

# ESTUDIOS CONTEMPORÁNEOS DE TEORÍA Y DOGMÁTICA JURÍDICA EN IBEROAMÉRICA

Abril Uscanga Barradas  
Carlos Humberto Reyes Díaz  
(Coordinadores)



ESTUDIOS CONTEMPORÁNEOS DE TEORÍA  
Y DOGMÁTICA JURÍDICA EN IBEROAMÉRICA

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

---

COORDINACIÓN EDITORIAL

Abril Uscanga Barradas  
Carlos Humberto Reyes Díaz  
*Coordinadores*

Abril Uscanga Barradas  
*Editor Responsable*

José Manuel Guevara García  
*Editor Adjunto*

Héctor Alejandro Ramirez Medina  
*Cuidado de la Edición*

Nayade Gomez Vazquez  
*Apoyo Editorial*

José Manuel Guevara García  
*Diseño de Portada y Maquetación*



ESTUDIOS CONTEMPORÁNEOS  
DE TEORÍA Y DOGMÁTICA  
JURÍDICA EN IBEROAMÉRICA

ABRIL USCANGA BARRADAS  
CARLOS HUMBERTO REYES DÍAZ  
Coordinadores

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO  
MÉXICO, 2020



Primera edición, 2020

Estudios Contemporáneos de Teoría y Dogmática Jurídica en Iberoamérica

Coordinadores:

Abril Uscanga Barradas

Carlos Humberto Reyes Díaz

Diseño de portada y maquetación:

José Manuel Guevara García

ISBN versión impresa: 978-607-30-3250-6

ISBN: versión digital: 978-607-30-3251-3

Derechos reservados 2020. Todos los derechos reservados conforme a la ley. Las características de esta edición, así como su contenido, no podrán ser reproducidas o transmitirse bajo ninguna forma o por ningún medio, electrónico, mecánico, incluyendo fotocopiado y grabación, ni por ningún sistema de almacenamiento y recuperación de información sin permiso por escrito del propietario del Derecho de Autor.

© Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, a través de la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Unidad de Posgrado, Edificio “F”, Circuito de Posgrado, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México

© Abril Uscanga Barradas

© Carlos Humberto Reyes Díaz

Hecho en México

# ÍNDICE

PRESENTACIÓN . . . . .	9
<i>Pedro Salazar Ugarte</i>	
PRÓLOGO . . . . .	11
<i>Carlos Humberto Reyes Díaz</i>	
INTRODUCCIÓN . . . . .	15
<i>Abril Uscanga Barradas</i>	
TRES VISIONES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA FUERZA . . . . .	21
<i>Manuel Atienza</i>	
DERECHO PENAL Y ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. ¿VALE LA PENA LO QUE CUESTA? . . . . .	57
<i>Juan Antonio García Amado</i>	
FISIOLOGÍA Y ALGUNAS PATOLOGÍAS DE LA SENTENCIA PENAL . . . . .	113
<i>Perfecto Andrés Ibañez</i>	
EL PENSAMIENTO POSITIVISTA EN LA CODIFICACIÓN PENAL MEXICANA . . . . .	149
<i>Oscar Cruz Barney</i>	
ANOMIA Y FUNCIÓN PÚBLICA. UN ENFOQUE CONCEPTUAL . . . . .	185
<i>Isabel Lifante Vidal</i>	
APARIENCIAS DE DEMOCRACIA COMO RESULTADO DE LA DEGENERACIÓN DEL PODER EN LAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÁNEAS . . . . .	213
<i>Abril Uscanga Barradas</i>	
REFLEXIONES SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA NUEVA RAZÓN JURÍDICA . . . . .	249
<i>Xosé Manuel Pacho Blanco</i>	
LA IMPORTANCIA DE LOS TRIBUNALES EN LA GESTION DE CONFLICTOS FAMILIARES CUANDO EXISTE EL SINDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL . . . . .	279
<i>Adolfo Eduardo Cuitlahuac Montoya Lopez</i>	
INSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES EN MATERIA DE INVERSIÓN . . . . .	307
<i>Carlos H. Reyes Díaz</i>	

Estudios Contemporáneos de Teoría y Dogmática  
Jurídica en Iberoamérica, editado por el Instituto de Investigaciones  
Jurídicas y el Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, se terminó  
en el mes de julio de 2020. En su composición tipográfica se utilizaron los tipos  
Baskerville y Copperplate. Tipo de impresión offset, las medidas 17 x 23 cm.

En la presente obra se examina el pensamiento iberoamericano en torno al Derecho, haciendo que nos permita analizar cómo el conocimiento puede ser construido desde una perspectiva contemporánea que sincretice tanto una visión teórica como una visión de la dogmática jurídica.

En este sentido, es un gran placer presentar al público este libro, el cual sin duda constituye una de las obras referentes en el área jurídica, toda vez que en él se reúnen temas de índole teórica y práctica bajo la pluma de algunos de los más importantes juristas, teóricos y filósofos del Derecho, quienes nos comparten estudios referentes a los más relevantes temas en la actualidad.

Algunos de los temas que se analizan son: el derecho y la fuerza; el derecho penal y su análisis económico; fisiología y patologías de la sentencia penal; el pensamiento positivista en la codificación penal; anomia y función pública; apariencias de democracia y la degeneración del poder; justicia constitucional y razón jurídica; el síndrome de la alienación parental; y, controversias internacionales en materia de inversión.

---

UNAM  
POSGRADO  
Derecho





## PRESENTACIÓN

El Instituto de Investigaciones Jurídicas celebra la publicación de la obra *Estudios Contemporáneos de la Teoría y Dogmática Jurídica en Iberoamérica*. Este libro confirma la vocación institucional para transmitir el conocimiento con rigor y con compromiso hacia la formación e investigación jurídicas. De hecho, se trata de una obra de orientación y consulta que seguramente será útil para comprender una amplia baraja de temas relacionados con la teoría y la dogmática jurídica contemporánea.

Las y los autores de los trabajos logran ofrecer información sistematizada y ordenada sobre temas que suelen ser complejos pero que, gracias al estilo y metodología que adoptan, resultan accesibles para un amplio universo de lectores. Se trata de valiosas aportaciones de distinguidos juristas de dos continentes que tienen como eslabón —y confirman— la estrecha relación académica entre instituciones de España y México.

El elenco de títulos de los trabajos dan cuenta de la variedad y, al mismo tiempo, de la coherencia del conjunto de textos aquí reunidos: “Tres visiones sobre la relación entre el derecho y la fuerza”; “Derecho penal y análisis económico del derecho. ¿Vale la pena lo que cuesta?”; “Fisiología y algunas patologías de la sentencia penal”; “El pensamiento positivista en la codificación penal mexicana”; “Anomía y función pública. Un enfoque conceptual”; “Apariencias de democracia como resultado de la degeneración del poder en las democracias contemporáneas”; “Reflexiones sobre la justicia constitucional y la construcción de una nueva razón jurídica”; “La importancia de los tribunales en la gestión de conflictos familiares cuando existe el síndrome de alienación parental”; “Institucionalización de las controversias internacionales en materia de inversión”.

Hago expreso mi reconocimiento y agradecimiento a Manuel Atienza, Juan Antonio García Amado, Perfecto Andrés Ibáñez, Oscar Cruz Barney, Isabel Lifante Vidal, Abril Uscanga Barradas, Xosé Manuel Pacho Blanco, Adolfo Eduardo Cuitláhuac Montoya López y Carlos Humberto Reyes Díaz quienes hicieron posible esta publicación.

*Pedro Salazar Ugarte*

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

## PRÓLOGO

La academia logra sus objetivos de manera óptima gracias a la profundidad de sus estudios, así como por las redes que construye, porque los problemas que son revisados desde la perspectiva jurídica son comunes a la generalidad de la comunidad internacional. Este libro es una prueba de que los temas complejos de nuestra sociedad pueden ser afrontados desde ópticas y lugares distintos y son igualmente efectivos para ambos lados del atlántico.

La relación México-España es de larga data y se renueva constantemente gracias a los esfuerzos de muchos académicos de ambos países. El diálogo jurídico que hemos construido ha dado múltiples frutos hacia la construcción de una sociedad más igualitaria y homogénea. Creo sin duda que los problemas globales no pueden resolverse desde el esfuerzo local, por más que las tendencias nacionalistas sigan creciendo.

Los temas planteados en esta obra son el resultado de encuentros académicos afortunados que se han consolidado recientemente, no solamente como aproximaciones a la solución de problemas concretos y actuales, sino por la inquietud que nos provoca pensar el derecho. Como lo decía Rafael Díaz Salazar, de la Universidad Complutense de Madrid, actualmente existe una obsesión por re orientar la enseñanza desde los requerimientos del mercado laboral y el dominio de las nuevas tecnologías, lo que conlleva una amputación fortísima del derecho de aprender a cultivar todas las dimensiones del ser humano desde la infancia.

Lo que hemos intentado con este esfuerzo coordinado es encontrar algunos temas que, sin aparente hilo conductor entre ellos, forman parte de una agenda contemporánea mucho más amplia de análisis necesario en cada uno de los tópicos que se abordan de manera independiente y profunda. Nuestro objetivo, así lo veo, es el de proporcionar a los estudiosos del derecho, herramientas para el debate jurídico, escenarios diversos de problemáticas múltiples que, lo reitero, son igualmente útiles para comunidades que estudian al derecho con una visión cosmopolita y ya no local o regional.

Estas viñetas del pensamiento jurídico contemporáneo se plantean desde perspectivas de pensamiento muy diferentes pero buscan fortalecer esto que en todas las sociedades actuales se persigue de manera incesante, consolidar el estado de derecho en un mundo que parece haber perdido la confianza en el tema, en el que los poderes fácticos como la violencia, las nuevas tecnologías, las crisis económicas o la desconfianza en el otro que provoca esta vuelta al nacionalismo, arrebatan la agenda de la toma de decisiones internacionales.

Este no es un recetario para los problemas de nuestra compleja actualidad, por el contrario, lo que queremos es invitar a la reflexión de algunos de ellos y tal vez, abrir el debate o continuarlo en algunos casos, todo ello con la firme convicción de que somos parte de un mismo conglomerado de académicos sin fronteras y que es en las letras en donde encontramos el espacio ideal para propiciar el cambio hacia una mejora continua de nuestras sociedades.

En estos días el mundo enfrenta una de las crisis de salud más apremiantes de la historia reciente; todo lo que hemos podido evidenciar atiende a reacciones locales que han fracasado en algunos casos y han mostrado resultados relativamente satisfactorios en otros. No sabemos las enseñanzas que recogeremos cuando todo esto haya pasado, pero lo que ya es evidente es que siempre es mejor coordinar nuestros esfuerzos para lograr mejores resultados, y que la soberbia de querer actuar de manera independiente es una receta para el fracaso.

Este esfuerzo editorial se compone de diversas ramificaciones al problema de la necesidad permanente de buscar en el derecho una alternativa concreta para fortalecer a nuestras sociedades. Nuestro deseo es que con estos diálogos pongamos nuevos ladrillos a la estructura jurídica contemporánea, pero sobre todo que sea un motivo más para seguir generando puentes disciplinarios en Hispanoamérica.

Decía Boaventura de Sousa, pensando en el aula de clase, que era necesario transformarla en un campo de posibilidades de conocimiento, dentro del cual hay que elegir. Eligen los alumnos tanto como los profesores y las opciones de unos y otros no tienen que coincidir ni son irre-

versibles. Esta obra, al igual que el aula de Boaventura, se compone de los mismos elementos y se pone a disposición de los interesados en estos temas, a sabiendas de que habrá -así lo deseamos- opiniones coincidentes y divergentes, así como debatibles pues esta es la esencia del derecho.

Como Coordinador del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, mi mayor aspiración es que esta obra sea un insumo adicional de la tarea académica cotidiana de tutores y de alumnos de maestría y doctorado mayoritaria, que no exclusivamente. Deseo que en su contenido se encuentren ideas que propicien nuevos debates y mayores alternativas para nuestra sociedad.

*Carlos H. Reyes Díaz*

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

## INTRODUCCIÓN

El derecho iberoamericano emanó, en gran medida, de la tradición europea, la cual aportó importantes transformaciones intelectuales, culturales, políticas y, sin duda técnicas, consolidándose así, como un producto de una intensa reflexión y resultado de un arduo proceso de adecuación que conjunta la pluralidad de ideas y culturas jurídicas. La presente obra representa el esfuerzo por mostrar el sincretismo del pensamiento jurídico que proviene de distintas teorías y visiones que abarcan tanto la perspectiva antigua como la contemporánea, pero también tiene como aspiración el permitir romper los paradigmas que, para muchos, representa la idea irremediable de una necesaria separación, divergencia o distanciamiento entre la teoría y la dogmática del derecho, cual si un abismo se tratara.

En la presente obra ponemos a prueba la tradicional idea de la disociación entre la teoría y la práctica y, es a través de la reflexión de muy grandes juristas de destacada trayectoria, quienes escriben y estudian temas de derecho desde una perspectiva ligada a la pluralidad de ideas en torno al derecho, que pondremos a prueba dicha hipótesis. En esta tesitura, dichos juristas plasman su conocimiento en este libro con el fin de enriquecer y aportar conocimiento al mundo jurídico, al mismo tiempo que incentivan la discusión de ideas en aras de generar un debate académico enriquecedor, ampliando así nuestro saber y entender.

Se debe enfatizar el hecho de que las aportaciones vertidas en cada capítulo son excepcionales, aportaciones posibles gracias al profundo análisis y estudio llevado a cabo por los académicos, quienes presentan temas de interés e importancia actual, atendiendo a diferentes ramas del derecho e incluso relacionándolo con otras disciplinas, intentando así responder a las exigencias y realidades de las situaciones actuales.

En principio, encontramos la pluma inmejorable de Manuel Atienza, reconocido en Iberoamérica como uno de los más importantes filósofos y juristas de nuestros días. Una vez que nos encontremos leyéndolo, podemos darnos cuenta de la brillante exposición de los argumentos

del trabajo titulado “Tres visiones sobre la relación entre el derecho y la fuerza”. Este trabajo nos permite entender, con mayor profundidad, la relación existente entre el derecho y la fuerza; tema estudiado a través de la visión de tres personajes, Jacques Derrida, Pierre Bourdieu y Frederick Schauer, quienes en este análisis fueron expositores de la desconstrucción de la fuerza, del derecho como forma de la violencia simbólica y del papel de la coacción en el derecho, respectivamente.

A continuación encontraremos el trabajo impecable de un filósofo del derecho a quien admiro profundamente. Sin duda es muy emotivo y un honor para mí el presentar el trabajo de mi querido maestro, Juan Antonio García Amado, catedrático de la Universidad de León, España, quien inicia su capítulo con una breve descripción del fundamento moral de la pena, así como de lo que conlleva la dogmática penal. Posteriormente nos presenta una crítica al modelo actual respecto a la imposición de penas derivada de la dogmática penal vigente, para así poder proseguir con el estudio del modelo *Criminal Law and Economics* donde, a pesar de las distintas críticas que se han tenido respecto a sus postulados, muchos de los planteamientos presentes en dicho modelo podrían mejorar la eficiencia y eficacia de las penas impuestas a los perpetradores de las conductas sancionadas penalmente.

También es muy placentero presentar a uno de los más grandes juristas de nuestra época; me refiero a Perfecto Andrés Ibañez, Magistrado Emérito en la Sala Segunda del Tribunal Supremo, quien con una gran virtud escribe acerca de los distintos padecimientos que existen y están inmersos dentro de la sentencia en materia penal, producto del proceso jurisdiccional. El autor hace un estudio exhaustivo de la sentencia, iniciando con la pregunta qué es, así como qué es lo que debe o no motivarla, para posteriormente realizar una breve crítica del por qué no es solamente importante estudiar el proceso, donde los estudiosos generalmente se enfocan, sino que debe estudiarse también el dinamismo de este como un mecanismo que nos guía a una debida sentencia. Así, el autor nos propone un nuevo esquema de resolución para las deficiencias de las sentencias actuales.

Por otra parte, Oscar Cruz Barney, destacado Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, nos conduce por un detallado estudio histórico de la codificación penal que abarca desde la Constitución de Cádiz -cuando México aún era parte de la corona española- hasta llegar al Código Penal del 2002. También, de manera obligada -porque no podría ser de otro modo-, habla de las influencias que contribuyeron al desarrollo de la codificación penal, remitiéndose a Enrico Ferri, quien investigó los factores sociales y económicos que motivaban la comisión de actos criminales desde la perspectiva de la escuela positivista y que, además, tuvo una gran influencia respecto del Código Penal de 1929. Este análisis histórico-jurídico representa una línea de investigación muy interesante que espero que les resulte tan atrayente y fructífera como lo fue para mí.

También es una gran satisfacción el presentar el capítulo titulado “Anomia y función pública. Un enfoque conceptual”, el cual es producto de la labor de una muy importante filósofa del derecho de la Universidad de Alicante, Isabel Lifante Vidal, quien en esta ocasión estudia el Estado de Derecho desde el enfoque del desempeño de la responsabilidad en el ejercicio de la función pública. Isabel Lifante analiza el sometimiento de los poderes y nos explica qué deberes implica, cuáles son sus funciones y cuáles son sus atribuciones, entre otras interrogantes relativas a los alcances y limitaciones del poder.

Ahora bien, además de la gran distinción que me ha sido conferida para realizar la presente introducción, debo decir que es para mí un gran motivo de felicidad y de un honor inmerecido el hecho de poder contribuir con un capítulo de mi autoría en una obra integrada por textos de tan distinguidos juristas como es esta, motivo por el cual agradezco inconmensurablemente esta oportunidad. El capítulo que presento tiene como objetivo el estudio de la degeneración de las formas de gobierno, para lo cual partimos de la premisa que nos indica que todas las formas de gobierno tienden a ser susceptibles de importantes afectaciones de tal forma que incluso en las actuales democracias contemporáneas se pueden desvirtuar reglas democráticas, resultando vulnerables e incluso convirtiendo a las democracias en un peligro para ellas mismas.



Por otra parte, me permito presentar la interesante contribución de Xosé Manuel Pacho Blanco, académico de la Universidad de Vigo, quien mediante un análisis e interpretación de la Constitución examina el funcionamiento que tiene la justicia constitucional actualmente, recabando información de los diversos problemas que a ésta se le presentan día con día, sin dejar de lado los derechos fundamentales que merecen el debido reconocimiento para materializar una efectiva y real protección del ciudadano. La justicia constitucional desemboca en una inevitable interpretación de la constitución en donde el juez, en su actuación, acude a la interpretación.

Adolfo Eduardo Cuitláhuac Montoya López, académico de la Universidad Nacional Autónoma de México, nos presenta un trabajo que nos permite realizar un estudio desde la interpretación jurídica, en donde expone la necesidad de señalar los límites que los juzgadores deben seguir en todo proceso familiar respecto al síndrome de alienación parental. Con ello nos permite analizar qué es lo que se debe hacer cuando el menor se encuentra en esta situación debido a la intervención de uno de los progenitores y cómo es que va a proceder la autoridad correspondiente, así como establecer los parámetros a seguir para poder ubicar correctamente el supuesto y no caer en subjetividad.

Para finalizar, tengo el agrado de presentar el estudio realizado por Carlos Humberto Reyes Díaz, Profesor del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, quien trabaja desde la dogmática jurídica el tema del capítulo titulado “Institucionalización de las controversias internacionales en materia de inversión”, confiriendo una visión desde el contexto de la globalización y regionalización de la economía mundial en donde presenta un especial enfoque en el terreno que, poco a poco, el derecho internacional va ganando respecto a diversas regulaciones que implican la solución de controversias entre el inversionista y el Estado.

Indudablemente, ha sido un gran honor el formar parte de esta obra, así como haber tenido la oportunidad de coordinar y presentar este proyecto junto con mi gran colega Carlos Humberto Reyes Díaz. No pue-

do más que congratularme, además de todo, por tener la oportunidad de reunir las aportaciones de quienes considero son los más importantes juristas en la actualidad.

Agradezco especialmente a los muy grandes juristas y colegas españoles, quienes han confiado en la Universidad Nacional Autónoma de México para realizar un trabajo que, sin duda, engrandece las fronteras del conocimiento, pues nos permite reflexionar y aprender a través de su experiencia; así como también agradezco a los colegas mexicanos por haber puesto en nuestras manos aportaciones inéditas de gran interés pero, sobre todo, agradezco a la mi Universidad, esta Máxima Casa de Estudios, por confiar en este gran proyecto.

