

Don Quijote, ética y argumentación judicial

Miguel Mendoza Montes*

*Cuando pudiere y debiere tener lugar la equidad,
no cargues todo el rigor de la ley al delincuente,
que no es mejor la fama del juez riguroso
que la del compasivo.*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los consejos de Don Quijote*. III. *Conclusiones*. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

Miguel de Cervantes Saavedra publicó por primera vez *Don Quijote de la Mancha* en el año de 1605.¹ En 2005 la Real Academia Española celebró su IV centenario.

Europa, antes del año 1605, había atravesado por el Renacimiento, que abarcó aproximadamente 130 años, de 1400 a 1530, y marcó el fin

* Magistrado del Primer Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito, con residencia en Cd. Reynosa, Tamaulipas.

¹ Dopico Black, Georgina, “La Historia del Ingenioso Hidalgo Miguel de Cervantes”, en *España en Tiempos del Quijote*, México, Taurus, 2005, p. 31. Sobre la primera edición, la autora comenta que quedó a cargo del madrileño Juan de la Cuesta. Tan pronto como se supo del privilegio real completó la tirada de entre 1 500 y 1 750 ejemplares en dos meses. En Valladolid ya habían circulado algunos volúmenes en 1604, pero la circulación de la impresión de Cuesta salió en los primeros días de enero de 1605.

del feudalismo para dar paso al nacimiento de ciudades-estado y al capitalismo. El tránsito de las rutas comerciales de Oriente se ubicó en Italia, en donde la acumulación de la riqueza dio origen a la clase burguesa, que aplicó las ganancias en la industria textil, el arte y el establecimiento de bancos, particularmente en Florencia.²

En el siglo XVI, con el advenimiento del estado moderno, países como Inglaterra, Francia y España se convierten en las principales potencias. En 1469 tiene lugar en España el matrimonio entre Isabel de Castilla y Fernando de Aragón y se unen sus reinos para formar uno solo. En 1492, el mismo año en que se descubre América, son expulsados los moros de Granada y también son expulsados los judíos.

En la casa de Austria se suceden los reinados de Carlos I (1516-1556); de Felipe II (1556-1598); de Felipe III (1598-1621); y de Felipe IV (1621-1665). El rey de España de la época a la que alude Miguel de Cervantes, al parecer, es Felipe III.³

En el marco jurídico, *Las partidas* de Alfonso el Sabio tenían un papel preponderante. De ellas se conocen tres ediciones: la de Alonso Díaz de Montalvo, juriconsulto del siglo XV; la de Gregorio López, juriconsulto del Siglo XVI, y la publicada por la Real Academia Española de la Historia en 1807.⁴

Este ensayo retoma algunos de los consejos que dio Don Quijote a Sancho Panza antes de que asumiera el cargo de gobernador de la ínsula de Barataria (II, 42). Pareciera pretencioso acercarse al ilustre Caballero de la Triste Figura, pero con las limitaciones que este intento pueda tener, se tratará de examinar si esos consejos encuentran alguna correspondencia en nuestros días, particularmente enfocada a las modernas teorías de la argumentación jurídica.

Para hallar esta identificación, es necesario señalar brevemente el contexto social al que se remontaban las historias de Cervantes, lo que es una

² Cfr. Schnwitz, Dietrich, *La cultura, todo lo que hay que saber*, 6ª ed., México, Taurus, 2004, p. 95 a 98.

³ Cervantes, Miguel de, *Don Quijote de la Mancha*, presentación de Mario Vargas Llosa, Edición del IV Centenario, Madrid, Real Academia Española, Asociación de Academias de la Lengua Española, 2004, p. XX.

⁴ *Vid.* Edición facsimilar, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, p. XV.

tarea difícil, pues la historia aborda leyendas de caballería de la Edad Media en tanto que diversos autores consideran que evoca el tiempo histórico de la monarquía de Fernando III. Por ello, la referencia temporal se delimitará, para el propósito de este trabajo, en las circunstancias por las que, en términos generales, atravesaba Europa y particularmente España, entre los siglos XV y XVII, en correlación con *las Partidas* de Alfonso el Sabio, que constituía un ordenamiento relevante del sistema jurídico que regía en esa época.

Con esta aclaración, se enunciarán cada uno de los consejos de Don Quijote, complementados con un enfoque interpretativo que partirá del contexto en que se produjo el enunciado y con reflexiones contemporáneas vinculadas a problemas judiciales del presente.

II. LOS CONSEJOS DE DON QUIJOTE

1. *Primeramente, ¡oh hijo!, has de temer a Dios, porque en el temerle está la sabiduría y siendo sabio no podrás errar en nada.*

1.1.

Durante el siglo XVII, el sistema monárquico se justificaba a partir del derecho natural. Así como Dios dominaba el universo, y el sol, a los planetas, el hombre dominaba como Señor a las demás criaturas. El mundo natural y cósmico se percibía como producto de la unidad. Por eso, el poder debía conservar esa unidad en el monarca, quien debía proteger a sus súbditos, dar paz, administrar justicia.⁵

Hay que tener presente que en la Biblia, en el Libro Segundo de las Crónicas, se cuenta como Josef at hizo reformas judiciales y estableció jueces en el país en todas las ciudades fortificadas de Judá y dijo a los jueces:

Mirad lo que hacéis, porque no juzgáis en nombre de los hombres, sino en nombre de Yahveh, que está con vosotros cuando administráis justicia. ¡Que esté sobre vosotros el temor de Yahveh! Atended bien a lo que

⁵ Feros, Antonio, "Por Dios, por la Patria y el Rey, el mundo político en tiempos de Cervantes", en *España en tiempos del Quijote*, México, Taurus, 2004, p. 65.

hacéis, porque en Yahveh nuestro Dios no hay iniquidad ni acepción de personas ni soborno (2 Cron, 19:6).

En las leyes III y XVI, de la partida tres, de Alfonso el Sabio, se destaca la importancia del orden divino en el campo jurisdiccional. Los jueces debían ser hombres temerosos de Dios para guardarse del pecado y debían ser acuciosos en su oficio para servir con lealtad a Dios.⁶ En esta época, la organización y funcionamiento del Estado español estaba influenciado preponderantemente por la Iglesia Católica; el poder y la sociedad giraban en torno a la religión.

Estas ideas que orientaban el quehacer social y político en Europa corresponden con la corriente filosófica del jusnaturalismo que explica al derecho desde una justificación divina o metafísica.

El naturalismo, según Carlos Nino, se caracteriza por contener dos tesis:

a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana.

⁶ La ley XIII decía: “Quales deuen Ser los Juezes, e que bondades han de auer en Si Acuciosamente, e con grand demencia deue fer catado, que aquellos que fueren efcogidos para fer Juezes, o Adelantados, que fean, quales diximos en la fegunda Partida defte libro. Pero fi tales en todo non los pudieren fallar, que ayan en fi a lo menos eftas cofas. Que fean leales, e de buena fama, e fin mala cobdicia. E que ayan fabiduria, para judgar los pleytos, derechamente, por fu faber, o por vio de luengo tiempo. E que fean manfos, e de buena palabra, a los que vinieren ante ellos a juicio. E fobre todo, que teman a Dios, e a quien los y pone. Ca fi a Dios, e a quien los y pone. Ca fi a Dios temieren, guardarte han de fazer pecado, e auran en fi piedad, e justicia. E fi al Señor ouieren miedo recelarse han, de fazer cofa, por do les venga mal del; viendofeles a miente, como tienen fu logar quanto para judgar derecho”.

La ley XVI señalaba: “Como los Juezes que han de judgar cotidianamente, deuen mantener en paz, e en justicia los lugares en que son puestos. Establecidos son los Adelantados, e los otros juezes, sobre las tierras, e las gentes, para mantenerlas en paz, e en justicia; honrrando, e guardando los buenos, e penando e escarmentando los malos. E porende deuen ellos ser mucho acuciosos, en fazer seruicio lealmente a Dios, e a los Señores que los ponen en sus logares, guardando todavía aquellos Pueblos, que les son encomendados, que non se leuante entre ellos mal bullicio, nin banderia. E otrofi que non se quebrantan las treguas, nin las pazes, que fueren puestas entre los omes. Ca Moguer ellos”.

b) Una tesis acerca de la definición del concepto de Derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de “jurídicos” si contradicen aquellos principios morales o de justicia.⁷

Santo Tomás de Aquino fue el más destacado representante del jusnaturalismo teológico; decía que:

... el derecho natural es aquella parte del orden eterno del universo originado por Dios que es asequible a la razón humana. Ningún orden positivo tiene fuerza obligatoria si no concuerda con los principios de derecho natural.⁸

1.2.

Descartes, Hume, Locke, Berkeley, Bacon, Kant, Mach, Avenarius, Comte y el Círculo de Viena prepararon el advenimiento del positivismo de los siglos XIX y XX, representado por Bentham (1748-1832), Austin (1790-1859), Hans Kelsen (1881-1973), H. L. A. Hart (1907-1992), Norberto Bobbio (1909-2004), Uberto Scarpelli (1924-1993).

En nuestro tiempo, las corrientes naturalistas han sido criticadas por el positivismo jurídico. Alf Ross, citado por Eusebio Fernández, decía:

... la oposición entre la filosofía del derecho natural y una teoría jurídica realista, de fundamento sociológico, no es un contraste entre dos teorías científicas, sino entre una perspectiva en la que se combinan la magia, la religión y la metafísica, y otra de naturaleza científica.⁹

El positivismo tradicional, identificado como positivismo duro, se funda en la separación absoluta entre la moral y el Derecho. Esta corriente ha perdido territorio frente a otras teorías que sostienen una relación incluyente de la moral en el Derecho que, por supuesto, no involucra ya a la religión, sino sólo a las consideraciones morales contenidas en los principios jurídicos.

⁷ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2003, pp. 27 y 28.

⁸ *Ibidem*, p. 28.

⁹ Fernández, Eusebio, “El iusnaturalismo”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (edit.), *El Derecho y la Justicia*, 2ª ed., Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, t. 11, Madrid, Trotta, 2000, p. 58.

En este último encuentro se ha inscrito la corriente conocida como “positivismo suave”, derivada de la discusión entre Hart y Dworkin.

La tesis de Hart se funda principalmente en los siguientes puntos:

- 1) Existe una separación conceptual entre el Derecho y la moral: Se debe distinguir lo que el Derecho es y lo que el Derecho debe ser.
- 2) Existe una regla de reconocimiento que constituye el criterio último del sistema social y que identifica a las normas pertenecientes a dicho sistema.
- 3) En los casos difíciles, la interpretación del Derecho se hace a partir de un ámbito de discrecionalidad que la Ley ha conferido a los jueces. Se convierten en legisladores.

