

Estudios Jurídicos

EL POSITIVISMO COMO MODELO EPISTEMOLÓGICO DEL JUEZ MEXICANO.

POSITIVISM AS MODEL EPISTEMOLOGICAL OF THE MEXICAN JUDGE

Luis Alfonso MÉNDEZ CORCUERA*

RESUMEN. Comúnmente se concibe al juez mexicano con base en tres teorías como son el garantismo de Ferrajoli, el positivismo de H.L. Hart y bajo el análisis económico del derecho, por lo que usualmente se piensa que no existe un único modelo epistemológico; sin embargo a pesar de los tres planteamientos, sí existe un modelo epistemológico que es el positivista, por cuanto las tres corrientes aunque con diferencias pertenecen al positivismo.

Palabras clave: Juez. Positivismo. Garantismo. Análisis Económico del Derecho.

ABSTRACT. The Mexican judge is commonly conceived under the following theories: Ferrajoli's protection of civil liberties, H.L. Hart's positivism and the economic analysis of the law; therefore, it is usually thought that there is no single epistemological model. However, we conclude that there is an epistemological positivist model, since these three approaches fall within the concept of positivism.

Keywords: Judge. Positivism. Protection of Civil Liberties. Economic Analysis of the Law.

Introducción.

La figura del juez ha evolucionado a lo largo de la historia de acuerdo al tipo de Estado al que ha pertenecido, conllevando a que en tiempos actuales su proceder resulte sumamente complejo. Antes del siglo XIX, en los Estados absolutistas, el juez actuaba en nombre del Rey (designación divina), quien los designaba, por lo que era innecesaria la motivación o justificación del juzgador. Posterior a la Revolución Francesa e Inglesa, así como la independencia Norteamericana, surge el llamado Estado de Derecho, en donde nacen los sistemas parlamentarios que limitaron a los jueces a meros aplicadores de la

* Secretario de estudio y cuenta del Tribunal Constitucional del Estado de Yucatán, Maestro en Derecho Empresarial y Doctor en Derecho, mendezcorcuera@yahoo.com.mx

Ley “boca de la Ley”. En el Estado Constitucional de Derecho que tiene su origen en la Constitución Austriaca de 1920 y el primer Tribunal Constitucional, se concluyó que la literalidad de la Ley no podía resolver todos los casos, de manera que el juez, además de interpretar gramaticalmente, debía hacerlo de modo sistemática, para resolver problemas de jerarquía normativa, lagunas y antinomias, bajo los postulados kelsenianos de la pirámide normativa. Finalmente, después de los Juicios de Núremberg de 1945, aparece el Estado Social de Derecho, en donde entró en crisis el sistema de interpretación gramatical y sistemática vigentes, ya que con base en dicho sistema se habrían llevado a cabo los crímenes de guerra en cumplimiento de normas válidas de un país, por lo que se optó por agregar un sistema de interpretación funcional, bajo el cual la ley se interpretaría de acuerdo a sus fines, contexto histórico en que se dio, intención del legislador, por sus consecuencias, entre otros, de modo que la legitimación de los jueces dependería de su argumentación al resolver los juicios.¹ Todos estos sistemas de interpretación de la ley hacen que puedan haber múltiples soluciones para un mismo caso, la cual es elegida por el juzgador en consonancia con la formación que ha tenido.

El presente artículo tiene como objetivo denotar al Positivismo como el modelo epistemológico del Juez Mexicano. Para abordar dicho tema, se analizan algunas teorías que proponen prototipos de lo que es ser juez,² para ello en el primer apartado se examina la propuesta positivista de H.L. Hart. Posteriormente, en la segunda parte se explica la visión garantista de Ferrajoli. Como tercer punto se estudia el planteamiento del análisis económico del derecho. Finalmente, se muestra al Positivismo como modelo epistemológico del Juez Mexicano.

1. El Juez Positivista de H.L. Hart.

De entrada, debe mencionarse que el positivismo jurídico ha sido abordado por diferentes autores, por lo que para fines de este trabajo, se analiza lo que es ser Juez Positivista, bajo la formulación de H.L. Hart, la cual es una de las concepciones más influyentes de la actualidad.³

¹ Nieto Santiago, Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral, México, UNAM, 2003, pp.6 - 12.

² Resulta oportuno mencionar que solamente se analizarán tres modelos de juez, aunque existen otros como podría ser el Juez Hércules de Dworkin.

³ Gutiérrez Chávez, Jorge E., “Norberto Bobbio y el Positivismo Jurídico”, en *Crítica Jurídica, revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Puebla, México, Centro de Investigaciones y Docencia en Ciencias Políticas UAP, año V, núm. 8, 1988, p. 59.