Espero que quien tenga este libro entre sus manos encuentre una lectura satisfactoria que aporte significado y que ayude a generar un diálogo constructivo, así como también le permita seguir desarrollando el interés por el derecho, pues desde mi perspectiva, cada minuto que dedicamos a cultivarnos nos permite dudar y cuestionar nuestra realidad. A veces, las preguntas son más importantes que las respuestas, pues la duda es, ante todo, el motor inicial del conocimiento.

*Abril Uscanga Barradas*

ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-5650-4740>>

## TRES VISIONES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA FUERZA

Manuel ATIENZA\*

### I. INTRODUCCIÓN

La finalidad de este trabajo es muy modesta: Consiste simplemente en examinar la posición que sobre el tema de las relaciones entre el Derecho y la fuerza puede encontrarse en tres escritos (cada uno de un autor distinto: Derrida, Bourdieu y Schauer) que tienen, creo yo, un cierto valor paradigmático. Los dos primeros están claramente vinculados con las teorías “críticas” del Derecho; ninguno de esos dos autores (Jacques Derrida y Pierre Bourdieu) se encuadra propiamente dentro de esa corriente del pensamiento jurídico (de hecho, ninguno de los dos es un iusfilósofo en sentido estricto), pero sus obras (su manera de entender ese problema) han tenido un gran impacto entre los “críticos”. Y el tercer escrito (que es un texto muy reciente de Frederick Schauer) permite entender bien, me parece, lo que ha sido (está siendo) la discusión sobre esa cuestión dentro de la iusfilosofía positivista-analítica, y por más que la posición de Schauer al respecto pueda considerarse como relativamente heterodoxa. No hace falta añadir entonces que con ello no se pretende ni mucho menos dar una idea de conjunto del estado de la cuestión en relación con uno de los temas centrales (clásicos) de la Filosofía del Derecho. Pero esa visión parcial quizás sí que pueda ser considerada significativa en relación con varios aspectos importantes del tema y, en ese sentido, resultar de utilidad (aunque la utilidad pueda consistir en alguna ocasión en prescindir de ciertos planteamientos) para quien esté interesado en elaborar una teoría más o menos general sobre las relaciones entre el Derecho y la fuerza.

---

\* Catedrático de la Universidad de Alicante

## II. LA DESCONSTRUCCIÓN A LA FUERZA

El texto de Jacques Derrida al que he hecho alusión, y que parece haber tenido una gran influencia, al menos entre los seguidores de lo que suele llamarse “teoría crítica del Derecho”, se titula en francés *Force de loi. Le “Fondament mystique de l’autorité”*<sup>1</sup> tiene dos partes y un *Postscriptum*, y la primera de ellas<sup>2</sup> proviene de un texto (titulado en inglés *Deconstruction and the Possibility of Justice*) que el autor leyó en un coloquio (en 1989) en una universidad estadounidense en la que participaron sobre todo juristas pertenecientes al movimiento *Critical Legal Studies* que, como se sabe, es la marca con la que la teoría crítica se ha difundido en ese país. Espero que no se entienda como una afirmación maliciosa por mi parte, pero yo diría que la acogida que en ese movimiento han tenido obras como las de Derrida y sus propuestas “deconstructivistas”<sup>3</sup> podría tener bastante que ver con el hecho de que al auge de los “Críticos” en los años 80 y 90 le haya seguido una casi completa pérdida de influencia de esa corriente iusfilosófica desde comienzos del siglo XXI<sup>4</sup>. Pues resulta verdaderamente difícil de entender que una obra de esas características (ahora veremos cuáles son) pueda jugar un papel positivo en una teoría del Derecho que se proponga –y se supone que ese era uno de los objetivos fundamentales de los “críticos”- contribuir a la emancipación social. Y, desde luego, aún más difícil de entender que pueda contribuir de alguna manera a hacer progresar la teoría del Derecho, en general.

---

<sup>1</sup> Derrida, Jacques, *Fuerza de ley. El “Fundamento místico de la autoridad”*, trad. de A. Barberá y P. Peñalver, Madrid, Tecnos, 1997.

<sup>2</sup> Se publicó una traducción al castellano (la misma que luego apareció en el libro mencionado en la nota 1) en la revista *Doxa*, n° 11, 1992. [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10749/1/doxa11\\_06.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10749/1/doxa11_06.pdf)

<sup>3</sup> Empleo “deconstructivismo” o “deconstructivista(s)”, en lugar de “deconstructivismo” o “deconstructivista(s)”, siguiendo el criterio de los traductores al castellano de la obra.

<sup>4</sup> “[C]onsidero que los desarrollos de los *Critical Legal Studies* o de trabajos como los de Stanley Fish, Barbara HJerrstein-Smith, Drucilla Cornell, Samuel Weber y otros, que se sitúan en la articulación entre literatura, filosofía, derecho y los problemas político-institucionales, se encuentran hoy, desde el punto de vista de cierta desconstrucción, entre los más fecundos y los más necesarios” p. 22.

La principal característica del texto de Derrida es, sin duda, la oscuridad. Por si se necesitara alguna prueba de ello, transcribo a continuación una “perla”, o sea, un párrafo, que parece jugar un papel central en la primera parte del libro (traducida al español como *Del Derecho a la justicia*) y cuyo significado no parece, al menos a primera vista, fácil de desentrañar:

“La justicia en sí misma, si algo así existe fuera o más allá del derecho, no es desconstruible. Como no lo es la desconstrucción, si algo así existe. *La desconstrucción es la justicia*. Tal vez debido a que el derecho (que yo intentaría por tanto distinguir normalmente de la justicia) es construible en un sentido que desborda la oposición entre convención y naturaleza (o quizás en cuanto que desborda esa oposición), el derecho es construible, y por tanto desconstruible, y, más aún, hace posible la desconstrucción, o al menos el ejercicio de una desconstrucción que en el fondo siempre formula cuestiones de derecho, y a propósito del derecho. De ahí las tres proposiciones siguientes:

1. La desconstruibilidad del derecho (por ejemplo) hace la desconstrucción posible.
2. La indesconstruibilidad de la justicia hace también posible la desconstrucción, por no decir que se confunde con ella.
3. Consecuencia: la desconstrucción tiene lugar en el intervalo que separa la indesconstruibilidad de la justicia y la desconstruibilidad del derecho. La desconstrucción es posible como una experiencia de lo imposible, ahí donde *hay* justicia, incluso si ésta no existe o no está *presente* o no lo está todavía o nunca...”.<sup>5</sup>

Bueno, el lector podría pensar, y con razón, que la falta de claridad proviene simplemente de la falta de contexto. O sea, que todo lo anterior podría cobrar algún sentido si previamente se explicara, por ejemplo, en qué consiste la desconstrucción. Y aunque el propio Derrida nos dice que no es posible definirla, que cualquier enunciado del tipo de “desconstrucción es ‘X’ está fuera de lugar”, parece al menos claro que desconstruir es algo así como un modo de interpretar o de entender ciertos textos. Jim Powell, en un libro sumamente recomendable para quien aspire a comprender algo

<sup>5</sup> Derrida, Jacques, *op cit.*, pp. 35-36.

sobre el asunto (el título es elocuente: *Postmodernism for beginners*) nos puede echar una mano en esa tarea: “La desconstrucción se centra primero en la oposición dentro de un texto –como hombre/mujer. A continuación, muestra cómo esos opuestos están relacionados, como uno es considerado como central, natural y privilegiado –el otro es ignorado, reprimido y marginalizado. Luego, de manera temporal, deshace, subvierte o descentra la jerarquía para hacer que el texto signifique lo opuesto de lo que parecía significar originariamente. Entonces, en el último paso, ambos términos de la oposición se desconstruyen –se ven bailando en un juego libre de significados no jerárquicos, no estables”.<sup>6</sup>

Pero vayamos a los textos que parecen ser el objeto de la desconstrucción de Derrida. Se trata de unos famosos “pensamientos” de Pascal:

“*Justicia, fuerza* -Es justo que lo que es justo sea seguido, es necesario que lo que es más fuerte sea seguido. La justicia sin la fuerza es impotente; la fuerza sin la justicia es tiránica. La justicia sin fuerza es contradicha porque siempre hay malvados; la fuerza, sin la justicia, es acusada. Por tanto, hay que poner juntas la justicia y la fuerza; y ello para hacer que lo que es justo sea fuerte o lo que es fuerte sea justo (...) Así, no pudiendo hacer que lo que es justo sea fuerte, hacemos que lo que es fuerte sea justo”.<sup>7</sup>

Al que le añada otros de Montaigne y, en particular, éste (que explica el subtítulo del libro):

“Ahora bien, las leyes mantienen su crédito no porque sean justas sino porque son leyes. Es el fundamento místico de su autoridad, no tienen otro (...) El que las obedece porque son justas, no las obedece justamente por lo que debe obedecerlas.”<sup>8</sup>

Pues bien, Derrida llega a partir de esos textos a una primera conclusión que parece verdaderamente un tanto excesiva: “Podemos hallar en él –como, por otra parte, en Montaigne- las premisas de una filosofía crítica moderna, es decir, de una crítica de la ideología jurídica, una desedimentación

<sup>6</sup> Power, Jim, *Postmodernism for beginners*, ilustraciones de J. Lee, Writers & Readers Publishing, London-New York, 1998, pp. 106 y 107.

<sup>7</sup> Derrida, Jacques, *op cit.*, pp. 26-28.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 29.

de las superestructuras del derecho que esconden y reflejan a la vez los intereses económicos y políticos de las fuerzas dominantes de la sociedad”.<sup>9</sup> Pero no se queda ahí, sino que piensa que “el surgimiento mismo de la justicia y del derecho, el momento instituyente, fundador y justificador del derecho implica una fuerza realizativa”<sup>10</sup> que, en definitiva, consiste en “una violencia sin fundamento”.<sup>11</sup>

No es que sea muy fácil saber qué es lo que quiere decir Derrida con todo eso, pero mi impresión es que, por un lado, con lo del “momento instituyente” del Derecho, la “estructura violenta del acto fundador”, el “golpe de fuerza” en que consiste “hacer la ley”, la “fuerza realizativa” del lenguaje (contrapuesta a la constativa) y otras expresiones semejantes, a lo que parece estar aludiendo es a que el lenguaje prescriptivo del Derecho, la existencia de normas, supone naturalmente una división de la conducta en lícita e ilícita, es decir, las normas suponen una cortapisa a la libertad del individuo (y si son jurídicas, respaldadas con la coacción) y de ahí su carácter “violento”. Mientras que, por otro lado, el sentido que él da a lo del fundamento “místico” de la autoridad es que la existencia de una autoridad (de una autoridad práctica) no es algo que se pueda justificar; y como el Derecho presupone la autoridad, el Derecho sería “una violencia sin fundamento”:

“Dado que en definitiva el origen de la autoridad, la fundación o el fundamento, la posición de la ley, sólo pueden, por definición, apoyarse en ellos mismos, éstos constituyen en sí mismos una violencia sin fundamento(...) Incluso si el éxito de los realizativos fundantes de un derecho (por ejemplo –y esto es más que un ejemplo-, el éxito de un Estado como garante de un derecho) supone condiciones y convenciones previas (por ejemplo, en el espacio nacional o internacional), el mismo límite “místico” resurgirá en el supuesto origen de dichas condiciones, reglas o convenciones, y de su interpretación dominante.”<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, p.32.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p.34.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p.34-35.

De manera que, en mi opinión, lo que nos muestra Derrida (si es que verdaderamente quiere mostrarnos algo), que el Derecho es una práctica normativa y autoritativa, no es demasiado interesante, en el sentido de que forma parte de lo ya sabido, pero expresado usualmente de otra manera, o sea, con más claridad. Así, parece claro que, dado que el Derecho es (aunque no sea sólo eso) un conjunto de normas dotadas (al menos algunas de ellas) de coacción, el Derecho es inseparable de la fuerza (si se prefiere hablar así, de la violencia), tanto en el momento de su establecimiento (quien establece las normas es el poder político), como en el de su conservación (sin la fuerza, efectivamente, el Derecho no podría realizarse, *be enforced*). Y lo que él entiende por carácter “místico” de la autoridad no es ni más ni menos que la definición de autoridad práctica: reconocer, obedecer, a una autoridad significa actuar conforme a lo que la autoridad ha indicado y porque ella lo ha indicado (recuérdese el texto de Montaigne). Por supuesto, es todo un problema si está justificado o no obedecer a la autoridad y cuándo lo estaría, pero ese no es el tipo de cuestiones a las que pretende dar respuesta un planteamiento tan “radical” como el de Derrida.

Creo que algo parecido a lo anterior puede decirse en relación con las aporías que Derrida se plantea a propósito de la relación entre el Derecho y la justicia: “Pero sucede que el derecho pretende ejercerse en nombre de la justicia y que la justicia exige instalarse en un derecho que exige ser puesto en práctica (constituido y aplicado) por la fuerza (“*enforced*”). La desconstrucción se encuentra y se desplaza siempre entre el uno y la otra”.

<sup>13</sup> Las aporías serían las tres siguientes.

La primera parece consistir en la imposibilidad de armonizar la exigencia, por un lado, de seguir una regla (una regla previamente establecida por una autoridad) y, por otra, de actuar de manera libre, responsable:

“[P]ara que una decisión sea justa y responsable es necesario que, en su momento propio, si es que existe, sea a la vez regulada y sin regla, conservadora de la ley y lo suficientemente destructiva o suspensiva de la ley como para deber reiventarla, re-justificarla en cada caso, al menos

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 51.



en la reafirmación y en la confirmación nueva y libre de su principio. Cada caso es otro, cada decisión es diferente y requiere una interpretación absolutamente única que ninguna regla existente y codificada podría ni debería garantizar absolutamente.”<sup>14</sup>

Se trata, en realidad, de algo bien conocido por los juristas: la distancia que siempre existirá entre la generalidad de las normas y la especificidad de cada caso de aplicación de las mismas. Que tiene una respuesta tradicional (yo diría, *la* respuesta) en la concepción de la equidad de Aristóteles. Y que sólo puede considerarse como un problema sin solución si uno parte –y creo que es lo que hace Derrida– de una concepción metafísica o, quizás mejor, mística de la justicia que, naturalmente, no puede tener ninguna contrapartida en este mundo.

La segunda aporía la llama Derrida “la obsesión de lo indecible”. Lo que quiere decir con ello es que para que se ejerza la justicia, para que sea efectiva y se determine “en la forma del derecho”, se necesita de “una decisión que dirima”.<sup>15</sup> Pero, al mismo tiempo, es imposible decidir, en el sentido de que no es posible una decisión perfectamente justa (de nuevo, de acuerdo con esa noción mística de justicia):

“En ningún momento parece que una decisión pueda decirse presente y plenamente justa: o bien no ha sido todavía adoptada según una regla, y entonces nada permite decir que es justa; o bien ha seguido una regla – dada, recibida, confirmada, conservada o re-inventada– que a su vez nada garantiza; y por otra parte, si estuviera garantizada, la decisión se habría convertido en cálculo y no podría decirse que es justa.”<sup>16</sup>

Y, en fin, la tercera aporía parece consistir en la incompatibilidad entre la urgencia de la justicia y las exigencias de la racionalidad teórica o, dicho de otra manera (más comprensible, pero que seguramente banaliza el asunto) en la constatación de que decidir no es un acto de conocimiento:

“[L]a justicia no espera (...) una decisión justa es necesaria siempre *inmediatamente*, enseguida, lo más rápido posible. La decisión no puede

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 53

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 56.

procurarse una información infinita y un saber sin límite acerca de las condiciones, las reglas o los imperativos hipotéticos que podrían justificarla. E incluso si se dispusiera de todo esto, incluso de todo el tiempo y los saberes necesarios al respecto, el momento de la *decisión en cuanto tal*, lo que debe ser justo, *debe* ser siempre un momento finito, de urgencia y precipitación; no debe ser la consecuencia o el efecto de ese saber teórico o histórico, de esa reflexión o deliberación, dado que la decisión marca siempre la interrupción de la deliberación jurídico-,ético- o político-cognitiva que la precede y que *debe* precederla.”<sup>17</sup>

La conclusión que yo saco de todo lo anterior no es muy alentadora y –creo que conviene insistir en ello- puede darnos alguna pista de por qué han fracasado en buena medida corrientes del Derecho basadas en textos como el anterior o en otros más o menos equivalentes (al menos, en cuanto a su grado de confusión). Simplemente, yo diría que nadie debería confiar en métodos, procedimientos, filosofías o lo que quiera que sea el desconstruccionismo (como variante del postmodernismo), que se permiten hablar del Derecho y de la justicia sin hacer la menor referencia ni al conocimiento empírico existente sobre esos problemas, ni tampoco a la tradición de pensamiento teórico al respecto. Puede parecer toda una hazaña intelectual, pero la verdad es que lo que resulta de ello es una victoria puramente pírrica. La primera carencia (prescindir de los datos empíricos) produce un discurso completamente abstracto y que nada tiene que ver con la realidad del Derecho: como hemos visto, el método se basa en la toma en consideración únicamente de textos (de lenguaje; pero el Derecho no es un fenómeno exclusivamente lingüístico; es mucho más que eso) que ni siquiera forman parte del lenguaje del Derecho; se trataría, en todo caso, de metalenguajes jurídicos. Y el hecho (segunda carencia) de que el desconstruccionismo y otras modas filosóficas por el estilo hayan considerado que se puede decir algo de interés sobre el Derecho prescindiendo prácticamente por completo de las principales corrientes contemporáneas de filosofía del Derecho (con la excepción del movimiento

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 61.

de los Critical Legal Studies) tiene, yo creo, mucho que ver con que, al fin de cuentas, lo único que proporciona son discursos carentes de fundamento teórico, o bien puramente banales. Lo que uno encuentra ahí, me temo, no son más que juegos de palabras, ocurrencias y “radicalidades” que sirven para muy poco. Quizás tan sólo para estar a la moda; pero las modas, qué se le va a hacer, son efímeras por definición. Y, desde luego, nada de eso contribuye a entender mejor las relaciones entre el Derecho y la fuerza o a sugerir algún curso de acción que pueda llevar de alguna manera a la emancipación social.

### III. EL DERECHO COMO FORMA DE LA VIOLENCIA SIMBÓLICA.

Uno de los sociólogos más influyentes en las últimas décadas ha sido el francés Pierre Bourdieu. Como su compatriota Derrida, Bourdieu se ocupó de manera muy ocasional del Derecho, pero con notable éxito (a juzgar por la profusión con que es citado) y es autor de un texto que tiene un título parecido al de Derrida: “La force du droit”<sup>18</sup>. Los dos autores comparten además algunos otros rasgos, como el propósito de desmitificar el Derecho (y no sólo) o la propensión a la innovación lingüística. Pero los escritos de Bourdieu no poseen en absoluto el hermetismo de los de Derrida, aunque tampoco sean siempre fáciles de comprender, quizás en buena medida por la utilización de una jerga peculiar y yo diría que más bien innecesaria. Por esa razón, y a efectos de no incurrir en falsas interpretaciones, puede venir bien comenzar por exponer lo que los especialistas en Bourdieu consideran que constituyen las líneas centrales del pensamiento de este autor sobre el Derecho.

Mauricio García Villegas, basándose esencialmente en el texto antes mencionado, *La force du droit*, formula algo parecido a lo que sería una definición de Derecho según el sociólogo francés:

---

<sup>18</sup> El título completo es: “La force du droit. Elements pour une sociologie du champ juridique”, *Actes de la recherche sociologique*, 64, 1986. Hay una traducción al castellano de Carlos Morales de Setién Ravina, en Pierre Bourdieu y Gunther Teubner, *La fuerza del Derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000.

