilimitado*”.

Por ello, esta aspiración hacia la revisión permanente de los contextos humanos en que se aplica el Derecho a fin de conocer las historias detrás de las personas también puede validarse como la evolución natural del propio sistema jurídico. Ferdinand Von Schirach<sup>297</sup>, como corolario en su obra *Crímenes*, en la que describe con una narrativa profunda diversos casos en los que participó como abogado defensor y cuyas particularidades fueron determinantes para mejorar las perspectivas judiciales de sus clientes, reflexiona que dentro del ámbito penal si nos trasladamos a la Edad Media la culpabilidad era fácil de estimar: a un ladrón se le cortaba la mano. Siempre y sin excepción. Nuestro derecho penal contemporáneo es más sabio, hace más justicia a la vida, pero también es más complicado: dificultades inmanentes que reconocen el carácter humano de nuestras acciones, buscan comprender sus razones y pueden derivar en oportunidades de alcanzar decisiones justas.

---

<sup>297</sup>Vid. VON SCHIRACH, Ferdinand, (2013, p. 186).

## **V. La Jurisprudencia de la Virtud como paradigma decisorio judicial ofrece los elementos idóneos para incentivar esta evolución en la conciencia de los decisores judiciales.**

Hemos revisado que la Jurisprudencia de la Virtud pretende enarbolar un grupo de comportamientos que se consideran intrínsecamente valiosos como factores determinantes en las resoluciones de los decisores judiciales con la finalidad de arribar a resoluciones con un margen más amplio de razonabilidad y que, en este contexto, puedan ser consideradas como justas. Lo anterior, en función de la materialización de las virtudes a través de los esquemas de otredad, percepción emocional y afinidad de experiencia, pues estamos convencidos que el buen juez no puede limitarse a un extenso conocimiento del Derecho como tal, sino que requiere, además, de ser una persona virtuosa. Javier Saldaña (2008, p. 148) en este sentido advierte: *“la determinación de lo justo (función esencial del juez) sólo puede ser la simbiosis de los factores técnico y ético”*<sup>298</sup>.

La doctora Amaya (2011, p. 138) reflexiona: *“Los criterios de corrección de una decisión no se pueden captar mediante un conjunto de reglas o principios, ya que siempre es posible que el caso sea excepcional, es decir, que tenga ciertos rasgos que hagan que la aplicación o principio resulte problemática. La persona virtuosa es, precisamente, aquella que tiene la habilidad de detectar excepciones”*. Con base en estas premisas, la propuesta de la Jurisprudencia de la Virtud presenta los elementos idóneos para concientizar a los juzgadores sobre sus posibilidades y la trascendencia de su función, sin importar si se trata del decisor más humilde dentro de la organización piramidal de nuestro poder judicial, pues aunque su resolución pueda encontrarse sujeta a revisiones que a la postre –quizás– se traduzcan en una modificación a su decisión, lo cierto en los términos de legitimación

---

<sup>298</sup> Dicho con otras palabras: *“un buen Derecho no sólo es producto de quien conoce la ley, sino de quien además cultiva las virtudes judiciales. Así, el buen Derecho se ha de basar igualmente en las personas que lo aplican”*. (SALDAÑA, Javier, 2007, p. 113).

que hemos descrito antes, tanto ante las partes involucradas como ante la sociedad (e inclusive, si desea considerarse, ante su conciencia), el juez verá acrecentado su prestigio y no perderá el respeto para sí mismo, reafirmando así la fortaleza de su carácter y la visión ética de su función.

Savater (2009, p. 104) comparte una cita de Robert Mehl que viene a ser un corolario de esta conclusión: *“El único criterio verdaderamente decisivo para juzgar una actitud ética es su aptitud para favorecer el encuentro con el otro”*. En nuestro ámbito judicial, entonces, un juez que asuma con seriedad su función bajo el ideal ético, será el que haya hecho un esfuerzo por comprender la realidad desde la perspectiva de las partes sobre las cuales habrá de pronunciar sentencia, humanizando su visión para dejar de ver un expediente atiborrado de constancias y permitirse ver personas, que no son tan diferentes a él.

## **VI. La enseñanza del Derecho, en particular de los temas relacionados con ética, debe basarse en reflexiones prácticas.**

Aunque la conclusión anterior se encuentra enfocada a los jueces en activo, no resulta menos útil imaginar los antecedentes académicos de nuestros funcionarios judiciales actuales, así como los que se encuentran en formación, siendo en este punto necesario visualizar que no se trataría únicamente de dichos funcionarios, sino de los profesionistas del Derecho en general. De acuerdo a los hallazgos del apartado correspondiente, es alarmante que persistan planes de estudio de licenciatura en Derecho que carezcan por completo de una asignatura respecto a la ética. Como se reflexionó en su oportunidad, una enseñanza en ética no genera una coraza infalible para que las personas enfrenten con una probabilidad absoluta de éxito al mal que le acecha todos los días: sería demasiado romántico considerarlo.

Sin embargo, si no genera una armadura formidable, en los estudiantes más aventajados proporcionará, al menos, un escudo robusto y aún en los estudiantes más distraídos, el recuerdo de la posibilidad de portar una prenda defensiva: en cualquier caso, la decisión de perfeccionar su uso corresponde a cada uno. Por ello, es necesario que su enseñanza abandone por completo las estructuras rígidas en las que se privilegia la memorización de conceptos o información sobre autores y encuentre su fundamento esencial en casos prácticos a través de los cuales queden evidenciadas expresiones sobre la excelencia del carácter de los personajes involucrados: la lectura de novelas e historias también puede ser de utilidad<sup>299</sup>. La mera transferencia de información, a la que en estos días cualquier persona tiene acceso con facilidad, no es suficiente: debe ser reflexionada, *digerida*<sup>300</sup>. Sobre estas bases, resulta importante considerar que, además, la ética propicia un pensamiento crítico y abierto que promueve los cuestionamientos y dudas que hoy sembramos para cosechar mañana un fruto maduro de conocimiento. Clemente Valdés (2008, p. 211) al respecto refiere: *“Los principios en las organizaciones políticas valen cuando sirven para hacer mejor la vida de los seres humanos que forman la población, para proporcionarles a esos seres humanos mayor seguridad, y para asegurar sus libertades fundamentales. Cuando no es así, los llamados principios, son simplemente trampas o son fórmulas vacías”*. Una formación ética robusta auxilia de manera directa a la identificación no sólo de principios como propone Valdés, sino de cualquier otra manifestación que atente contra la dignidad y la libertad de las personas, lo que impide a su vez la prosecución de una *buena vida*<sup>301</sup>.

---

<sup>299</sup> Inclusive, algunos programas de televisión también pueden lograr este cometido, si se cuenta con paciencia y buena percepción. Varios capítulos de la serie *Los Simpson* pueden dar cuenta de ello, en particular aquellos de las primeras temporadas. Para una revisión de las aportaciones morales de la serie se sugiere consultar IRWIN, William, et al., 2015, pp. 199-242.

<sup>300</sup> Savater (2010, p. 11) sobre esta circunstancia menciona: *“El problema ya no es recibir información, pues hoy todo el mundo tiene más información de la que puede asimilar, el problema es orientarse de tal manera que la información sirva para algo, y no simplemente para ahogar a la persona”*.