La teoría del derecho de Hart, se basa en entender al sistema jurídico como un complejo de reglas, que conlleva a sostener que cuando una persona tiene una obligación jurídica, es que existe una regla que prevé la obligación y que la persona se encuentra dentro del campo de aplicación de la regla.⁴

Para ello, distingue entre dos tipos de reglas: primarias y secundarias. Señala que las del primer tipo imponen deberes positivos (acciones) o negativos (omisiones) a los individuos; en cambio las del segundo tipo confieren potestades a los particulares o a las autoridades para crear, modificar, extinguir o determinar los efectos de las reglas de tipo primario. Refiere que las del primer tipo son acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo paradigma prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones, por lo que llama a estas últimas reglas del cambio, pues otorgan facultades a los particulares y a los legisladores para crear normas primarias.⁵

A su vez menciona que las normas sobre el ejercicio de la función judicial constituyen un segundo modelo de reglas secundarias, denominadas de adjudicación, las cuales facultan a determinados individuos para juzgar, con carácter de autoridad, sobre si una regla primaria ha sido o no transgredida, asimismo establecen el procedimiento a seguir en la tarea de juzgar los casos de transgresión de las reglas, además de que definen conceptos jurídicos como el de juez y tribunal, jurisdicción y sentencia. Un tercer tipo de las secundarias es la regla del reconocimiento que es la que otorga los criterios de validez de la Constitución y las normas subordinadas a ésta, pues es la que precisa “lo que la Constitución dice es derecho”, además de que identifica a las normas que son reconocidas como pertenecientes a dicho sistema.⁶

Ahora bien, este sistema de reglas implica que cuando el juzgador realiza su función pueden darse dos situaciones: que se encuentre ante un caso fácil o uno difícil.

El primero es que cuando el caso de que se trate se ajusta dentro del núcleo de significado dispuesto en la regla a aplicar, y el segundo es, cuando resulta dudoso si el concepto previsto en la regla comprende o no el caso que se presenta. En los casos fáciles, Hart señala que se trata de aquellos casos familiares respecto de los cuales existe un acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos contenidos en la regla en que se

⁴ Rodríguez, César, *La Decisión Judicial. El Debate de Hart Dworkin*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1997, p. 25.

⁵ *Ibidem*, pp. 25 y 26

⁶ Rodríguez, César, *op. cit.* Nota 5, pp. 26 y 27.

subsumen, por lo que en ellos no hay discrecionalidad judicial, y por ende el Juez debe limitarse a aplicar la regla.⁷

Por el contrario, en los casos difíciles, Hart plantea el tema de la discrecionalidad judicial. En estos asuntos, al no existir una regla apropiada, o la que se tiene es vaga, o no es claro cuál se va aplicar, el juez se convierte en legislador para el caso concreto. Esto se debe a que las normas legales son esencialmente incompletas, y que, cuando éstas no dan soluciones, los jueces han de legislar y ejercitar así una opción creativa entre varios fallos posibles. Así, cuando se encuentra ante un caso difícil, el ámbito discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio; de modo que si bien la conclusión podría considerarse arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección, la cual debe ser compatible con las reglas del sistema.⁸

A decir de Hart no lo debe hacer arbitrariamente, sino que debe tener razones generales que justifiquen su decisión y debe actuar como un legislador escrupuloso lo haría al decidir según sus propias creencias y valores. Si satisface estas condiciones, está autorizado a seguir parámetros o razones de decisión que no están dictados por el Derecho, aunque siempre buscando su compatibilidad con las reglas del sistema, situación que puede llevar a más de una solución.⁹

Este reconocimiento de lo incompleto o indeterminado del ordenamiento, y la consiguiente aprobación de la discrecionalidad judicial, supuso el abandono expreso de las dos tesis del Positivismo Jurídico Clásico relativas a: la plenitud del ordenamiento y la concepción mecánico-subsuntiva de la función jurisdiccional. Aunque la discrecionalidad judicial propuesta por Hart, resulta ser en cierta forma “débil”, pues si bien el Juez crea Derecho al resolver un “caso difícil”, pero su discrecionalidad no es irrestricta, sino acotada por límites jurídicos, límites más estrictos que los que operan sobre el poder legislativo a la hora de crear Derecho nuevo.¹⁰

2. El Juez Garantista de Ferrajoli.

La teoría de Ferrajoli se basa en el concepto de “garantía”, entendida como cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo, la cual es puesta en práctica por los

⁷ Pérez Jaraba, María Dolores, “Principios y Reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart”. en *Revista de Estudios Jurídicos*, Jaén, España, Universidad de Jaén, Segunda Época, nº 10, 2010, p.11.

⁸ *Ibidem*, p.12.

⁹ Pérez Jaraba, María Dolores, *op. cit.* Nota 8, p.22.

¹⁰ Contreras, Francisco J. “El debate sobre la superación del positivismo jurídico”, en *Crónica Jurídica Hispalense*, Sevilla, Universidad de Sevilla, nº5, 2007, p. 481, consultado el 19 de diciembre de 2013, en personal.us.es/contrera/positivismo.doc

órganos judiciales, guardianes en última instancia de los derechos fundamentales y de todo el marco diseñado por la Constitución.

Para él es indebida la antigua tesis de que la fuente de legitimidad de los poderes públicos reside en el consenso popular, dado que esto sirve para apoyar las más desastrosas regresiones totalitarias. Si bien el consenso es la principal fuente de legitimidad democrática de las funciones políticas de gobierno; sin embargo no es la fuente de todas las decisiones legislativas y gubernativas, pues ningún consenso mayoritario, ni siquiera por unanimidad, puede legitimar en la democracia constitucional, decisiones contrarias a la Constitución.¹¹

Esto último, es lo que él llama “esfera de lo indecible”, que comprende la lesión o restricción de los derechos de libertad, sobre los que ninguna mayoría puede legítimamente decidir, y de lo “indecible que no”, esto es la satisfacción de los derechos sociales sobre los que ninguna mayoría puede dejar de decidir. Solamente lo que queda fuera de este rubro es la “esfera de lo decidable”, o sea de las decisiones legítimas, a través de la representación política, del consenso popular.¹²