“El derecho es un campo social –conjunto de relaciones objetivas e históricas entre posiciones de actores sociales que compiten por poder o capital- en el cual los participantes luchan por la apropiación del poder simbólico que está implícito en los textos jurídicos...Así, el derecho se convierte en la forma por excelencia de poder simbólico –y de violencia simbólica-, dadas las posibilidades que tienen sus practicantes para crear instituciones, y con ellas, realidades históricas y políticas mediante el simple ejercicio de poner nombres...El uso de lo simbólico es una práctica inherentemente violenta, en cuanto es capaz de imponer significados en el mundo y en las relaciones sociales a partir de las cuales el poder económico y el poder político pierden su arbitrariedad original y su connotación exclusiva, y aparecen como algo normal y aceptable”.<sup>19</sup>

Y Carlos Morales (traductor de la obra jurídica de Bourdieu al castellano y autor de un útil estudio preliminar sobre la misma) considera que para entender correctamente el pensamiento de Bourdieu sobre el Derecho es necesario aclarar una serie de nociones, las cuales, explícita o implícitamente, están presentes en la anterior definición; se trata de las de “campo”, “espacio social”, “hábito”, “efecto simbólico” y “desconocimiento”,<sup>20</sup> a las que cabría añadir (en realidad, él mismo – Morales- lo hace) la de “capital”. Para empezar a aclarar las cosas, cabría decir que “campo social” viene a ser, yo creo, un término más o menos equivalente al de (o una interpretación de) “práctica social”, mientras que “hábito” vendría a corresponderse con “tradición cultural”, “capital” con “poder”, y “desconocimiento” con “ideología”. Los otros dos términos, “espacio social” y “efecto (poder) simbólico”, tienen, cabría decir, el significado más o menos usual en ciencias sociales. Pero veamos cómo puede precisarse todo eso.

El autor mencionado recoge una respuesta que el propio Bourdieu da a la pregunta de qué diferencia existe entre la noción de campo social y la de sistema o aparato: “En un campo, los agentes y las instituciones

<sup>19</sup> García Villegas, Mauricio, *Sociología y crítica del Derecho*, México, Tontamara, 2010, p. 236.

<sup>20</sup> Morales, Carlos, “Presentación” a Bourdieu, 2000, p. 61.

luchan permanentemente por apropiarse de productos específicos que se encuentran en disputa, de acuerdo con las regularidades y las reglas constitutivas de este espacio de juego (y en ocasiones sobre las mismas reglas del juego), con distintos niveles de fuerza entre los competidores y, por tanto, con muy diversas probabilidades de éxito.”<sup>21</sup> Y, a partir de ahí, entiende que lo que caracteriza a un campo social serían estos elementos: ser un espacio limitado; de lucha; definido mediante regularidades de conducta y reglas aceptadas; presentar momentos de crisis coyunturales, donde las reglas que hasta ese momento venían regulando el juego se cuestionan; y donde la distribución de fuerzas es desigual. En esa misma entrevista a Bourdieu aparece también lo que podría considerarse como una definición de hábito(s):

“[S]on sistemas de *disposiciones* duraderas y transferibles, estructuras estructuradas predispuestas a funcionar como estructuras estructurantes, es decir, como principios de generación y estructuración de prácticas y representaciones que pueden ser objetivamente ‘reguladas’ y ‘regulares’, sin ser en ningún caso el producto de obediencia a reglas; pueden ser objetivamente adaptadas a sus fines sin presuponer una dirección consciente hacia ellos o sin poseer una maestría expresa de las operaciones necesarias para conseguirlos y, sumado todo esto, [los hábitos] pueden ser colectivamente orquestados sin ser el producto de la acción orquestante de un director.”<sup>22</sup>

Y, en fin, el “capital” (el poder) sería algo que funciona en el interior de un campo y constituye la finalidad del juego. Habría tres formas de capital -económico, social y cultural-, y las tres pueden adquirir la forma de capital simbólico. Siguiendo de nuevo a Morales, el capital cultural tiene que ver con la posesión de un tipo de información valorada en un cierto espacio social y cuyo acceso se encuentra limitado; de la misma manera que el capital económico se conecta con la posesión de bienes de esa naturaleza (económicos) y cuyo acceso es también limitado; y el capital social (Morales

<sup>21</sup> *Ibidem*, p.62; Wacquant, Loïc J. D. y Bourdieu, Pierre, *An invitation to Reflexive Sociology*, The University of Chicago Press, Chicago, 1992, p.102.

<sup>22</sup> Morales, *op. cit.*, p. 67; Wacquant y Bourdieu, *op. cit.*, p. 72.

recurre aquí a las propias palabras de Bourdieu), “es la suma de recursos, actuales o virtuales que acumula un individuo o un grupo al estar en posesión de una red, más o menos institucionalizada, de relaciones de mutuo conocimiento y reconocimiento”.<sup>23</sup> En fin, la transformación en capital simbólico tiene lugar mediante un efecto de “desconocimiento”, entendiendo por tal un conjunto de mecanismos y de prácticas que se dan en el interior de un campo y que legitiman el capital (el poder) que se posee de manera arbitraria.<sup>24</sup> Con todo lo anterior estamos ya en disposición de empezar a entender la tesis fundamental de Bourdieu sobre el Derecho, la de que el Derecho es la forma de la violencia simbólica por excelencia. Una tesis que él considera viene a ser una superación tanto del idealismo jurídico: la consideración del Derecho como “un sistema cerrado y autónomo, cuyo desarrollo puede ser comprendido únicamente a través de su ‘dinámica interna’”;<sup>25</sup> como también del materialismo (de un marxismo vulgar), que ve “en el derecho y en la jurisprudencia [se supone que con esta última expresión se refiere Bourdieu a la ciencia tradicional del Derecho] un *reflejo directo* de las relaciones de fuerza existentes, es decir, un reflejo de los determinantes económicos, en particular de los intereses de los dominadores”.<sup>26</sup>

“Para romper con la ideología que defiende la independencia del derecho y del cuerpo de juristas sin caer en la visión opuesta, es necesario tener en cuenta lo que las dos visiones antagonistas, internalista y externalista, ignoran de manera común: la existencia de un universo social relativamente independiente de las demandas externas al interior del cual se produce y se ejerce la autoridad jurídica, forma por excelencia de la violencia simbólica legítima, cuyo monopolio corresponde al Estado, que puede recurrir también al ejercicio de la fuerza física”.<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> Morales, *op. cit.*, p. 70; Wacquant y Bourdieu, *op. cit.*, p. 119

<sup>24</sup> Morales, *op. cit.*, p.71.

<sup>25</sup> Bourdieu, Pierre, *op. cit.*, p. 156.

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 158.

Resulta muy difícil, sin embargo, entender bien, con alguna precisión, en qué consiste esa fuerza o violencia simbólica del Derecho, que —se supone— constituye el objetivo fundamental del trabajo de Bourdieu. En parte, porque el estilo del autor es más bien elusivo, en el sentido de que evita la utilización de los procedimientos habituales para dar claridad a los textos (uso de definiciones, distinciones, clasificaciones, etc.), quizás para evitar ejercer, a través del lenguaje, violencia simbólica. Pero también en parte porque su visión del Derecho me parece francamente cuestionable: y no sólo porque asuma una perspectiva yo diría que más bien estrecha del Derecho y que por momentos resulta incluso extravagante, sino también por su poca familiaridad con la cultura jurídica, lo que le lleva a incurrir en bastantes equívocos y errores. Empecemos por esto último.

Quienes se han ocupado de la obra jurídica de Bourdieu (como los antes mencionados García Villegas y Morales) insisten mucho en que el autor francés mostró poco interés por el estudio del Derecho, al tiempo que subrayan que las reflexiones de este último están muy condicionadas por las peculiaridades de la cultura jurídica francesa. Es muy probable que tengan razón al pensar así, pero eso constituye una explicación y no una justificación de las afirmaciones que el famoso sociólogo vierte a lo largo del escrito que aquí estoy comentando. Y una explicación que, por cierto, no ayuda a entender por qué ambos consideran que la obra de Bourdieu es de una extraordinaria importancia y que contiene además un gran potencial crítico.

*La force du droit* empieza con una extraña afirmación: “Una ciencia del derecho en sentido riguroso se distingue de la que comúnmente se conoce como ‘ciencia jurídica’ donde esta constituye el objeto de aquella”.<sup>28</sup> Bourdieu no se toma muchas molestias por aclararnos en qué consisten esos dos sentidos de ciencia jurídica, pero el que atribuye a los juristas (lo que “comúnmente se conoce como ‘ciencia jurídica’”) partiría de considerar el derecho “como un sistema cerrado y autónomo”<sup>29</sup> (la llamada por él “visión internalista”) y la quintaesencia del mismo vendría a ser la teoría

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 155

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 156

pura del Derecho de Kelsen; mientras que es de suponer que la otra, la “ciencia del derecho en sentido riguroso”, se identificaría con la sociología del Derecho, o con una cierta sociología del Derecho.

Ahora bien, la teoría pura del Derecho, como se sabe, es un tipo de teoría “general” que se distingue, en consecuencia, de lo que suele llamarse “ciencia jurídica en sentido estricto” o “dogmática jurídica”; es más, al menos en cierto sentido, el objeto de reflexión de la teoría pura es precisamente la dogmática jurídica, pero Bourdieu parece desconocer ese hecho. Al igual que tampoco es consciente<sup>30</sup> de que Kelsen no estaba en contra de estudiar el Derecho desde un punto de vista sociológico, psicológico, etc. (de hecho, hizo alguna contribución interesante al respecto), sino que lo que él defendió fue la necesidad de separar un tipo de estudio (el de las ciencias sociales referidas al Derecho) del otro (el de la teoría general del Derecho y las dogmáticas jurídicas, tal y como él las entendía). Y, por lo demás, los juristas (los juristas teóricos) han propuesto diversas maneras de entender la ciencia jurídica y, más en general, los saberes jurídicos, que no son para nada coincidentes con la de Kelsen; la teoría de la ciencia jurídica suele considerarse como uno de los centros de reflexión de lo que solemos llamar filosofía del Derecho. ¿Cómo es posible entonces que Bourdieu venga a dar a entender de alguna forma que los juristas (en donde habría que incluir a los cultivadores de la dogmática y de la teoría general del Derecho) habrían sido incapaces de concebir esa “ciencia del Derecho en sentido riguroso”? ¿Estaría quizás dispuesto a afirmar otro tanto en relación con otra disciplina como, por poner un ejemplo, la economía, que, tal y como ocurre con el Derecho, tiene un componente esencialmente práctico? Y si (como me parece) no es así, ¿a qué se debe esa diferencia de trato?

Yo creo (y contesto a la pregunta que acabo de hacer), que esa visión deformada, empobrecida, del Derecho y del pensamiento jurídico puede muy bien tener su causa en la identificación que hace Bourdieu de la ciencia jurídica con lo que normalmente llamamos escuela de la exégesis, o sea, una concepción del Derecho, típicamente francesa, acusadamente

---

<sup>30</sup> Véase la nota 4.



formalista y reduccionista (entre otras cosas, por reducir el Derecho al Derecho estatal), que en algún momento tuvo una gran influencia en el pensamiento jurídico pero que, desde hace mucho tiempo, ha dejado de ser el paradigma de referencia de los juristas teóricos y prácticos. Dicho de otra manera, los adversarios teóricos elegidos por Bourdieu (la escuela de la exégesis y el marxismo vulgar) no constituyen en absoluto las principales corrientes de pensamiento jurídico en el mundo occidental de la segunda mitad del siglo XX.

Y, en fin, su distanciamiento profesional del Derecho puede ser también la explicación de diversos errores que pueden encontrarse en *La force du droit*. Por ejemplo, al hablar del “efecto de universalización” característico del lenguaje jurídico y que, en su opinión, se obtendría mediante procedimientos como “el recurso sistemático al modo indicativo para enunciar las normas”,<sup>31</sup> Bourdieu atribuye a los filósofos del Derecho de tendencia iusnaturalista, representados por Kalinowski, la pretensión de que “los textos jurídicos no enuncian normas, sino que son constataciones, y que el legislador es alguien que enuncia el ser, no el deber ser”.<sup>32</sup> Pero Kalinowski (y el resto de los iusnaturalistas) sí que considera(n) que el Derecho consiste (al menos, en parte) en normas y que el legislador (y eventualmente otros operadores jurídicos) las enuncia; en otro caso sería difícil entender que Georges Kalinowski haya sido uno de los fundadores de la lógica de las normas y que, dentro de la estructura de las normas, exista siempre, según él, un elemento, un functor, normativo, que modaliza una acción como permitida, facultativa, prohibida u obligatoria. Cosa distinta, naturalmente, es que Kalimowski (en contra de lo que es usual sostener) pensara que las normas son susceptibles de ser calificadas como verdaderas o falsas; o que en la tradición iusnaturalista (pero no sólo en ella) se suela insistir en la imposibilidad de establecer una distinción tajante entre el ser y el deber ser. Y, en fin, la referencia de Bourdieu a la obra de Kalinowki, aunque no sea para nada central, muestra, me parece, el poco rigor empleado por el sociólogo francés en su escrito. Para ilustrar

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>32</sup> *Idem*.

lo anterior (que el legislador enuncia el ser, no el deber ser, esto es, que no enuncia normas), cita esta frase extraída de un libro de Kalinowski: “El legislador prefiere describir las instituciones jurídicas antes que establecer directamente reglas”. Y lo sorprendente es que se le olvidara lo que viene inmediatamente después de eso: “Pero la forma lingüística de sus textos no altera en lo más mínimo el carácter normativo del derecho”.<sup>33</sup>

Otro error de bulto (que no pasó inadvertido a su traductor<sup>34</sup>) consiste en que Bourdieu, siguiendo a J.-L. Austin, piensa que una de las exigencias constitutivas de la visión del mundo jurídico (y que jugaría un papel de gran importancia en el establecimiento del poder –poder simbólico- en régimen de monopolio ejercido por los juristas) sería “el hecho de que uno debe referirse y conformarse a los precedentes, lo que puede llevar a la distorsión de las creencias y de las expresiones ordinarias”.<sup>35</sup> Como es bien sabido, esto (la necesidad de seguir el precedente) vale típicamente para el sistema jurídico del *common law* (el que tenía presente el filósofo Austin), pero no, por ejemplo, para el sistema francés. No se trata, tampoco éste, de un error fatal para su teoría; en realidad, bastaría con sustituir ese requisito por el de la obligación de sujetarse a las fuentes del sistema (las que sean). Pero me parece que es una prueba más de que la mirada con la que Bourdieu contempló el Derecho fue verdaderamente una mirada desde muy lejos y un tanto distraída.

Y voy ahora a lo que propiamente es la concepción de Bourdieu sobre el Derecho. Me parece que el atractivo que para muchos tiene ese texto, *La force du droit*, deriva fundamentalmente de que el Derecho aparece contemplado ahí desde una perspectiva fuertemente conflictualista, lo que resulta sin duda de interés, dado que la aproximación teórica (sociológica) al Derecho no suele ser esa, sino que más bien se basa en una concepción de carácter funcionalista (que pone el acento en el equilibrio, en la estabilidad social). Pero ocurre que a Bourdieu no parece interesarle propiamente el

---

<sup>33</sup> Kalinowski, Georges, *Introducción a la lógica jurídica*, trad. de J.A. Casaubón, Buenos Aires, Eudeba, 1973, p. 165.

<sup>34</sup> Véase. Bourdieu, Pierre *op. cit.*, p. 188.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 187.

conflicto social, que efectivamente es la clave (o una de las claves) para entender el Derecho, sino que él se centra en el conflicto que tiene lugar entre los profesionales del Derecho, digamos, en el conflicto interno al campo jurídico, y en el que enfrenta a los profesionales con los profanos:

“Nada es menos natural que la ‘necesidad jurídica’ o el sentimiento de injusticia que puede llevar a recurrir a los servicios de un profesional(...). Los profesionales tienen, en definitiva, el poder de manipular las aspiraciones jurídicas, de crearlas en ciertos casos, de amplificarlas o de disuadirlas en otros(...). No cabe duda, además, de que son guiados en su trabajo de construcción de las *disputes* por sus intereses financieros, pero también por sus tendencias éticas o políticas, origen de afinidades socialmente fundadas con sus clientes(...) finalmente, y sobre todo, son guiados por sus intereses más específicos, los que se definirían en sus relaciones objetivas con los otros especialistas(...) El efecto del campo se manifiesta en el hecho de que las instituciones judiciales tienden a producir verdaderas tradiciones específicas y, en particular, categorías de percepción y de apreciación totalmente irreductibles a las de los no especialistas(...) El campo convierte los intereses prejurídicos de los agentes en causas judiciales y transforma en capital la competencia que asegura el control de los recursos jurídicos exigidos por la lógica del campo.”<sup>36</sup>

“La constitución del campo jurídico es inseparable de la instauración del monopolio de los profesionales sobre la producción y la comercialización de esta categoría particular de productos que son los servicios jurídicos. La competencia jurídica es un poder específico que permite controlar el acceso al campo jurídico, ya que puede determinar qué conflictos merecen entrar en él y la *forma* específica que deben revestir para constituirse en debates propiamente jurídicos (...) El cuerpo de profesionales se define por el monopolio de los instrumentos necesarios para la construcción jurídica que es, en sí misma, apropiación.”<sup>37</sup>

“Como la práctica religiosa, la práctica jurídica se define por la relación entre el campo jurídico, origen de la oferta jurídica que se genera por la

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 189-191.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 191-192.

rivalidad entre los profesionales del derecho, y las demandas de los profanos, que está siempre parcialmente determinada por el efecto de la oferta. Hay una confrontación constante entre las normas jurídicas ofrecidas, que se presentan como universales, al menos en su forma, y la demanda social, necesariamente diversa, conflictiva y contradictoria.”<sup>38</sup>

Ahora bien, esa forma de ver las cosas supone, yo creo, incurrir en una manifiesta exageración teórica que lleva consigo una distorsión de la realidad. Pues una cosa es pensar que pueda tener algún interés, que pueda jugar un papel para entender el funcionamiento del Derecho, la rivalidad existente entre diversos profesionales del Derecho (o entre los iusprivatistas y los iuspublicistas<sup>39</sup>) y entre estos y los profanos en Derecho; y otra cosa es hacer de ello el centro para la comprensión del Derecho. Es probable que esa idea, o ese enfoque (como parecen sugerirlo los anteriores textos), sea una consecuencia de la noción de “campo” que, como veíamos, juega un papel central en la sociología de Bourdieu. Pero el “campo jurídico”, si se quiere hablar así, tendría que construirse de manera mucho más compleja y, yo diría, más objetiva, en el sentido de que no me parece que haya ninguna razón para pensar que el Derecho (y a través, obviamente, del trabajo de los juristas) está desconectado de las genuinas demandas o necesidades sociales, o sea, para negar la existencia de fines del Derecho de carácter objetivo. Esa vinculación del Derecho con la realización de finalidades sociales constituye el núcleo de la obra de uno de los teóricos del Derecho que mejor representan la visión conflictualista del Derecho: Rudolf von Ihering. Como bien se sabe, en *El fin en el Derecho*, Ihering (si se quiere, “el segundo Ihering”) definía el Derecho como “el conjunto de las condiciones de vida de la sociedad en el sentido más amplio de la palabra, asegurado mediante la coacción externa por el poder público”.<sup>40</sup> Se trata de una visión del Derecho (lo que esa definición refleja) que ha inspirado de alguna manera a todas las concepciones antiformalistas que se han

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 202.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 217 y 219.

<sup>40</sup> Ihering, Rudolf von, *El fin en el Derecho*, trad. de D. Abad de Santillán, Puebla, Cajica, vol. 2, 1961, p. 364.

desarrollado desde hace aproximadamente siglo y medio, que han ejercido una poderosa influencia en el pensamiento jurídico y que, obviamente, tiene poco que ver con lo que Bourdieu considera como la concepción del Derecho característica de los juristas.

Naturalmente, no podemos pensar que el Derecho, la existencia de un Derecho, supone la realización de esas condiciones de vida; o, mejor dicho, el Derecho está vinculado a la realización de las condiciones de vida de la sociedad, pero no satisface esas necesidades o intereses sociales de una manera equitativa, imparcial. Ihering no tuvo en cuenta el elemento ideológico presente en muchos momentos de la vida del Derecho y que, efectivamente, tiene que ver con la pretensión de atribuir neutralidad o valor universal a aquello que no lo tiene. Bourdieu tiene razón en este punto (aunque, desde luego, no es el primero en llamar la atención sobre los ingredientes ideológicos del Derecho), pero de ahí no se sigue tampoco que la creencia en la neutralidad tenga siempre un carácter arbitrario o que “la ideología profesional del cuerpo de juristas” atribuya a la jurisdicción “el enunciado de valores universales y eternos, por lo tanto, trascendentes a los intereses de los particulares”.<sup>41</sup> Los juristas no son tan simples como Bourdieu parece suponer. Muchos de ellos son plenamente conscientes de que no todos los Derechos son iguales y de que donde funciona de manera razonable un Estado de Derecho, existen instituciones que aseguran un nivel para nada desdeñable de trato imparcial y para todos, esto es, de carácter universal: si no fuera así, no existirían derechos fundamentales. Todo lo cual –conviene insistir en ello– es compatible con reconocer el papel que la ideología juega en el Derecho, o sea, con la conciencia de que el Derecho –la ley– refleja muchas veces (pero de manera oculta, engañosa) los intereses de determinados grupos sociales, en detrimento de los de otros. Pero eso, como decía, no es ninguna novedad y, desde luego, no puede llevar a pensar que el sentido de la ley deba verse simplemente como una lucha entre profesionales:

---

<sup>41</sup> Bourdieu, Pierre, *op. cit.*, p. 202.