Por su parte, Dworkin critica las tesis anteriores:

- 1) Es falsa la separación conceptual entre el Derecho y la moral porque existen principios, que forman parte del sistema jurídico, que son principios morales.
- 2) La regla de reconocimiento no sólo se concreta a las reglas, sino también existe un reconocimiento social de los principios.
- 3) La existencia de los principios cierra la posibilidad de que los jueces resuelvan con un espacio de discrecionalidad. No procederá a crear el Derecho para los casos concretos, sino que lo descubrirá.¹⁰

El positivismo suave es el resultado de nuevas reflexiones de Hart, derivadas de la crítica de Dworkin. Fundamentalmente, interesa la relación contingente entre las consideraciones morales y el Derecho; es decir, esta relación tiene lugar en los casos difíciles donde la ley es insuficiente para resolverlos. Sobre este punto, Hart respondió:

Dworkin desconoce el hecho de que acepto explícitamente que la regla de reconocimiento puede incorporar, como criterios de validez jurídica,

¹⁰ Cfr. Escudero Alday, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Civitas, pp. 15 a 19.

la conformidad con principios morales o valores sustantivos; es por ello que mi teoría ha sido calificada de positivismo suave.¹¹

En mi opinión, hay razones fundadas para inscribir la aplicación e interpretación del Derecho en México, en las bases de un positivismo suave.

a) Hay que partir de la noción de jurisprudencia, que es: una fuente del Derecho derivada de la interpretación constitucional y legal que, con fuerza obligatoria, crean determinados órganos jurisdiccionales al resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción, con el propósito de fijar el correcto sentido y alcance de las normas jurídicas y adecuar su contenido a la dinámica de la vida en sociedad, a fin de mantener la seguridad jurídica en las esferas pública y privada.¹²

b) Hay incontables tesis, unas de jurisprudencia y otras aisladas, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o de alguna de sus salas, que reconocen la aplicación de reglas y principios en el sistema jurídico. De ahí que se puede sostener el reconocimiento de valores morales incorporados al Derecho.

INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE SE PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O EL PODER REVISOR. El propio artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos autoriza, frente a la insuficiencia u oscuridad de la letra de la ley, utilizar mecanismos de interpretación jurídica. Al desentrañar el sentido y alcance de un mandato constitucional deben privilegiarse aquellos que permitan conocer los valores o instituciones que se quisieron salvaguardar por el Constituyente o el Poder Revisor. Así, el método genético-teleológico permite, al analizar la exposición de motivos de determinada iniciativa de reforma constitucional, los dictámenes de las Comisiones del Congreso de la Unión y el propio debate, descubrir las causas que

¹¹ Rodríguez, César, *La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Universidad de los Andes - Siglo del Hombre Editores, p. 106.

¹² *La jurisprudencia y su integración*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, p. 20.

generaron determinada enmienda al Código Político, así como la finalidad de su inclusión, lo que constituye un método que puede utilizarse al analizar un artículo de la Constitución, ya que en ella se cristalizan los más altos principios y valores de la vida democrática y republicana reconocidos en nuestro sistema jurídico. [*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo VII, abril de 1998, Novena Época, página 17, Instancia Pleno, tesis P. XXVIII/98, aislada, materia constitucional].

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERÁRQUICO NORMATIVO, PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL QUE LOS CONTIENE. En el mencionado precepto constitucional no se consagra garantía individual alguna, sino que se establecen los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa, por los cuales la Constitución Federal y las leyes que de ella emanen, así como los tratados celebrados con potencias extranjeras, hechos por el presidente de la República con aprobación del Senado, constituyen la Ley Suprema de toda la Unión, debiendo los Jueces de cada Estado arreglarse a dichos ordenamientos, a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber en las Constituciones o en las leyes locales, pues independientemente de que conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Estados que constituyen la República son libres y soberanos, dicha libertad y soberanía se refiere a los asuntos concernientes a su régimen interno, en tanto no se vulnere el Pacto Federal, porque deben permanecer en unión con la Federación según los principios de la Ley Fundamental, por lo que deberán sujetar su gobierno, en el ejercicio de sus funciones, a los mandatos de la Carta Magna, de manera que si las leyes expedidas por las Legislaturas de los Estados resultan contrarias a los preceptos constitucionales, deben predominar las disposiciones del Código Supremo y no las de esas leyes ordinarias, aun cuando procedan de acuerdo con la Constitución Local correspondiente, pero sin que ello entrañe a favor de las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, facultades de control constitucional que les permitan desconocer las leyes emanadas del Congreso Local correspondiente, pues el artículo 133 constitucional debe ser interpreta-

do a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto. [*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XX, Octubre de 2004, página 264, tesis 1a./J. 80/2004, Novena Época, instancia: Primera Sala, materia constitucional].

DERECHO A LA VIDA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL. Del análisis integral de lo dispuesto en los artículos 1o., 14 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que al establecer, respectivamente, el principio de igualdad de todos los individuos que se encuentren en el territorio nacional, por el que se les otorga el goce de los derechos que la propia Constitución consagra, prohibiendo la esclavitud y todo tipo de discriminación; que nadie podrá ser privado, entre otros derechos, de la vida, sin cumplir con la garantía de audiencia, esto es, mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se sigan las formalidades esenciales del procedimiento; y que la pena de muerte sólo podrá imponerse contra los sujetos que la propia norma constitucional señala, protege el derecho a la vida de todos los individuos, pues lo contempla como un derecho fundamental, sin el cual no cabe la existencia ni disfrute de los demás derechos [*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XV, febrero de 2002, página 589, Novena Época. Instancia Pleno, tesis P./J. 13/2002, materia constitucional].

c) Por otro lado, en correspondencia con la idea de Dworkin, se puede sostener que el juzgador constitucional, al hacer una interpretación de la ley, no goza de discrecionalidad fuerte, como si se tratara de un legislador, como lo sostenía Hart, sino que su labor de intérprete está delimitada a descubrir la norma aplicable a cada caso dentro del propio sistema jurídico. Son estas razones las que, a su vez, sirven para justificar que en aquellos casos difíciles, en los que hay una laguna que debe ser colmada por el juzgador, no crea una ley especial ni la aplica de manera retroactiva para un caso concreto, sino se limita a descubrirla, como lo dice la jurisprudencia obligatoria siguiente.

JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. La Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, al sentar jurisprudencia, no

sólo interpretan la ley y estudian los aspectos que el legislador no precisó, sino que integran a la norma los alcances que, sin estar contemplados claramente en ella, se producen en una determinada situación; sin embargo, esta “conformación o integración judicial” no constituye una norma jurídica de carácter general, aunque en ocasiones llene las lagunas de ésta, fundándose para ello, no en el arbitrio del Juez, sino en el espíritu de otras disposiciones legales, que estructuran (como unidad) situaciones jurídicas, creando en casos excepcionales normas jurídicas individualizadas, de acuerdo a los principios generales del derecho, de conformidad con lo previsto en el último párrafo del artículo 14 constitucional; tal y como se reconoce en el artículo 94, párrafo sexto, de la Constitución Federal, así como en los numerales 192 y 197 de la Ley de Amparo, en los que se contempla a la interpretación de las normas como materia de la jurisprudencia. Ahora bien, tomando en consideración que la jurisprudencia es la interpretación que los referidos tribunales hacen de la ley, y que aquélla no constituye una norma jurídica nueva equiparable a la ley, ya que no cumple con las características de generalidad, obligatoriedad y abstracción, es inconcuso que al aplicarse, no viola el principio de irretroactividad, consagrado en el artículo 14 constitucional [*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XII, diciembre de 2000, página 16, tesis P./J. 145/2000, materia constitucional].

d) En este sentido, el consejo de temer a Dios porque en ello está la sabiduría, y siendo sabio no se puede errar, puede concebirse en un contexto normativo (no metafísico) basado en el modelo filosófico del positivismo suave, en el que el criterio orientador o principio de validez del ordenamiento jurídico emana de las normas constitucionales y de sus principios jurídicos o valores morales insertos en ellas.

1.3.

De ahí que sería posible sustentar la tesis de que la evocación de Dios puede trasladarse a un referente de reglas y principios dados en el marco constitucional, rectores de la interpretación y de la solución a casos difíciles, en el que se reconoce la relación conceptual entre el Derecho y la moral, a través de la jurisprudencia, y en un ámbito cerrado de

discrecionalidad del juzgador circunscrito a la Constitución, sus principios y las normas que de ella emanan.

2. Haz gala, Sancho, de la humildad de tu linaje, y no te desprecies de decir que vienes de labradores, porque viendo que no te corres,¹³ ninguno se pondrá a correrte, y préciate más de ser humilde virtuoso que pecador soberbio. Innumerables son aquellos que de baja estirpe nacidos, han subido a la suma dignidad pontificia e imperial; y de esta verdad te pudiera traer tantos ejemplos, que te cansaran

2.1.

Este consejo revela la presencia de desigualdades sociales en la España de la Edad Media. Los labradores, la clase humilde frente a la clase poderosa, la de los señores feudales. La humildad se descubre como un reconocimiento de la condición social sencilla, de una clase que, a la luz de la época, corresponde a la dominada, obligada a cumplir con el tributo impuesto por los señores feudales.

El planteamiento de Don Quijote busca evitar la crítica que pudiera derivar de la condición social de Sancho Panza; por eso menciona que, si reconoce frente al mundo su origen humilde, nadie podrá ocasionarle vergüenza y hace una distinción entre asumir un origen humilde, pero virtuoso, con respecto a ser pecador y soberbio.

En una compilación sobre las principales reglas de derecho del *Fuero Juzgo*, hasta la *Novísima Recopilación*, en la sección dos reservada a las personas, la regla 44 dice: “El saber dudar nos aproxima mucho al descubrimiento de la verdad”.¹⁴

2.2.

Desde el enfoque de nuestra sociedad contemporánea, los consejos dados a Sancho tienen utilidad si se considera que la función que éste desempeñaría sería, además de gobernador, la de un juez. En este sentido, ser humilde

¹³ *Don Quijote de la Mancha*, en la nota al pie, dice: “que no sientes vergüenza”.

¹⁴ Montiel y Duarte, Isidro, *Jurisprudencia fundamental, o sea exposición de las reglas contenidas en el título 34, partida 71*, México, edición facsimilar editada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003. Edición original, México, Antigua Imprenta de Murguía, 1889, p. 44.

pero virtuoso sería uno de los atributos que deben caracterizar a un juez, aunque no en función de su condición social, sino en lo que se refiere al carácter humilde, en la connotación humana.

El *Diccionario de la Real Academia Española* dice que la humildad es una virtud que consiste en el conocimiento de las propias limitaciones y debilidades y en obrar de acuerdo con este conocimiento. El Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, en su capítulo V, llamado EXCELENCIA, enuncia las virtudes judiciales del juzgador. Las contenidas en los puntos 5.13 al 5.15 dicen lo siguiente:

- 5.13 Humildad. Es consciente de sus insuficiencias, cualidades y capacidades, y las aprovecha para emitir de la mejor manera posible sus resoluciones sin pretender llamar la atención ni esperar reconocimientos.
- 5.14. Sencillez: Evita en el trato con los demás actitudes que denoten alarde de poder.
- 5.15. Sobriedad. Distingue lo que es razonable de lo que es inmoderado y evita actos de ostentación que vayan en demérito de la respetabilidad de su cargo.