Señala que lo anterior se debe a que el fundamento axiológico de tales derechos no se cimienta en el consenso mayoritario, que es una condición de su efectividad pero no de su legitimidad. Su legitimidad, a diferencia de la legislación ordinaria, es por tanto prepolítica. Reside en el hecho no ya de ser queridos por todos, sino de garantizar a todos: reside, en una palabra, en la igualdad, como cláusula del pacto social de convivencia.¹³

Ferrajoli considera que para actuar y defender la esfera de lo indecible se instituyen las funciones de garantía, en las que se incluye la función judicial, que es una función de garantía secundaria, así como la función administrativa de garantía primaria de los derechos de libertad y de los derechos sociales igualmente vinculada a la ley.¹⁴

Nos menciona que esto se debe a que las funciones de gobierno entre las que se incluyen las legislativas, gubernativas y las auxiliares de tipo administrativo, diseñan el espacio de la política, cuyos parámetros de valoración son la eficiencia y la utilidad de los resultados obtenidos desde el punto de vista de los intereses generales y cuyas fuentes de legitimidad son por ello la representación política y el consenso. Por el contrario, las funciones de garantía corresponden al espacio de la jurisdicción y de la administración

¹¹ Ferrajoli, Luigi, “Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción”, en *Reforma judicial, Revista Mexicana de Justicia*, México, UNAM, enero- diciembre de 2010, número 15-16, p. 3

¹² Ferrajoli, Luigi, *op. cit.* Nota 12, p. 4.

¹³ *Ídem.*

¹⁴ *Ibidem*, p. 5.

sometida a la ley, cuyos criterios de valoración y cuyas fuentes de legitimidad son la corrección y el fundamento de las decisiones como presupuestos legales de su ejercicio.¹⁵

De ahí que él razonara que las funciones de garantía, y en particular de las funciones jurisdiccionales, en oposición a las de la representación y el consenso sobre las que se basa la legitimidad democrática de las funciones políticas de gobierno, tenga fundamentos específicos y distintos, los cuales son justificados por: a) la naturaleza tendencialmente cognitiva de los presupuestos de la jurisdicción; b) la garantía de los derechos de los ciudadanos, primeros entre todos los derechos fundamentales, y por tanto el papel de contra-poder desarrollado por el Poder Judicial respecto a los poderes políticos de la mayoría.¹⁶

En cuanto a la garantía de los derechos de los ciudadanos, nos comenta que su existencia se debe a que para el individuo el hecho de que el poder sea ejercido por una mayoría no representa, de por sí, ninguna garantía, lo que hace necesario la intervención del Poder Judicial.

De ahí que refiera, que el fundamento de la independencia de las funciones y de las instituciones de garantía que se identifica, en gran parte, con su papel de tutela de los derechos fundamentales. Justamente porque tales derechos son universales, virtualmente contra las mayorías y los poderes de mayoría, también las funciones y las instituciones encargadas de su defensa deben ser, virtualmente, contra-mayoritarias. No se puede condenar o absolver a un ciudadano, prestarle o no prestarle asistencia sanitaria, o proveer o dejar de proveer para su subsistencia porque responda o no responda a los intereses o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por más aplastante que sea, puede legitimar la condena de un inocente, o la absolución de un culpable, o la privación o afectación de un derecho de libertad, o la falta de satisfacción de un derecho social. Si se quiere que estén en posibilidad de garantizar los derechos de los individuos, las funciones de garantía, comenzando por la judicial, no pueden ser expresión, ni mucho menos depender del poder de la mayoría, sino que deben estar sujetas únicamente a la ley.¹⁷

Bajo esta perspectiva, considera que la división de poderes y la garantía de los derechos fundamentales, están conectados entre ellos bajo un doble aspecto. Las garantías al ser límites y vínculos de los poderes políticos y de las funciones de gobierno, entonces las funciones y las instituciones de garantía a las que están confiadas deben estar separadas y ser independientes de las funciones políticas y de gobierno, pues

¹⁵ *Ídem*.

¹⁶ Ferrajoli, Luigi, *loc. cit.* Nota 12, p. 5.

¹⁷ *Ibidem*, p. 9.

precisamente las garantías tienen la tarea de limitarlas y vincularlas. A su vez si los derechos fundamentales son derechos de todos y de cada uno, contra los poderes de la mayoría, entonces su garantía no puede no dejarse en manos de contra-poderes, que estén separados y sean independientes de los poderes de mayoría. Por otro lado, a diferencia de las actividades legislativas y administrativas de gobierno, la función jurisdiccional no interviene nunca en casos generales en función de intereses generales, sino solamente sobre casos particulares e individuales prefigurados por la ley. El interés general se satisface preventivamente por la función legislativa, a la que se confía la definición en abstracto de los presupuestos de las decisiones judiciales, o bien por la función administrativa de gobierno, igualmente encargada de proteger los intereses de todos, que se caracterizan en consecuencia todas sus actividades, directa o indirectamente informadas por la voluntad de la mayoría y por la valoración que haga de los intereses generales. Por el contrario, las funciones judiciales no persiguen un interés pre-judicial, sino solamente la verificación de la verdad, o la imparcial mediación en un conflicto o la verificación de determinados requisitos o presupuestos normativos. También por razones funcionales, por tanto, mientras las funciones de gobierno son discrecionales o están sometidas a directivas superiores, las de garantía, comenzando por la jurisdicción, carecen de guías o condicionamientos políticos ya que están vinculadas solamente a la ley, porque su ejercicio tiene por objeto el control sobre las ilegalidades cometidas por sujetos de poder: sobre las leyes y sobre las demás decisiones inválidas producidas por el Poder Legislativo y por el Poder Ejecutivo; sobre los actos ilícitos cometidos por los titulares de cualquier poder, tanto público como privado. De ahí que ese papel correría el riesgo de ser obstaculizado si existiera una relación de dependencia directa o indirecta de los jueces respecto a quien está investido de funciones de gobierno. Por esto el Poder Judicial se configura como un contra poder, encargado del control del ejercicio ilegal de los demás poderes, que interviene no sobre los espacios legítimos de sus esferas, sino solamente sobre los ilegítimos que se manifiestan en actos ilegales, ya sea porque son inválidos o ilícitos.¹⁸