<sup>301</sup> Dworkin, en el epílogo de su obra *“Justice for hedgehogs”* (2011, p. 423) reflexiona: *“Sin dignidad, nuestras vidas sólo duran parpadeos. Pero si logramos llevar bien una buena vida, creamos algo más. Hacemos distinta nuestra mortalidad (“We write a subscript to our mortality” en el original). Hacemos de nuestras vidas pequeños diamantes en las arenas cósmicas”*.

## VII. La justicia es un valor que, no obstante la dificultad que entrañe su definición, aspira a ser identificada por un auditorio universal.

Es notable la forma en que somos capaces de percibir con cierta claridad lo que consideramos como *justo*, pero nos encontramos con serias dificultades para intentar definir ese concepto. En esta investigación se ha propuesto una definición, misma que puede ser cuestionada y, además, cada persona podrá agregar, restar o modificar los elementos empleados para intentar definir ese concepto que debe corresponder a la inspiración ideal del Derecho. Pero lo que no podrá dejarse de lado es el contenido de virtud que le caracteriza, pues como el maestro Javier Saldaña (2007, p. 115) afirma: *“recordar que con la virtud se es realmente humano, y que con ella podemos alcanzar eso que en algún lugar perdimos, o nos lo hicieron perder”*.

La justicia, entonces, es el nombre prestigioso que recibe el resultado de un curso de acciones que tiende a satisfacer a un auditorio universal razonablemente informado, si bien debe subrayarse que la justicia no se deriva de la suma de subjetividades. La justicia es: se percibe o no, como si se tratase de un color o de un aroma. Es necesaria haberla conocido antes para identificarla, siguiendo los postulados de Moore. Y en el caso de los decisores judiciales –o de cualquier otra persona– que aspire a materializarla, se derivará ineludiblemente, de una decisión personal. Íntima, con base en un criterio propio que haya sido perfeccionado a través de vivencias propias, imaginación literaria y la cotidiana interacción con otras personas. Es, pues, una de las manifestaciones más visibles de nuestra libertad y cómo podemos emplearla para solidarizarnos, para generar un bienestar compartido, no porque lo ordena una ley, o un documento llamado sentencia; sino porque es *mi convicción*: *“El sistema legal puede forzar puertas, y a veces, hasta derribar muros. Pero es incapaz de construir puentes entre las personas. Ese trabajo nos corresponde a ti y a mí”*<sup>302</sup>.

---

<sup>302</sup> Inscripción en el monumento Memorial de los Derechos Civiles en Richmond, Virginia, Estados Unidos de América, con el que se conmemoran las protestas que dieron lugar a la prohibición de la segregación racial en las escuelas en dicho Estado. La frase es de Thurgood Marshall, primer afroamericano elegido para ocupar el cargo de Juez en la Suprema Corte de ese país. El texto original es: *“The legal system can force open doors, and, sometimes, even knock down walls. But it cannot build bridges. That job belongs to you and me”*. La traducción es propia.

## Fuentes de consulta

### Bibliográficas

1. ALEXY, Robert (2001), *Teoría de los derechos fundamentales*, 1a. ed., trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2001.
2. AMAYA, Amalia (2009), *Virtudes judiciales y argumentación: una aproximación a la ética jurídica*, 1a. ed., México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009.
3. AMAYA, Amalia (2011), "Virtudes, argumentación jurídica y ética judicial", en Revista *Diánoia*, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, volumen LVI, número 67, noviembre 2011, pp. 135-142.
4. AMAYA, Amalia y HOCK LAI, Ho editores (2013), *Law, Virtue and Justice*, 1a. ed., Oxford, Hart Publishing, 2013.
5. AMAYA, Amalia (2015), "Virtudes y Filosofía del Derecho", en Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2015, vol. 3, pp. 1758-1810.
6. ANTAKI, Ikram (1998), *El banquete de Platón*, 7a. ed., México, Planeta, 1998.
7. ARAGÓN, Manuel (2002), *Constitución, democracia y control*, 1a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002.
8. ARCILA GIRALDO, Beatriz Elena y HOYOS LOAIZA, Juan Carlos (2010), *El Rol del Juez en el Estado Social de Derecho*, 1a. ed., Colombia, Universidad de Medellín, 2010.
9. ARISTÓTELES, *Ética nicomáquea*, 1a. ed., trad. y notas de Julio Pallí Bonet, Madrid, Gredos, 1985.
10. ARNÁIZ AMIGO, Aurora (1997) *Estructura del Estado*, 3a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa., 1997.
11. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2006) *Ilícitos atípicos*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2006.

12. AZUELA GÜITRÓN, Mariano (2014), *La ética judicial para el bien de la comunidad*, 1a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.
13. BARAK, Aharon (2008), *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, 1a. ed., trad. de Estefanía Vela Barba, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.
14. BORDALÍ, Andrés (2008) “Jueces Constitucionales. Un poder incómodo.”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coord.) *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. V. Juez y sentencia constitucional, 1a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2008, pp. 41-61.
15. BURGOA, Ignacio (2004), *Las garantías individuales*, 37a. ed., México, Porrúa, 2004.
16. CALDWELL, Taylor (2004) *La Columna de Hierro*, 33a. ed., trad. de Enrique Obregón, México, Grijalbo, 2004.
17. CÁRDENAS, Jaime (2008) “Acerca de la legitimidad democrática del juez constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coord.) *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. V. Juez y sentencia constitucional, 1a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2008, pp. 81-102.
18. CARPIZO, Jorge (1982), *La Constitución Mexicana de 1917*, 5a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1982.
19. CARRANCO, Joel (2005) *Poder Judicial*, 2a. ed., Porrúa, México, 2005.
20. CARRASCO, Constancio (2008) “El juez constitucional como garante de los derechos fundamentales del hombre”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coord.) *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. V. Juez y sentencia constitucional, 1a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2008, pp. 103-112.

21. CASTELLANOS, Fernando (2003), *Lineamientos elementales de derecho penal*, 44a. ed., México, Porrúa, 2003.
22. CISNEROS, Isidro (2000), *Los recorridos de la tolerancia*, 1a. ed., Océano, México, 2000.
23. COOK, Rebecca y CUSACK, Simone (2009), *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales*, 1a. ed., trad. de Andrea Parra, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2009.
24. COUTURE, J. Eduardo (1974) *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 3a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1974.
25. CRUZ PARCERO, Juan Antonio (2012) *El lenguaje de los Derechos*, 1a. ed., Madrid, Trotta, 2012.
26. DE BUEN, Néstor (2006) *Derecho Procesal del Trabajo*, 13ª edición, Porrúa, México, 2006.
27. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, (1997) *Teoría General del Proceso*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997.
28. DÍAZ HERNÁNDEZ, Carlos (2013), *La ética del Juez* en Serie Ética Judicial, número 28, 1a. ed., Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013.
29. DÍAZ-ARANDA, Enrique (2014) *Lecciones de Derecho Penal para el Nuevo Sistema de Justicia en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014.
30. DWORKIN, Ronald (1986), *El imperio de la justicia*, 2a. ed., trad. de Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 2012.
31. DWORKIN, Ronald (1993), *Los derechos en serio*, 2a. ed., trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1993.
32. DWORKIN, Ronald (2007), *La justicia con toga*, 1a. ed., trad. de Marisa Iglesias Vila e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid, Marcial Pons, 2007.
33. DWORKIN, Ronald (2011), *Justice for hedgehogs*, Camdrige, Massachusetts, Harvard University Press, 2011.
34. FARINA, Juan M. (1997), *Justicia. Ficción y Realidad*, 1a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.