Jorge F. Malem Seña analiza en un ensayo si las malas personas pueden ser buenos jueces y expone los casos de distintos jueces, entre ellos: el del juez derrochador, el del juez estrafalario y el del juez irascible. Todos, de algún modo, faltarían al valor de la humildad, y su conclusión es que no podrían ser buenos jueces, cuando en casos peculiares se vieran obligados a valerse de juicios relacionados con sus convicciones personales, que tendrían repercusión en los supuestos del juez derrochador, del juez estrafalario o del juez irascible.¹⁵

Esta noción de humildad puede llevarse adicionalmente al plano de la argumentación, considerada como un acto de habla. Sobre estos actos, Habermas sostiene, en su teoría sobre la acción comunicativa, que, para que un enunciado tenga un mínimo de sentido, se requieren dos elementos: uno ilocucionario y otro proposicional. El primero se refiere a un estado

¹⁵ Cfr. Malem Seña, Jorge F. “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?” en Carbonell, Miguel, *et al.* (comp.), *Jueces y Derecho problemas contemporáneos*, México, Porrúa-UNAM, 2004, pp. 42 a 49.

de ánimo; el segundo, a la descripción de un estado de cosas. También existen pretensiones de validez de los actos de habla. Son cuatro y consisten en la *inteligibilidad*, la *verdad*, la *veracidad* y la *rectitud*. Una comunicación será racional si cumple con todas estas pretensiones.

La *rectitud* se concreta en que la intención de los hablantes debe ceñirse a comportamientos que hagan posible la comunicación y que excluyan la violencia abierta u oculta. En este supuesto, la violencia no tendría cabida en una comunicación racional, por lo que, ante la ausencia de un ánimo humilde entre los hablantes, la comunicación carecerá de validez.¹⁶

Lo opuesto a la humildad es la soberbia; alguien que es soberbio es incapaz de aceptar sus propias limitaciones; opera en una creencia de superioridad que impide llevar una comunicación racional, pues no está dispuesto a aceptar que está equivocado o que otros tienen la razón. En este caso, la patología se presenta por la falta de rectitud del hablante, siguiendo a Habermas.

De algún modo, con relación a esta teoría de la acción comunicativa, el actual director del Instituto de la Judicatura Federal, magistrado Jaime Marroquín Zaleta, es de la opinión de que, en la teoría del debate jurisdiccional, el comportamiento de la persona influye en el trabajo de un órgano colegiado; como ejemplo, plantea la excesiva agresividad que, según su apreciación, influye de manera negativa por entorpecer la buena marcha del debate.¹⁷ Lo que igualmente arribaría a la misma conclusión de que, ante esta patología, la comunicación sería irracional, pues no habría rectitud en el hablante e incluso ello haría inteligible su postura.

A esta idea del magistrado Marroquín Zaleta, añadiría que en un órgano colegiado también influye, aunque de modo negativo, la soberbia como factor de comportamiento, pues un juzgador debe tener la disposición para abdicar de su posición original cuando sea necesario y oportuno reconocer que no le asiste la razón.¹⁸

¹⁶ Cfr. Berumen Campos, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, México, Cárdenas, 2001, p. 46. El autor comenta: "La patología de falta de veracidad afecta a todo el sentido del acto de habla, porque quita validez a uno de sus ingredientes, al elemento ilocucionario".

¹⁷ Cfr. Marroquín Zaleta, Jaime Manuel, *El debate en los tribunales colegiados de circuito, Teoría de la deliberación jurisdiccional*, México, Consejo de la Judicatura Federal, 2003, p. 12.

Robert Alexy enuncia una serie de reglas procedimentales que se deben respetar para lograr que la comunicación sea racional. Algunas de estas reglas sólo pueden quedar satisfechas de manera aproximada, pues un discurso ideal tendría que tener lugar en condiciones de tiempo ilimitado, con una participación también ilimitada, ausencia total de coacción, claridad lingüística y conceptual total, información empírica completa, capacidad y disponibilidad para el intercambio de roles y ausencia de prejuicios.¹⁹

Esta concepción de Robert Alexy igualmente pone al descubierto la importancia que ocupa la humildad en una comunicación racional, pues es necesaria la disponibilidad para el intercambio de roles y la ausencia de prejuicios; y no hay modo de contar con estos elementos en la comunicación para que sea racional, si los participantes no tienen la virtud de ser humildes para aceptar las razones de sus oponentes.

2.3.

Por consiguiente, este consejo cobra relevancia en términos de lo que se ha dado en llamar la ausencia de prejuicios, pues este factor coincide con lo que el magistrado Marroquín Zaleta delimita como el comportamiento de la persona, que en tanto esté liberado de prejuicios como la soberbia, ello redundará en el debate jurisdiccional y hará que la comunicación sea racional.

Incluso, el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, en el capítulo III señala las siguientes reglas:

3.1. Al emitir una resolución, no busca reconocimiento alguno.

3.2 Al tomar sus decisiones en forma individual o colegiada, buscará siempre la realización del derecho frente a cualquier beneficio o ventaja personal.

¹⁸ *Ídem*. El magistrado Marroquín Zaleta explica: “El acto por el que un magistrado desiste de la posición que había estado sosteniendo durante el debate es una abdicación”, p. 76.

¹⁹ *Vid.* Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 172.

3.2. Si es integrante de un órgano jurisdiccional colegiado, trata con respeto a sus pares, escucha con atención y apertura de entendimiento sus planteamientos y dialoga con razones y tolerancia.

3.4. Procura actuar con serenidad de ánimo y equilibrio interno, a fin de que sus decisiones estén desprovistas de aprensiones y prejuicios.

3. *Nunca te guíes por la ley del encaje,²⁰ que suele tener mucha cabida con los ignorantes que presumen de agudos*

3.1.

Este consejo está relacionado con la arbitrariedad. La ley del encaje, según se explica en el propio texto, se expone como la manera de resolver las controversias de modo arbitrario, sin la debida reflexión, de modo irresponsable.

En los siglos XVI, XVII y XVIII era una costumbre que no se motivaran las sentencias. Incluso Carlos III, por Real Cédula de 23 de junio de 1768, prohibió a los jueces de Mallorca que motivaran sus sentencias. Las razones en que al parecer se sustentaba esta idea consistían en el hecho de que la motivación constituía más bien un relato innecesario; que propiciaba el retraso judicial, la proliferación de recursos y que daba lugar a las críticas de los litigantes.²¹

Por otro lado, la monarquía se fundaba en la idea de la unidad. Por mandato divino, el monarca tenía la obligación de dar paz a los goberna-

²⁰ *Don Quijote*. En el texto se indica la siguiente nota: “Nunca juzgues con arbitrariedad”.

²¹ *Cfr.* Malem Seña, Jorge, *Jueces y Derecho*, pp. 33 y 34. El autor añade: “Pero a partir del siglo XVI, en la propia Castilla, donde ya imperaba la costumbre de no fundamentar las sentencias, según Richard Kagan, se hizo cada vez más notorio que la administración de la justicia era una cuestión típicamente humana y que como tal no quedaba exenta de toda crítica. De hecho, en esa época, el descontento por el funcionamiento de la justicia fue en aumento”. El autor remite a la obra de Kagan, Richard, *Pleitos y pleiteantes en Castilla, 1500-1700*, versión castellana de M. Moreno, Junta de Castilla y León, 1991, p. 45, en la que este escritor dice: “las ambigüedades de la ley por la que se juzgaban los pleitos; las jurisdicciones superpuestas que permitían a muchos litigantes frustrar los casos de sus oponentes; los tribunales notorios por su ineficacia, la corrupción y la codicia; y finalmente, una profesión jurídica de cuyos objetivos y ambiciones se tenían muchas sospechas”.

dos y delegaba ese poder entre los funcionarios que lo asistían en las tareas de gobernar, entre éstos a los jueces, quienes por vía de una delegación también eran respaldados por el poder divino.²²

Por consiguiente, la justificación del poder divino hacía innecesaria la motivación de las sentencias.

3.2.

Daniel Mendonça sostiene que las resoluciones de los jueces deben ser fundadas, lo que supone que los jueces deben dar razones que justifiquen las soluciones adoptadas, de manera que las resoluciones emitidas no puedan ser arbitrarias.²³

El Artículo 16 de la Constitución Federal exige a todas las autoridades que cualquier acto de molestia debe encontrarse debidamente fundado y motivado. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en diversas tesis, ha precisado el alcance normativo que se le debe dar a los conceptos de fundamentación y motivación.

Esta obligación incide en la garantía de seguridad jurídica, que debe concebirse como el rango de previsibilidad de las decisiones, de modo que sea posible que los operadores jurídicos puedan anticipar el resultado que tendrá un asunto determinado. José Juan Moreso sostiene que la seguridad jurídica se dará siempre que se cumpla con las condiciones de que las normas sean claras; que sean conocidas y que el Estado cumpla con sus propias normas y las haga cumplir.²⁴

Sobre estos aspectos, el de fundar y motivar los fallos y el de la seguridad jurídica, en términos de la teoría de la argumentación jurídica de Neil MacCormick se corresponde a la idea de universalidad que se sustenta tanto en la premisa normativa como en la premisa fáctica y, según este principio de universalidad, la argumentación jurídica debe sujetarse a una norma de carácter general, a un principio o bien a un precedente,

²² Cfr. *Ibidem*, p. 33.

²³ Vid. Mendonça, Daniel. "Aplicación del Derecho" en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J., (edits.), *El derecho y la justicia...*, 2da. ed., Madrid, Trotta, 2000, p. 267.

²⁴ Vid. Moreso, Juan José, *et al.*, *Introducción a la teoría del derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2004, pp. 47 y 49.

tratándose de la premisa normativa; en tanto que, en la premisa fáctica, deben sujetarse los argumentos en todo caso a una regla general de valoración de los hechos, como podrían ser las máximas de la experiencia.²⁵

Toulmin también considera que una parte de la argumentación comprende el uso de reglas y razones. A éstas se agrega la pretensión y el respaldo. Las garantías consisten en reglas de la experiencia, en una norma o principio jurídico o en una ley de la naturaleza. Las garantías no son enunciados que descifran hechos, sino reglas que permiten o autorizan el paso de unos enunciados a otros.²⁶

La seguridad jurídica y la obligación de fundar y motivar los fallos conforman elementos esenciales de la argumentación jurídica; de ahí que tiene plena vigencia el consejo dado por Don Quijote a Sancho, pues la ley del encaje no tiene cabida en el ordenamiento jurídico, en virtud de que las decisiones judiciales invariablemente deben estar justificadas, es decir, deben fundarse y motivarse.

3.3.