Por otro lado, Ferrajoli consideraba que la verdad alcanzable en un procedimiento jurisdiccional, la sujeción solamente a la ley, el papel de las garantías fundamentales, son relativos e imperfectos, pues se tratan de convenciones normativas y principios. De ahí que estén justificadas las dudas y las críticas respecto de su grado de efectividad, lo cual

¹⁸ Ferrajoli, Luigi, *loc. cit.* Nota 12, pp. 10 y 11.

es válido para un poder cuya fuente de legitimidad es convencional y normativa, de lo que se derivan dos consecuencias:¹⁹

- a) La relación entre la jurisdicción y la legislación, por tanto entre jueces y política. Cuanto más alto es el grado de efectividad de las garantías sustanciales y procesales, más rígida es la separación entre la jurisdicción y la política. Por el contrario, cuanto mayor es la indeterminación, la imprecisión, excesivo o confuso de la ley, tanto mayor es la discrecionalidad de los jueces, y menor será su sujeción a la ley y mayor la invasión del Poder Judicial en las funciones de los demás poderes.
- b) El grado de legitimidad de la jurisdicción y de su independencia depende del grado de efectividad en el ejercicio de las garantías, lo que significa un adecuado funcionamiento vale para acreditar su independencia ante los ojos de los ciudadanos.

Conviene señalar que el papel de los jueces, defendido por Ferrajoli, ha sido criticado con frecuencia por quienes ven en ello no un soporte que asegura el mantenimiento y la fortaleza del régimen democrático y constitucional, sino una de sus más claras amenazas, pues son muy conocidas las reclamaciones contra la “judicialización” de la vida pública y contra el excesivo protagonismo de los jueces, cuyas decisiones, a veces, inciden de manera perturbadora en las distintas realidades estatales. Aunado a que se considera que la concepción de Ferrajoli podría representar un indiscriminado aval legitimador de cualquier tipo de intervenciones de esa procedencia.²⁰

3. El Juez con base en la concepción del “análisis económico del derecho”.

La convergencia entre el derecho y la economía ha llevado a la existencia de la teoría del “análisis económico del derecho”, que busca predecir las conductas de seres humanos, partiendo de la idea de que las personas actúan con base en incentivos, y que en consecuencia buscan los que les favorecen y evitan lo que les perjudica. En otras palabras tratan de maximizar beneficios y minimizar costos. Por lo anterior es posible

¹⁹ Ferrajoli, Luigi, *loc. cit.* Nota 12, pp. 12 y 13.

²⁰ Carbonell, Miguel, “Presentación”, en Luigi Ferrajoli, *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*, trad. Miguel Carbonell, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, pp.14-16, consultado el 13 de diciembre de 2013, en http://www.inacipe.gob.mx/stories/publicaciones/mas_colecciones/conferencias_magistrales/Ferrajoli.pdf

encontrar fórmulas que permiten predecir (al menos presumir) cómo los individuos actuarán ante tales incentivos.²¹

Lo que nos interesa de esta Teoría es su concepción de la figura del juzgador, dado que considera que es el aplicador e intérprete por excelencia del derecho, pues convierte la ley en realidad. Por lo tanto, la responsabilidad de los juzgadores en el funcionamiento del sistema económico y social es determinante, pues son tan responsables de la economía de un país como el Secretario de Economía. Esto se debe a que Reglas claras y adecuadas facilitan la convivencia e incentivan conductas deseables para la sociedad en su conjunto, generan confianza, y a su vez, esta confianza genera riqueza. Por ello los jueces al darle vida a estas reglas se convierten en una suerte de creadores de bienestar y por ello en sus decisiones no sólo deben examinar la justicia del caso concreto, sino el bienestar (o malestar) social que forjan.²²

En consecuencia deben emplear la Ley respetando su espíritu y entender que la justicia del caso concreto no se agota en las partes involucradas en un expediente sino que se extiende a la sociedad como un todo. Es la aplicación lo que convierte a la ley, de ser un conjunto de palabras, a ser una realidad viviente.

Lo anterior no implica que se deje de ser justo en un caso particular. Posiblemente, si luego de ver más allá del expediente se llega a la conclusión que debe primar la justicia del caso particular, es posible hacerlo. Pero tiene que visualizar cuanto puede costar ser justos o, cuanta injusticia puede ocultarse detrás de un aparente acto de justicia.