35. FAVELA, Adriana (2012), *Teoría y práctica de las nulidades electorales*, 1a. ed., México, Limusa, 2012.
36. FERRER, Jordi (2002), *Prueba y verdad en el Derecho*, 1a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2002.
37. FIX-FIERRO, Héctor (1995) “La eficiencia de la justicia (una aproximación y una propuesta)” en *Cuadernos para la reforma de la justicia*, número 1, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1995.
38. FOUCAULT, Michel (2010), *El coraje de la verdad. El gobierno de sí y de los otros II*, 1a. ed., traducción de Horacio Pons, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2010.
39. GALVÁN, Flavio (2006), *Derecho procesal electoral mexicano*, 2ª edición, México, Porrúa, 2006.
40. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo (1944), *Ética*, 1a. ed., México, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1944.
41. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo (2004), *Introducción al Estudio del Derecho*. 56a. ed., México, Porrúa, 2004.
42. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo (2015), *Filosofía del Derecho*, 17a. ed., México, Porrúa, 2015.
43. GARCÍA-MAYNEZ, Eduardo (1980) “Imagen Aristotélica del Buen Juez”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, Fausto E. (coord.) *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, 1a. ed., México, UNAM, 1980, pp. 363-374.
44. GARCÍA MORENTE, Manuel (2003), *Lecciones Preliminares de Filosofía*, 1a. ed., México, Época, 2003.
45. GARRIDO GÓMEZ, M. Isabel (2010) “Principios rectores de los juicios discrecionales en las decisiones judiciales”, en *Revista Criterio y Conducta*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, número 7, enero-junio 2010, pp. 71-93.
46. GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco (1982), *El Código Penal Comentado*, 1a. ed., Porrúa, México, 1982
47. GONZÁLEZ DE LA VEGA, René (2005), *Justicia e Ideología*, 1a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005.

48. GONZÁLEZ DE LA VEGA, René y LARIGUET, Guillermo (coord.), *Problemas de Filosofía del Derecho. Nuevas perspectivas*, 1a. ed., Bogotá, Temis, 2013.
49. GROSSI, Pierfrancesco (2008) "Il giudice tra etica, diritto e legge", en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coord.) *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. V. Juez y sentencia constitucional, 1a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2008, pp. 153-167.
50. HART, Herbert Lionel Adolphus, (1961), *El concepto de derecho*, 1a. ed., traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.
51. HERNÁNDEZ CHONG CUY, María Amparo (2012), "Justicia que no es ciega o 'el traje nuevo de la emperatriz'", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, Instituto de la Judicatura Federal, número 34, año 2012, pp. 115-130.
52. HIGUERA, Jorge, (2006-1) *La ética conforme a la doctrina de Max Scheler, y la prudencia como virtud cardinal en el ser del juzgador*, en Serie Ética Judicial, número 4, 1a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.
53. HIGUERA, Jorge, (2006-2) *La ética en la reflexión sobre la filosofía griega clásica de Xavier Zubiri, y la virtud cardinal de la justicia en el pensamiento del mundo occidental, con particular referencia al ámbito judicial*, en Serie Ética Judicial, número 11, 1a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.
54. HIGUERA, Jorge, (2006-3) *La ética dentro de la filosofía del ser y el tiempo de Martín Heidegger, y la virtud cardinal de la fortaleza en relación con la función jurisdiccional*, en Serie Ética Judicial, número 8, 1a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.
55. HIGUERA, Jorge, (2006-4) *La ética en la concepción de Nicolai Hartmann, y la templanza como virtud cardinal a la luz del Código de Ética del Poder Judicial de la Federación*, en Serie Ética Judicial, número 6, 1a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.
56. IRWIN, William, *et al.*, (2015) *Los Simpson y la filosofía*, 4a. ed., trad. de Diana Hernández Aldana, España, Blackie Books, 2015.

57. KANT, Immanuel, (2003) *Crítica de la razón práctica*, 1a. ed., trad. de J. Rovira Armengol, Buenos Aires, Editorial La Página, 2003.
58. KANT, Immanuel, (2013) *¿Qué es ser ilustrado?*, 2a. ed., trad. de Dulce María Granja, México, Universidad Nacional Autónoma de México, colección Pequeños Grandes Ensayos, 2013.
59. KEMELMAJER, Aída (2006), *Ética de los jueces. Análisis Pragmático*, en Serie Ética Judicial número 10, 1a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.
60. LÓPEZ AYLLÓN, Sergio y OÑATE LABORDE, Alfonso (coord.) *Justicia cotidiana. Síntesis del informe y de las recomendaciones en materia de justicia cotidiana*, 1a. ed., México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C., 2015.
61. LÖSING, Norbert (2008) “Juez y Poder Judicial en el Estado de Derecho”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coord.) *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. V. Juez y sentencia constitucional, 1a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2008, pp. 181-197.
62. LUIS VIGO, Rodolfo (2004), *La injusticia extrema no es derecho*, 1a. ed., Argentina, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2004.
63. MALEM SEÑA, Jorge F. (2001), “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, en *Doxa*, número 24, Alicante, 2001, pp. 379 a 403.
64. MILL, John Stuart (2001) *On Liberty*, Ontario, Canada, Batoche Books, 2001. (Publicación original de la obra de 1859).
65. MONTERO AROCA, Juan *et all* (2002) *Derecho Jurisdiccional I. Parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.
66. MONTERO AROCA, Juan. (2007). *La prueba en el proceso civil*. 5a. ed., Thomson-Civitas, España, 2007.
67. MORA-DONATTO, Cecilia y SÁNCHEZ GÓMEZ Elia (2012), *Teoría de la Legislación y Técnica Legislativa*, 1a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2012.

68. NORIEGA, Alfonso (1988), *Los derechos sociales creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*, 1a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1988.
69. NUSSBAUM, Martha (1997), *Justicia Poética*, 1a. ed., trad. de Carlos Gardini, Barcelona, Editorial Andrés Bello, 1997.
70. NUSSBAUM, Martha (1999), “La ética de la virtud: una categoría equívoca” en *Areté. Revista de filosofía*, traducción de Michell Nicholson, Pontificia Universidad Católica del Perú, volumen XI, número 1-2, pp. 573-613.
71. OTERO PARGA, Milagros (2006) *Cuestiones de argumentación jurídica*, 1a. ed., México, Porrúa.
72. OVALLE FAVELA, José (2007) *Teoría General del Proceso*. 6ª ed., México, Oxford.
73. OVALLE FAVELA, José. (2003). *Derecho procesal civil*. 9ª edición, México, Oxford.
74. PERELMAN, Chaim (1964), *De la justicia*, 1a. ed., trad. de Ricardo Guerra, México, Centro de Estudios Filosóficos UNAM, 1964.
75. PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena (2014) “Transversalidad de los derechos humanos con perspectiva de género”, en GARCÍA PEÑA, José Heriberto y GODÍNEZ MÉNDEZ, Wendy Aide (coord.) *Temas actuales del Derecho. El Derecho ante la Globalización*, 1a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014, pp. 469-488.
76. PÉREZ VALERA, Víctor Manuel (2005) *Ser más humano. Reflexiones sobre Ética y Derecho*, 1a. ed., México, Porrúa–Universidad Iberoamericana, 2005.
77. PLASCENCIA, Raúl (2004) *Teoría del Delito*, 3a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004.
78. PLATÓN, *República*, 1a. ed., trad. y notas de Conrado Eggers Lan, Madrid, Gredos, 1988.
79. QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio (2008) *Teoría General del Derecho Procesal*, 4a. ed., Bogotá, Temis.
80. RAWLS, John (2006), *Teoría de la Justicia*, 6a. ed., trad. de Maria Dolores González, Cambridge, Harvard University Press, 2006.
81. RIVERO WEBER, Paulina (2015), *Ética. Un curso universitario*, 1a. ed., México, UNAM, 2015.