El consejo subsiste en nuestros días pues la Constitución exige que los actos de autoridad estén fundados y motivados para evitar que las decisiones sean arbitrarias.

En el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, en el capítulo IV, llamado profesionalismo, el punto 4.5 dice: “Fundamenta y motiva sus resoluciones, evitando las afirmaciones dogmáticas.”

4. *Hallen en ti más compasión las lágrimas del pobre, pero no más justicia que las informaciones*²⁷ del rico

4.1.

La gran mayoría de la población de las ciudades de España del siglo XVII se conformaba de campesinos; también había comerciantes y artesanos. En las ciudades de Córdoba y Valencia había una importante industria textil, en

²⁵ Vid. Atienza, *Las razones del Derecho*, pp. 114 y 115.

²⁶ *Ibidem*, p. 85.

²⁷ *Don Quijote de la Mancha*. Aparece la nota : “las alegaciones”.

tanto que Sevilla, Barcelona, Burgos o Medina del Campo eran centros comerciales. Frente a esta clase se encontraba la nobleza y el clero.²⁸

El consejo dado a Sancho le orienta para decidir entre dos circunstancias: la condición social del pobre y los alegatos del rico. De modo que, entre tales aspectos, se le dice a Sancho que debe guiar su decisión en justicia, valorando la falta de recursos, la escasa instrucción, los pocos medios del pobre, pero a la vez, analizando los argumentos del rico quien, no obstante contar con una situación económica holgada, podría tener razón en sus reclamos.

Este consejo es revolucionario para la época pues ubica al juzgador en un ámbito de independencia en el que, con plena libertad y autonomía, podía desentenderse de cualquier influencia, incluso la económica, a fin de tomar una decisión justa. Hay que tener presente que a finales del siglo XVI había nacido una clase burocrática de profesionistas cuyo único propósito era sostener y reforzar la justicia del rey.²⁹ Por ello, las decisiones de los jueces no podían considerarse necesariamente independientes. A esto se agrega el hecho de que los puestos públicos eran comprados,³⁰ lo que daba lugar a una doble problemática; por un lado, los que adquirían algún nombramiento buscaban recuperar la cuantiosa inversión, valiéndose del encargo; por otro lado, los funcionarios alcanzaban, por medio del dinero, lo que habrían de conseguir idealmente por méritos propios o por la vocación de servicio.³¹

En tales condiciones, es cuestionable que en aquella época los jueces realmente pudieran desentenderse de la condición social de los justiciables,

²⁸ Bernard, Vicent, “La sociedad española en la época del Quijote”, en *España en tiempos del Quijote*, México, Taurus, 2005, pp. 292 y 293.

²⁹ Cfr. Elliot, John H., “La monarquía hispana en el reinado de Felipe II”, en *España en tiempos del Quijote*, p. 53.

³⁰ Fortea Pérez, José Ignacio, “Las ciudades, sus oligarquías y el gobierno del Reino” en *España en tiempos del Quijote*, p. 238. El autor señala: “Con todo, a fines del siglo XVI Jerónimo Castillo de Bovadilla concluía al abordar la cuestión en su famosa obra que los oficios públicos se vendían sin disimulo en Castilla”.

³¹ “En todos los casos la venta de oficios públicos era criticada porque permitía alcanzar con sólo el dinero lo que se había de conseguir por premio de la virtud; o porque incitaba a los compradores a usar de ellos como de trato, para recuperar lo mucho que habían pagado al comprarlos, o, en fin, porque hacía a los regidores parciales con los poderosos y con los pobres”, *ibidem*, p. 230.

pues lo que parece más bien es que tal condición era un factor importante de influencia en sus fallos, dado que la remuneración del juzgador era el resultado de una inversión económica.

4.2.

En nuestros tiempos, el cargo de juez, específicamente de juez o magistrado del Poder Judicial de la Federación, se adquiere a través del sistema de carrera judicial que se funda en los artículos 97 y 100 de la Constitución Federal y 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, mediante concursos de oposición internos y de oposición libres.

Eugenio Raúl Zaffaroni comenta:

El concurso público de antecedentes y oposición es el único procedimiento democrático conocido para seleccionar los candidatos técnicamente más calificados para cualquier función que requiere un alto grado de profesionalidad. Es el único método que garantiza el control público, y que si bien no garantiza siempre que accedan los mejores, por lo menos excluye con certeza a los peores.³²

La idea de que el juzgador sea independiente constituye un factor importante del fortalecimiento de las bases democráticas de una nación. El nombramiento de los jueces a partir de las reglas que consigna la Constitución lleva aparejada la expectativa social de que los funcionarios cumplirán al pie de la letra los mandamientos constitucionales. Una justicia sin independencia defrauda la voluntad del pueblo. Jueces y magistrados federales están obligados a rendir protesta para entrar a ejercer su encargo, como lo dice el artículo 97 de la Constitución Federal, y se obligan a desempeñarse de modo leal y patriótico; deben guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes que de ella emanen.

Existen diversos mecanismos enfocados a asegurar la independencia de los juzgadores federales, como la posibilidad de ser ratificado y adquirir un nombramiento inamovible, y la prohibición de reducir sus emolumentos,

³² Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Dimensión Política de un Poder Judicial Democrático", en *Jueces y Derecho*, México, Porrúa, 2004, p. 124.

lo que indudablemente incide en su independencia y, claramente, en el hecho de que los factores sociales o económicos no repercutirán de modo negativo en sus decisiones, pues no habrá manera de que estos aspectos conformen un aliciente para obrar contra la Constitución.

En el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, el capítulo I, sobre independencia, señala en el punto 1:

1. Es la actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes del sistema social. Consiste en juzgar desde la perspectiva del Derecho y no a partir de relaciones de poder o intereses extraños a aquél [...]

Este deber jurídico, que se plantea a la vez como ético, adquiere una dimensión importante para la sociedad, pues la independencia judicial es considerada por la ciudadanía como una garantía de la cual se pueden valer para exigir que, en las resoluciones judiciales, se respete la Constitución y las leyes que de ella emanan; particularmente, cuando el juez constitucional tiene la misión especial de salvaguardar los derechos fundamentales, lo que lo convierte en un elemento sustantivo de la democracia. Ferrajoli sostiene que la democracia sustancial:

... se refleja además en un reforzamiento del papel de la jurisdicción y en una nueva y más fuerte legitimación democrática del poder judicial y de su independencia. [...] la relación entre el juez y la ley asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos.³³

4.3.

La independencia es un atributo esencial del desempeño judicial, pues antes, como ahora, el juzgador ha de mantenerse fuera de cualquier influencia social o económica que pueda desviar en una decisión parcial. Un juez que ejerza su independencia indudablemente fortalecerá las bases

³³ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, 2da. ed., Madrid, Trotta, 2001, p. 26.

democráticas de su nación y refrendará la confianza ciudadana en sus instituciones.

5. Procura descubrir la verdad por entre las promesas y dádivas del rico como por entre los sollozos e importunidades del pobre

5.1.

Este consejo está orientado, en primer término, al descubrimiento de la verdad. Marina Gascón Abellán, al elaborar un análisis sobre el conocimiento de los hechos, aborda un recorrido que parte del conocimiento mágico al conocimiento racional. Se remonta a la época en la que la fijación de los hechos se veía como una experiencia mística que buscaba una verdad sobrenatural, derivada de ritos o prácticas que se fundaban en creencias divinas. Este es el caso en el que se encerraba al acusado y al acusador con una fiera para que, del resultado, se derivara una razón.³⁴

Este tipo de pruebas ponía de manifiesto el carácter sobrenatural que se le confería al Derecho. En la Edad Media se implementaron distintos métodos para el conocimiento de la verdad, como la confesión obtenida por tormentos. Quien aceptaba la responsabilidad, debía considerársele culpable.

La búsqueda de la verdad ha sido siempre, en todos los sistemas jurídicos, un aspecto toral en las decisiones judiciales. En la partida III de Alfonso X, el Sabio, la Ley XI dice:

Verdad, es cofa que los judgadores deven catar en los pleytos, fobre todas las otras cofas del mundo: e porende, quando las partes contienden fobre algund pleyto en juicio, deven los judgadores fer acuciosos, en puñar de faber la verdad del, por quantas maneras pudieren.³⁵

En tanto que en el título XIV, “De las pruebas e de las sospechas que los hombres aducen en juicio sobre cosas negadas y dudosas”, se señala:

³⁴ Gascón Abellán, Marina. *Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba*, 2ª. ed., Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 9.

³⁵ *Op. cit.*, Partida III, p. 69.

“Preguntas fazen los judgadores a las partes en juicio, para faber la verdad del pleyto”.³⁶

5.2.

En la película *Se presume inocente*, en la que participó el actor norteamericano Harrison Ford, se destaca la importancia de la verdad histórica de los hechos; la parte introductoria inicia con un cuestionamiento: “Si no se descubre la verdad ¿qué esperanza tiene la justicia?”³⁷

Sobre este mismo aspecto de los hechos, Michele Taruffo retoma algunos comentarios de Atiyah y Summers y de Calamandrei :

...la veracidad y la aceptabilidad del juicio sobre los hechos es condición necesaria (obviamente no suficiente) para que pueda decirse que la decisión judicial es justa. En consecuencia, hay un posible margen de injusticia de la sentencia, que coincide teóricamente con la eventual desviación entre la forma concreta en que los hechos se determinen y su verdad empírica.³⁸

En nuestra Constitución, en el artículo 16, se localiza el fundamento de donde deriva toda exigencia en las legislaciones federales y locales, enfocado hacia el conocimiento de la verdad, pues la obligación de motivar una decisión judicial no es otra cosa sino el deber de precisar las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto, lo que revela indudablemente una determinación sobre la verdad fáctica, respecto de la que se enarbolará el acto de autoridad.

Por ello, en nuestro tiempo subsiste el viejo problema de la verdad histórica o procesal; de esta suerte, el artículo 79 del Código Federal de Procedimientos Civiles señala:

³⁶ *Ibidem*, p. 218.

³⁷ Se refiere a la película norteamericana *Presumed innocent*, de 1990, dirigida por Alan J. Pakula. El cuestionamiento, “If they [el jurado] cannot find the truth, what is our hope of justice?”, lo hace el personaje central, un fiscal (*prosecutor*). (N. del E.)

³⁸ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002, p. 64.

Art. 79. Para conocer la verdad, puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero.

De esta misma orientación es el artículo 841 de la Ley Federal del Trabajo, que dice:

Art. 841. Los laudos se dictarán a verdad sabida, y buena fe guardada, y apreciando los hechos en conciencia, sin necesidad de sujetarse a reglas o formulismos sobre la estimación de las pruebas, pero expresarán los motivos y fundamentos legales en que se apoyen.