Ello implica una concepción sistémica de la justicia, no una visión de caso por caso. La justicia no es solamente un problema de la relación entre dos partes, sino que es la consecuencia de una visión de la sociedad como un sistema donde una injusticia afecta a muchos (y no únicamente a quienes han sufrido la injusticia de manera particular) y por tanto un acto de justicia también afecta a muchos, incluso de manera injusta o inadecuada. Una visión sistémica (de sistema) nos ayuda a ser más consciente de todos los efectos de justicia (o injusticia) de las decisiones judiciales.²³

Un caso hipotético que se utiliza en esta teoría, es el “Williams v. Walter-Thomas Furniture Co.”, el cual tiene su origen en una empresa que se dedicaba a vender muebles y electrodomésticos a población de bajos ingresos, para ello ofrecía precios muy bajos, plazos largos para pagar y tasas de interés razonables. No exigía garantías, pues era

²¹ Bullard González, Alfredo, *Derecho y Economía. Análisis Económico de las Instituciones Legales*, 2 ed., Lima, Palestra Editores, 2006, p. 41.

²² *Ibidem*, p.52.

²³ Bullard González, Alfredo, *op. cit.* Nota 22, p. 65.

evidente que la gente pobre no tenía muchos bienes que ofrecer para el pago. Los contratos tenían sin embargo una cláusula especial consistente en un pacto de reserva de dominio, de manera tal que si el consumidor no terminaba de pagar el crédito, la tienda podía recuperar el bien de forma casi inmediata. Pero además especificaba que si el consumidor compraba un nuevo bien antes de finiquitar el anterior, se le recalculaba el crédito y quedaba incluido dentro de la reserva de propiedad los bienes adquiridos anteriormente y que aún no había terminado de pagar.

En este asunto una señora había comprado en este local comercial, a lo largo de los años, muebles y electrodomésticos para toda su casa. Como siempre había renovado el crédito, todo su menaje de casa estaba sujeto al pacto de reserva de propiedad. Posteriormente, la señora enviudó y no pudo terminar de pagar el crédito. La empresa retiró todos los muebles en ejecución del pacto de reserva de propiedad. La viuda demandó la invalidez de la cláusula por considerar que era leonina, pues se le estaban quitando bienes que ya había terminado de pagar. Las Cortes le dieron la razón y la empresa tuvo que devolver todos los bienes.²⁴

Este resultado, en apariencia justo, tuvo sin embargo resultados inesperados en el mercado. Varios años después un conjunto de economistas estudiaron el efecto de la decisión, la cual conllevó a la desaparición de la tienda, al igual que otras tiendas similares que ofrecían condiciones idénticas, dando como resultado que los pobres tuvieran menos opciones a acceder a productos baratos con créditos blandos.

La extinción de las empresas dedicadas a ese negocio se debió a que vendían a consumidores de alto riesgo de incumplimiento, lo que se traduce en mayores costos, por lo que las opciones que la compañía tiene no son muchas, si sube los precios para cubrir este costo adicional, los pobres no podrán acceder a pagarlos; si eleva el interés pasará algo parecido; si pide garantías los pobres no tendrán cómo ofrecerlas. De esta manera, la cláusula extensiva de reserva de propiedad generaba sobre sus deudores una presión muy fuerte para cumplir que reducía la cantidad de incumplimientos y al hacerlo reducía los costos para la empresa, lo que le permitía mantener precios bajos y créditos blandos. Si a ello le sumamos que los bienes usados tienen precios muy bajos, el solamente rematar el bien objeto de cada crédito era insuficiente para recuperar la deuda.²⁵

Por lo anterior, al declararse ilegal la cláusula se incentivó a las empresas dedicadas a este negocio a dedicarse a atender segmentos más acaudalados de la población o

²⁴ *Ibidem*, p. 59.

²⁵ Bullard González, Alfredo, *op. cit.* Nota 22, p. 60.

simplemente a salir del negocio. El resultado final era que los pobres, incluyendo viudas con hijos, estaban peor que antes, a pesar de que un sólo pobre, la viuda con hijos que obtuvo la decisión judicial favorable sí estaba mejor.

De este ejemplo, se aprecia que la equidad del caso concreto no se agota en el expediente. Implica ver los efectos que el caso tiene, en otros distintos a las partes y evaluar qué pasaría si el caso se repitiera. Al hacerlo se evita que en la búsqueda de la justicia se cometan nuevas y quizás más profundas injusticias.

Por todas estas razones, esta teoría propone que el Juez al resolver tome en consideración lo siguiente:

a. Analice el proyecto de fallo no solamente como la solución a un caso concreto, sino como un mensaje a la sociedad. Tiene que extraer el principio en que se basa el caso y que se desprende de una simple lectura de la resolución. Luego pensar que se tratará de una ley que se va a publicar. ¿Se ajusta el principio a los objetivos que se persiguen con él? ¿Cuál será la consecuencia de este principio en la conducta de personas distintas a las partes?

b. Cuando se va a aplicar un principio tuitivo (por ejemplo proteger al deudor, al trabajador, a la viuda, al menor, etc.) debe analizarse cuál es el efecto de la aplicación de dicho principio en la situación futura de otras personas que pertenecen a la misma categoría que se piensa proteger. Por ejemplo, formularse preguntas como: ¿Los acreedores estarán dispuestos a seguir prestando dinero con esa nueva condición? ¿No subirán los precios o las tasas de interés para compensar los efectos del mensaje contenido en el fallo judicial? El trabajador que no tiene empleo: ¿No enfrentaría dificultades para encontrar trabajo con las nuevas reglas que fija el fallo? ¿No será discriminado o verá reducido su salario como consecuencia de los costos que tienen que enfrentar? ¿No tendrán las viudas problemas para encontrar viviendas en alquiler, por el hecho de que un juez las ha protegido contra el desalojo?