“En realidad, el contenido práctico de la ley que se revela en la sentencia es la culminación de una lucha simbólica entre profesionales dotados de competencias técnicas y sociales desiguales... El efecto jurídico de las reglas, su *significación* real, se determina en la relación de fuerzas específicas entre los profesionales, que puede pensarse tiende a reflejar la relación de fuerza entre los justiciables correspondientes.”<sup>42</sup>

Esto último, yo creo, supone una gran simplificación de la realidad; capta un aspecto de la misma, pero la absolutiza, al no tener en cuenta otros elementos (un típico ejemplo de deformación ideológica: tomar la parte por el todo). Y lo que parece haber detrás de esa idea es la configuración del *homo juridicus* según la imagen frecuente (y distorsionada) del *homo oeconomicus*: uno y otro serían maximizadores de utilidades; lo que explica sus comportamientos no sería otra cosa que el afán por satisfacer al máximo sus intereses, por incremenar su poder (su capital). Pero las cosas no son así: existe el comportamiento altruista (la gente no suele ser egoísta a tiempo completo) y existen juristas conscientes de los límites y de las posibilidades que el sistema en el que operan ofrece para satisfacer los valores (universales) de igualdad, dignidad y autonomía.

En definitiva, es cierto que la “fuerza” del Derecho no radica únicamente en el ejercicio de la fuerza física; que el Derecho ejerce además un “poder simbólico”; y que el discurso jurídico –el manejo de las formas jurídicas– contribuye a crear el mundo social y a consagrar el orden establecido. Si se quiere expresarlo en otros términos (más habituales): una de las funciones del Derecho es la de legitimar el poder. Pero no es la única. El Derecho no está condenado –como parece dar a entender Bourdieu– a jugar un papel inevitablemente conservador en el conjunto de la sociedad, en buena medida porque la vida jurídica, el quehacer de los juristas profesionales y el pensamiento jurídico son bastante más complejos de lo que su esquema sugiere.

---

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 180.

#### IV. EL PAPEL CENTRAL DE LA COACCIÓN EN EL DERECHO.

La lectura del libro de Schauer, de 2015, titulado *The force of law* produce (o me ha producido a mí) un efecto extraño. Esa extrañeza deriva de la impresión de que se trata de un buen libro (por momentos, excelente), pero dedicado, de comienzo a fin, a defender una tesis que, cualquiera diría, es puramente banal: la importancia que tiene el elemento de la coerción para entender el Derecho.

Si digo que es banal, ello se debe a que la idea que la gente en general y, en particular, los científicos sociales, los filósofos e incluso muchísimos juristas tienen del Derecho en nuestro medio (me refiero a España, pero seguramente sea lo mismo en cualquier país del mundo latino) se reduce prácticamente a considerar que el Derecho no es otra cosa que un fenómeno coercitivo: un instrumento cada vez más complejo con el que se trata de establecer y aplicar sanciones que, en último término, descansan en el ejercicio de la fuerza física. Y una prueba de hasta qué punto esa idea no es tampoco peculiar de la cultura jurídica “externa” es el arraigo que sigue teniendo entre los juristas profesionales (en particular, entre los docentes de nuestras Facultades) una visión del Derecho como la de Kelsen: el Derecho en cuanto conjunto de normas coactivas. De manera que uno estaría tentado a pensar que, en el marco de nuestra cultura jurídica (externa e interna), en donde habría que poner el acento no es en donde Schauer lo pone en este libro, sino justamente en el extremo opuesto: no se puede entender cabalmente lo jurídico si seguimos pensando que el único o fundamental ingrediente del Derecho es la coacción.

Esa tendencia a reducir el Derecho a la coacción ha estado muy presente, sin ir más lejos, en la reciente crisis de Cataluña. Y así, con independencia de lo que se haya pensado sobre si han sido o no adecuadas las actuaciones del gobierno central (al aplicar el famoso artículo 155 de la Constitución), del Tribunal constitucional (al anular una serie de decisiones del Gobierno de Cataluña), o del sistema de justicia penal (al iniciar procesos contra diversos políticos y activistas independentistas por la comisión de presuntos delitos), todos (o casi todos), los comentaristas de

la situación parecen haberse puesto de acuerdo a la hora de describir la crisis como un fracaso de la política (de la actividad política –la palabra que ha solido emplearse es “diálogo político”- que, al parecer, nada o muy poco tendría que ver con la coacción, con el poder), la cual habría sido sustituida (legítima o ilegítimamente, según las posiciones) por la acción (coercitiva) del Derecho. De manera que la imagen que en todo este conflicto parece haberse transmitido del Derecho es que éste representa (se identifica con) la regulación coactiva de la conducta humana, y de ahí la necesidad, o la conveniencia, de utilizar otros mecanismos que no hagan –o hagan un uso menor- de la fuerza física para organizar la convivencia. Es como si en la idea del “Estado de Derecho”, al Estado –a la política- se le hubiese hecho jugar el papel de la razón, del discurso racional, y al Derecho el de la fuerza, el del ejercicio del poder coactivo.

Ahora bien, probablemente ese clima cultural, esas opiniones en relación con el Derecho, no sea tampoco una peculiaridad de la cultura latina, sino que una percepción semejante puede encontrarse también en otros ámbitos y, en particular, en aquel al que Schauer pertenece: el mundo angloamericano. Pero ocurre que la cultura iusfilosófica (o, si se quiere, su tendencia dominante: el positivismo jurídico defendido por la mayor parte de los iusfilósofos analíticos) no parece compartir esa opinión que yo tendería a calificar simplemente de “sentido común”: no que el Derecho se reduzca a coacción, sino que el Derecho no puede entenderse sin la fuerza. Y eso (ese apartamiento del sentido común) es precisamente la razón de fondo que Schauer esgrime para presentar lo que –insistiendo en principio toda la apariencia de una banalidad, como si se tratase de proponer algo así como un cambio de perspectiva en el estudio del Derecho. En lo cual, lamentablemente, no hay más remedio que darle al menos una buena parte de razón: la filosofía del Derecho dominante (en el mundo angloamericano y, por efecto del colonialismo cultural que la globalización ha contribuido notablemente a incrementar, en la teoría del Derecho en general) en los últimos tiempos ha tendido, en efecto, más bien a soslayar que a subrayar la importancia que los elementos coercitivos tienen para la comprensión del Derecho.



La tesis central de Schauer, que en el libro está expuesta con claridad, elegancia e incluso maestría, vendría a ser la siguiente: La teoría del Derecho tradicional de Bentham y Austin que atribuyó a la coacción un papel de gran relevancia fue sustituida, a partir de los años sesenta y por influjo fundamentalmente de la obra de Hart, por una nueva concepción (los nombres más emblemáticos serían los de Joseph Raz y Scott Shapiro), en la que la coacción quedó claramente relegada a un plano muy secundario; y lo que Schauer trata de reivindicar en su libro es precisamente la necesidad de volver a poner a la fuerza, a la coacción, en un lugar central en nuestra concepción del Derecho. Veámoslo con un poco de detalle.

Como es bien sabido, un punto clave de la obra de Hart consistió en su rechazo al imperativismo austiniano, es decir, a la pretensión de identificar el Derecho con un conjunto de mandatos procedentes del soberano y respaldados por la coacción. Ese, para Hart, es un modelo excesivamente simple y que no capta rasgos esenciales de un sistema jurídico. En concreto, la noción de obligación jurídica no puede verse reflejada a través de una situación en la que alguien se “ve obligado” a realizar una acción porque en otro caso le sobrevendría una sanción; o sea, no se trata de algo equivalente al asaltante que nos amenaza con un arma para que le demos el dinero. “Tener una obligación” es más bien cuestión de haber asumido un punto de vista interno, el punto de vista del aceptante que considera el Derecho como un conjunto de criterios (de razones) para guiar y justificar nuestras conductas y las de los otros. Y, en consecuencia, la noción de obligación jurídica es independiente (desde el punto de vista lógico y conceptual) de la de sanción:

“La obligación jurídica es otra especie del mismo género [obligaciones creadas por un sistema normativo]. Si uno acepta –internaliza, o toma como una guía para la acción- el sistema, entonces ese sistema puede crear obligaciones para aquellos que lo aceptan. Y el sistema puede crear tales obligaciones para quienes están dentro del mismo, como cuestión conceptual o lógica, sin ninguna referencia a la fuerza, a las sanciones o a la coerción. Esto es lo que Joseph Raz llamó el “punto de vista jurídico”, y así expresado no es más misterioso o desconcertante que el punto de vista

del ajedrez o que el punto de vista moral. Estar dentro de un sistema de normas es tener la capacidad de realizar acciones, tener razones, efectuar enunciados, ofrecer críticas y llegar a juicios *desde* y no acerca de normas de tal sistema. Y así, la normatividad del Derecho presupone (o es condición suya) que uno esté dentro del sistema normativo jurídico. Pero una vez que la condición contingente se vea satisfecha o que la presuposición haya sido aceptada, la normatividad del Derecho se equipara con cualquier otra forma de dar razones desde el punto de vista de un sistema de reglas o de normas presupuesto. Reconocer lo que es efectuar juicios (tanto acerca de la propia conducta, como de crítica o alabanza de la de otros) desde dentro del sistema de reglas fue el punto de vista básico y profundamente influyente de Hart. *Contra Bentham y contra Austin*, puede haber obligación jurídica con independencia de las sanciones”.<sup>43</sup>

Ahora bien, esa manera de entender la obligación jurídica no significa que Hart prescindiera completamente de la coacción para dar cuenta de la naturaleza del Derecho. La coacción sería para él algo así como una “necesidad natural” que deriva de ciertos rasgos o características que poseen los seres humanos y el mundo y que da lugar a lo que él llamó el “contenido mínimo de Derecho natural”; concretamente, la existencia de un altruismo limitado y de una comprensión y fuerza de voluntad limitadas es lo que explicaría y justificaría que un sistema jurídico tenga que contener sanciones. Pero no se trataría de una necesidad de tipo lógico o conceptual, sino que la coacción sería más bien un rasgo contingente y no un componente esencial de la obligación jurídica. Esa es la línea que, ya en los años setenta, van a seguir autores como Raz (en *Practical Reasons and Norms*<sup>44</sup>) o MacCormick. Así, este último (al igual que lo había hecho Raz; que luego lo hará Shapiro,<sup>45</sup> sostendrá que la coacción “no es un rasgo lógicamente necesario de un sistema jurídico que establece derechos y define delitos para los miembros de una sociedad”, sino simplemente

<sup>43</sup> Schauer, Frederick, *The force of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2015, p.35.

<sup>44</sup> Raz, Joseph, *Razón práctica y normas*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, CEC, 1991.

<sup>45</sup> Shapiro, Scott J., *Legality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2011.

una “necesidad práctica”, de manera que “el Derecho no es *esencialmente* coactivo, aunque con frecuencia puede serlo *realmente*”.<sup>46</sup>

Schauer no discute este punto, esto es, no niega que sea posible, desde una perspectiva puramente lógica, concebir la obligación jurídica con independencia de la coacción (uno puede seguir el Derecho simplemente porque es el Derecho, no por temor a la sanción), pero considera que de ahí no se sigue que una investigación sobre la naturaleza del Derecho pueda prescindir de la sanción. Y para ello esgrime fundamentalmente dos argumentos.

El primero consiste en cuestionar que la forma adecuada de abordar el concepto de Derecho sea la de tratar de establecer las condiciones necesarias y suficientes que caracterizarían a ese concepto. En su lugar, Schauer defiende una aproximación que contaría con un apoyo en diversas corrientes de filosofía (por ejemplo, la iniciada por Wittgenstein) y también en la teoría del Derecho; habría sido, como es bien sabido, la vía seguida por Finnis en su clásica obra *Natural law and natural rights*,<sup>47</sup> y de acuerdo con la cual, la manera adecuada de encarar el problema de la naturaleza del Derecho no consistiría en centrarse en la esencia del Derecho, sino más bien en los elementos típicos (en lo “propio”) del Derecho:

“Al menos tenemos que reconocer que hay mucho apoyo, sin embargo, para sostener que el concepto de Derecho, quizás como todos los conceptos y quizás como sólo algunos conceptos, está mejor caracterizado en términos de casos centrales no identificables ellos mismos en términos de propiedades necesarias y cuyas propiedades pueden no estar presentes en otras, igualmente adecuadas, aplicaciones del concepto. Así, el [concepto de] Derecho, como muchos otros –quizás todos- puede muy bien ser un concepto genérico, de grupo o de semejanza de familia”.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> MacCormick, Neil, *Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 194.

<sup>47</sup> Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de C. Orrego, Buenos Aires, Eudeba, 2000.

<sup>48</sup> Schauer, Frederick, *op. cit.*, p. 40.

Y el segundo argumento es que, para poder prescindir de la sanción en el análisis del concepto de Derecho, habría que otorgar un gran peso, a la hora de comprender el funcionamiento real del Derecho, a la existencia del aceptante, esto es del “puzzled man” de Hart: la persona que desea conocer lo que el Derecho requiere, no para saber lo que tiene que hacer para evitarse consecuencias negativas, sino para cumplir con el Derecho, con independencia de las sanciones, los castigos y la coerción.<sup>49</sup> Pero a Schauer le parece que ese tipo de agente dispuesto a cumplir con el Derecho simplemente porque es el Derecho no es frecuente que nos lo encontremos, ni entre la gente en general, ni tampoco entre las autoridades: “Para el presente propósito la cuestión no es si los ciudadanos *deben* seguir el Derecho porque es el Derecho, sino si, y en qué medida, realmente lo hacen. Pues si los ciudadanos (o los funcionarios [oficiales], como exploraremos en el capítulo 6 <sup>50</sup>) raramente obedecen el Derecho justamente porque es el Derecho, y si la gente *puzzled*, en el sentido de Hart, es muy poca, entonces la coerción vuelve a surgir como un fenómeno empíricamente necesario, aunque no lo sea lógicamente, para que el Derecho haga lo que de él se espera”.<sup>51</sup> Bueno, el planteamiento de Schauer, como antes he dado a entender, es acertado por diversas razones: porque pone de manifiesto la importancia del saber social –de las investigaciones empíricas- en la teoría del Derecho; porque supone una cierta corrección a planteamientos que, al aproximar demasiado el Derecho a la moral, contribuyen inevitablemente a ofrecer una imagen idealizada de lo que es el Derecho; porque muestra también que el Derecho no es exclusivamente el Derecho estatal (en el libro Schauer defiende cierto tipo de pluralismo jurídico) y que entre el Derecho y el no Derecho existen *diferencias*, aunque no sea posible establecer una *demarcación* tajante; y, en fin, por restaurar lo que antes llamaba sentido común a propósito del Derecho: la coerción es un elemento esencial para comprender lo que es el Derecho. Las líneas que siguen contienen, me parece, la principal conclusión a la que Schauer llega en *The force of Law*:

<sup>49</sup> Véase. *Ibidem*, p. 42.

<sup>50</sup> Se refiere al capítulo de su libro titulado: “¿Están los funcionarios por encima del Derecho?”

<sup>51</sup> Schauer, Frederick, *op. cit.*, pp.55 y 56.

“La presencia de poder coercitivo inescapable es lo que típicamente hay detrás de la expresión ‘la fuerza del Derecho’ y detrás de la creencia del ciudadano ordinario de que la coerción es realmente central para la idea de Derecho. Como muchos otros aspectos del Derecho tal y como lo vivimos, la coerción no es ni necesaria ni suficiente para el Derecho. Pero la contingente ubicuidad de la coacción jurídica testifica que en muchos dominios hay fines valiosos que no pueden ser alcanzados sólo con la cooperación, incluso con el tipo de cooperación en la que la gente internaliza razones de segundo orden para suprimir sus deseos y decisiones de primer orden. Si desconocemos este hecho, desconocemos también algo muy importante acerca de por qué el Derecho existe y para qué sirve (...) Las dimensiones coercitivas del Derecho no son todo el Derecho, pero si la tarea de comprender un fenómeno comienza con ciertos aspectos del fenómeno cuya presencia tendría que ser suministrada por cualquier explicación satisfactoria del fenómeno, entonces la coerción tiene que ser considerada como uno de esos aspectos. Si una explicación satisfactoria del Derecho debe, como Hart nos recuerda, ajustarse a los hechos, entonces la capacidad coercitiva del Derecho es uno de los hechos a los que debe ajustarse esa explicación”.<sup>52</sup> Y las preguntas que, yo creo, habría que hacerse ahora serían de este tipo: ¿Merece la pena insistir tanto en ese redescubrimiento de lo obvio? ¿Cómo justificar tal esfuerzo teórico para dar cuenta, como acabamos de ver, de algo que cualquier ciudadano ordinario parece conocer? ¿Por qué resulta tan necesario rectificar esa tesis que tanto arraigo parece tener en lo que efectivamente constituye la corriente principal de la teoría del Derecho contemporánea? ¿Tal vez porque hay algo en esa corriente – en alguno de sus presupuestos- que habría que considerar como irremisiblemente equivocado?

Mi opinión es que sí, que en la concepción positivista-analítica del Derecho hay un elemento, la reducción del Derecho a un sistema de normas, que efectivamente imposibilita que podamos comprender cabalmente el Derecho. O, dicho de otra manera, el Derecho no es simplemente un

---

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 165.

conjunto de normas, sino también y fundamentalmente una práctica social con la que se trata de lograr ciertos fines y valores. Esto último es lo que caracteriza la idea del Derecho del postpositivismo y, cabría pensar, la idea a la que parecería tendría que conducir un planteamiento como el de Schauer. Sin embargo, no ocurre así, por razones que a mí me parecen poco convincentes.

Al señalar que la “nueva sabiduría convencional” en los círculos de filosofía del Derecho del último medio siglo no considera que la fuerza sea uno de los elementos característicos del Derecho, Schauer establece una importante excepción: ese no es el caso del planteamiento de Dworkin, para el cual, una concepción del Derecho debe explicar “cómo lo que ella considera como Derecho proporciona una justificación general para el ejercicio del poder coercitivo por el Estado”.<sup>53</sup> Y, como se sabe, Dworkin es el principal representante de esa concepción postpositivista del Derecho. Pero Schauer, aunque de manera yo diría un tanto oblicua, descarta la noción amplia de Derecho que representa Dworkin, si yo le interpreto bien, por estas tres razones (que sin duda están estrechamente vinculadas entre sí): 1) porque desdibuja las diferencias entre el Derecho y la moral; 2) al igual que entre el Derecho y otras instituciones sociales (aparte de la moral); y 3) porque no da suficiente cuenta del papel de la autoridad en el Derecho. Precisemos un poco estos tres puntos.

1) Como antes veíamos, Schauer da gran importancia a la cuestión de si la gente realmente obedece el Derecho, esto es, si toma decisiones y realiza acciones que son conformes con el Derecho, porque eso es lo que establece el Derecho, y no por la amenaza de la sanción o porque se considere que el contenido del Derecho es conforme con la moral. Las investigaciones empíricas existentes mostrarían que eso no ocurre muy a menudo, pero esos datos empíricos carecerían de valor desde la perspectiva de una concepción como la de Dworkin que no reduce el Derecho a lo que Schauer llama el “Derecho en su primer estadio” (el conjunto de materiales que incluye leyes, regulaciones, decisiones judiciales,

---

<sup>53</sup> *Ibidem*, pp.10 y 75; Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986.

constituciones escritas e instrumentos convencionales de análisis jurídico), sino que incluye también otra serie de razones normativas y, en particular, las de carácter moral. Schauer reconoce que plantearse si “el Derecho en su primer estadio es todo el Derecho o solamente parte del Derecho es una cuestión interesante e importante, pero no es la única cuestión importante e interesante”.<sup>54</sup> Y añade que la noción estrecha de Derecho (por tanto, no la *dworkiniana*) es necesaria, entre otras cosas, para poder dar cuenta de actos de desobediencia civil como los llevados a cabo por Thoreau, Gandhi, Russell, las sufragistas o Martin Luther King:

“Pero sólo con la noción de una categoría como la de Derecho en su primer estadio tiene sentido su [de esos autores] comprensión (y la nuestra) de sus actos, porque el conflicto que percibieron y articularon se disuelve si el Derecho incluye las cuestiones morales que ellos creyeron estaban en conflicto con el Derecho. Y así, sólo disponiendo de algo como la categoría de Derecho en su primer estadio podemos entender la perspectiva sobre el Derecho no sólo de la mayor parte de la gente ordinaria, sino del mismo sistema jurídico. Cuando estamos interesados en si la gente obedece el Derecho, necesitamos de esa comprensión estrecha del Derecho para dar sentido a la cuestión. Si “Derecho” es solamente la etiqueta que ponemos a un juicio con un conjunto más o menos amplio de inputs –si obedecer el Derecho viene a coincidir con hacer lo correcto- entonces investigar los efectos del Derecho sobre las decisiones se vuelve un sinsentido, dejando fuera una cuestión que ha estado presente al menos desde la muerte de Sócrates”.<sup>55</sup>

2) Al tratar de explicar que Austin y Bentham excluyan las recompensas de la definición de Derecho (para quedarse sólo con las sanciones), Schauer se plantea que una concepción amplia del Derecho, como la de Dworkin, podría dar cuenta de ello, pero a costa de borrar las diferencias entre el Derecho y otras instituciones sociales:

“Más que definir el Derecho en términos de la naturaleza de sus normas o de la naturaleza de sus fuentes, podemos, en lugar de ello, pensar el

<sup>54</sup> Schauer, Frederick, *op. cit.*, p. 70.