En materia penal, la motivación de los hechos adquiere peculiar dimensión. Manuel Atienza aborda este tema, a propósito del trabajo de Perfecto Andrés Ibáñez sobre la motivación de los hechos en la sentencia penal. En resumidas cuentas, el profesor de la Universidad de Alicante destaca diez aspectos que debió escudriñar Andrés Ibáñez:

- 1) la motivación de los hechos incluye razones extraprocesales o políticas que miran al control racional de las decisiones judiciales;
- 2) los hechos no son datos brutos o descripción de sucesos sino proposiciones emanadas de una interpretación cultural e ideológica del juzgador;
- 3) los hechos psicológicos no se pueden tener por probados con certeza sino en términos del grado de probabilidad derivada de un juicio inductivo;
- 4) por tanto, la característica de la argumentación en materia de hechos lleva a que las conclusiones sólo tengan un peso de probabilidad;
- 5) el principio de libre convicción no autoriza al juez a considerar probado el hecho que le acomode, pues está obligado a justificar racionalmente su valoración;
- 6) el razonamiento de una sentencia se concreta en una inferencia inductiva con un referente a la valoración de los hechos; una inferencia deductiva que incorpora la premisa normativa y, una conclusión que se concreta en un silogismo práctico;
- 7) la corrección del argumento debe guiarse por un referente empírico; la acusación debe fincarse en más de un hecho; mientras menos inferencias se introduzcan será más fiable la conclusión; ésta habrá de

resistir las pruebas de descargo; excluir las hipótesis alternativas y optar por la más simple o coherente;

8) una máxima de la experiencia es una verificación sobre la reiteración de datos que debe justificarse de modo racional;

9) la sentencia debe ser un texto autosuficiente para las partes, para un tercero y para la sociedad;

10) la percepción directa de las pruebas desahogadas en el proceso, debe incluirse como parte de la motivación de las sentencias para que sea objeto de control judicial.³⁹

La tesis que se cita sería ilustrativa de la idea sobre la verdad histórica:

PARRICIDIO, PRUEBA DEL DELITO DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIHUAHUA). En materia penal impera el realismo, la verdad histórica, de tal suerte que si el mismo acusado reconoce que la persona a quien dio muerte era su padre y sus hermanos y su madre confirman expresamente el dato, aún cuando no se allegare el acta de nacimiento del quejoso, se surten los elementos del artículo 299 del Código de Defensa Social del Estado de Chihuahua, o sean la privación de la vida al padre legítimo o natural, sabiendo el infractor ese parentesco [*Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, tesis CXXX, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 634].

5.3.

Este consejo se mantiene y persiste en su orientación a lo largo del tiempo; realmente no hay manera de disolver la dicotomía verdad y justicia; aquélla es condición necesaria de ésta, aunque no suficiente.

6. Cuando pudiere y debiere tener lugar la equidad, no cargues todo el rigor de la ley al delincuente, que no es mejor la fama del juez riguroso que la del compasivo

6.1.

Este consejo sugiere resolver los casos, en principio, con arreglo a la equidad y, luego, mediante la aplicación de la ley. En este sentido, el juez

³⁹ Atienza, Manuel, *Cuestiones judiciales*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, Fontamara, 2001, pp. 28 a 30.

equitativo tendrá una aceptación mayor que la del juez aplicador celoso de la letra de la ley, pues aquél será el juez compasivo.

Sobre la compasión, Aristóteles dice:

... se trata de un pesar por la aparición de un mal destructivo y penoso en quien no lo merece, que también cabría esperar que lo padeciera uno mismo o alguno de nuestros allegados, y ello además cuando se muestra próximo.⁴⁶

En consecuencia, el juez compasivo tendría que ser aquel que, al momento de razonar sobre la decisión que deba prevalecer en un caso, se ubique en las circunstancias en las que se encuentra quien pudiera padecer las consecuencias de su fallo y, en este proceso, incorpore a su juicio condiciones que puedan aminorar el sufrimiento de esos efectos o bien, opte incluso por no fallar en su contra.

Hart ya hacía una distinción entre casos fáciles y difíciles. Los primeros son aquellos que se resuelven sencillamente a través de una operación de subsunción en la que la norma tiene aplicación puntual al caso concreto. Los casos difíciles, en cambio, son aquellos en los que la norma no tiene una aplicación puntual, sino que puede tener distintas lecturas y es necesario valerse de su interpretación. También existen casos difíciles cuando el Derecho no contiene una solución expresa, es decir, cuando se está ante una laguna que debe ser salvada también a través de la interpretación.

Esta distinción correspondería, claramente, a la previsión que hace Don Quijote sobre los casos en los que sea posible ponderar la equidad, como medio alternativo de solución de conflictos, frente a la aplicación automática de la ley.⁴¹

⁴⁰ Aristóteles, *Retórica*, trad. y notas de Quintín Racionero, Madrid, Gredos, 1999, p. 353 (Rt, II, 8).

⁴¹ Vid. Rodríguez, César, *La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin...* El autor señala: "La división entre casos fáciles y difíciles tiene una consecuencia central para la discusión entre Hart y Dworkin. Hart sostiene que debido a que la vaguedad es una característica inherente al lenguaje jurídico y a que en la decisión de los casos difíciles existe más de una interpretación razonable, cuando estos casos llegan a los estrados judiciales los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más apropiada", p. 34.

6.2.

El doctor Oscar Correas considera la existencia de jueces alternativos o democráticos. Éstos, de manera aislada o en grupo, proyectan su función dentro de una ideología que concibe al Derecho de modo alternativo. Estos jueces, con el argumento de la independencia judicial, plantean una “resemantización” del Derecho a partir de postulados obligatorios, delimitados por sus grupos, como “es obligatorio para los miembros juzgar siempre a favor de los oprimidos” o “siempre a favor de los obreros”. Sin embargo, son mal vistos por el Poder, por el peligro que representan, y son señalados como obstáculos para la “correcta” administración de justicia, e incluso como subversivos.⁴²

La Constitución señala en el artículo 100, como uno de los principios de la carrera judicial, la independencia. Sobre este principio y otros que conforman la carrera judicial se edifica el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación que, en su capítulo 5, en el punto 5.7, dice:

Compromiso social. Tiene presentes las condiciones de iniquidad que han afectado a una gran parte de la sociedad a lo largo de nuestra historia, y advierte que la confianza y el respeto sociales que merezca serán el resultado de un trabajo delicado, responsable y honesto.

Por consiguiente, puede considerarse que existen fundamentos para decidir en casos difíciles, tomando en cuenta principios de equidad y de compromiso social, según los cuales el juzgador puede hacer una resemantización del Derecho, a partir de su interpretación social, que pondere los elementos de inequidad que se han incorporado a la sociedad en el devenir de la historia.

En tal virtud, en el lenguaje de la argumentación, cabe tener en cuenta la idea de coherencia normativa de MacCormick, según la cual, una argumentación debe satisfacer esta condición cuando una serie de normas o una norma puede subsumirse bajo una serie de principios generales o de valores que, a su vez, resulten aceptables en el sentido de que configuren —cuando se toman conjuntamente— una forma de vida satisfactoria.⁴³

⁴² Cfr. Correas, Oscar. *Teoría del Derecho*, México, Fontamara, 2004, pp. 318 y 319.

⁴³ Vid. Atienza, *Las razones del Derecho...*, p. 118.

Incluso, Ferrajoli considera que la sujeción del juez a la ley ya no puede significar la sujeción a la letra de la ley, sino sujeción válida, coherente con la Constitución, donde la única interpretación válida es con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por ellas.⁴⁴

Es atractiva la idea de que puedan existir jueces alternativos; sin embargo, también podría ello conformar un problema relacionado con el control de la jurisdiccionalidad de sus determinaciones, en la medida en que, aun cuando las justificaran, podrían derivar en medidas autoritarias o, incluso, sería factible que produjeran indefensión. Por ello, habría que ver con alguna reserva esta postura, a la que, no obstante, podría complementarse con la preeminencia de un sistema cerrado que sirviera de limitante al arbitrio judicial.

Sin perjuicio de aquellos casos difíciles, en los que es demandada una labor interpretativa del juzgador, que debe ser hecha a la medida del caso y sin exceder los límites de la Constitución, no se deben dejar de incluir los casos fáciles, o de subsunción de la norma al hecho, en los que la ley facilita la tarea del juez para que tenga las herramientas legales que le permitan ser compasivo.

Éste sería, por ejemplo, el artículo 55 del Código Penal Federal, que autoriza decretar una medida de prisión preventiva en el domicilio del indiciado cuando tenga más de setenta años; o incluso el mismo precepto, en los supuestos de personas que tienen padecimientos graves de salud o tienen una edad avanzada, los considera candidatos a que la pena corporal que se les hubiere impuesto en una sentencia, se les sustituya por una medida de seguridad, cuando esas circunstancias hayan sido debidamente probadas con dictámenes periciales.

En esta misma línea, habría que ponderar algunas ideas novedosas sobre el fundamento de las penas. Zaffaroni propone que las bases de la culpabilidad en la teoría del delito deben cambiar en su fundamento, pues tradicionalmente la culpabilidad se entiende como un juicio en el que se reprocha al inculpado el no haberse comportado como lo ordena la norma; en su opinión, habría que valorar primero si el inculpado estuvo en

⁴⁴ Vid. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías...*, p. 26.

condiciones de haberse conducido conforme a la norma, según su nivel de vulnerabilidad social. De modo que a un individuo altamente vulnerable, con mayor probabilidad de delinquir, se le podrá fincar un reproche más mesurado sobre su conducta que a alguien que no tiene esa vulnerabilidad. En otras palabras, esta teoría se fundaría en la compasión derivada del reconocimiento de que en nuestra sociedad existen desigualdades económicas que provocan marginación, disminuyen las oportunidades de empleo y excluyen de todas las oportunidades a un sector de la población.⁴⁵

6.3.

Por tanto, la equidad ha marcado una constante en el tiempo, pues la interpretación y aplicación del Derecho debe incluir, de modo permanente, esta variable en la solución de casos, de modo que las determinaciones no sólo estén ajustadas a la Ley, sino que resuelvan equitativamente la controversia.

7. Si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva,⁴⁶ sino con el de la misericordia

7.1.

Los jueces, según las partidas de Alfonso X el Sabio, debían ser respetuosos de la ley y temer a Dios. A ellos les era vedado interpretar la ley, pues de esta labor debía encargarse quien se ocupó de hacerla.⁴⁷ Por tal motivo,

⁴⁵ Zaffaroni, Raúl E., “Culpabilidad por la vulnerabilidad”, revista *Anthropos*, núm. 204, año 2004. En palabras del autor: “La vulnerabilidad constata el estado de vulnerabilidad del sujeto y el esfuerzo que éste realiza para alcanzar la situación concreta en que fue atrapado por el poder punitivo y luego procede a su traducción valorativa. La síntesis será una traducción que se proyectará sobre la pena hasta el límite del reproche de este esfuerzo, siempre que no supere el indicado por la culpabilidad de acto”, pp. 136- 151.