c. Si lo que se persigue con el fallo es desincentivar una conducta no deseada, debe preguntarse: ¿Es el sentido del fallo un mecanismo idóneo para lograr tal fin? ¿No se presenta el riesgo que se desincentiven otras actividades que podrían ser totalmente deseables? ¿No generará la decisión del juez, médicos o medicinas más caras o menos transporte público, etc.?

d. Evaluar cuanto contribuye el fallo a generar confianza para operaciones o situaciones futuras. ¿Los inversionistas creerán que el fallo les da confianza porque protege la propiedad privada? ¿Hace el fallo más fácil contratar porque genera confianza

en que la palabra empeñada se cumplirá? ¿Garantiza que los daños causados en una actividad serán indemnizados, favoreciendo así la confianza de la población?²⁶

4. Positivismo como modelo epistemológico del Juez Mexicano.

Como se demostró en los apartados anteriores, cada teoría propone determinados prototipos de la figura del juzgador así como valores que deben salvaguardar, pues bajo la teoría positivista de Hart, el Juez en los casos fáciles se limita a aplicar las reglas, y únicamente en los casos difíciles cuando el supuesto no está reglamentado por la ley, debe ejercer su discrecionalidad y legislar para el caso en lugar de limitarse a aplicar el Derecho establecido preexistente. Por consiguiente, en aquellos casos no previstos ni reglamentados por la ley, el juez crea nuevas leyes.

Por otro lado, el garantismo opina que la legitimidad del juez recae en su doble papel de jurisdicción: la verificación de la verdad, que requiere el carácter en la búsqueda de lo verdadero a través de las pruebas y la tutela de las libertades. En virtud esta última, debe proteger a las minorías del consenso mayoritario, por cuanto estos derechos son inherentes a todos y por lo tanto son indisponibles y deben de prevalecer ante todo.

En cambio bajo el análisis económico del derecho las sentencias del juzgador tienen repercusiones económicas y sociales, por lo que debe aplicar la ley respetando su espíritu, entendiendo que la justicia del caso concreto no se agota en las partes involucradas en un expediente sino que se extiende a la sociedad como un todo, por lo que si luego de ver más allá del asunto llega a la conclusión que debe primar la justicia del caso particular, es posible hacerlo. Pero tiene que visualizar cuánto puede costar ser justos o, cuanta injusticia puede ocultarse detrás de un aparente acto de justicia.

Bajo cada uno de estas teorías, un juzgador actuaría de diferente manera ante un caso, pues el positivista (Hart) privilegiaría la aplicación de la regla, y únicamente en el supuesto de que no existiera una, la crearía; el garantista protegería ante todo el derecho humano (DDHH), aunque implique inaplicar una norma o ir en contra del beneficio de las mayorías; por el contrario el del análisis económico del derecho vería antes que nada las repercusiones económicas y sociales, aunque ello pudiera traducirse en la vulneración de un DDHH de alguna de las partes en el juicio.

Ello conlleva a que un mismo caso, pudiera tener diferentes soluciones de acuerdo a la teoría bajo la cual actuare el juzgador; por ejemplo, en el supuesto de una violación a un DDHH del inculpado dentro de un procedimiento penal, el positivista analizaría si la

²⁶ Bullard González, Alfredo, *op. cit.* Nota 22, p. 66.

situación está contemplada en la norma y que consecuencia ésta prevé ante su violación, y únicamente ante la falta de regla, crearía una solución; en cambio un garantista restituiría ante todo el DDHH violado, aunque implicará la liberación de un posible criminal o la inaplicación de una regla; por el contrario el del análisis económico del derecho analizaría el mensaje que estaría dando a la sociedad con su resolución, pues en caso de que se esté ante un delincuente famoso o un crimen muy sonado, haría todo lo posible para evitar su liberación, a fin de no dejar un mensaje de impunidad, aun a costa de los DDHH del inculpado.

Ahora bien, analizadas estas corrientes, la pregunta sería, ¿qué tipo de jueces son los mexicanos? Para responder lo anterior debemos recordar que en la vida real no se actualizan al cien por ciento las teorías de las ciencias sociales, por lo que un juez puede presentar signos de varias escuelas, incluso proceder ante un caso con base en una teoría, y en otro bajo una diferente, como sucede por ejemplo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Si observamos, la sentencia de fecha 22 de marzo de 2012, dictada en la acción de inconstitucionalidad 8/2010, en donde entre otros temas, se estudió la posibilidad de que los Estados de la República pudieran contemplar la revocación de mandato, basada en un estudio positivista la SCJN consideró que cómo la Constitución Federal no prevé esa figura, las Constituciones Locales no pueden preverla, aún y cuando su establecimiento implica una ampliación de los derechos políticos de los ciudadanos.²⁷ Sin embargo, en la sentencia de fecha 29 de mayo de 2014, relativa a la Controversia Constitucional 32/2012, lo hizo bajo una concepción garantista, al cambiar su viejo criterio de que los municipios carecen de interés legítimo para alegar una violación al artículo 2° de la Constitución Federal (materia indígena), estableciéndose en este nuevo caso los parámetros para la legitimación activa a los Municipios-Indígenas, además de lo anterior reconoció la garantía señalada en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), para resolver que si bien la Constitución Federal no contempla la necesidad de que los órganos legislativos locales, dentro de sus procesos legislativos, abran periodos de consulta; sin embargo, la citada norma internacional sí establece en favor de los pueblos indígenas tal prerrogativa; por ello, en respeto a su contenido y a lo dispuesto en el artículo 1° de la Carta Magna, determinó que la legislatura local, tiene el deber de prever una fase adicional en el proceso de creación de las leyes para consultar a los representantes de ese sector de la población, cuando se