82. ROOS, Stefanie Ricarda y WOISCHNIK, Jan (coord.) *Códigos de ética judicial. Un estudio comparado con recomendaciones para los países latinoamericanos*, 1a. ed., Uruguay, Fundación Konrad-Adenauer, 2005.
83. SALDAÑA SERRANO, Javier (2007), *Ética judicial: virtudes del juzgador*, 1a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007.
84. SALDAÑA SERRANO, Javier (2008) “Derechos Humanos y Administración de Justicia. A propósito de la personalidad del juez en la determinación de lo justo”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coord.) *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. XI, Justicia, federalismo y derecho constitucional, 1a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2008, pp. 147-180.
85. SALDAÑA SERRANO, Javier (coord.), *Ética jurídica (segundas jornadas)*, 1a. ed., México, Editorial Flores–Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2015.
86. SAMAMÉ, Luciana (2016-1), “Virtudes judiciales y empatía” en *Prometeica, Revista de Filosofía y Ciencias*, Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina, número 12, año V, 2016, pp. 63-79.
87. SAMAMÉ, Luciana (2016-2), “Justicia y empatía: dificultades y propuestas” en *Revista del Grupo de investigación de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, Centro Científico Tecnológico Mendoza, Argentina, volumen 18, 2016, artículos 1-12.
88. SARTORI, Giovanni (1993), *¿Qué es la democracia?*, 1a. ed., trad. de Miguel Ángel González Rodríguez, México, Patria, 1993.
89. SAVATER, Fernando (1995), *Invitación a la ética*, 5a. ed., Barcelona, Anagrama, 1995.
90. SAVATER, Fernando (1998), *Ética para Amador*, 29a. ed., México, Ariel, 1998.
91. SAVATER, Fernando (2009), *La tarea del héroe*, 1a. ed., Madrid, Ariel, 2009.
92. SAVATER, Fernando (2010), *La aventura de pensar*, 1a. ed., México, Debolsillo, 2010.
93. SAVATER, Fernando (2016), *El contenido de la felicidad*, 1a. ed., México, Debolsillo, 2016.

94. SCHWARTZ Bernard (1995), *Supreme Court Superstars: The Ten Greatest Justices*, Tulsa College of Law (Oklahoma, USA), Tulsa Law Journal 31, 1995, pp. 93-159.
95. SILVA, Fernando (2008) “La Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional: Creación Judicial del Derecho y Eficacia Normativa de la Jurisprudencia Constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coord.) *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. V. Juez y sentencia constitucional, 1a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2008, pp. 763-793.
96. SMITH, Adam (2013), *La teoría de los sentimientos morales*, 3a. ed., trad. de Carlos Rodríguez Braun, Madrid, Alianza Editorial, 2013.
97. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2013-1), *Casos prácticos de Ética Judicial*, 1a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013
98. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2013-2), *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, 1a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.
99. TARUFFO, Michele (2008-1) *La Prueba*, 1a. ed., trad. de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Marcial Pons, 2008.
100. TARUFFO, Michele (2008-2) *Prueba y verdad en el proceso civil*, 1a. ed., trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Marcial Pons.
101. VALDÉS, Clemente (2008) “El poder de los jueces”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coord.) *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. V. Juez y sentencia constitucional, 1a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2008, pp. 199-238.
102. VON SCHIRACH, Ferdinand (2013), *Crímenes*, 1a. ed., trad. de Juan de Sola, Barcelona, Publicaciones y Ediciones Salamandra, 2013.
103. WALTHER, Ingo F. (2011), *Van Gogh*, 1a. ed., traducción de Aurora de la Válgoma, Chile, Editorial Cordillera, 2011.

104. WALTHER, Ingo F. y METZGER, Rainer (2001), *Van Gogh. La obra completa - pintura*, 1a. ed., traducción de Carmen Sánchez Rodríguez, Slovenia, Editorial Taschen, 2001.
105. WRÓBLEWSKI, Jerzy (2008), *Sentido y hecho en el derecho*, 2a. ed., traducción de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, México, Fontamara, 2008.

## Electrónicas

1. Artículo “¿Qué tan largas son las sentencias de la Suprema Corte?” Consultable en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=877>
2. MOORE, George Edward. *Principia Ethica*, Fair Use Repository.  
Visible en: <http://fair-use.org/g-e-moore/principia-ethica/chapter-i>
3. PLATÓN, *Menón o de la Virtud*, Obras completas de Platón, recopilación de Patricio de Azcárate. Proyecto Filosofía en español. Consultable en: <http://www.filosofia.org/cla/pla/azf04275.htm>
4. PLATÓN, *Las Leyes*, Obras completas de Platón, recopilación de Patricio de Azcárate. Proyecto Filosofía en español. Consultable en: <http://www.filosofia.org/cla/pla/img/azf09057.pdf>
5. PLATÓN, *El Banquete o del Amor*, Obras completas de Platón, recopilación de Patricio de Azcárate. Proyecto Filosofía en español. Consultable en: <http://www.filosofia.org/cla/pla/azf05285.htm>
6. SANTIAGO, Alfonso. *Neoconstitucionalismo*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Argentina, 2008.  
Visible en: <https://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>
7. SEN, Amartya, *El desarrollo como libertad*, en Gaceta Ecológica (55), páginas 14-20, 2000. Visible en: <http://www.redalyc.org/pdf/539/53905501.pdf>
8. *Diálogos por la Justicia Cotidiana. Diagnósticos conjuntos y soluciones*, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2015, visible en: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/79028/Di\\_logos\\_Justicia\\_Cotidiana.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/79028/Di_logos_Justicia_Cotidiana.pdf)

----- Anexo único -----



**Asunto: Se interpone recurso de revisión  
contra clasificación de información (reservada)**

18 MAY 24 16:53

c/3 anexos en c/simplc.

**Solicitud folio PNT 0320000089018**

RECIBIDO  
OFICIALÍA DE PARTES

**ACUSE**

**Precedente:**

Expediente RRA 2510/18

Ponente: Comisionado Joel Salas Suárez

CC. COMISIONADOS INTEGRANTES DEL PLENO DEL INSTITUTO NACIONAL DE  
TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS  
PERSONALES.

Insurgentes Sur número 3211, colonia Insurgentes Cuicuilco, delegación Coyoacán,  
C.P. 04530, Ciudad de México.