<sup>55</sup> *Idem.*

Derecho simplemente como la actividad de la que se ocupan los tribunales, los abogados y el conjunto de instituciones delimitadas sociológicamente que la rodean. Así como hay al menos una definición del *arte* como lo que hacen los artistas y la cultura y el negocio del arte, y así como la definición de *Derecho* de Ronald Dworkin ha parecido a veces estar cerca de definir el Derecho como precisamente lo que los tribunales y los abogados hacen, una definición del Derecho puede ser parasitaria de las actividades de los tribunales, los jueces, los abogados y las instituciones asociadas con ello (...) Ahora bien, ¿cuáles son los aspectos del Derecho que cualquier visión de la naturaleza del Derecho *debería* explicar? Si deseamos explicar sólo un sistema de normas o una institución de organización social cuyo propósito es alcanzar objetivos deseables y usar recursos estatales al servicio de esos objetivos, entonces el sistema de recompensas que se ha descrito satisface los requisitos. Pero entonces tendríamos que incluir, lo que parece discutible, bajo el paraguas del Derecho todo el sistema de elaboración de políticas y de ejecución de políticas. Esta forma de entender el alcance del Derecho puede o no ser una buena cosa para hacer, y puede o no ser útil para algunos propósitos prácticos o teóricos, pero no es capaz de explicar lo que parece ser por lo menos una diferencia sociológica entre los tribunales y otras instituciones públicas, entre los juristas y otros profesionales del ámbito de la política, y entre el aparato jurídico y otros numerosos dispositivos de las políticas públicas”<sup>56</sup>

3) En fin, al señalar la importancia que tiene la autoridad en el Derecho y cómo el Derecho es por ello diferente de muchas otras instituciones sociales, puesto que la autoridad hace que se trate de un dominio limitado, Schauer se refiere a la noción hartiana de regla de reconocimiento, en cuanto mecanismo para identificar “aquellas fuentes, en un sentido amplio, que son *reconocidas* por una regla de reconocimiento como parte del Derecho en primer lugar”.<sup>57</sup> Y también aquí aparece una cierta discrepancia con la concepción de Dworkin:

---

<sup>56</sup> *Ibidem*, pp. 121-122.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 158.



“Una manera de entender el influyente desafío de Ronald Dworkin a Hart y a la tradición moderna del positivismo jurídico consiste en ver a Dworkin como alguien que niega que la toma de decisión judicial es o puede ser restringida a un dominio limitado por fuentes identificables mediante una regla de reconocimiento”.<sup>58</sup>

Bueno. No pretendo defender aquí la concepción dworkiniana en todos sus detalles; y creo, por lo demás, que Schauer puede tener alguna razón en sus muy matizadas críticas. Pero me parece que una concepción postpositivista del Derecho bien entendida (que en muy buena medida viene a coincidir con la de Dworkin, aunque no se identifique del todo con ella) puede hacer frente a esas tres objeciones sin demasiados problemas.

Ad 1) Sobre cómo ha de verse la relación entre el Derecho y la moral, lo que esa concepción vendría a sostener no es la imposibilidad de distinguir el Derecho de la moral o la configuración del Derecho como una parte de la moral (una confusión a la que quizás pueda haber contribuido Dworkin al presentar el Derecho como una rama de la moralidad política;<sup>59</sup> sino la existencia tanto de diferencias como de continuidades entre el Derecho y la moral. Ambas son prácticas sociales que comparten algunos instrumentos y algunos fines, pero eso no es óbice para considerar que algún aspecto de una práctica jurídica pueda ser contrario a la moral; o, dicho de otra manera, las actuaciones de Thoreau, Gandhi, etc. pueden haber sido moralmente correctas (o más que eso: supererogatorias) y, al mismo tiempo, contrarias al Derecho establecido en un cierto momento. “Obedecer el Derecho” no coincide, por lo tanto, necesariamente con “hacer lo correcto”; el postpositivismo no es un tipo de positivismo ideológico, de legalismo ético.

Ad 2) Tampoco me parece que el postpositivismo corra el riesgo de descuidar lo que podríamos considerar como las señas de identidad del Derecho, o sea, que provoque algo así como una “desdiferenciación” del Derecho en relación con las otras instituciones sociales. Sí que supone una ampliación del ámbito de lo jurídico (Dworkin maneja sin duda un

---

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 231.

<sup>59</sup> Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2011.

concepto más amplio de Derecho que el de Hart), pero eso no quiere decir que haya desaparecido la noción de límite, sino que la misma se construye de una manera distinta. Creo que un buen ejemplo de esto último lo tenemos en la concepción de la interpretación de Dworkin; él insiste mucho en que interpretar el Derecho no es inventárselo (prescindir de los materiales jurídicos, del “Derecho en su primer estadio” al que se refería Schauer), pero lo que guía la labor del intérprete sería la de dar a esos materiales el sentido que signifique un máximo desarrollo de los fines y valores de la práctica (la interpretación jurídica, como se sabe, no puede seguir un modelo puramente “intencionalista”). Por eso, no hay riesgo, me parece a mí, de identificar el rol del juez con el del legislador o el de los órganos administrativos que desarrollan las políticas públicas establecidas por el ejecutivo.

Ad 3) Y, finalmente, el postpositivismo no niega que el Derecho sea un fenómeno autoritativo, sino que, como antes decía, ve el Derecho como una realidad dual, de manera que, junto a las disposiciones de la autoridad, están también los fines y valores que caracterizan a una determinada práctica social. Por eso, yo no vería tampoco ninguna incompatibilidad entre ser postpositivista y aceptar un criterio como el de la regla de reconocimiento, siempre que este se entienda de una manera suficientemente amplia. Dicho de otra manera, se necesita algún tipo de mecanismo que sirva como anclaje del Derecho en el sistema social (las razones sociales –morales, económicas, etc.- no pueden convertirse automáticamente en razones jurídicas), aunque los rasgos específicos que haya de tener ese mecanismo de transformación puedan ser discutibles, puedan configurarse de una u otra forma. Pero, en definitiva, el postpositivismo no tiene que ver con lo que últimamente suele llamarse “neoconstitucionalismo”,<sup>60</sup> no niega la importancia de la autoridad en el Derecho y, por tanto, reconoce que en el razonamiento judicial de carácter justificativo hay tanto razones sustantivas (dependientes del contenido) como razones formales o autoritativas (independientes del contenido).

---

<sup>60</sup> Véase. Atienza, Manuel, *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017, cap. V.

Ahora bien, ¿de qué manera afecta lo que se acaba de decir al planteamiento de Schauer en relación con el Derecho y la fuerza? Yo creo que, fundamentalmente, de estas dos.

Por un lado, tener en cuenta lo anterior podría servir muy bien para comprender por qué la tendencia de la corriente principal de la filosofía del Derecho en los últimos tiempos, al relegar a un segundo plano el problema de la sanción, es efectivamente equivocada. El error consiste en que ese planteamiento prescinde de lo esencial: de que el Derecho es una práctica social encaminada a la consecución de ciertos fines y valores (básicamente, en el caso de los Derechos del Estado constitucional, la consecución de los derechos fundamentales de los individuos) y de que esos objetivos no podrían lograrse sin utilizar recursos coactivos. Un concepto de Derecho que pretenda dar cuenta de esa práctica (y no simplemente del sistema de normas que, obviamente, también es un componente de nuestros Derechos) no puede, por tanto, dejar fuera ese aspecto, sino que tendría que centrarse en la compleja interrelación de medios y fines que caracteriza a la empresa del Derecho. Una muestra del alejamiento de esa corriente central de la iusfilosofía de la realidad del Derecho, de la práctica social en que consiste el Derecho, es la conocida distinción de Joseph Raz (a la que varias veces se refiere Schauer en su libro) entre el Derecho y el razonamiento jurídico: como si la práctica del razonamiento jurídico no formara parte de “la naturaleza del Derecho”. Al igual que también está alejada de la práctica jurídica una concepción imperativista del Derecho como la de Austin o la de Kelsen, en este caso por sobrevalorar el papel de la norma y de la sanción (lo que Ihering llamaba “la forma externa del Derecho”) y dejar fuera los fines del Derecho, muchos de los cuales no podrían satisfacerse únicamente por medio de la sanción. Y si a eso se le añade un hecho que no pasa inadvertido a Schauer: la importancia que la coacción (y las recompensas) representa para una visión del Derecho como la de Dworkin, pero también como la de von Ihering (el “segundo Ihering”) que, en mi opinión<sup>61</sup> es el autor con el que se inicia en los tiempos

---

<sup>61</sup> Véase. *Ibidem*, Cap. I.

modernos la idea del Derecho como práctica social y, en cierto modo, el postpositivismo. La consecuencia a la que habría que llegar (pero a la que no parece llegar Schauer), es que una investigación adecuada sobre el papel de las sanciones en el Derecho supone modificar la idea de fondo del Derecho que subyace a la corriente principal de la iusfilosofía; y no sólo en el sentido de ampliar el ámbito de lo jurídico, sino introduciendo el componente finalista y valorativo consustancial a una práctica social.

Por otro lado, creo que si Schauer hubiese partido precisamente de la concepción (postpositivista) del Derecho a la que me vengo refiriendo, hubiese cambiado también un tanto su manera de abordar la cuestión del Derecho y la fuerza. Para empezar, no habría, creo yo, dedicado tanto esfuerzo para defender una tesis que, como ya he repetido varias veces, no pasa de ser banal: la necesidad de contar con el elemento de la coacción para dar cuenta del concepto de Derecho. Tampoco me parece que tenga demasiado interés su empeño por aislar el componente estrictamente jurídico de las acciones y decisiones de la gente y de las autoridades; quiero decir que si el Derecho no puede (o no siempre puede) distinguirse netamente de la moral, entonces lo que quizás debiera importarnos no sería tanto la cuestión de en qué consiste obedecer el Derecho, sino de qué manera puede lograrse que la gente y las autoridades actúen de cierta forma y se obtengan con ello determinados fines; y ello, con independencia de si esos mecanismos son “estrictamente” jurídicos o contienen también algún componente de tipo moral, económico, etc.; lo lógico es que esos mecanismos se den, por así decirlo, mezclados, dado lo que son (cómo operan) las diversas prácticas sociales. Y, finalmente, en la investigación de Schauer falta por tratar la cuestión que, con razón, Dworkin consideraba como central para la filosofía del Derecho: cómo y hasta qué punto se puede justificar el uso de la coerción pública.

## BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017.
- BOURDIEU, Pierre, *La fuerza del Derecho*, trad. de Carlos Morales, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000.
- DERRIDA, Jacque, *Fuerza de ley. El “Fundamento místico de la autoridad”*, trad. de A. Barberá y P. Peñalver, Madrid, Tecnos, 1997.
- DWORKIN, Ronald, *Law’s Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986.
- \_\_\_\_\_, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2011.
- FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de C. Orrego, Buenos Aires, Eudeba, 2000.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, *Sociología y crítica del Derecho*, México, Tontamara, 2010.
- IHERING, Rudolf von, *El fin en el Derecho*, trad. de D. Abad de Santillán, Puebla, Cajica, vol. 2, 1961.
- KALINOWSKI, Georges, *Introducción a la lógica jurídica*, trad. de J.A. Casaubón revisada por J. L. Vermal, Buenos Aires, Eudeba, 1973.
- MACCORMICK, Neil, *Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*, Madrid, Tecnos, 1990.
- MORALES, Carlos, “Presentación” a Bourdieu, 2000.
- POWER, Jim, *Postmodernism for beginners*, ilustraciones de J. Lee, Writers & Readers Publishing, London-New York, 1998.
- RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, CEC, 1991.
- SHAPIRO, Scott J., *Legality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2011.
- SCHAUER, Frederick, *The force of Law*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2015.
- WACQUANT, Loïc J. D. y Bourdieu, Pierre, *An invitation to Reflexive Sociology*, The University of Chicago Press, Chicago, 1992.

# DERECHO PENAL Y ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. ¿VALE LA PENA LO QUE CUESTA?<sup>1\*</sup>

Juan Antonio GARCÍA AMADO\*

## I. LA DOGMÁTICA PENAL Y SU INTERNA PARADOJA

La dogmática penal dominante, al menos la europea, bajo fuerte influencia alemana, compartiría los siguientes presupuestos:

(i) El derecho penal no debe castigar cualquier conducta, sino solamente aquellas que atenten contra o pongan en peligro determinados bienes especialmente importantes para la vida del individuo y la convivencia social. A esos bienes tan relevantes se les denomina bienes jurídicos o bienes jurídico-penales.

(ii) El que una conducta atente contra o ponga en peligro un bien jurídico-penal hace esa conducta especialmente reprochable, y por razón de esa reprochabilidad está justificado la pena. Elemento esencial y condicionante de tal reprochabilidad es la crítica moral. Esto quiere decir que una conducta que sea perjudicial desde algún punto de vista no moral (por ejemplo, desde un punto de vista solo económico o político), no debe considerarse delictiva y, por tanto, apta para el castigo penal, si no contiene ese elemento de reprochabilidad moral. En otras palabras, será raro o muy infrecuente que nos encontremos con conductas punibles de las que, más allá de ciertos debates ideológicos o político-morales, se piense mayoritariamente que son moralmente inobjetables.

(iii) El encadenamiento de las ideas anteriores podría, en buena lógica, llevarnos a pensar que el derecho penal es refuerzo último de la moral, o al menos de las partes más importantes de la moral socialmente imperante. De ser así las cosas, el castigo penal requeriría una condición formal relacionada con el principio de legalidad, pero tendría un fundamento sustan-

---

<sup>1</sup> Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación DER2016-74898-C2-1-R, financiado por el Ministerio español de Ciencia, Innovación y Universidades.

\* Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de León.

tivo claro: al delincuente, mediante la pena, se le hace pagar por o retribuir una conducta suya gravemente reprochable. En otras palabras, al infractor penal se le castiga por malo, aun cuando para que ese castigo penal pueda ocurrir se requieren ciertas condiciones jurídico-formales ligadas a elementales garantías de todos los ciudadanos ante el riesgo de abuso por el Estado. No es fácil imaginar que socialmente esté aceptada la imposición de penas por conductas que la respectiva sociedad considera loables o, por lo menos, no merecedoras de reparo moral ninguno<sup>2</sup>.

(iv) Tendríamos, pues, que, a la hora de hallar el fundamento último del castigo penal, esa dogmática apunta a alguna forma mínima de retribucionismo, sin perjuicio de que el fundamento retributivo pudiera combinarse con la asignación de propósitos adicionales a la pena, como el disuasorio o preventivo<sup>3</sup>. Pero no sucede así. A diferencia de lo que vemos en la teoría penal anglosajona, y en especial en la norteamericana, en la que el retribucionismo suele aparecer como una fundamentación de la pena de tintes marcadamente progresistas, en la dogmática penal española y europea se huye como de la peste de cualquier insinuación de fundamento retributivo de la pena, seguramente por la equiparación que, desde antiguo, la dogmática alemana más influyente viene haciendo entre retribución y venganza, equiparación que en modo alguno es racionalmente sostenible a día de hoy y que está completamente superada en otros ámbitos doctrinales.

(v) Se aleja, pues, la dogmática penal europea de todo sustento retributivo de la pena y se acoge a fundamentaciones preventivas, en cualquiera de las combinaciones posibles: prevención especial y prevención general, y prevención negativa o positiva. Lo que importa, pues, de la pena, para que

<sup>2</sup> Más allá, por supuesto, de puntuales disputas en momentos concretos de transición social o de cambio en la valoración social de algunos comportamientos. En esos momentos surge un debate sobre la reprochabilidad o no de algunas acciones y puede originarse ahí un cambio legal que lleve a la no punición de lo antes penado o al castigo penal del comportamiento antes no punible. Lo que es difícilmente concebible es que de modo pacífico una sociedad estime que una conducta es moralmente irreprochable y que, al mismo tiempo, acepte que tal conducta esté penada.

<sup>3</sup> Una teoría retributiva suave o matizada, como la que en otro lugar he sostenido, vendría a establecer que la retribución es condición necesaria, aunque no condición suficiente de la pena.

esté con carácter general justificada, son sus *efectos*, o algunos efectos posibles de la misma. La conducta reprochable por lesionar o poner en peligro un bien jurídico-penal es el factor desencadenante, pero al autor de esa conducta no se le castiga meramente por haber hecho lo que hizo y porque al haber hecho eso merece tal castigo, sino para conseguir determinado efecto hacia el futuro: que él tema volver a hacer eso (prevención especial negativa), que él se convenza de que no está bien hacer eso (prevención especial positiva), que el conjunto social escarmiente en cabeza ajena y se abstenga, por temor a una sanción así, de proceder de esa manera (prevención general negativa) o que el conjunto social aprenda la lección a costa del delincuente y vea cuán fundada está la protección de ese bien y qué mal está dañarlo (prevención general positiva).

(vi) Esa tensión entre fundamento moral de la pena por referencia a la lesión de bienes jurídico-penales, por un lado, y efectos preventivos como justificación de la aplicación de los castigos penales, por otro, tiene dos consecuencias problemáticas para la dogmática penal. Por una parte, la aversión a todo componente retributivo o de merecimiento individual del castigo hace muy difícil construir una sólida base teórica para ideas tan capitales como la de proporcionalidad entre delito y pena, el llamado principio de proporcionalidad penal. Además, si lo que nada más que fundamenta la pena es cierto efecto disuasorio y preventivo, puede en muchas ocasiones haber ahí buen motivo para desbordar la proporcionalidad y aplicar castigos desmesuradamente altos; o para dejar impunes o escasamente castigadas conductas muy reprochables y moralmente merecedoras de castigo, cuando se constate que la pena no rinde las consecuencias disuasorias y preventivas que la justifican.

Si lo que da razón de ser a la pena no es, ni en todo ni en parte, retribuir el merecimiento negativo del autor del atentado contra el bien jurídico-penal, sino lograr efectos sociales consistentes o bien en que tal autor no vuelva a cometer ese tipo de acciones, o bien en que la pena a ese autor coadyuve en alguna medida a una disuasión de alcance general, dicha justificación preventiva del castigo penal necesita ir acompañada de sólidos conocimientos y buena teoría sobre causas y efectos, y tanto en el plano de



la psicología individual (si el eje se pone en la prevención especial) como en el plano de la psicología social y la sociología (si la mira se coloca en la prevención general). Es decir, o la dogmática penal de orientación preventiva trabaja codo con codo con ciertas ciencias sociales que surten de datos empíricos y enseñan a analizarlos, o bien esa dogmática penal rueda en el vacío, ya que será incapaz de evaluar en qué medida las penas satisfacen o no el objetivo práctico-social que las justifica. Si la razón de ser de la pena es causar determinado efecto sobre las conductas futuras, hará falta saber de causas y efectos en materia de conductas, y ese saber, más allá de lo que marca la experiencia ordinaria de cualquiera o el sentido común, solo lo dan algunas ciencias, ciencias que versan sobre la acción individual y sus factores determinantes y sobre los efectos sociales o colectivos de determinados eventos.