²⁷ Vid. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, "sentencia dictada el 22 de marzo de 2012, en la acción de inconstitucionalidad 8/2010", en *Diario Oficial del Gobierno del Estado de Yucatán*, número 32203, 28 de septiembre de 2012, suplemento.

trate de medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente.²⁸ En cambio, cuando la Corte estudia casos de índole tributaria, por lo general resuelve bajo una concepción de análisis económico del derecho, como podría ser la acción de inconstitucionalidad 40/2013 y acumulada, sesionada 14, 18, 19, 21, 25 y 26 de agosto de 2014, en donde validó la eliminación de la tasa del 11% del Impuesto al Valor Agregado en zonas fronterizas; la eliminación del régimen de pequeños contribuyentes (REPECO); y el aumento de la tasa del ISR (Impuesto sobre la Renta) para personas físicas y el tope de deducciones, pues privilegió la constitucionalidad del impuesto protegiendo los posibles efectos económicos que pudiere tener para las arcas públicas su inconstitucionalidad, aún a costa de los DDHH de los contribuyentes.²⁹

No obstante la existencia de los modelos antes descritos así como de otros que por cuestión de lo breve del trabajo no se abunda sobre los mismos, los utilizados en México pertenecen al positivismo ya que se privilegia las normas jurídicas existentes. Se dice lo anterior, pues aunque se pudiera pensar que el garantismo no es un modelo positivista; sin embargo, como se indicó con anterioridad, las garantías que aborda Ferrajoli son técnicas normativas de tutela de un derecho subjetivo, la cual es puesta en práctica por los órganos judiciales, guardianes en última instancia de los derechos fundamentales y de todo el marco diseñado por la Constitución; es decir, la garantía debe estar prevista en el derecho positivo. De igual forma, el análisis económico del derecho, es un modelo positivista pues se basa en normas positivas, aunque se busque que el Juez respete su espíritu y entienda que la justicia del caso concreto no se agota en las partes involucradas en un expediente sino que se extiende a la sociedad como un todo.

Ahora bien, pudiera pensarse que se cambió el modelo positivista con el nuevo contexto constitucional derivado de las cuatro sentencias condenatorias al estado mexicano (Caso Rosendo Radilla Pacheco; Caso Fernández Ortega y otros; Caso Rosendo Cantú y otra y caso Cabrera García y Montiel Flores), donde se establece el deber de ejercer el control de convencionalidad *ex officio* por todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles; la reforma constitucional del 10 de junio del año 2011, en materia de DDHH; y la resolución de fecha 14 de julio del año 2011, en la consulta a trámite del expediente varios 912/2010 "Caso Rosendo Radilla Pacheco", donde se reconoció el control de convencionalidad como una modalidad del

²⁸ Vid. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *sentencia dictada el 29 de mayo de 2014*, en la Controversia Constitucional 32/2012, consultado el 12 de noviembre de 2014, en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=138752>

²⁹ Vid. Sesiones taquigráficas del 14, 18, 19, 21, 25 y 26 de agosto del 2014, consultado el 12 de noviembre de 2014, en https://www.scjn.gob.mx/pleno/paginas/ver_taquigraficas.aspx

control de constitucionalidad que deben ejercer todos los juzgadores; sin embargo no es así, ya que los DDHH que se examinan son de fuente Constitucional e Internacional (tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte); es decir, se amplió el parámetro de constitucionalidad a otras normas positivas como lo son los tratados internacionales, pero no implicó que realmente se cambie el modelo positivista del juez mexicano.

Asimismo, si bien se reconoce que todas las autoridades jurisdiccionales realicen un control de regularidad constitucional, ya sea concentrado o difuso dependiendo de las atribuciones de cada órgano y de la vía en la que se tramite el asunto, para lo cual pueden emplear parámetros de constitucionalidad o de convencionalidad,³⁰ también lo es que para su ejercicio se utilizan normas positivas, como lo son la Constitución y los Tratados Internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte, inclusive se estableció como regla cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los DDHH, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional,³¹ de ahí que este control que ejercen los jueces sea positivista.

De igual forma, si bien se incorpora el principio *pro homine* o pro persona el cual es aplicable en dos vertientes, a saber, el de preferencia de normas y de preferencia interpretativa, ello implica que el juzgador deberá privilegiar la norma o la interpretación que favorezca en mayor medida la protección de las personas;³² no obstante este principio también resulta positivista pues se tiene que elegir o interpretar normas positivas.

Ni que decir de la interpretación conforme que se basa en un principio de armonización, ya que busca ajustar la norma aplicable a la norma constitucional e internacional,³³ pues se trata de un dispositivo práctico de rescate de esas normas, que podrán permanecer como válidas, en tanto y en cuanto se seleccione sus interpretaciones posibles “conformes” con la Constitución y el marco internacional en materia de DDHH, y se descarten las interpretaciones conflictivas,³⁴ esto significa, que se constituye en un instrumento del derecho positivo que busca mantener la coherencia del sistema vigente.