⁴⁶ *Don Quijote de la Mancha*. Se incluye la cita: “Si no aplicas todo el rigor de la ley, que no sea por haber sido sobornado.”

⁴⁷ En la partida I, Ley XIII, *Op. cit.*, se indica que se debe entender la verdad de las leyes y que para ello no puede aclararlo sino el que la hizo o bien por otro que sea en su lugar, que tenga poder de hacerlas de nuevo y de guardar las que se habían hecho. “Quien puede declarar las Leyes, si en duda vinieren. Dvbdofas Leyendo las leyes por yerro de escriptura, o por mal entendimiento del que las leyeffe: porque

“doblar la vara de la justicia” sería algo así como desentenderse de la aplicación de la ley o interpretarla, pues en estos supuestos, el juzgador se excedería de la facultad que tenía de aplicar solamente la ley, lo que correspondería, en una primera acepción, con el significado de ser justo.

La Ley número XV también debe destacarse, pues en ella aparece una norma que consagra el principio de legalidad, según la cual todos aquellos sobre los que pesaba la ley debían obedecerla, guardarla y juzgar por lo que ella ordena.⁴⁸

En este sentido, este consejo es un complemento del anterior, con la distinción de que, en aquél, se destaca el principio de la equidad, y en éste, la misericordia, pero en ambos casos, Don Quijote abre las puertas a Sancho para que pueda manejar la ley de tal modo que sus acciones respondan a decisiones equitativas o misericordiosas, y rechaza y cierra la posibilidad de que esos juicios respondan a motivos despreciables e indignos, como la execrable aceptación de dádivas.

Hay que tener presente que en la compilación de antiguos códigos españoles, desde el *Fuero Juzgo* hasta la *Novísima Recopilación* antes citada, en la sección segunda, que se refiere a las reglas de las personas, se incluye la 35 que dice: “La pobreza engendra la codicia, y ésta quita la estimación de lo grande y de lo bueno”.⁴⁹

El *Diccionario de la Real Academia Española* dice que, por misericordia, se debe entender:

(Del lat. misericordia). 1. f. Virtud que inclina el ánimo a compadecerse de los trabajos y miserias ajenos. 2. f. Pieza en los asientos de los coros de las iglesias para descansar disimuladamente, medio sentado sobre ella, cuando se debe estar en pie. 3. f. Puñal con que solían ir armados los caballeros de la Edad Media para dar el golpe de gracia al enemigo.

deuieffen de fer bien efpaladinadas, e fazer entender la verdad dellas; esso non puede ser por otro fecho, fino por aquel que las fizo, o por otro que fea en fu logar, que aya poder de las fazer denuedo, e guardar aquellas fechas” p. 17.

⁴⁸ *Ibidem*, “Todos aquellos que fon del Señorpio del fazedor de las leyes, fobre que las el pone, fon tenudos de las obedefcer e guardar, e juzgarfe por ellas e no por otro escrito de otra ley fecha en ninguna manera: e el que la ley faze, es tenudo de la fazer cumplir”.

⁴⁹ Montiel y Duarte, Isidro Antonio, *Jurisprudencia fundamental*, p. 188.

4. f. Rel. Atributo de Dios, en cuya virtud perdona los pecados y miserias de sus criaturas. 5. f. p. us. Porción pequeña de alguna cosa, como la que suele darse de caridad o limosna. V. obra de ~ puñalada de ~

En la Edad Media y particularmente en España, se tiene noticia de los reyes justicieros, que se identifican con el modelo de juzgador concebido por el Caballero de la Triste Figura. Niceto Alcalá Zamora y Castillo da noticia de la persistencia de los reyes justicieros en la literatura española. De Fernando I (1029-1065), narra la historia de Jimena, la futura esposa del Cid. Aquélla le denuncia por la muerte de su padre y por haber enviado a su gavilán de haber dado cuenta de sus palomas. En el Romanero, Jimena demanda al juez:

Facedme, buen rey, justicia,
No me la queráis negar.
Rey que non face justicia
No debiera de reinar.
Ni cabalgar a caballo,
Ni con la reina folgar,
Ni comerían a manteles,
Ni menos armas tomar.

El juez decide casar a Jimena con Rodrigo, lo que ella anhelaba en el fondo.⁵⁰ Habrá sido por misericordia más que por equidad, la razón que subyace en no sancionar con una pena al homicida y perpetrador de daños, ya que el rey se compadeció del profundo amor de Jimena y compensó su agravio con el matrimonio, que pudo más que la muerte de sus palomas, y no se diga, la de su padre.

7.2.

Abundando, Jesús Antonio de la Torre Rangel hace interesantes comentarios sobre el derecho alternativo; se remonta al pensamiento del Agustino Alonso de Veracruz (1507-1584), quien a propósito del análisis de la

⁵⁰ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Derecho procesal en serio y en broma*, México, Jus, Edición de la Escuela Libre de Derecho, 1978, pp. 154 y 155.

obligatoriedad de las normas, esboza diversas consideraciones que fundan sus conclusiones; de ellas, se cita la invocada por De la Torre Rangel:

Cesando la razón y causa de la ley humana y universal, cesa también la obligación de la misma ley universalmente. Se prueba, primero: para que una ley sea obligatoria se requiere que sea justa, útil y dada para el bien. Como cesando la causa de la ley universalmente, ya no es útil ni para el bien común. Luego esa misma ley ya no tiene fuerza obligatoria.⁵¹

El mismo De la Torre Rangel comenta sobre los jueces alternativos, conocidos en Brasil y Argentina, quienes desempeñan un papel alejado del conservadurismo social, pues sus decisiones se vierten incluso contra la ley cuando ésta es injusta.

Nada hay más ilustrante que escuchar las sabias palabras de un ministro retirado quien, con sus años de experiencia, da cuenta de su trayectoria y de su visión del Derecho y la justicia. Este es el caso del doctor Juventino V. Castro y Castro, quien expresó las ideas siguientes:

Apliqué la ley en justicia como lo ordena el artículo 17 aunque no siempre se puede uno vanagloriar de ello. Hay quienes sólo llegan hasta los límites estrictos de la ley misma; y habemos otros que nos ingeniamos para encontrar caminos extras no siempre posibles, para valorar y aplicar no sólo lo que literalmente está en la ley sino lo que subyace en el núcleo de ella: su esencia humana.⁵²

Un caso que puede traerse de ejemplo sería el juicio de amparo en revisión 115/2003, en el que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró inconstitucional el artículo 333, fracción VI, de la Ley General de la Salud. Este artículo decía textualmente:

⁵¹ Cfr. Torre Rangel, Jesús Antonio de la, "Razón y Equidad" en *Derecho alternativo y crítica jurídica*, México, Porrúa, 2002, p. 98.

⁵² Palabras pronunciadas por el Ministro Juventino V. Castro y Castro en el recinto del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en Sesión Solemne del 28 de noviembre de 2003 con motivo de su retiro.

Artículo 333. Para realizar trasplantes entre vivos, deberán cumplirse los siguientes requisitos respecto del donante:

VI. Tener parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil o ser cónyuge, concubina o concubinario del receptor. Cuando se trate del trasplante de médula ósea no será necesario este requisito.

El Tribunal Pleno hizo una serie de interpretaciones de la Ley General de Salud, y del derecho a la salud y a la vida contenidos en los artículos 1, 4, 14, y 22 del texto constitucional. El resultado se concretó en el hallazgo de los principios que protegen la igualdad, la vida y la dignidad humana, aspectos que el legislador secundario debía considerar para regular la norma programática que tutela el derecho a la salud, pero que no atendió por impedir la donación entre personas que no guardaran una relación de parentesco, como la ahí indicada, con el receptor. La tesis del caso dice lo siguiente.

TRASPLANTE DE ÓRGANOS ENTRE VIVOS. EL ARTÍCULO 333, FRACCIÓN VI, DE LA LEY GENERAL DE SALUD, QUE LO PERMITE ÚNICAMENTE ENTRE PERSONAS RELACIONADAS POR PARENTESCO, MATRIMONIO O CONCUBINATO, TRANSGREDE LOS DERECHOS A LA SALUD Y A LA VIDA CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 4O. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El citado dispositivo legal, al establecer que para realizar trasplantes de órganos entre vivos, el donante debe tener necesariamente con el receptor parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil, o ser su cónyuge, concubina o concubinario, transgrede los derechos a la salud y a la vida establecidos en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues priva a la población en general de un medio apto para prolongar la vida o mejorar su calidad. Es cierto que el legislador, al normar el trasplante de órganos entre vivos de la manera restringida indicada, lo hizo con el propósito de fomentar el altruismo y evitar su comercialización, pero también es cierto que tan drástica limitación no es indispensable para alcanzar dichos objetivos, ya que el propio sistema jurídico prevé otras medidas tendentes a evitar que se comercie con los órganos, o bien, que exista ánimo de lucro en su donación. Además, aunque la existencia de una relación de parentesco, de matrimonio o de concubinato permite presumir que una persona, ante la carencia de salud

e incluso el peligro de que su pariente, cónyuge o concubino pierda la vida, le done un órgano movida por ánimo altruista, de solidaridad o afecto, es un hecho notorio que no sólo en ese tipo de relaciones familiares se presenta el ánimo de solidaridad y desinterés, sino también entre quienes se profesan amistad y aun entre desconocidos. Por tanto, cualquier persona que se sujete a los estrictos controles técnicos que establece la Ley General de Salud y tenga compatibilidad aceptable con el receptor, sin que vea afectada su salud y motivada por su ánimo de altruismo y solidaridad, podría de manera libre donar gratuitamente un órgano, sin desdoro de los fines perseguidos por el legislador y por el precepto constitucional en cita [*Semanario Judicial de la Federación su Gaceta*, Novena Época, agosto de 2003, p. 54, tesis P. IX/2003, Pleno].

7.3.

Este consejo, que se vincula con el anterior, mantiene su fuerza ética y llama al juzgador a encontrar los argumentos que permitan que la ley se aplique en justicia a fin de que se consagre como un instrumento al servicio del hombre, por ser útil, justa y buena.

8. *Cuando te sucediere juzgar algún pleito de algún tu enemigo, aparta las mientes de tu injuria⁵³ y ponlas en la verdad del caso*

8.1.

La imparcialidad puede llegar a ser, en algunos casos, una exigencia orientada a neutralizar sentimientos inherentes a la naturaleza del hombre que acerca al juzgador y su espiritualidad, al ejercicio de una tarea reservada originariamente a la divinidad. Es en estos eventos cuando la ley permite que el juzgador, para no verse en un dilema que no logre resolver en detrimento de la justicia, dimita de conocer de esas peculiares contiendas. Sin embargo, en otras ocasiones, la ley le exige asumir de frente sus pasiones para reservarlas cuando la toga envuelva su cuerpo.

⁵³ *Don Quijote de la Mancha*. Aparece la nota: “aparta tu pensamiento de la ofensa que sufriste”.