Lo que en la secuencia de los seis puntos anteriores he tratado de expresar es lo que ahora me atrevo a denominar la *paradoja básica de la dogmática penal* (europea y, especialmente, alemana), paradoja que se puede desglosar en dos partes:

Una. En la dimensión moral de su justificación de la pena a partir de la idea de bien jurídico-penal, la dogmática pierde congruencia teórica, congruencia interna, al rechazar de mano todo fundamento retributivo del castigo penal, toda idea de la pena justificada como pena merecida por el delincuente a causa de la reprochabilidad personal de su conducta.

Dos. Al fundamentar la pena en sus efectos preventivos, pierde congruencia práctica, congruencia externa (si así se puede decir), congruencia entre fines y medios, ya que se desentiende grandemente del análisis de los efectos individuales y sociales de las sanciones. Ese desajuste entre proclamación de fines como fundamento del castigo penal y análisis de efectos para ver si las penas alcanzan o no los objetivos que las justifican, me parece que se debe ante todo al modo como la dogmática se cierra sobre sí misma, sobre sus conceptos internos y el puzzle que componen, y a la desatención hacia los resultados de las ciencias empíricas que podrían proporcionarle los datos decisivos para la evaluación real de las políticas penales. Una vez que el dogmático penalista convencional o al uso ha proclamado

que la razón de ser de la pena no está en la venganza ni en forma alguna de retribución, sino en alguna manera de prevención o en una combinación de varias, deja de prestar atención a qué penas y en qué delitos surten o no un efecto preventivo mayor o menor, o a las razones empíricas de por qué unas veces las penas disuaden y otras no, y se repliega a las disquisiciones que en verdad le divierten y le dan prestigio entre sus colegas, como la de si el dolo está en el tipo o en otro lado o la de si algún elemento volitivo o de conocimiento forma parte o no de la antijuridicidad.

No pretendo insinuar, en modo alguno, que sean estériles esas elucubraciones conceptuales y sistemáticas en las que la dogmática se vuelca, creo que son útiles y necesarias, dentro de un orden. Solo afirmo que la dogmática pierde pie cuando da la espalda a aquellos datos o saberes a los que ella misma parece que remite al fundamentar la pena por referencia a sus efectos sociales.

## II. DOGMÁTICA PENAL Y CRIMINOLOGÍA: ¿UN MATRIMONIO POR INTERÉS?

Dos son los enfoques de ciencia social que se ofrecen en auxilio del penalista dogmático y para sacarlo de su ensimismamiento o librarlo de su alienación, la criminología y, muy recientemente, el análisis económico del derecho.

El par habitual y clásico es el formado por dogmática penal y criminología. Penalistas teóricos y criminólogos se han mantenido a base de despreciarse mutuamente, como esas parejas que se aborrecen tanto como se necesitan para solventar las cuestiones domésticas del día a día. Al dogmático penal enfibrecido de conceptos y obsesionado con el rompecabezas del sistema conceptual el trabajo del criminólogo le parece pedestre, prosaico e intelectualmente nada retador, motivo que determinan la escasa atención que le prestan y lo poco que de criminología leen muchos penalistas. Naturalmente, al criminólogo las elaboraciones dogmáticas del penalista le suenan a música celestial, metafísica evasiva, divertimento inocuo en el mejor de los casos, pero estéril siempre. Mientras que al dogmático lo que en verdad le motiva es ver en qué lugar del mapa de los conceptos se colo-

ca un cierto elemento emotivo o cognitivo, tomado siempre en abstracto, al criminólogo nada más que lo conmueve la pasión real de los sujetos concretos, de carne y hueso. Al dogmático le emocionan las hipótesis de escuela, los casos inventados que a ninguno se le habían ocurrido antes, o los sacados de la jurisprudencia que, de tan excepcionales, no se repetirán jamás, pues son esos los casos que ponen a prueba la resistencia de los conceptos y la dureza del material sistemático. Al criminólogo le incita la vida real de este o aquel delincuente o los móviles que influyen en las conductas de los de tal o cual grupo, con preferencia casi siempre por los delincuentes que puedan ser presentados como víctimas, víctimas de sistemas sociales injustos que los dogmáticos estarían siempre aceptando sin despeinarse, acriticamente.

Pero dogmáticos penales y criminólogos han podido siempre convivir porque, allá en cierto fondo, se complementan. No se trata meramente, aunque también, de que juntos cubran el territorio entero y ejerzan una especie de duopolio académico que no deja sitio a otros, como psicólogos, sociólogos, economistas, politólogos, antropólogos, etc., y hasta expertos en ética. Es algo más profundo y más sutil. Mientras que el penalista dogmático arranca de la reprochabilidad del atentado contra o la puesta en peligro de determinados bienes cruciales para el individuo o el grupo social, pero después hace abstracción de la idea de merecimiento personal de la pena para que no lo llamen retribucionista, y mientras ese mismo dogmático fundamenta la pena con argumentos prevencionistas, pero no mira más si los efectos preventivos se cumplen o no, el criminólogo, y sobre todo si es criminólogo crítico, le viene a decir que no importa, pues a la hora de la verdad el delincuente es alguien que está gobernado por algún tipo de determinismo, especialmente por algún determinismo de raíz social. Así que el delincuente que el dogmático mira en abstracto es alguien que es castigado por atentar culpablemente contra determinados bienes importantísimos, y la pena se le aplica para que cambie él (y sus conciudadanos también, si acaso) de modo de comportarse; pero el delincuente que, a partir de datos empíricos hábilmente seleccionados, el criminólogo también elabora e igualmente en abstracto presenta, es un sujeto perfectamente

determinado en su actuar, alguien que en verdad no delibera y decide, sino que actúa como puro reflejo de causas que no controla. De esa manera se cierra el círculo a la perfección: el dogmático presupone un sujeto penal al que da por libre y moralmente capaz, pero del que no se ocupa para ver si materialmente existe o no, y el criminólogo (especialmente el criminólogo “crítico”) le cuenta que ese hombre libre propiamente no lo hay, que es tan víctima de sus circunstancias el autor del delito como la víctima del delito y que, por tanto, poco adelantaría la dogmática para sus fines poniéndose a examinar cómo la pena motiva al delincuente o a la sociedad. En su recíproco ignorarse, el criminólogo y el dogmático penal firman un peculiar armisticio y permite cada uno que el otro cultive su disciplina sin interferencias y construya su “*homo poenalis*” a su manera.

### III. LA NOVEDAD DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PENAL.

#### COMPARACIÓN CON EL DERECHO DE DAÑOS

Luego apareció la escuela o doctrina del análisis económico del derecho y, en su aplicación al derecho penal, disgustó por igual a dogmáticos y a criminólogos, pues vino a proponer un modelo alternativo al *homo poenalis* con el que ambos trabajaban tranquilamente.

La historia de la escuela de *Law and Economics* (en adelante L&E), entre nosotros llamada del análisis económico del derecho, es bien conocida y ha sido repasada en múltiples publicaciones. No me voy a extender aquí sobre ese aspecto, sino que me limitaré a comentar algunos detalles de interés.

Lo primero que conviene es atajar un equívoco y desterrar un prejuicio. El equívoco consiste en creer que lo que el movimiento de L&E propone es que la regulación jurídica se examine desde el punto de vista de los costes económicos nada más. Esto es, no se trata de ver, simplemente o sin más, qué regulaciones son económicamente más rentables, sea para el Estado, para las empresas o personas jurídicas en general o para los particulares. El término clave no es rentabilidad, sino *eficiencia*, del modo que enseguida revisaremos. La rentabilidad económica puede considerarse una de las manifestaciones de la eficiencia, concretamente de eficiencia económica,

pero esa rentabilidad o eficiencia económica no agota, ni mucho menos, el concepto de eficiencia que constituye el núcleo del L&E. La eficiencia económica es una de las variables dignas de consideración a la hora de diseñar políticas públicas, y también políticas criminales, pero, insisto, no es la única variable en clave de eficiencia. Por ejemplo, una política criminal ideal puede plantearse como objetivo principal la reducción de la tasa de criminalidad, y será tanto más eficiente cuanto mayor sea la medida en que se alcance tal propósito; pero, adicionalmente, también puede considerarse de que, a igual eficiencia disuasoria o preventiva y salvaguardados otros criterios merecedores de respeto (como las garantías procesales, por ejemplo), resulta preferible la alternativa regulativa económicamente menos costosa, más eficiente también en ese sentido.

Si se me permite una comparación casi ofensivamente elemental, pensemos en una persona que quiera comprar una casa. Tratará de adquirir aquella que en mejor proporción combine determinadas características, tales como amplitud, comodidad, ubicación, calidad de los materiales, buen vecindario, etc., etc. Y entre los fines a considerar estará también el del coste; lo que se traduce en que, siendo, entre dos casas en venta, igual la magnitud resultante de la combinación de esos otros factores se estime preferible la más barata. ¿Acusaríamos a quien así razonara al comprar su casa de ser un peligroso neoliberal o de regirse por un pernicioso o inmoral economicismo?

Con esa retórica pregunta llegamos al prejuicio que seguramente es responsable de que muchos estudiosos de lo jurídico, y especialmente muchísimos penalistas europeos, hayan rechazado de plano el prestar atención a las aportaciones y puntos de vista del L&E. Ese prejuicio consiste en vincular análisis económico del derecho y neoliberalismo. Se piensa que los cultivadores del L&E son peligrosos y aviesos neoliberales que tratan de acabar con el modelo penal garantista propio del Estado democrático y social de Derecho y que, por ejemplo, argumentan nada más que para fines tan aborrecibles como el de que se privaticen las cárceles.

Es ese un prejuicio radicalmente desenfocado. Seguro que hay seguidores del L&E que comulgan con esa ideología neoliberal y que esconden esos objetivos desreguladores y privatizadores de lo público, pero de inmediato hay que añadir dos matices importantísimos: que ni están todos los que son ni son todos los que están. O sea, que no todos ni probablemente la mayoría de los que aplican al estudio del derecho los métodos del L&E participan de esa visión neoliberal, antiestadista y enemiga de lo público, y que también entre los otros, entre los dogmáticos y teóricos al uso o completamente ajenos a esa metodología del L&E, hay quienes sí se afilian a ese tipo de ideología ultraliberal, opuesta a lo público, antigarantista y partidaria de desmontar muchas de las estructuras estatales vinculadas a la política criminal.

Cualquiera que no esté algo versado en el tema se puede estar haciendo en este momento la siguiente pregunta: entonces, ¿por qué a esta escuela o este movimiento se le llama análisis *económico* del derecho? La respuesta a tal cuestión debe ayudarnos a aclarar este aspecto inicial y básico. Se denomina así debido al *método* aplicado al análisis de lo jurídico, que es un método proveniente de o tomado de la economía, del análisis económico<sup>4</sup>. La idea se relaciona con la teoría de la decisión racional que los economistas asumen como base o punto de partida. Así como el ciudadano que, en cuanto que sujeto económico, toma sus decisiones en el mercado trata de maximizar una utilidad que es ante todo una utilidad económica, en términos de costes económicos, el ciudadano que interactúa en sociedad y que, con ello, funciona como sujeto jurídico decide también tratando de maximizar ciertas utilidades, como ser más libre, vivir mejor, tener mayor bienestar, disfrutar de determinados placeres o, incluso, ser más feliz, utilidades que en algunos casos son reconducibles a dinero, a términos monetarios, pero que en otros casos difícilmente admiten esa traducción.

---

<sup>4</sup> Al respecto, y también sobre la ineludible necesidad de diferenciar entre análisis del derecho económico y análisis económico del derecho, véase. Ortiz de Urbina, Íñigo “Análisis económico del derecho y política criminal”, *Revista de derecho penal y Criminología*, segunda época, 2004, n° 2 (número extraordinario), pp. 31-73, 35.

Lo que el L&E toma de la economía no son, por así decir, los “valores” económicos, sino ciertas *herramientas metodológicas*. Ante todo, la teoría de la decisión racional, unida a aportaciones como la de la teoría de juegos. Podemos decir que el L&E coge de la teoría económica el modelo del *homo economicus*, pero como decisor autointeresado que calcula y responde a incentivos, no como esa caricatura de lo que podríamos llamar el egoísta compulsivo o el implacable hombre de negocios.

Así pues, como ideas nucleares o primigenias del L&E podemos mencionar estas dos: los seres humanos deciden tratando de maximizar su utilidad o interés, en sentido muy amplio de esos términos (no puramente económico, aunque también económico) y, por tanto, al decidir sus acciones responden a estímulos positivos y negativos; y el derecho opera para los sujetos como un sistema de incentivos, y como tal influye en las conductas. Por tanto, sentado que las normas jurídicas no son fruto del azar ni caen del cielo, sino que responden a un *telos*, persiguen o bien disuadir de ciertas conductas o bien promover algunos comportamientos de los ciudadanos, tiene pleno sentido que, entre otros parámetros, se otorgue relevancia importante al análisis de las regulaciones jurídicas en términos de eficiencia, bajo la perspectiva de su idoneidad genérica para alcanzar los objetivos que las explican desde el punto de vista de sus concretas consecuencias bajo configuraciones diversas de las normas y en contextos diferentes.

Pongamos un ejemplo bien conocido y, por el momento, ajeno a lo penal. El L&E se ha extendido a prácticamente todos los campos o ramas de lo jurídico, pero uno de sus ámbitos primeros y más fructíferos y debatidos ha sido el de la responsabilidad civil por daño extracontractual, el campo de los *torts*. Así que empecemos por explicar cómo se ha enfocado ese tema desde el L&E.

La diferencia entre un daño indemnizable y una desgracia se halla en que el primero está causalmente vinculado a la acción de un sujeto, cosa que no ocurre en las meras desgracias que causan daños, como puedan ser un terremoto o un huracán. Sea como sea, cuando hay un daño para alguien, ese daño puede ser visto como un coste, y la cuestión primera que el derecho de daños se plantea es la de a quién se imputa ese coste. En el

derecho de los *torts*, las posibilidades que se manejan a la hora de decidir quién carga con (el coste de) el daño son cuatro: que lo asuma la propia víctima, que se le pase al que lo causó o mantiene una especial relación con la producción de tal daño<sup>5</sup>, que se le impute ese coste a un tercero que está en una relación peculiar y normativamente definida con el que lo causó o estaba obligado a evitarlo<sup>6</sup> o que crea un riesgo especial con una actividad que, por otra parte, es lícita<sup>7</sup>. Según los casos y las situaciones, se aplica uno u otro de esos cuatro criterios de imputación del “coste de los accidentes”.

Algunas analogías o paralelismos con el derecho penal son interesantes. Piénsese que, en la filosofía subyacente al derecho de daños, primero se entendió que la responsabilidad por el daño debía atribuirse a aquel sujeto que lo había causado con un componente de inmoralidad o reprochabilidad en su conducta, que era conducta dolosa o negligente. La teoría de la justicia, en su faceta de teoría de la justicia correctiva, justificaba la imputación de la responsabilidad a ese sujeto culpablemente causante. Pero la progresiva introducción de nuevos supuestos de responsabilidad objetiva llevó a grandes dificultades a esa filosofía moralizante del derecho de daños; tanto, que algunos de los teóricos actuales de la justicia correctiva como eje del derecho de la responsabilidad por daño siguen rechazando por injusta toda forma de objetivación de la responsabilidad<sup>8</sup>.

Esos planteamientos del derecho de *torts* como basado en elementos de moralidad individual toparon en las últimas décadas con dos tipos de objeciones provenientes de teorías que atienden a una perspectiva más amplia, a una perspectiva social. Por un lado, han ido apareciendo autores que aducen que también la justicia distributiva debe jugar algún papel en las

---

<sup>5</sup> Por ejemplo, porque no lo evitó, debiendo haberlo evitado en virtud de una “posición de garante” asignada por el mismo sistema jurídico, como ocurre en los casos de la responsabilidad por omisión.

<sup>6</sup> Como es el caso de los padres o tutores respecto de los hijos o incapacitados, de los patronos respecto de los empleados, de los colegios respecto de los alumnos, etc.

<sup>7</sup> Según la explicación más extendida, este vendría a ser el caso del que responde con responsabilidad objetiva, como sucede, por ejemplo, con la responsabilidad del fabricante por daños derivados de defectos de los productos, de la responsabilidad de las compañías aéreas o las empresas de energía nuclear, etc.

<sup>8</sup> Tal es, muy destacadamente, el caso de Ernest J. Weinrib.



decisiones legislativas y jurisprudenciales atinentes a la imputación de responsabilidad por daño extracontractual<sup>9</sup>. No nos importa aquí esa parte de la teoría. Por otro lado, el L&E trae el punto de vista social de una manera diferente, no en clave de justicia, sino de eficiencia. Veamos cómo.

Para el L&E, los daños que el derecho de la responsabilidad extracontractual toma en consideración son eventos que no solo resultan dañinos para su concreta víctima en cada caso, sino que son socialmente dañinos, debido a que absorben costes o riqueza que, si tales daños no acontecieran, podrían dedicarse a otros menesteres que ampliaran el bienestar de la gente. Por ejemplo, se considera que es negativo que haya accidentes de circulación, debido a los costes individuales de los mismos y al coste global o social resultante de sumar esos costes individuales. Si la circulación de vehículos de motor provocara menos accidentes, con sus correspondientes daños, menos dinero habría que destinar a arreglos y compensaciones y la sociedad dispondría de esa porción de riqueza para otros fines más “constructivos” o placenteros, para mejorar su bienestar en lugar de para compensar pérdidas de bienestar debidas a esos daños.

Por consiguiente, el enfoque del L&E arranca de que los daños provocados por accidentes y acontecimientos similares, esos daños a los que el derecho de daños da tratamiento, son sucesos perjudiciales, no sólo perjudiciales para las concretas víctimas, lo cual resulta completamente trivial, sino perjudiciales para la sociedad en su conjunto. Y las políticas jurídicas en materia de derecho de daños han de tener como objetivo básico el de que tales daños disminuyan. Al ser menos los daños, serán menos también los costes globales de los mismos<sup>10</sup>.

La finalidad que da sentido a las decisiones legislativas en materia de derecho de daños no es, para el L&E (y a diferencia de los enfoques de justicia

<sup>9</sup> Entre los autores actuales más destacados al respecto, véase Keren-Paz.

<sup>10</sup> Téngase en cuenta de nuevo que dichos costes se mantienen constantes al margen de a quien impute el sistema jurídico la carga de los mismos, es decir, de a quién impute el derecho en cada caso el coste de ese daño. Así, si el coste de que una casa se destruya o una persona pierda un brazo es un coste de X euros o evaluable en X euros, ese coste es el mismo con independencia de que alguien tenga que indemnizar esos X euros por ese daño o de que sea la propia víctima la que cargue con esa pérdida de X euros.

correctiva), que se haga justicia al dañado (y al dañador por su mal hacer), sino el que se acorten lo más posible los accidentes, los sucesos dañosos relacionados con la conducta de un agente. Ahí está el giro revolucionario que aporta en esta materia el L&E, en que se rebasa la perspectiva individuo-individuo y se adopta un prisma social. Lo que importa, por así decir, no es que haya ocurrido este o aquel daño, sino el que haya (accidentes que causan) daños en medida mayor o menor. Y la política jurídica debida no será la que primariamente atienda a que se haga justicia a tal o cual ciudadano en razón de su inocencia o culpabilidad en relación con la producción del evento dañoso, sino la que busque y consiga que tales eventos dañosos sean los menos posibles.

Asumido que el fin de la regulación jurídica es un fin social o macro, no el propósito de responder justamente a una injusticia producida en la relación entre ciudadanos, el paso siguiente está en comprender que la regulación jurídica funciona como un sistema de incentivos y que tales incentivos, provenientes de las consecuencias que las normas prevén para determinadas conductas, influyen sobre las decisiones de los individuos. Es jugando con esos incentivos y su consiguiente influencia como el derecho puede alcanzar sus objetivos sociales, sean estos los de que haya menos accidentes que provoquen daños o los de que haya menos delitos, delitos que, al fin y al cabo, son tales por el daño que causan a ciertos bienes de interés social.

El lema podría ser que el miedo guarda viña. Piénsese en cuán distinto nos manejaremos con nuestros coches o motos según que haya o no riesgo de que se nos impute alguna responsabilidad, alguna consecuencia negativa, algún coste, por los accidentes que causemos. Si la impunidad es total y ni hay riesgo de sanción penal ni de responsabilidad civil por daño, es de temer que muchos conductores hagan de su capa un sayo y den rienda suelta a los comportamientos más enloquecidos e imprudentes al volante de sus coches o al mando de sus motos. Y si muchos se manejan con precaución no será meramente por imperativo de su moral y de su sentimiento de amor al prójimo, sino por temor a los costes de cualquier tipo que se les puedan imputar de resultados de los daños que puedan causar. Pues si la esmerada

moralidad y el amor al prójimo fueran el motor único o principalísimo de nuestra manera de comportarnos, serían perfectamente ociosos el derecho de daños, el derecho penal y gran parte de las regulaciones jurídicas que prevén consecuencias negativas por infracciones de deberes jurídicos.