³⁰ Cfr. Tesis número P. LXX/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo I, diciembre 2011, Decima Época, p. 557.

³¹ Vid. Tesis número P./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo I, abril 2014, Decima Época, p. 202.

³² Tesis número VI.3o.A. J/2 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 2, Decima Época, p. 1241.

³³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano”, en Carbonell Miguel y Salazar Pedro (Coord.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, México, Universidad Autónoma de México, 2011, p. 366.

³⁴ Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 8, N° 1, 2010, p. 130

De ahí que se sostenga que aún ante el nuevo contexto constitucional, el modelo epistemológico del juzgador mexicano sea el positivista, pues se basa en normas positivas.

Conclusiones

Como conclusiones del presente ensayo, podemos señalar:

1. Con base en la teoría positivista de Hart, el Juez en los casos fáciles se limita a aplicar las reglas, y únicamente en los casos difíciles cuando el supuesto no está reglamentado por la ley, debe ejercer su discrecionalidad y legislar para el caso en lugar de limitarse a aplicar el Derecho establecido preexistente. Por consiguiente, en aquellos casos no previstos ni reglamentados por la ley, el juez crea nuevas leyes.

2.- En el garantismo de Ferrajoli, la legitimidad del juez recae en su doble papel de jurisdicción: la verificación de la verdad, que requiere el carácter en la búsqueda de lo verdadero a través de las pruebas y la tutela de las libertades. En virtud esta última, debe proteger a las minorías del consenso mayoritario, por cuanto estos derechos son inherentes a todos y por lo tanto son indisponibles y deben de prevalecer ante todo. No obstante, este modelo es positivista pues la garantía debe estar prevista en el derecho positivo.

3.- Bajo el análisis económico del derecho las sentencias del juzgador tienen repercusiones económicas y sociales, por lo que debe aplicar la ley respetando su espíritu, entendiendo que la justicia del caso concreto no se agota en las partes involucradas en un expediente sino que se extiende a la sociedad como un todo, por lo que si luego de ver más allá del asunto llega a la conclusión que debe primar la justicia del caso particular, es posible hacerlo. Pero tiene que visualizar cuánto puede costar ser justos o, cuanta injusticia puede ocultarse detrás de un aparente acto de justicia. Igualmente, es un modelo positivista, pues se basa en normas positivas, aunque se busque que el Juez persiga ciertos fines.

4.- No obstante la existencia de los modelos antes descritos así como de otros, los utilizados en México pertenecen al positivismo ya que se privilegia las normas jurídicas existentes.

5.- El nuevo contexto constitucional no implicó que realmente se cambie el modelo positivista del juez mexicano, ya que los cambios giran en el positivismo:

a) La ampliación del parámetro de constitucionalidad fue en relación a normas positivas como lo son los tratados internacionales;

b) el ejercicio del control de regularidad constitucional, ya sea concentrado o difuso, se sustenta en la utilización de normas positivas, como lo son la Constitución y los Tratados Internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte, inclusive se estableció como regla cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los DDHH, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional;

c) el principio *pro homine* o pro persona resulta positivista pues se tiene que elegir o interpretar normas positivas;

d) la interpretación conforme es un instrumento del derecho positivo que busca mantener la coherencia del sistema vigente.

Fuentes De Información

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, *Derecho y Economía. Análisis Económico de las Instituciones Legales*, 2 ed., Lima, Palestra Editores, 2006.

CONTRERAS, Francisco J. "El debate sobre la superación del positivismo jurídico", en *Crónica Jurídica Hispalense*, Sevilla, Universidad de Sevilla, nº5, 2007.

GUTIÉRREZ CHÁVEZ, Jorge E., "Norberto Bobbio y el Positivismo Jurídico", en *Crítica Jurídica, revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Puebla, México, Centro de Investigaciones y Docencia en Ciencias Políticas UAP, año V, núm. 8, 1988.

NIETO, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral*, México, UNAM, 2003.

FERRAJOLI, Luigi, "Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción", en *Reforma judicial, Revista Mexicana de Justicia*, México, UNAM, enero- diciembre de 2010, número 15-16.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano", en Carbonell Miguel y Salazar Pedro (Coord.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, México, Universidad Autónoma de México, 2011.

RODRÍGUEZ, César, *La Decisión Judicial. El Debate de Hart Dworkin*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1997.

PÉREZ JARABA, María Dolores, "Principios y Reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart". en *Revista de Estudios Jurídicos*, Jaén, España, Universidad de Jaén, Segunda Época, nº 10, 2010

PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “sentencia dictada el 22 de marzo de 2012, en la acción de inconstitucionalidad 8/2010”, en *Diario Oficial del Gobierno del Estado de Yucatán*, número 32203, 28 de septiembre de 2012, suplemento.

PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, sentencia dictada el 29 de mayo de 2014, en la Controversia Constitucional 32/2012, consultado el 12 de noviembre de 2014, en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=138752>

SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 8, N° 1, 2010.

Tesis número P. LXX/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo I, diciembre 2011, Decima Época, p. 557.

Tesis número P./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo I, abril 2014, Decima Época, p. 202.

Tesis número VI.3o.A. J/2 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 2, Decima Época, p. 1241.

Recepción: 30 de marzo de 2014.

Aceptación: 26 de agosto de 2014.