**Antonio López**, por mi propio derecho, señalando como medio para la práctica de notificaciones derivadas del presente escrito el usuario "jinete\_arquero@hotmail.com" creado en la Plataforma Nacional de Transparencia (PNT) o en su defecto dicho correo electrónico, ante Ustedes, respetuosamente, expongo:

Que con fundamento en los artículos 146 y 148 fracción VI con relación a su último párrafo de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública<sup>1</sup>, así como 143 fracción VI de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública<sup>2</sup>, **interpongo recurso de revisión en contra de la resolución del Comité de Transparencia del Consejo de la Judicatura Federal de 7 de mayo de 2018, en el expediente Clasificación de Información 109/2018, en virtud de la cual se clasificó como reservada (y en consecuencia se negó su entrega) a la información descrita como:**

*"...el acceso al Informe emitido por el Director del Instituto de la Judicatura Federal referente a la obtención ilegal de reactivos aplicados en el cuestionario correspondiente a la primera etapa del Vigésimo Octavo Concurso Interno de Oposición para la designación de Jueces de Distrito, el expediente relativo a la investigación y la resolución de la anulación del citado concurso de oposición, en términos del artículo 110 fracción IX de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública".*

<sup>1</sup> En lo sucesivo "Ley Federal"

<sup>2</sup> En lo sucesivo "Ley General"



Información que guarda relación con la solicitada en el punto 4 de la solicitud registrada con el folio 0320000089018 de la Plataforma Nacional de Transparencia, en la que se requirió:

**“4. Versión pública del informe del director del Instituto de la Judicatura Federal, por el que hizo del conocimiento de ese Consejo de la Judicatura Federal la obtención ilegal de algunos de los reactivos relativos al examen en cuestión”<sup>3</sup>.**

A fin de dar cumplimiento al artículo 149 de la *Ley Federal*, me permito hacer de su conocimiento lo siguiente:

**I. El sujeto obligado ante la cual se presentó la solicitud.**

Lo es el Consejo de la Judicatura Federal (CJF), identificado como sujeto obligado en términos del propio catálogo contenido en el formato correspondiente de la PNT. Asimismo, se precisa que la resolución que se combata fue emitida por el Comité de Transparencia de dicho consejo.

**II. El nombre del solicitante que recurre o de su representante y, en su caso, del tercero interesado, así como la dirección o medio que señale para recibir notificaciones.**

- a) El recurrente es el suscrito, autenticado en la plataforma de PNT como “jinete\_arquero@hotmail.com”, bajo el alias “Antonio López”<sup>4</sup>;
- b) En el caso no existen representantes legales;
- c) Derivado de la naturaleza del presente recurso, como más adelante se detallará, se estima que no existe tercero interesado, y
- d) Para recibir y practicar notificaciones, en el correo [jinete\\_arquero@hotmail.com](mailto:jinete_arquero@hotmail.com)<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Al respecto, cabe mencionar que los puntos 1., 2. y 3. de la solicitud de información referida ya fueron cumplimentados, restando únicamente este punto 4.

<sup>4</sup> Se suplica a ese H. Pleno considerar que estos datos personales no resultan sustanciales para el estudio y procedencia del presente medio de impugnación en términos de lo establecido en los artículos 150 *in fine* de la *Ley Federal* y su correlativo 145 *in fine* de la *Ley General*, a fin de que se reconozca al suscrito plenamente como titular de la consulta efectuada.

<sup>5</sup> También se solicita a ese H. Pleno considerar como precedente de esta solicitud el antecedente contenido tanto en el punto sexto del acuerdo de admisión del recurso RRA 2510/18 de 25 de abril de 2018, como en el resolutivo tercero de la resolución de dicho recurso, de 16 de mayo de 2018.

### III. El número de folio de respuesta de la solicitud de acceso.

Corresponde al folio 0320000089018 (Anexo 1 del presente escrito).

### IV. La fecha en que fue notificada la respuesta al solicitante o tuvo conocimiento del acto reclamado, o de presentación de la solicitud, en caso de falta de respuesta.

El 14 de mayo de 2018 fue recibido en la dirección de correo electrónico la resolución que por esta vía se combate; hecho que se reconoce.

Derivado de lo anterior, se estima que el presente recurso de revisión resulta procedente al haberse presentado ante ese Instituto dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la fecha de su notificación, en términos del artículo 147 primer párrafo de la *Ley Federal*, con relación al artículo 4 fracción V del mismo ordenamiento.

Además, solicito se tome en consideración la declaración de ese H. Pleno en la resolución de 16 de mayo de 2018 en el recurso RRA 2510/18<sup>6</sup>:

“...  
*En relación con tal determinación, cabe precisar que de conformidad con el último párrafo del artículo 148 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la respuesta que den los sujetos obligados derivada de la resolución a un recurso de revisión que proceda por la causal señalada en la fracción VI, como en el asunto que nos ocupa, es susceptible de ser impugnada de nueva cuenta ante este Instituto, mediante recurso de revisión; por tanto, se deja a salvo el derecho del recurrente para que, de considerarlo pertinente y por así convenir a sus intereses, interponga un nuevo recurso de rescisión en el que impugne lo hecho de su conocimiento mediante alcance”*

### V. El acto que se recurre.

Como acto destacado, la resolución del Comité de Transparencia del Consejo de la Judicatura Federal de 7 de mayo de 2018, en el expediente Clasificación de Información 109/2018 (Anexo 2 del presente escrito)<sup>7</sup>, en términos del proemio del presente escrito.

<sup>6</sup> Notificada en la dirección de correo electrónico mencionada el 23 de mayo de 2018.

<sup>7</sup> Asimismo, se adjunta como Anexo 3 el Procedimiento de Clasificación de Información 110/2018, mismo que guarda relación directa con la solicitud de información en comento, mediante la cual se informa el sentido de la determinación adoptada por el Comité de Transparencia del sujeto obligado y se considera aplicable a la solicitud de i

Asimismo, de manera accesoria, el Procedimiento de Clasificación de Información 110/2018 (Anexo 3 de este documento), ya que guarda relación directa con la solicitud de información en comento, mediante la cual se informa el sentido de la determinación adoptada por el Comité de Transparencia del sujeto obligado.

## **VI. Las razones o motivos de inconformidad.**

### **A) Cuestión previa.**

Para efectos de lograr plena eficacia en la exposición de la materia del presente recurso, en términos del derecho humano al acceso a la impartición de justicia de manera integral, solicito a ese H. Pleno tenga como objeto de impugnación la resolución contenida en el expediente Clasificación de Información 109/2018, misma que considero es la que causa agravio de manera sustancial al contener las razones por las cuales, en opinión del Comité de Transparencia del sujeto obligado, es procedente la clasificación de la información solicitada como reservada.

### **B) Consideraciones del Comité de Transparencia.**

Ese comité hace valer los razonamientos siguientes:

- i. El Comité acoge la reserva decretada por la Unidad de Investigación de Responsabilidades Administrativas, ya que acorde con la prueba de daño efectuada, se acreditó que la divulgación de la información representa un perjuicio significativo, real, demostrable e identificable al interés público, en vista de que son documentos que obran en autos de una investigación en trámite;
- ii. Si se divulgara la información, se corre un riesgo de perjuicio al interés público, materializado en el caso de lograr una posible sanción en contra de los servidores públicos responsables;
- iii. La limitación es proporcional y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio, tomando en consideración que la investigación relativa se encuentra en

curso, debiendo protegerse los derechos de presunción de inocencia y debido proceso a los indiciados, y

- iv. Que no resulta conducente elaborar una versión pública, pues implica eliminar los datos que son precisamente objeto de la solicitud.

### C) Motivos del disenso.

En opinión del suscrito, la resolución combatida es **injusta** con base en lo siguiente:

- a. Dada su similitud, respecto a los razonamientos identificados en los incisos i. y ii. anteriores, de forma conjunta es posible establecer que el sujeto obligado efectúa una aplicación de la norma legal silogística y absoluta sin atender a las consideraciones particulares del caso.