No por nada en la Ley III, de la tercera partida, de Alfonso el Rey Sabio, se enuncian las cualidades que deben tener los jueces:

Que fean leales, e de buena fama, e fin mala cobdicia. E que ayan fabiduria, para judgar los pleytos, derechamente, por fu faber, o por vio de luengo tiempo. E que fean manfos, e de buena palabra, a los que vinieren ante ellos a juicio. E fobre todo, que teman a Dios, e a quien los y pone. Ca fi Dios temieren, guararfe han de fazer pecado, e auran en fi piedad, e justicia. E fi al Señor ouieren miedo, recelarfe han, de fazer cofa, por dos les venga mal del; viniendofeles a miente, como tienen fu lugar, quanto para judgar derecho.⁵⁴

8.2.

En México, en los años veinte, cuando prevalecía el sistema de jurados, ya se dejaba ver el problema de la imparcialidad, pues en ocasiones se veían amenazados para que decidieran en determinado sentido.

JURADO POPULAR, PRESIÓN SOBRE LOS MIEMBROS DEL. Si en la demanda del amparo que se endereza contra el fallo de segunda instancia, se alega que fué público y notorio, y para ello se acompañaron informaciones de prensa, que las audiencias del jurado se desarrollaron en un ambiente de tragedia; que los espectadores, políticos y funcionarios en su mayoría, hicieron desbordar sus pasiones; que los miembros del tribunal del pueblo fueron amenazados en muy diversas formas, inclusive privárseles de la vida y que por consiguiente, se presionó su voluntad, para que dictaran un veredicto adverso, la Suprema Corte estima que faltaría a su decoro y respetabilidad, de omitir su opinión respecto a sucesos políticos, sino sólo en el aspecto en que éstos se introduzcan en violaciones constitucionales; y si las violaciones de que antes se habló, no han quedado fehacientemente demostradas, no pueden ser idóneas para ese efecto, las informaciones de prensa que se acompañaron. Si de la versión taquigráfica del jurado, que tuvo a la vista la Suprema Corte, aparecen datos que demuestran la desaprobación de los concurrentes a las audien-

⁵⁴ Partida III, p. 61.

cias, para los defensores de los acusados, así como el ambiente favorable en que actuaron las personas encargadas de llevar la voz de acusación, no se puede pasar por alto que la ley procesal que regía al jurado, confería al Juez presidente de los debates una amplia función discrecional para dirigirlos, dejando a su honor y conciencia el empleo de los medios que puedan servir para favorecer la manifestación de la verdad [*Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, LXI, p. 4822, tesis aislada, materia penal, Primera Sala].

En el medio judicial, existen mecanismos para evitar que el juzgador vea afectada su imparcialidad, bien a través del planteamiento de un impedimento o cuando se solicita por alguna de las partes que el juez se excuse de seguir conociendo del negocio; aunque en otros casos, la ley y la interpretación que se ha hecho de ella obligan al juzgador a desarrollar la virtud de la tolerancia, como aparece en la tesis siguiente:

IMPEDIMENTO DEL JUEZ DE DISTRITO. LA FORMULACIÓN DE QUEJA ADMINISTRATIVA EN SU CONTRA POR UNA DE LAS PARTES EN EL JUICIO, NO ACREDITA LA CAUSAL DE ENEMISTAD MANIFIESTA, SI EL JUZGADOR NO ADUCE QUE TAL SITUACIÓN PROVOCA AVERSIÓN HACIA ELLA. No basta que el Juez de Distrito que formula un impedimento manifieste que se actualiza la hipótesis establecida en el artículo 66, fracción VI, de la Ley de Amparo, en razón de que una de las partes en el juicio de garantías presentó queja administrativa en su contra ante el Consejo de la Judicatura Federal para que se declare fundado el impedimento, ya que, por un lado, la queja administrativa no tiene la gravedad de una denuncia penal y, por otro, porque dicho juzgador debe aducir que la interposición de ese recurso administrativo provocó en él un sentimiento de odio o aversión hacia el inconforme, esto es, debe indicar las razones y circunstancias que colmen la causal de impedimento basada en la enemistad manifiesta, señalando que la queja presentada provocó un ánimo hostil que afecta su criterio judicial a favor o en contra de cualquiera de las partes, sus abogados o representantes; por ende, debe admitirse la aplicación analógica de la jurisprudencia 21/94, de la entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: "IMPEDIMENTOS DE FUNCIONARIOS DEL PODER JUDICIAL FEDERAL. LA

FORMULACIÓN DE DENUNCIAS DE NATURALEZA PENAL EN SU CONTRA, POR UNA DE LAS PARTES EN EL JUICIO, NO ACREDITA LA CAUSAL RELATIVA A ENEMISTAD MANIFIESTA” [*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XVIII, julio de 2003, p. 1119, tesis VI.2º.C.184K aislada, materia común].

8.3.

El ejercicio de la tolerancia es una virtud que debe conquistar el juzgador, pues debe tener la fortaleza requerida para liberar a su mente de pensamientos que turben su razón.

9. No te ciegue la pasión propia en la causa ajena que los yerros que en ella hicieres las más de las veces serán sin remedio, y si le tuvieren, serán a costa de tu crédito, y aun de tu hacienda

9.1.

Este consejo se relaciona con el anterior en cuanto que se orienta a mantener la imparcialidad en las causas ajenas; de otro modo, dejarse llevar por pasiones propias podría derivar en errores que habrían de indemnizarse con el patrimonio propio. El 31 de diciembre de 2004 se publicó la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, que en su artículo 31 señala:

Artículo 31. El Estado podrá repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización cubierta a los particulares cuando, previa substanciación del procedimiento administrativo disciplinario previsto en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, se determine su responsabilidad, y que la falta administrativa haya tenido el carácter de infracción grave. El monto que se exija al servidor público por este concepto formará parte de la sanción económica que se le aplique.

La gravedad de la infracción se calificará de acuerdo con los criterios que establece la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos. Además, se tomarán en cuenta los siguientes criterios: los estándares promedio de la actividad administrativa, la perturba-

ción de la misma, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional y su relación con la producción del resultado dañoso.

9.2.

El texto anterior es ilustrativo de las consecuencias que habría en la época del Quijote para quien, cegado por la pasión propia, equivoca el rumbo y toma una decisión imprudente, visceral e injusta. Este resultado no es muy diferente del que hoy podría presentarse de no atender el sabio mensaje que encierra el consejo.

10. Si alguna mujer hermosa viniere a pedirte justicia, quita los ojos de sus lágrimas y tus oídos de sus gemidos, y considera de espacio la sustancia de lo que pide, si no quieres que se anegue tu razón en su llanto y tu bondad en sus suspiros

10.1.

La pasión por la belleza es innata a la esencia humana, capta nuestra atención por los sentidos y puede hacer de ellos sus prisioneros. Es entonces cuando los sentimientos embargan a la razón y a la templanza.

¡Qué sabrosos tus amores; ¡más que el vino!
¡Y la fragancia de tus perfumes,
más que todos los bálsamos!
Miel virgen destilan
tus labios, novia mía.
Hay miel y leche
debajo de tu lengua;
y la fragancia de tus vestidos,
como la fragancia de Líbano (Cant, 4:10-11).

En la misma Biblia, en el tercer poema del Cantar de los Cantares, se puede asimilar la exaltación que de la belleza puede proferir un enamorado.

En el artículo ya comentado, “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, Malem Señá destaca las cualidades que debían tener los jueces del siglo XIX en Castilla, cita a Ramón Lázaro de Dou y Bassols en *Las*

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 36.

instituciones de derecho público general de España con noticia particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno de cualquier Estado, (Madrid, 1800) y dice:

Los jueces también debían mantener una compostura grave, circunspecta y decorosa. Debían vestir con ropas oscuras y no mantener ningún trato familiar con sus colegas, con los abogados y con los vecinos. En fin, los jueces debían estar exentos de todo vicio. Su cargo era incompatible con la lujuria, la impiedad, la avaricia, la lisonja, la envidia, la codicia, la soberbia, etcétera.⁵⁵

10.2.

Aunque en España, en aquellos años, los jueces eran varones y por este motivo el consejo se orientaba con respecto a las mujeres hermosas, ahora que los tiempos han cambiado, debe hacerse extensivo a las juezas, pues compartimos la misma esencia humana. De esta suerte, Malem también aborda el caso hipotético de la jueza y la bailanta:

Supóngase una jueza de alrededor de 45 años de edad, divorciada, y que decide acudir todos los viernes y sábados por la noche a una sala de fiestas las populares bailantas. En este establecimiento danza hasta altas horas de la madrugada junto a personas más jóvenes al ritmo de música tropical, como la lambada.⁵⁶

Las pasiones pueden llevar a perder la razón y la cordura; por eso, Manuel Atienza considera que, entre las virtudes que deben desarrollar los jueces, se encuentra la templanza, que toma del libro de la *Retórica* de Aristóteles, y según lo señala en la definición: “es una virtud por la cual se está dispuesto para los placeres del cuerpo en la medida en que la ley manda; desenfreno es lo contrario”.⁵⁷

El filósofo Christopher Phillips aporta interesantes ideas sobre algunas preguntas que se hizo Sócrates y elige el tema del camino intermedio; encuentra una posición semejante a la adoptada por Buda. Este autor dice:

⁵⁶ *Ibidem*, p. 42.

⁵⁷ *Cfr.*, Atienza “Virtudes judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho”, en *Jueces y Derecho*, p. 21.

Buda alentaba a la gente a evitar los extremos y a seguir el camino intermedio. Así en el Dhamma Kakka-Ppavattana-Sutta, o Discurso de la puesta en movimiento de la rueda de la doctrina, exhortaba a evitar los dos extremos de “una vida [...] dedicada a los placeres y a los deseos” y “una vida entregada a la mortificación”.⁵⁸

10.3.

Por todo ello, el consejo aquí analizado tiene plena vigencia, pues el juzgador debe encontrar en la templanza una virtud para preservar su independencia e imparcialidad; valdría la pena añadir que se debe preservar un ámbito particular en el que se desenvuelva la vida privada del funcionario, pues la toga debería quitarle su humanidad cuando la conduzca moderadamente.

Aquí hay que considerar los documentos realizados en la “Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia” que tuvo lugar en Cancún, Quintana Roo, el 27 de noviembre del año 2002 que dicen:

La evaluación no se dirige a la persona del Juez, sino a su desempeño en el ejercicio de la función jurisdiccional, durante el período correspondiente. Nunca debe inmiscuirse en la vida privada del Juez, ni en su intimidad personal, ni menoscabará los derechos y libertades fundamentales del Juez, como persona.⁵⁹

11. Al que has de castigar con obras no trates mal con palabras pues le basta al desdichado la pena del suplicio, sin la añadidura de las malas razones

11.1.