Sobre esas bases que acabo de citar, el L&E formula su pauta rectora para un derecho de daños que quiera ser eficiente, bajo esos parámetros de eficiencia en la evitación de accidentes: en cada apartado del derecho de daños o respecto a cada tipo de conducta potencialmente dañosa, la ley debe imputar la responsabilidad (es decir, los costes del daño) a aquella parte a la que resultaría menos costoso tomar las medidas eficaces para la prevención del daño, para su evitación o la evitación de sus costes. De esa forma, y dando por sentado que los sujetos hacen cálculos racionales, tendremos que, en el conjunto social, con ese criterio se maximizará la prevención de daños con los mínimos costes totales. Pues, por un lado, entre gastarse quinientos euros al año en revisión del motor del coche y cambio de neumáticos o la probabilidad de pagar cantidades muchísimo mayor si se causa un accidente por un fallo mecánico o por desgaste de los neumáticos, cualquier calculador racional preferirá lo primero, y ahí habría una buena razón para imputar responsabilidad por esos accidentes al conductor negligente en el cuidado de su vehículo<sup>11</sup>. Y, por otro lado, si esos sujetos toman esas precauciones, de resultados de sus cálculos de conveniencia, y de esa forma son ahorrados costes mucho más altos, socialmente será considerable el ahorro, ahorro que podrá usarse para otros fines más productivos de bienestar.

#### IV. EL L&E, ENTRE LA POLÍTICA CRIMINAL EFICIENTE Y EL MODELO DE DECISIÓN INDIVIDUAL RACIONAL

##### 1. ¿SÓLO ECHAN CUENTAS LOS NEOLIBERALES?

Hasta ahí el ejemplo y la comparación con el derecho de daños. ¿Cómo aborda el L&E el derecho penal? Debemos empezar por recordar algo que

---

<sup>11</sup> Prescindo aquí de los efectos del seguro obligatorio y de cómo juegan en los cálculos del derecho de daños, según el L&E, el seguro obligatorio o el seguro voluntario.

juega de modo muy visible en el campo penal, si bien no es exclusivo de él, sino común a todas las ramas de lo jurídico. Me refiero a los dos tipos de decisiones jurídicas fundamentales, como son las decisiones de política jurídica que establecen las regulaciones y deciden los contenidos de las normas respectivas, y las decisiones de los sujetos destinatarios de las normas, decisiones atinentes a la obediencia o desobediencia a la norma<sup>12</sup>.

Las decisiones de política criminal acaban como contenido de la legislación penal. Sabemos que en el ámbito penal no es escasa la legislación simbólica y que no es infrecuente que los legisladores busquen legitimarse demagógicamente ante sus electores, antes que crear una normativa penal eficaz y eficiente. Pero aquí vamos a dejar de lado esas anomalías político-legislativas y a figurarnos un legislador responsable, no dado a las desmesuras punitivas y que pretenda que los tipos penales se legitimen por sus efectos preventivos y sean, en ese sentido, eficientes en la mayor medida posible. Si a ese ideal de legislador penal le añadimos los presupuestos del L&E, debería tener muy en cuenta los siguientes datos, como aspectos condicionantes de la actividad legislativa en lo penal:

- a) Tal como más abajo explicaré con más detalle, el postulado capital de la eficacia disuasoria de las normas penales viene dado porque la decisión del individuo sobre si cometer o no un delito estaría esencialmente condicionado por la relación entre dos magnitudes: intensidad de la pena y probabilidad de su imposición. Esta última, la probabilidad de la imposición de la pena depende, a su vez, de la combinación entre probabilidad de que el delincuente sea descubierto y detenido, la probabilidad de que sea procesado y la probabilidad de que sea condenado.
- b) En consecuencia, la eficiencia general del sistema penal, el que haya más o menos delitos, dependerá de tres tipos de decisiones político-legislativas.

Una, la de cuántos sean los recursos económicos destinados a los cuerpos de seguridad, encargados de la prevención y persecución del delito, y al sistema judicial, competente para el enjuiciamiento de los delincuentes.

---

<sup>12</sup> Evidentemente, podríamos (y deberíamos) agregar las decisiones que toman los jueces y tribunales que aplican las normas a los casos que juzgan.

Podría añadirse, por supuesto, lo referido a la inversión pública en el sistema penitenciario y de ejecución de penas en general, que también tendrá influencia en la eficacia preventiva del sistema penal.

Dos, la de cómo se gestionen el sistema de seguridad y el sistema judicial (y, si acaso, el sistema penitenciario), de cara a su más eficaz funcionamiento.

Tres, la decisión sobre cuántas y cuáles sean las conductas que puedan y deban tipificarse como penalmente punibles. Y esto porque, si crecen las conductas penalmente perseguibles, o se eleva la partida del presupuesto público para esos fines o se irá rebajando la eficacia del sistema policial y judicial en proporción al aumento del número de delitos.

¿El insistir en que en la política criminal se tengan en cuenta estos elementos propios de lo que en sentido amplio podríamos llamar la racionalidad económica del sistema supone, acaso, caer en un pernicioso economicismo? Mi opinión es que no, y que, especialmente, toda concepción funcional o preventiva del derecho penal debe considerar con atención estas dimensiones práctico-económicas, si no quiere contradecir pragmáticamente tales postulados preventivos y si no desea dar carta de naturaleza a la legislación penal simbólica.

## 2. EL HOMO OECONOMICUS Y EL HOMO POENALIS

Pero el núcleo del L&E, en general y en su aplicación a lo penal, está en la idea de decisión racional de los sujetos, en el modelo de individuo decisor racional que se presupone. En este punto, hay prácticamente unanimidad en la doctrina al indicar que se debe diferenciar dos etapas en el movimiento de L&E, la ligada al modelo económico clásico y la que muchos denominan de economía conductual o “behavioral law and economics”.

El modelo primero u original de L&E se basa en el *homo oeconomicus* de la teoría económica estándar o neoclásica. El ser humano decide y actúa tratando siempre de maximizar su utilidad individual, generalmente entendida en términos de bienestar<sup>13</sup>. Para ello sopesa costes y beneficios y,

---

<sup>13</sup> “The value maximization premise of neo-classical rational choice theory assumes that, when confronted with various alternative courses of action, the rational and

en consecuencia, responde a estímulos positivos y negativos. En su perfecta racionalidad y sentadas esas pautas que guían de continuo su comportamiento, ese sujeto es previsible. Por poner un ejemplo bien sencillo, dando por supuesto que, para todo ser humano racional así, estar libre y moverse sin cortapisas es mejor, es preferible y produce mayor bienestar o felicidad que hallarse encarcelado, ese sujeto preferirá siempre la libertad a la cárcel y una pena privativa de libertad más corta antes que una más larga; y decidirá en consecuencia.

Ese modelo del *homo oeconomicus* es una construcción de la teoría económica, y por su carácter ideal y alejado de la realidad de los seres humanos ha sido reiteradamente criticado, desde diversos parámetros doctrinales e ideológicos. Además, sigue existiendo un profundísimo debate en la economía y las ciencias sociales acerca de cómo o en qué unidades medir la utilidad individual, esa que cada uno de nosotros continuamente pretendería maximizar. Si ha de ser previsible el comportamiento de los sujetos, cada uno de los cuales se guía por el deseo de maximizar su utilidad individual, tiene que ser posible reconducir esas utilidades individuales a un patrón común de medida, han de poder medirse no como mera magnitud estrictamente subjetiva, sino como grado en que se alcanza algo comúnmente apreciado. Los candidatos principales a ese fin son, en el debate contemporáneo, el bienestar o la felicidad. Pero esas dos son nociones considerablemente abstractas y compatibles con que para cada uno sean distintas las cosas o eventos que le aumenten o les disminuyan el bienestar o la felicidad. Alguien puede experimentar sensaciones sumamente gratas leyendo un libro de buena literatura o estudiando un tratado de física, mientras que otros quizá consideren esas actividades sumamente desagradables, nada placenteras.

---

self-interested *homo oeconomicus* will choose the alternative that *maximises his or her individual utility*. Within welfare economics, welfare is used as a measure for evaluating social conditions”. Mathis, Klaus & Steffen, Ariel David, “From Rational Choice to Behavioural Economics. Theoretical Foundations, Empirical Findings and Legal Implications”, en Ed. Mathis, Klaus, *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, Cham, etc, Springer, 2015, p. 31.

Las escalas personales pueden variar muchísimo. Si tiene que elegir, ¿prefiere usted no pasar hambre en la cárcel o estar hambriento en libertad? ¿Le hace a usted más dichoso disponer de una buena biblioteca personal o tener un coche muy potente y cómodo? Y, si hablamos de penas, ¿prefiere usted, que por medios delictivos ha acumulado una gran fortuna, pagar cinco años de cárcel y disfrutar luego de todo ese dinero, o conservar su libertad en todo momento a costa de que se le prive de todo lo que ilícitamente obtuvo? Es más que probable que diferentes personas respondan distintamente a estas preguntas.

Ha habido intentos, como el de Richard Posner en cierto momento, de reconducir el patrón a dinero, a riqueza económica. El dinero da la posibilidad de adquirir aquello que nos da bienestar o nos hace felices y, a la postre, las preferencias de cada cual se orientarán a aquello por lo que está dispuesto a pagar y en el orden resultante de por qué cosas pagaría cada uno más o menos, si tuviera con qué. Quizá ese patrón dinerario sirva a la teoría de la justicia distributiva, pensando que lo que entre los ciudadanos debe estar adecuadamente distribuido son los medios económicos con los que cada cual puede organizar autónomamente su vida en función de sus personales preferencias. Pero cuando no se trata de discernir cuál es la justa distribución de bienes, sino de poder prever comportamientos de la gente, ese criterio no resulta muy útil. Al fin y al cabo, hay quien es feliz haciendo voto de pobreza y quien considera que su particular bienestar o felicidad no depende de cuánta riqueza tenga a su disposición para satisfacer sus deseos mundanos, sino de otro tipo de posibilidades de naturaleza más “espiritual”.

Sea como sea, si lo que la ciencia social busca es cómo prever comportamientos, ese propósito tiene naturaleza general o estadística. No se trata de saber qué preferirá Fulano a la hora de decidir su conducta en función de su personal escala de utilidad, sino de averiguar qué efectos generales tendrán ciertas causas. Así, el economista puede con considerable certeza anticipar que una fuerte subida del precio de la carne provocará un descenso en el consumo de carne y un aumento de la demanda de pescado o de otros alimentos que sustituyan a la carne, al margen de que haya un cierto

número de vegetarianos a los que tal circunstancia no afecte directamente en sus pautas de consumo. Igualmente, el que una conducta pase de ser impune a estar castigada con una pena de cinco años de cárcel hace previsible que renuncien a ella muchos de los que antes optaban por esa conducta porque les resultaba satisfactoria o les beneficiaba de alguna manera, con independencia de que pueda haber quien persevere en tal modo de hacer y asuma el riesgo consiguiente, sea porque prefiere el placer inmediato de ejecutar esa acción, sea porque no le importa ir a la cárcel, para allí poder comer o porque no le resulta tan terrible como a los demás el encierro.

La teoría penal presupone esas escalas generales de preferencias y, con su clasificación de penas más graves y menos, asume cosas tales como que la gran mayoría de los individuos lamentan antes que nada la pérdida de su libertad y, en segundo lugar, la pérdida de dinero, razón por la que para los delitos más graves (y queriendo disuadir de la comisión de tales delitos) se estipulan penas de cárcel y para los siguientes en gravedad, penas pecuniarias. Sin ese cálculo o si fuera radicalmente erróneo, la teoría penal no podría pretender efectos preventivos como justificación de la pena, o fracasarían estrepitosamente las políticas penales de orientación preventiva.

Por tanto, si el penalista se ensaña con la figura del *homo oeconomicus* que manejan los economistas y los seguidores del L&E, se tendrá que enfrentar de inmediato con la pregunta sobre el *homo poenalis*. Si no tuviera sentido que los economistas construyeran sus previsiones sobre la base de ese modelo de decisión racional de ese *homo oeconomicus* que trata de maximizar su utilidad individual, paralelamente no tendría sentido tampoco ese sujeto penal del que se piensa que prefiere maximizar su libertad o su disposición de dinero y sobre el que, en consecuencia, tiene efectos disuasorios la amenaza de la pena privativa de libertad o pecuniaria. Pues, así como sabemos que el ideal de sujeto económico no siempre se corresponde con las preferencias del sujeto de carne y hueso y que hay quien sigue consumiendo igual lo que se vuelve más caro, aunque se arruine por completo<sup>14</sup>,

<sup>14</sup> Como muy bien expresa Íñigo Ortiz de Urbina, “lo que pretende el enfoque de la elección racional al utilizar el *homo oeconomicus* no es describir cómo son los seres humanos individuales, sino explicar y/o describir los fenómenos sociales. Para ello, efectivamente, se opera mediante modelos que abstraen características de la rea-



es sabido que hay delincuentes a los que la amenaza del castigo en nada afecta o hasta sirve de estímulo para su conducta arriesgada.

Insisto, o el penalista acoge algún modelo de decisor racional genérico como base de la justificación preventiva de la pena o no le quedará más salida que fundar la pena en términos de retribución por la mala acción del delincuente y que defender que la justicia retributiva debe mantenerse a la hora de castigar los delitos, aunque se constate que dicho castigo carece de efectos disuasorios y preventivos.

### 3. ¿SALEN LAS CUENTAS?

Retornemos, pues, a ese modelo de sujeto ideal calculador y maximizador de utilidad individual que el L&E asume con carácter general, y también cuando aplica el método del análisis económico al derecho penal.

El L&E presupone que las normas penales se explican y se legitiman por sus efectos sobre las decisiones de los individuos. Ese sujeto penal u *homo poenalis* decide entre alternativas de acción en función de un cálculo de consecuencias y según los efectos que para su utilidad, bienestar o felicidad atribuya a cada curso de acción que examina. Así ocurriría en cualquier ámbito de la vida. Pongamos un ejemplo al margen de lo económico y lo penal. Un individuo puede estar decidiendo si se casa o no con otro y tendrá muy en cuenta las probabilidades de ser feliz y llevar una vida satisfactoria, en múltiples aspectos, con esa otra persona después del matrimonio. Puede errar gravemente y cabe que sea una desdicha, a la hora de la verdad, esa vida en común que pensaba que iba a resultar muy plena, pero por regla general podemos suponer que nadie decidirá casarse con otro si está convencido de que su vida matrimonial va a tornarse desastrosa, muy desgraciada. Evidentemente, esas previsiones de tal persona pueden

---

lidad para facilitar su tratamiento, y esto se hace con plena conciencia de tratarse de idealizaciones”. Y añade que “El enfoque de la elección racional no sostiene que todas las personas sean racionales. Los partidarios de este tipo de modelos son plenamente conscientes de que su modelo, si se entiende como una descripción del comportamiento individual, es falso. Al tiempo, sin embargo, piensan que tal modelo es útil en el análisis del comportamiento humano”. Ortiz de Urbina, Íñigo, *op. cit.*, p. 40.

estar condicionadas por factores subjetivos, como su gran enamoramiento momentáneo, la presión social o familiar o múltiples factores. Pero que las previsiones de cada cual nunca estén garantizadas como seguras y exactas no quita para que se pueda afirmar que cada cual decide casarse o no, por regla general, según una previsión sobre los efectos futuros, los beneficios y los costes de su decisión. Y entiéndase que aquí la noción de beneficios y costes no tiene una equivalencia económica, no hablamos (sola ni principalmente) de beneficios y costes en dinero o riqueza, sino en clave de bienestar o felicidad.

Vamos al fin con el sujeto ante la ley penal según los planteamientos del L&E. La acción que la ley penal tipifica como delictiva solo va a ser realizada por el sujeto al que le aumente su utilidad individual, aquel que piensa que dicha acción le va a reportar un beneficio. Insisto una vez más en que cuando en teoría de la decisión racional se habla de beneficio o ventaja, no tiene por qué tratarse de beneficio o venta económicos. Si en el ámbito penal nos movemos, es obvio que beneficio económico rinden delitos como el robo, el hurto, la apropiación indebida, etc., pero evidente es también que ni siquiera en esos delitos tiene por qué ser el móvil económico el único que cuente para el actor y, sobre todo, que hay delitos, la mayoría, en los que la utilidad para el agente puede no ser ni remotamente económica. El delincuente, por tanto, al delinquir, responde a un estímulo positivo, está tratando de incrementar su utilidad individual.

Al mismo tiempo, la amenaza del castigo penal obra como estímulo negativo, y lo que el sujeto compara es la utilidad positiva de la acción delictiva y la utilidad negativa de la pena. Pero la utilidad negativa que a la pena le calcula el sujeto resulta de la combinación de dos parámetros: la intensidad de la pena legalmente prevista para esa conducta y la probabilidad de la imposición de tal pena para tal conducta suya. A su vez, la probabilidad de que la pena se le aplique depende de la combinación de varias probabilidades: la de que sea descubierto y detenido, la de que sea procesado y la de que sea condenado<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Y cabría añadir, en ciertas situaciones, la probabilidad de que, una vez condenado, tenga que cumplir efectivamente la pena impuesta.

Pongamos que es posible cuantificar beneficios y pérdidas, con el matiz que hace un momento se indicó. Imaginemos que un sujeto S se plantea realizar una conducta que sabe que está penada. El beneficio esperable es de 5.000. La pena prevista para ese delito tendría su máximo posible en 8.000. Pero esa pena hay que multiplicarla por el índice de probabilidad de que acabe siendo impuesta a S, de resultas de las tres o cuatro variables que se acaban de citar. Supóngase que es del 50% la probabilidad establecida para esa pena, de resultas de la experiencia acumulada sobre el funcionamiento del sistema policial y penal en general, y de lo que viene ocurriendo con ese delito o con los delitos de ese tipo. O sea, que sabemos que, poco más o menos, la mitad de tales acciones delictivas quedan impunes. Entonces tendríamos:

$$8.000 \times 0.5 = 4.000$$

Así pues, S encuentra que la ganancia es superior al castigo por la probabilidad de su imposición<sup>16</sup>, y tendrá más motivación para delinquir que para evitar ese delito. La pena tendrá un escaso efecto disuasorio<sup>17</sup>. Menos todavía será, lógicamente, tal efecto disuasorio si la probabilidad del castigo penal es del 20%, ya que

$$8.000 \times 0.2 = 1.600.$$

En los dos casos, y para ese delito, el derecho penal no será eficiente. Sí lo será si el coste de la pena por su probabilidad es más alto que el beneficio esperable del delito. Pongamos que, siendo ese beneficio nuevamente de 5.000 y el “coste” de la pena de 8.000, la probabilidad del castigo esté en el 80%. Entonces

$$8.000 \times 0.8 = 6.400.$$

<sup>16</sup> Pues  $5.000 - 4000 = 1.000$ .

<sup>17</sup> Aunque sea nada más que de pasada, es muy interesante mencionar un detalle más: una pena perfectamente equivalente, en valor o coste, al valor negativo de la acción delictiva, solo sería bien disuasoria si fuera del 100% la probabilidad de imposición de esa pena. Así, si para el robo de 1.000 euros la pena prevista fuera de multa de 1.000 euros (además de la devolución de los mil que robó) y no fuera del 100% la probabilidad de condenar a cada ladrón, esa norma no disuadiría en la proporción debida. Esto, como es evidente, tiene también consecuencias considerables para la visión del principio de proporcionalidad penal desde el L&E.

La lección importante que de este punto de vista se desprende es que, en principio, para aumentar la eficiencia de la norma penal se puede jugar con cualquiera de esas dos variables: o la intensidad de la pena o la probabilidad de su imposición, de resultados de la gestión del sistema de seguridad y del sistema judicial.

Parándonos por el momento en esta parte nuclear y, al tiempo, elementalísima del tratamiento del derecho penal por el L&E, se imponen ya unas pocas observaciones.