De acuerdo con la normatividad aplicable<sup>8</sup>, se advierte que la información contenida en expedientes judiciales o procedimientos seguidos en forma de juicio, hasta en tanto causen estado es clasificada como reservada. Sin embargo esta prohibición, al igual que cualquier otro texto legal, es vencible frente a contextos específicos.

Por ejemplo, en el caso de los derechos del consumidor, el interés social de acceder a información útil para adoptar decisiones que pudieran poner en riesgo la integridad de la población prevalece sobre la clasificación de reserva<sup>9</sup>.

Así lo ha reconocido a su vez el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al considerar que la imposibilidad de acceder a dicha información no puede considerarse como una regla absoluta, al existir supuestos en los cuales su difusión producirá mayores beneficios para la sociedad

---

<sup>8</sup> Particularmente el artículo 110, fracciones IX, X y XI de la *Ley Federal*.

<sup>9</sup> *Vid.* Tesis Aislada con rubro: INFORMACIÓN RESERVADA. EL INTERÉS SOCIAL DEBE PREVALECER SOBRE EL ORDEN PÚBLICO Y, POR TANTO, PROCEDE CONCEDER LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO CONSISTENTE EN LA PROHIBICIÓN A LA PROCURADURÍA FEDERAL DEL CONSUMIDOR DE DIVULGAR INFORMACIÓN DE UN EXPEDIENTE JUDICIAL QUE NO HA CAUSADO ESTADO (LEY FEDERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL ABROGADA).

que los daños que pudieran provocarse con su divulgación y, en consecuencia, debe hacerse una excepción a la regla general, privilegiando la transparencia y difusión de la información respectiva<sup>10</sup>.

En el caso, se solicitó una **versión pública** de un informe relacionado con irregularidades en el proceso de selección de juzgadores federales; juzgadores que al integrar uno de los poderes de la Unión conlleva una importancia relevante en la dinámica social nacional, al considerar que los jueces, sin importar el alcance de su jurisdicción, tienen la capacidad de realizar transformaciones sociales y enviar mensajes a la sociedad respecto de la eficiencia o desaseo del sistema normativo.

Derivado de lo anterior, así como de la cobertura mediática que recibió el caso<sup>11</sup>, **es dable considerar el tema en comento como de interés social**, máxime que la versión pública solicitada no implica de modo alguno obtener nombres o datos de identificación de los servidores públicos involucrados, a fin de proteger la presunción de inocencia y la sujeción al debido proceso de que todo ciudadano goza.

- b. Respecto al razonamiento identificado con el inciso iii. anterior, en el que el sujeto obligado estima que la medida es proporcional y representa el medio menos restrictivo para evitar el perjuicio (el daño a los servidores públicos involucrados), es falaz, ya que la medida radica en **negar de forma absoluta** la información, sin graduar en lo específico o considerar la posibilidad de otorgar una versión pública de la información solicitada en la que sean testados los nombres y datos de identificación de los indiciados.

---

<sup>10</sup> Vid. Jurisprudencia con rubro: INFORMACIÓN RESERVADA. EXCEPCIÓN A LA PROHIBICIÓN DE SU DIVULGACIÓN.

<sup>11</sup> Por citar algunas fuentes:

"Cancelan por trampa examen para jueces":

<http://www.excelsior.com.mx/nacional/2018/02/15/1220488>

"Cancelan exámenes para jueces federales... porque se robaron las respuestas":

<http://www.elfinanciero.com.mx/nacional/cancelan-examenes-para-jueces-federales-porque-se-robaron-las-respuestas>

"Por robo de los exámenes, Consejo de la Judicatura anula concurso para designar jueces":

<https://www.animalpolitico.com/2018/02/robo-examenes-consejo-judicatura-jueces/>

"Suspenden concurso de plazas para juez":

<https://www.eleconomista.com.mx/politica/Suspenden-concurso-de-plazas-para-juez-20180214-0138.html>

- c. Finalmente, la justificación señalada con el inciso iv. en la que se afirmó que no resulta conducente elaborar una versión pública, ya que conlleva eliminar los datos que fueron solicitados constituye una aseveración dogmática que pierde de vista lo solicitado por este recurrente.

En efecto, conviene recordar aquí el punto 4 de la solicitud efectuada:

*“4. **Versión pública** del informe del director del Instituto de la Judicatura Federal, por el que hizo del conocimiento de ese Consejo de la Judicatura Federal la obtención ilegal de algunos de los reactivos relativos al examen en cuestión”.*

En términos de los artículos 108 y 118 de la *Ley Federal*, es obligación de los sujetos obligados elaborar una versión pública en la que se testarán **las partes o secciones clasificadas**; es decir, la Ley prevé que la versión pública **proteja** a las partes involucradas y permite un equilibrio con el derecho de acceso a la información.

En nuestro caso, se subraya que en la solicitud **jamás se solicitaron nombres de funcionarios**, por lo que el informe del director requerido, si fuese el caso, debe omitir los nombres de funcionarios aludidos, en tanto que el interés sustancial radica en conocer las circunstancias por las cuales se informó la obtención ilegal, lo cual se somete a consideración de ese H. Pleno para declararlo como información pública.

Derivado de lo anterior, es que el razonamiento del sujeto obligado en este apartado tendría que haber fundado y motivado por qué consideró la imposibilidad de elaborar una versión pública de la información solicitada, máxime que como lo reconoce, **el informe sí existe**<sup>12</sup>, de modo que resulta inverosímil que la totalidad de su contenido pueda clasificarse como información reservada.

#### D) Consideraciones adicionales.

El Consejo de la Judicatura en el último párrafo del comunicado No. 03 por el que informó la anulación del examen en cuestión, manifestó expresamente: *“El Consejo de la Judicatura Federal*

---

<sup>12</sup> Página 3 de la resolución de Clasificación de Información 109/2018.

*hace público este hecho por estar comprometido con la transparencia y para dejar constancia de que no será omiso ante posibles conductas ilegales”.*

Luego, del trámite de la solicitud de información con folio 0320000089018, podrá ese H. Pleno constatar la contradicción de esta afirmación, **en particular respecto a la resistencia de elaborar una versión pública del informe solicitado**, o bien, explicar pormenorizadamente, y con base en la solicitud de información efectuada y no presunciones, el por qué la totalidad del informe requerido es clasificado como información reservada.

**VII. La copia de la respuesta que se impugna y, en su caso, de la notificación correspondiente, salvo en el caso de respuesta de la solicitud.**

La copia de la resolución impugnada se adjunta como Anexo 2 al presente escrito; respecto a la fecha de notificación solicito se tenga por aquí reproducido el inciso IV que precede.

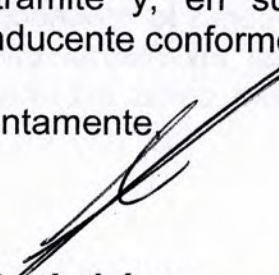
**VIII. Pruebas y demás elementos que considere procedentes someter a juicio del Instituto.**

Al constituir en lo esencial un punto de derecho la materia de impugnación en el presente recurso, no se someten elementos adicionales a ese Instituto fuera de los ya anunciados.

En mérito de lo expuesto, suplico a ese H. Pleno:

**ÚNICO.-** Analice la procedencia del presente recurso de revisión, lo admita a trámite y, en su oportunidad previos trámites legales, resuelva lo conducente conforme a Derecho.

Atentamente

  
**Antonio López**

Ciudad de México, veinticuatro de mayo de dos mil dieciocho.