Américo Castro encuentra que en este consejo de Don Quijote existe semejanza con la *Parénesis o exhortación a la virtud de Sócrates*, que tenía también una serie de consejos, entre los que se encuentra el que sigue:

⁵⁸ Phillips, Christopher, *Seis preguntas de Sócrates*, México, Taurus, 2005, p. 95.

⁵⁹ *Memoria de la Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, Cancún, México, 2002*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003, p. 207.

“No vituperes ni menosprecies a ninguno por infortunio o desastre que le acontezca, porque todos estamos sujetos a las miserias de esta vida”.

Otro consejo de Isócrates dice: “Procura asimismo ser con los hombres fácil y cortés, y en tus palabras blando y afable”.⁶⁰

Hay que tener en cuenta que en las Cortes de Castilla, en el año 1593, tenían graves problemas de corrupción, deshonestidad, egoísmo y ociosidad. Por ello, el consejo era apropiado para el tiempo en que se escribió Don Quijote, dado que el medio judicial era un centro para la arbitrariedad y el maltrato.⁶¹

En una compilación de las principales reglas de Derecho de los antiguos códigos españoles, desde el *Fuero Juzgo* hasta la *Novísima Recopilación*, se incluyen, en la sección segunda, algunas reglas relativas a las personas; por su relación se citan las siguientes:

16. No puede ser juez el que no está en el completo uso de su razón.
25. El abogado no debe usar sino un lenguaje mesurado.
34. Nada vale la palabra sin la intención.
36. La ira del hombre es enemiga de la justicia.
43. La palabra del hombre retrata el corazón.⁷²

11.2.

En el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, en el capítulo IV, “del profesionalismo”, en el punto 4.13 se indica: “Trata con amabilidad y respeto a los justiciables.”

La Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos incluye, como causa de responsabilidad administrativa, la falta de respeto y rectitud en el trato a los usuarios del servicio. Al efecto, el artículo 8, fracción VI, dice lo siguiente:

Artículo 8. Todo servidor público tendrá las siguientes obligaciones:

⁶⁰ Castro, Américo, *El pensamiento de Cervantes*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 319 y 320.

⁶¹ *Ibidem*, p. 59.

⁶² *Op. cit.*, Montiel y Duarte, Isidro, *Jurisprudencia fundamental o sea exposición de las reglas de derecho contenidas en el Título 34, partida 7ª*, edición facsimilar, 2003, pp. 188 y 189.

VI. Observar buena conducta en su empleo, cargo o comisión, tratando con respeto, diligencia, imparcialidad y rectitud a las personas con las que tenga relación con motivo de éste;

[...]

El incumplimiento a lo dispuesto en el presente artículo dará lugar al procedimiento y a las sanciones que correspondan, sin perjuicio de las normas específicas que al respecto rijan en el servicio de las fuerzas armadas.

11.3.

El consejo, como se puede advertir, se ha incorporado al Derecho vigente en nuestra legislación y su infracción puede constituir una causa de responsabilidad administrativa.

III. CONCLUSIONES

Los consejos que Don Quijote dio a Sancho Panza para que ejerciera la tarea de gobernador y juez de la ínsula Barataria, conservan su fuerza moral, y es sorprendente advertir que muchos de ellos aún tienen vigencia, incluso a la luz de las modernas teorías de la argumentación con sus entendibles diferencias.

1. La corriente conocida como “positivismo suave” ofrece un sistema de interpretación del Derecho compatible con innumerables criterios de jurisprudencia que plantean soluciones basadas en el reconocimiento de reglas y principios en el sistema constitucional; complementariamente, se puede justificar, en nuestro sistema, un mecanismo de interpretación cerrado que excluye la posibilidad de que el juez se convierta en legislador. En este sentido, el primer consejo que se orienta a la fe religiosa podría sustituirse por una concepción filosófica del Derecho distinta.

2. La humildad y la sencillez no son sólo virtudes humanas; son comportamientos esenciales del trabajo judicial, pues los juzgadores no se deben permitir posturas soberbias o arbitrarias que entorpezcan la comunicación racional en el debate de los derechos. De otro modo, sus prejuicios revelarán una vocación ajena a la verdad, la igualdad y la razón, incompatibles con su nombramiento.

3. La fundamentación y motivación de las decisiones judiciales es una obligación constitucional; es también un requerimiento de toda argumentación, pero sobre todo, su puntual cumplimiento fomenta la confianza de los ciudadanos en el juzgador y en sus instituciones.

4. La independencia e imparcialidad del juez son factores que fortalecen las bases democráticas de una nación. Una justicia sin independencia defrauda la voluntad soberana. En cambio, un juez independiente e imparcial legitimará su relevante tarea de velar por los más altos derechos de la convivencia social.

5. La verdad absoluta no es asequible al hombre, pero el juez, con sus limitaciones y experiencia, debe ser acucioso y empeñarse en alcanzarla, de manera que en sus razones quede un reflejo probable pero cercano a los hechos. De otra forma, ¿qué esperanza tendrá la justicia?

6. La inequidad ignora las desigualdades, las diferencias, pisotea a los desprotegidos, a los débiles, a los desamparados. La ley puede ser un instrumento para ser cómplice de su letargo, pero también puede ser un arma para combatirla cuando el juzgador enfrenta las normas y encuentra aquella, que por su espíritu sustancial, compensa a los vulnerables y modifica su historia.

7. Una ley es dada para ser justa y útil, y para hacer el bien; en su núcleo y en la razón de su obligatoriedad reside la esencia humana.

8. La pasión propia ha de ser impenetrable a los pasos de la verdad y de la razón: por más empeño que se invierta en doblar la voluntad del juzgador, éste habrá de defender su toga con sabiduría para no truncar la esperanza de los depositarios de su confianza ni perder incluso su patrimonio.

9. Hombres y mujeres compartimos gustos, pasiones o caprichos, pero un juez en el ejercicio de su encargo habrá de actuar con templanza para evitar que humanas veleidades perturben su razón.

10. Un juez en ejercicio de su función debe tratar a sus semejantes con respeto, diligencia y rectitud.

REFERENCIAS

Bibliográficas

Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

- . *Cuestiones judiciales*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, Fontamara, 2004.
- . “Virtudes judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho”, en Carbonell, Miguel *et al.* (compiladores), *Jueces y Derecho, problemas contemporáneos*, México, Porrúa, UNAM, 2004.
- Aristóteles, *Retórica*, trad. y notas de Racionero, Quintín, Madrid, Gredos, 1999.
- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Derecho procesal en serio y en broma*, México, Jus, edición de la Escuela Libre de Derecho, 1978.
- Berumen Campos, Arturo, *Apuntes de filosofía del Derecho*, México, Cárdenas, 2001.
- Bernard, Vicent, *et al.*, “La sociedad española en la época del Quijote” en *España en tiempos del Quijote*, México, Taurus, 2005.
- Correas, Oscar, *Teoría del Derecho*, México, Fontamara, 2004.
- Castro, Américo, *El pensamiento de Cervantes*, Madrid, Trotta, 2002.
- Cervantes, Miguel de, *Don Quijote de la Mancha*, Edición del IV Centenario, presentación de Mario Vargas Llosa, México, Real Academia Española, Asociación de Academias de la Lengua Española, 2004.
- Dopico Black, Georgina, *et al.*, “La historia del Ingenioso Hidalgo Miguel de Cervantes”, en *España en tiempos del Quijote*, México, Taurus, 2005.
- Escudero Alday, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Civitas, 2004.
- Feros, Antonio, *et al.*, “Por Dios, por la patria y el rey: El mundo político en tiempos de Cervantes” en *España en tiempos del Quijote*, México, Taurus, 2005.
- Fernández, Eusebio, *et al.*, “El iusnaturalismo”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2000.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2ª. ed., Madrid, Trotta, 2001.
- Fortea Pérez, José Ignacio, “Las ciudades, sus oligarquías y el gobierno del Reino”, en *España en tiempos del Quijote*, México, Taurus, 2005.
- Gascón Abellán, Marina. *Los hechos en el Derecho; bases argumentales de la prueba*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2004.
- Malem Seña, Jorge F., “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?” en Carbonell, Miguel y *et. al.* (compiladores), *Jueces y Derecho, problemas contemporáneos*, México, Porrúa-UNAM, 2004.

- Marroquín Zaleta, Jaime Manuel, *El debate en los tribunales colegiados de circuito. Teoría de la deliberación jurisdiccional*, México, Consejo de la Judicatura Federal, 2003.
- Mendonça, Daniel, “Aplicación del Derecho”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (edit.), *El Derecho y la Justicia*, 2ª ed., Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, t. 11, Madrid, Trotta, 2000.
- Moreso, Juan José, *et al.*, *Introducción a la teoría del Derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2004.
- Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2003.
- Rodríguez, César, *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, 2002.
- Schnitz, Dietrich, *La Cultura, todo lo que hay que saber*, 6ª ed., México, Taurus, 2004.
- Torre Rangel, Jesús Antonio de la, *et al.*, “Razón y Equidad” en *Derecho alternativo y crítica jurídica*, México, Porrúa, 2002.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Dimensión política de un Poder Judicial democrático”, en Carbonell, Miguel y *et. al.* (compiladores), *Jueces y Derecho, problemas contemporáneos*, México, Porrúa-UNAM, 2004.

Revistas

- Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Culpabilidad por la vulnerabilidad”, *Revista Anthropos*, número 204, México, 2004.

Semanarios

- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo VII, abril de 1998, Novena Época, Instancia Pleno, página 17, tesis P.XXVIII/98, aislada, materia constitucional.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XX, Octubre de 2004, página: 264, tesis 1a./J. 80/2004 Novena Época, instancia: Primera Sala, materia constitucional.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, instancia: Pleno, XV, Febrero de 2002, página: 589, Tesis: P./J. 13/2002, materia Constitucional.

- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, agosto de 2003, página: 229, tesis: 1a. XXXIX/2003, materia constitucional.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XII, Diciembre de 2000, página: 16, tesis: P./J. 145/2000 materia constitucional.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, agosto de 2003, tesis P. IX/2003 página 54, Pleno.
- Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, tesis CXXX, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, página 634
- Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, LXI, página 4822, tesis aislada, materia penal, Primera Sala.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XVIII, julio de 2003, página 1119, tesis VI.2º.C.184K aislada, materia común.

Otras fuentes

- Biblia de Jerusalén*, Bilbao-Madrid, GRAFO, 1975.
- Las Siete partidas del Sabio Rey, 1798, Alfonso X "El Sabio" Rey de Castilla y de León*, Edición facsimilar, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004.
- Montiel y Duarte, Isidro Antonio, *Jurisprudencia Fundamental o sea Exposición de las Reglas de Derecho Contenidas en el Título 34, partida 7ª*, Edición facsimilar, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003.
- Código de Ética del Poder Judicial de la Federación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004.
- La Jurisprudencia y su Integración*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004.

Legislación

- Código Federal de Procedimientos Civiles.
- Ley Federal del Trabajo.
- Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.