Instituto Nacional de  
Transparencia, Acceso a la  
Información y Protección de  
Datos Personales

Número de expediente: RRA 3410/18  
Sujeto obligado: Consejo de la Judicatura  
Federal  
Folio: 0320000089018  
Comisionada ponente: Carlos Alberto  
Bonnin Erales

Para motivar la confirmación de la clasificación de la información, se deberán señalar las razones, motivos o circunstancias especiales que llevaron al sujeto obligado a concluir que el caso particular se ajusta al supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento.

En ese sentido, el sujeto obligado deberá elaborar la versión pública del informe del entonces Director del Instituto de la Judicatura Federal, de fecha 24 de enero de 2018, protegiendo únicamente en términos del artículo 113, fracción I de la Ley Federal de la materia, la circunstancia relativa al lugar en donde laboraban algunos de los concursantes, que se encuentra en dicha documental, y emitir el acta respectiva mediante la cual su Comité de Transparencia confirme la clasificación.

En suma, resulta **parcialmente fundado** el agravio del ahora recurrente, toda vez que, si bien resultaba aplicable la causal de clasificación prevista en el artículo 110, fracción VI de la Ley Federal de la materia, lo cierto es que se determinó que existe un interés público superior para conocer la información.

En razón de lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 157, fracción III de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, este Instituto determina que lo procedente para el caso que nos ocupa es **MODIFICAR** la respuesta del Consejo de la Judicatura Federal, a efecto de que proporcione en versión pública el informe que presentó el entonces Director del Instituto de la Judicatura Federal, al Consejo de la Judicatura Federal de fecha 24 de enero de 2018, en el cual se hace una relatoría de hechos constitutivos de probablemente responsabilidad administrativa, relacionados con la presunta obtención ilegal de los reactivos del examen del Vigésimo Octavo Concurso Interno de Oposición para la Designación de Jueces de Distrito, protegiendo únicamente la circunstancia relativa al lugar en donde laboraban algunos de los concursantes, con fundamento en el artículo 113, fracción I de la Ley Federal de la materia, así como el acta respectiva de su Comité de Transparencia por medio de la cual confirme dicha clasificación.





Instituto Nacional de  
Transparencia, Acceso a la  
Información y Protección de  
Datos Personales

**Número de expediente:** RRA 3410/18  
**Sujeto obligado:** Consejo de la Judicatura  
Federal  
**Folio:** 0320000089018  
**Comisionada ponente:** Carlos Alberto  
Bonnin Erales

La versión pública se realizará conforme a lo dispuesto en los artículos 118 a 120 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, así como en los Lineamientos generales en materia de clasificación y desclasificación de la información, así como para la elaboración de versiones públicas, publicados el quince de abril de dos mil dieciséis.

Dado que en la solicitud de acceso, el particular señaló como modalidad preferente de entrega de la información a través de la Plataforma Nacional de Transparencia y por el momento procesal ya no es posible hacerlo, deberá remitirlo a través del correo electrónico que indicó para recibir notificaciones.

Por lo expuesto y fundado, este Pleno:

## RESUELVE

**PRIMERO.** Se **MODIFICA** la respuesta emitida por el sujeto obligado, de acuerdo a la presente resolución.

**SEGUNDO.** Se Instruye al sujeto obligado para que, cumpla con lo ordenado en la presente resolución, en un plazo máximo de diez días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente a aquel en que se haya notificado; asimismo, en un término no mayor a los tres días después de transcurrido dicho plazo para su cumplimiento, lo informe a este Instituto de conformidad al último párrafo del artículo 159 de la Ley Federal de la materia.

**TERCERO.** En caso de incumplimiento, parcial o total, de la resolución dentro del plazo ordenado, este Instituto procederá de conformidad con lo dispuesto en el Título Sexto de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

# SOLICITUD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

## RRA 3410/18 VS. CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

Comisionado Ponente: Carlos Alberto Bonnín Erales

**PALABRAS CLAVES:** concurso, investigación, interés público.



### NOTA:

El presente documento no es vinculante y no surte efecto legal alguno, únicamente tiene efectos informativos en relación con la resolución que se le notifica, para explicar en términos ciudadanos el contenido de la misma.



### SÍNTESIS DE LA SOLICITUD DE INFORMACIÓN PÚBLICA:

Usted solicitó al Consejo de la Judicatura Federal lo siguiente: 1) Convocatoria del Vigésimo Octavo Concurso Interno de Oposición para la Designación de Jueces de Distrito; 2) Listado de los 91 sustentantes que de acuerdo con la fase respectiva de esa convocatoria tendrían derecho a la aplicación del examen y fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación; 3) Denominación de las instituciones educativas en las que los 91 sustentantes hayan cursado sus estudios de licenciatura; y 4) Versión pública del informe del Director del Instituto de la Judicatura Federal, por el cual hizo del conocimiento la obtención ilegal de algunos reactivos relativos al examen en cuestión.



### SÍNTESIS DE LA RESPUESTA:

El Consejo de la Judicatura Federal proporcionó la convocatoria del referido concurso, el listado de los 91 sustentantes y la denominación de las instituciones educativas en las cuales cursaron sus estudios, por otra parte, clasificó el informe requerido en el punto 4 de su solicitud, en términos de la fracción IX del artículo 110 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.



### SÍNTESIS DE LA INCONFORMIDAD:

Usted recurrió al Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales para manifestar su inconformidad con la clasificación de la información relativa al informe del Director del Instituto de la Judicatura Federal, por el cual hizo del conocimiento la obtención ilegal de algunos reactivos relativos al examen en cuestión, esto es, el punto 4 de su solicitud.



## **ANÁLISIS DEL INAI:**

Tras el análisis de este Instituto se consideró que la causal de clasificación por la cual se reservó la información solicitada en el punto 4 de su solicitud, esto es, la prevista en la fracción IX del artículo 110 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, relativa a proteger la información cuya publicación obstruya los procedimientos para fincar responsabilidad a los servidores públicos, en tanto no se haya dictado la resolución administrativa, no se actualizaba toda vez que todavía no hay un procedimiento de responsabilidad administrativa en trámite.

Ahora bien, al tratarse de una investigación en trámite se realizó el estudio de la causal de clasificación establecida en el artículo 110, fracción VI de la Ley Federal de la materia, con base en la cual se busca proteger la información cuya divulgación obstruya las actividades de verificación relativas al cumplimiento de las leyes, concluyéndose que se acreditaban los elementos de dicho supuesto en el presente caso, puesto que la información requerida se encontraba vinculada directamente con las actividades que realiza la autoridad para el procedimiento de verificación del cumplimiento de leyes, esto es, la investigación en trámite.

Sin embargo, dado que en el presente caso se advirtió la confrontación por una parte del derecho humano de acceso a la información y por otro el interés general previsto en el artículo 110, fracción VI de la Ley Federal de la materia, se aplicó una prueba de interés público con base en los elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, que prevé el artículo 155 del multicitado ordenamiento legal, concluyéndose que debe prevalecer el derecho de acceso a la información, dada la trascendencia social de los hechos, ya que afectan una función primordial como lo es la impartición de justicia.

En ese sentido, se consideró que únicamente debía protegerse en términos del artículo 113, fracción I de la Ley Federal de la materia, esto es, por tratarse de información confidencial, la circunstancia relativa al lugar en donde laboraban algunos de los concursantes dado que los hace identificables.



## **SENTIDO:**

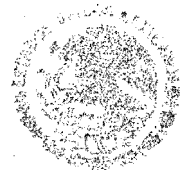
Se determinó modificar la respuesta otorgada por el sujeto obligado instruyendo a la entrega en versión pública del informe que presentó el entonces Director del Instituto de la Judicatura Federal, relacionado con la presunta obtención ilegal de los reactivos del examen del Vigésimo Octavo Concurso Interno de Oposición para la Designación de Jueces de Distrito.

**INSTITUCIONES EDUCATIVAS EN LAS QUE LOS SERVIDORES  
PÚBLICOS QUE PASARON A LA SEGUNDA ETAPA DEL  
VIGESIMOCTAVO CONCURSO INTERNO DE OPOSICIÓN PARA LA  
DESIGNACIÓN DE JUECES DE DISTRITO A CARGO DEL CONSEJO DE  
LA JUDICATURA REALIZARON SUS ESTUDIOS DE LICENCIATURA**

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE MÉXICO
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
CENTRO DE ESTUDIOS SUPERIORES C.T.M. JUSTO SIERRA O'REILLY
UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA
INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO DE MÉXICO
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LA LAGUNA
UNIVERSIDAD JUÁREZ AUTÓNOMA DE TABASCO
UNIVERSIDAD DE SONORA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE TAMAULIPAS
UNIVERSIDAD JUÁREZ DEL ESTADO DE DURANGO
INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS SUPERIORES DE OCCIDENTE
UNIVERSIDAD LATINA
UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA
UNIVERSIDAD DE LEÓN
UNIVERSIDAD DE GUANAJUATO
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE AGUASCALIENTES
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE HIDALGO
INSTITUTO DE ESTUDIOS SUPERIORES DE CHIAPAS
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MÉXICO
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
UNIVERSIDAD LATINOAMERICANA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYARIT
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHIAPAS
CENTRO UNIVERSITARIO GRUPO SOL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SAN LUIS POTOSÍ
UNIVERSIDAD VERACRUZANA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA BENITO JUÁREZ DE OAXACA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO
UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE YUCATÁN
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SINALOA
BENEMÉRITA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE PUEBLA
UNIVERSIDAD DE HERMOSILLO
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA ESPAÑA DE DURANGO
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE GUERRERO
UNIVERSIDAD BENITO JUÁREZ DE OAXACA
UNIVERSIDAD DEL GOLFO DE MÉXICO, A.C.
UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHIHUAHUA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE TLAXCALA
UNIVERSIDAD DE OCCIDENTE
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS

CIAT  
ELA  
EST  
OLIC  
ALA

VERSIÓN PÚBLICA



CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL  
UNIDAD DE INVESTIGACIÓN DE  
RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS  
25-01-2018

Ministro Luis María Aguilar Morales.  
Presidente del Consejo de la Judicatura Federal.  
Presente.

\*\*\* 1 ELIMINADO PALABRA

El que suscribe **\*\*\* 1 ELIMINADO PALABRA** Director General del Instituto de la Judicatura Federal, hago de su conocimiento los siguientes hechos:

1. En doce de octubre de dos mil diecisiete, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la convocatoria para el vigésimo octavo concurso interno de oposición para la designación de Jueces de Distrito.

2. Aproximadamente en el mes de noviembre escuché un rumor que refería que **\*\*\*\* 2 ELIMINADO PALABRAS** y posteriormente en los **\*\*\*\* 2 ELIMINADO PALABRAS**, podía obtener el examen para ese concurso de oposición; sin embargo, después de indagar al respecto con **\*\*\*\* 2 ELIMINADO PALABRAS** el dato fue descartado.

3. Posteriormente, **\*\*\*\* 2 ELIMINADO PALABRAS** recibió un mensaje vía WhatsApp, el cual me fue reenviado, en el que se decía que **\*\*\*\* 2 ELIMINADO PALABRAS** tenía **\*\*\*\* 2 ELIMINADO PALABRAS**, tenía la posibilidad de obtener el examen, ya que conocía a **\*\*\*\* 2 ELIMINADO PALABRAS**, **\*\*\*\* 2 ELIMINADO PALABRAS**, dato que no pudo ser corroborado.

4. La primera fase del examen de oposición mencionado se llevó a cabo el cuatro de enero de dos mil dieciocho, y a partir del día siguiente, escuché un rumor de que **\*\*\*\* 2 ELIMINADO PALABRAS** había adquirido el examen, en ese momento ese era un rumor aislado que posteriormente, con el paso de los días y semanas fue tomando fuerza, por lo que ante la incapacidad de verificarlo lo hago de su conocimiento, pues aun y cuando

\*\*\* 1 (INFORMACIÓN CONFIDENCIAL DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 113 FRACCIÓN I DE LA LEY FEDERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, TODA VEZ QUE CONTIENE DATOS PERSONALES CONCERNIENTES A UNA PERSONA FÍSICA IDENTIFICADA)

\*\*\*\* 2 (INFORMACIÓN CONFIDENCIAL DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 113 FRACCIÓN I DE LA LEY FEDERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, TODA VEZ QUE CONTIENE DATOS PERSONALES CONCERNIENTES A UNA PERSONA FÍSICA IDENTIFICABLE)

VERSIÓN PÚBLICA

# VERSIÓN PÚBLICA

no tengo certeza de esos rumores, considero que sí puede ser un factor que dañe la transparencia de la celebración de la mencionada primera fase.

Por tanto, para darle cobertura al principio de transparencia que rige el concurso de jueces de distrito indicado, hago de su conocimiento estos hechos.

Por lo expuesto solicito:

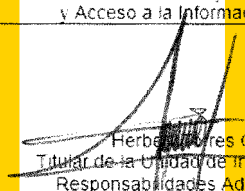
ÚNICO. Tener por expuestos los hechos que han sido relatados en este escrito.

Ciudad de México, 24 enero 2018.

A t e n t a m e n t e.

**ELIMINADO- FIRMA Y RENGLÓN  
INFORMACIÓN CONFIDENCIAL DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO  
113 FRACCIÓN I DE LA LEY FEDERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN  
PÚBLICA, TODA VEZ QUE CONTIENE DATOS PERSONALES CONCERNIENTES A UNA  
PERSONA FÍSICA IDENTIFICADA**

**Director General del Instituto de la Judicatura Federal.**

Sello oficial	Fecha de clasificación	<b>24 de septiembre de 2018</b>
	Área	Unidad de investigación de Responsabilidades Administrativas
	Información reservada	No aplica
	Confidencial	*** 1 Se trata de datos personales concernientes a una persona física identificada **** 2 Se trata de datos personales concernientes a una persona física identificable
	Fundamento legal de la clasificación	Artículo 113 fracción I de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública
Rúbrica y cargo del servidor público		 Herberth Torres Coello Titular de la Unidad de Investigación de Responsabilidades Administrativas

El artículo 19 del Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, por el que se establecen los lineamientos para regular el procedimiento administrativo interno de acceso a la información pública, así como el funcionamiento y atribuciones del Comité de Transparencia del propio Consejo, publicado en el Diario Oficial de la Federación de treinta de junio de dos mil diecisiete establece que los titulares de las instancias serán los responsables de que se elaboren de conformidad con la normativa aplicable del Consejo, las versiones públicas de toda la documentación que se encuentre bajo su resguardo. Asimismo, dicho artículo establece que la entrega o publicación de las versiones públicas no requerirá de aprobación alguna.

VERSIÓN PÚBLICA