Para empezar, no son esas dos (dureza de la pena y probabilidad de su imposición efectiva) las únicas variables que pueden influir y normalmente influirán en la decisión del sujeto. Por eso a veces se deja abierta una variable adicional genérica, tal como, entre nosotros ha expuesto muy bien Íñigo Ortiz de Urbina<sup>18</sup>. Esa variable adicional puede recoger factores influyentes en algunas personas, tales como su temperamento, su educación, su socialización, las alternativas de comportamiento que efectivamente se le ofrecen a alguien, con el correspondiente coste de oportunidad, etc., etc.

Por razón de esa genérica variable adicional no es exactamente previsible en cada persona su decisión y, en consecuencia, su reacción a la amenaza de la pena y al balance de costes y beneficios entre la acción delictiva y la pena. Sin embargo, ese elemento de imprevisibilidad de la decisión de cada concreto sujeto es compatible con ciertos cálculos de probabilidad general. Al igual que cabe razonablemente prever que un aumento del precio de la carne provocará un descenso de su consumo, parece como pauta general razonable presagiar que un aumento de las penas por un delito o de la eficacia en su persecución incrementará el efecto disuasorio de la norma penal correspondiente. Si en el fondo de los razonamientos de los penalistas no latiera esta idea, no tendría mucho sentido la asignación de efectos preventivos al sistema penal, como justificación del mismo. Y no sólo del sistema penal, sino de las normas sancionadoras en general. Si los conductores sabemos que la multa por aparcar en zona prohibida de la

---

<sup>18</sup> Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, “Análisis económico del Derecho y política criminal” *Revista de derecho penal y Criminología*, 2ª época, 2004, n° extraordinario 2, pp. 52 y 55.

ciudad ha pasado de cincuenta a trescientos euros, y si además estamos al tanto de que ha aumentado el número de agentes destinados a multar esas infracciones, es completamente previsible que el número de las mismas descienda notablemente.

Cuestión distinta es la de si resulta acertado y razonable aplicar un razonamiento puramente mecánico en este campo, considerando que siempre y para cualquier delito se sigue un incremento de la eficiencia preventiva o disuasoria de la norma al aumentar la pena, o si habrá umbrales limitadores en todos o en algunos casos. Y, lo mismo, si siempre va a derivarse ese aumento de eficiencia de una mayor inversión en o una mejor gestión de los sistemas de seguridad y judicial. Posiblemente sea verdad la intuición general del L&E (y de la penalística prevencionista en general), pero lo más interesante para la teoría y la práctica se encuentre en las excepciones.

#### 4. ¿UNA CONSPIRACIÓN PUNITIVISTA?

Segunda observación. Aun admitiéndose excepciones puntuales a la regla general de la eficiencia, tal como hemos visto que el L&E la calcula, se puede pensar que da pie esta doctrina a una gran justificación del punitivismo desmesurado, un buen fundamento para la elevación grande de las penas para cualquier delito, en la seguridad de que, salvo en ciertos supuestos especiales, tal elevación llevará a una mayor eficiencia preventiva y, con ello, a indudables beneficios para la sociedad<sup>19</sup>. A esto se puede objetar de distintas maneras, y así lo han venido haciendo algunos defensores del L&E.

En primer lugar, y muy elementalmente, conviene recordar que ese riesgo de propensión al punitivismo no es ni mucho menos exclusivo del L&E, sino de cualquier justificación de la pena en términos utilitaristas o con enfoque preventivo, siempre que a cualquiera de esos fundamentos de lo penal no se le añadan matices o no se combine con consideraciones de justicia retributiva y hasta con la defensa de ciertas garantías procedimentales mínimas, como la que dificulta la condena de inocentes o la que obsta a la extensión indiscriminada de los delitos de peligro o a la punición de determinados sujetos por motivo nada más que de su peligrosidad potencial.

<sup>19</sup> Sobre ese prejuicio tan frecuente y sobre su error de base, véase Ortiz de Urbina, Íñigo, *op.cit.*, pp. 65-66.

En segundo lugar y, ante todo, no hemos de perder de vista que en el fondo se presta atención a costes, tanto económicos como de bienestar o felicidad en sentido amplio y no meramente económico. El L&E tiene una raíz que lo emparenta con el utilitarismo clásico, aun cuando muchos de sus cultivadores se hayan ido alejando un tanto de esa raigambre utilitarista. Para el L&E, los sujetos deciden sus acciones sobre la base de un cálculo de utilidad individual que en parte importante es previsible cuando quien decide tiene información suficiente y cuando tenemos nosotros información suficiente sobre él. Pero que el sujeto decida según ese patrón de racionalidad individual no convierte en justa ni socialmente conveniente esa su decisión. Así, un sujeto puede calcular con acierto que el balance coste-beneficio del delito y de la pena es favorable al delito y, en consecuencia, puede previsiblemente dicho sujeto decidirse a consumir la acción delictiva. Su acción será vista como racional en ese sentido, pero será contraria al propósito que subyace a la norma penal que viola y a la normativa penal en general. Pues un derecho penal se justifica en la práctica tanto más cuanto más eficiente sea, y esa eficiencia no se mide en clave de costes o beneficios individuales, sino de costes y beneficios sociales, del conjunto social. En otras palabras, un sistema penal con sanciones muy escasamente disuasorias o muy ineficaz a la hora de perseguir y castigar las conductas tipificadas como delitos puede resultar muy “positivo” o ventajoso para los muchos ciudadanos que se animen a delinquir y gran parte de los cuales no recibirán castigo o lo tendrán muy leve; pero ese mismo sistema es socialmente inconveniente y desventajoso, ya que no evita los costes sociales que supuestamente trata de aminorar.

Pues no olvidemos algo en lo que tal vez se debió insistir ya hace rato, como es que para el L&E lo que justifica la tipificación delictiva y la punición de ciertas acciones son los costes sociales colectivos de las mismas. El delito lo es, o debe serlo, porque esas acciones que como delito se tipifican son acciones que “empobrecen” la sociedad, que merman el nivel general o promedio de bienestar o felicidad.

En este último punto nos topamos con una peculiaridad metodológica del L&E, en su aplicación al derecho penal. Mientras que, por una parte, pone en su centro al *homo oeconomicus* o individuo que decide racionalmente

a base de calcular la utilidad que le pueden reportar sus alternativas de acción, individuo que así y por eso optará entre cumplir la norma prohibitiva o vulnerarla, por otra parte, para el L&E, el sistema penal como tal no se justifica por razón de ningún individuo o bien individual en sí, no para proteger a la víctima individual ni para retribuir la mala conducta del delincuente, sino por razones macro, por razones sociales, pues es configurado el sistema penal (y el Derecho en general) como una herramienta poco menos que de ingeniería social y dirigida a aumentar cuanto sea posible el balance general de bienestar o felicidad.

Es a partir de lo anterior como podemos entender el primer argumento posible contra la acusación al L&E de que sea una doctrina abocada a justificar el punitivismo desenfrenado, justificándolo en aras de la mayor eficiencia de la normativa penal. Pues si lo que más importa no es la persecución de ciertas conductas por razón de su inmoralidad, injusticia o intrínseca maldad o su carácter dañoso para las concretas víctimas, sino el logro del mejor nivel posible de bienestar o felicidad global, hay que tener en cuenta que un sistema penal, con sus limitaciones de la libertad y sus castigos, no sólo incrementa bienestar, sino que también lo limita, y que seguramente hay un umbral a partir del cual el balance de un sistema penal con penas más duras ya no es positivo, sino negativo. No es difícil pensar que en una sociedad en la que hasta la infracción más nimia estuviera duramente penada y en el que las penas para los delitos tenidos por más graves fueran atrocemente fuertes, seguro que habría gran eficiencia preventiva, pero escaso bienestar o felicidad, de resultados del miedo de cada uno al uso erróneo de su autonomía. El *homo economicus*, el decisor racional, calcularía sus acciones y el resultado de ese cálculo se puede suponer muy contrario a la opción delictiva, pero sería un cálculo acontecido en estado de terror, de fortísimo malestar. A lo mejor tendría sentido hablar de que, superado un umbral, hay una utilidad marginal decreciente de cada aumento de penas para el bienestar social, hasta llegar a un punto en que el incremento adicional de las penas ya no sólo es inútil, sino dañino para el bienestar del grupo.

## 5. ARMARSE DE VALOR

Tercera observación. Es muy probable que cualquier lector de las páginas anteriores haya pensado que todo se apoya en una quimera, ya que se da por supuesto que son mensurables y commensurables el “beneficio” del delito, por un lado, y la intensidad de la pena, por otro. Naturalmente que cabe discutir ese presupuesto, pero el penalista que objete puede a su vez ser sometido a algunas objeciones de no fácil resolución.

Primeramente, porque es difícil negar que, en nuestra vida ordinaria y de continuo, hacemos ese tipo de balances, valoraciones comparativas, ponderaciones de alternativas o como queramos llamar. Ciertamente que casi nunca asignamos magnitudes numéricas a las alternativas, a no ser, si acaso, cuando hacemos cálculos de costes económicos con información suficiente sobre precios. Cuando yo me planteo si esa noche que salgo con los amigos a cenar y quedó mi pareja en casa, voy a regresar a una hora razonable o voy a estar hasta las tantas tomando copas con los últimos que se vayan, asigno ciertas magnitudes al enfado posible de mi pareja y a sus efectos sobre mi vida y mi estado de ánimo, por un lado, y a lo que espero divertirme con los colegas de ese modo y en lo que queda de noche, por otro, y en función del balance que me salga decidiré. Por eso hay una diferencia capital y definitiva entre decidir de esa manera o decidir jugando a cara o cruz las alternativas.

Además, el principio de proporcionalidad entre gravedad del delito e intensidad de la pena, tan grato a los penalistas, pierde sustento si no es posible una consideración comparativa de ambos extremos, comparación que comienza por atribuir algún tipo de grado o magnitud. Tal hacemos desde el mismo momento en que, por ejemplo, decimos que la pena del delito tal es más grave o es más suave de lo que a la gravedad de la acción delictiva corresponde. Si se sostuviera que ese tipo de juicios están faltos de cualquier apoyo o de la más mínima racionalidad, el principio de proporcionalidad penal haría mutis por el foro y habríamos de prescindir de tal idea regulativa.



Se podrá alegar que mismamente al hacer ese balance de la proporcionalidad se está presuponiendo un patrón de medida que tiene más que ver con alguna forma de moralidad o con alguna clase de valor bien distinto del criterio de costes y beneficios para el bienestar que usa el L&E. Pero las réplicas posibles a una observación así son dos. Una, la de que no es tan evidente que no pueda usarse como pauta para la idea de proporcionalidad penal esa misma empleada por el L&E. La otra, que, como más de un representante eximio del L&E ha subrayado, no hay incompatibilidad teórica a la hora de complementar con ideas sustantivas de justicia los análisis del L&E. Igual que, en mi opinión y en otro orden de cosas, no hay radical incompatibilidad, sino necesaria complementariedad, entre fundamentaciones preventivas y retributivas del castigo penal.

Regresemos a aquella distinción que antes se recordó, la distinción entre “cálculos” de política criminal y “cálculos” del sujeto que va a decidir entre cursos de acción alternativos, uno de los cuales implica delinquir. En ambos casos, creo que no está fuera de lugar hablar de que se hace un balance de costes y beneficios, aunque no hay por qué pensar que ese cálculo es o debe ser reducible a un cálculo puramente económico, monetario.

## 6. LO QUE EL LEGISLADOR PENAL DEBE CALCULAR, Y CÓMO

Empecemos con las decisiones de *política criminal*, las atinentes a si penar o no determinada conducta. El derecho penal castiga conductas, pero no meramente porque en sí sean o puedan verse como inmorales o reprochables en algún sentido, sino para amparar determinados bienes individuales o sociales. Esa protección puede hacerse o bien penando la acción que daña el bien en cuestión, o, en ciertos casos, penando la puesta en peligro del bien en cuestión. Pero, así como se puede considerar que peca o se conduce inmoralmente el que tiene malos pensamientos<sup>20</sup>, para el castigo penal se requiere o bien el daño para el bien protegido (la vida, la propiedad...) o bien la puesta en peligro del bien protegido, sea esto último por razón de actos preparatorios (si están penados) o de tentativa (en los delitos

---

<sup>20</sup> El que desea la muerte de otro, por ejemplo.

en que cabe punir la tentativa), sea por causa del alto riesgo que para el bien protegido suponen determinadas acciones<sup>21</sup> no directamente dirigidas a dañar el bien protegido. Resumidamente, podemos decir que al derecho penal no le interesa la cualificación de la acción en sí, sino que las conductas se castigan penalmente por causa de sus efectos reales o potenciales. Es lo que también cabría llamar el elemento consecuencialista ínsito en el derecho penal.

Si el objetivo insoslayable es siempre, pues, el de la protección de cierto bien individual o social (la vida, la propiedad, la paz o el orden público, algunas instituciones del Estado, el orden constitucional...), tiene fundamento que hablemos de costes como componente básico de la política criminal, y tanto en sentido económico como en sentido no económico. Y como mínimo en las siguientes fases o los siguientes apartados.

En primer lugar, hay que evaluar si cierta conducta genérica<sup>22</sup> daña o no un bien de los que se estiman merecedores de esa protección especial. Previa es, por tanto, la catalogación de esos bienes susceptibles de salvaguardia penal, pero aquí vamos a dar por sentado que ese catálogo ya está establecido o que hablamos de bienes cuyo merecimiento genérico de protección penal no se discute, como la vida, la integridad física o la propiedad.

¿Cuánto vale la vida de una persona, en general o por término medio<sup>23</sup>? Supongamos que a cien personas les pedimos que, en una escala de 1 a 10, valoren cuánto de grave les parece que se mate intencionadamente a alguien, no concurriendo razones muy poderosas (como la legítima defensa propia o de tercero) para justificar el homicidio. Seguro que las magnitudes

---

<sup>21</sup> Por ejemplo, conducir muy borracho.

<sup>22</sup> La norma penal, como norma general y abstracta, tipifica conductas genéricas. Es la sentencia la que califica conductas concretas e individuales normativamente y sobre la base legal preestablecida.

<sup>23</sup> La puntualización “en general o por término medio” es importante. Si nos preguntamos cuánto vale la vida de Hitler o la de Stalin o la de Pol Pot o la de cualquier tirano tremendamente sanguinario, a efectos de decidir si su vida debe estar penalmente protegida, seguramente acordaremos muchos que no vale nada y que quienes los mataran no merecerían castigo, sino premio, si acaso. Algo de eso sabían ya los teóricos medievales del tiranicidio.

asignadas estarían en el tramo más alto de la escala, entre 8 y 10. Si a cien personas les pedimos que, en una escala de dureza de las penas, también entre 1 y 10, valoren cuál es la pena que merece el homicidio, es prácticamente seguro que asignarán valores muy semejantes a los anteriores. Es difícil imaginar que alguien considere que un delito muy grave merece una pena leve, por ejemplo. Está operando ahí una especie de intuición elemental de justicia retributiva o del principio de proporcionalidad penal.

Si estamos de acuerdo en que ese sencillo experimento es viable y tiene sentido y en que podría reproducirse para un gran número de posibles conductas que generalmente se consideran como merecedoras de pena o no merecedoras de pena<sup>24</sup>, aparecerá pronto la cuestión teórica más interesante: ¿a qué podemos reconducir esas valoraciones?, ¿*qué unidad o patrón de medida les subyace?*

Si decimos que se trata de un patrón moral anclado en la moral social positiva, seguramente decimos algo tan cierto como casi trivial. Ya he escrito antes que no es fácil que, al menos en un Estado democrático, sea delito un comportamiento que socialmente no se considera moralmente reprochable<sup>25</sup>. Si queremos concretar más, el problema se nos complica por causa de la muy diversa naturaleza del bien protegido según los tipos de delitos. En ese sentido, poco tienen en común los delitos contra la vida, contra la propiedad o contra el erario público, por ejemplo. Y, sin embargo, esas diversas conductas que atentan contra esos bienes tan disímiles no son inconmensurables en la práctica o para los ciudadanos.

Pensemos en otro sencillo experimento. Si preguntamos a cien sujetos si consideran más grave (y, por tanto, merecedor de pena más severa) o menos grave (merecedor de pena menos severa) un homicidio o una defraudación

---

<sup>24</sup> Quedarían fuera los casos problemáticos, los muy discutidos, aquellos comportamientos respecto de los que socialmente hay gran discrepancia sobre si son reprobables (y en qué grado) o admisibles. Sería, por ejemplo, el caso del aborto voluntario, de algunos delitos relacionados con el tráfico de ciertos estupefacientes o de algunas expresiones, como la blasfemia, o de la formulación de determinadas opiniones de cariz político (como las favorables a algún grupo político o a un grupo terrorista, etc.).

<sup>25</sup> Aunque no todos los comportamientos moralmente reprochables se vean como merecedores de ser delito.

fiscal de veinte mil euros, van a coincidir en la mayor gravedad del delito contra la vida. Puede parecernos que vida y dineros públicos son bienes inconmensurables, pero todo el mundo los compara, a efectos de este tipo de valoraciones. Es más, aun en sociedades muy plurales y pluralistas en lo moral y lo político, como la nuestra, las coincidencias en el resultado de estas comparaciones son mucho más amplias que las discrepancias.

Este no es el lugar para intentar alguna hipótesis sobre los patrones que componen esas valoraciones, valoraciones que subyacen a y dan sentido a cualquier política criminal razonable. Seguramente se combina en esas valoraciones toda una serie de variables, de patrones de juicio bien diversos. Lo que aquí nos interesa resaltar es que, de resultados de esos patrones y sean en concreto los que sean, salen siempre unas valoraciones desde las que se juzga sobre la gravedad de determinadas conductas real o potencialmente dañosas para algunos bienes y sobre el merecimiento de pena correspondiente a esa gravedad de la conducta dañosa. Así que, a efectos analíticos, llamemos *V* al patrón o unidad de valor que en el fondo subyace siempre, como resultado de esas combinaciones.

El valor de un bien penalmente protegido se mide en *V*. La gravedad del atentado contra el bien protegido equivale a costes en *V*, igual que el mal que la pena supone para el penado equivale a costes en *V*. Si, por ejemplo, una pena es pecuniaria, su coste es económico. Si es privativa de libertad, su coste es en parte intangible (pérdida de libertad durante el tiempo de cárcel, más pérdida de consideración social o estigma, etc.), pero también puede haber costes económicos, en especial en la variedad de lucro cesante. En cuanto al daño para la víctima, puede ser fundamentalmente intangible (por ejemplo, en los delitos contra el honor) o puede ser predominantemente económico, como en los delitos contra la propiedad. Pero, repito, aquí vamos a utilizar la variable *V* para referirnos en abstracto a los costes, y como unidad expresiva de la sorprendente conmensurabilidad de esos costes en la práctica social.

En lo anterior estábamos refiriéndonos a costes para la víctima, cuando es individualizable, y para el actor del delito que es penado por él. Pero el derecho penal acarrea otros costes, y estos sí son traducibles a dine-

ros. Porque coste económico tiene el mantenimiento del aparato estatal de seguridad y de justicia, coste económico tiene el sistema penitenciario y tienen las penas de cárcel, y a lo económico son traducibles también los costes de tramitación, en sus diversas variantes. Y también el delito tiene unos costes sociales, más allá de las víctimas concretas, que se pueden más o menos fácilmente computar en dinero contante y sonante. Y no solo eso, pues según haya más o menos delitos, los ciudadanos se verán impelidos a tomar más o menos precauciones para prevenirlos<sup>26</sup> por su cuenta y en lo que ellos dependan, o para paliar económicamente sus efectos, y tales medidas suponen costes también.

Mas no es descabellado sostener que también desde ese punto de vista social hay costes intangibles ( $c^i$ ) del delito, como pueda ser lo que afecte a la tranquilidad pública, a la confianza de los ciudadanos, a su ocio, a sus alternativas vitales o profesionales, etc., etc.

Los costes en  $V$ , tanto desde el punto de vista de víctima y delincuente, como desde el punto de vista social, podemos verlos como la suma de costes intangibles ( $c^i$ )<sup>27</sup> más costes económicos ( $c^e$ ).

Así que el coste de un delito ( $c^d$ ), en unidades de  $V$ , podemos representarlo así:

$$c^d (V^d) = c^{i1} + c^{i2} \dots + c^{in} + c^e$$

Esa misma fórmula podemos usar para representar el coste de la pena ( $c^p$ )

$$c^p (V^p) = c^{i1} + c^{i2} \dots + c^{in} + c^e$$

Y tanto puede servir esa fórmula para representar los costes del delito para la víctima (cuando es individualizada) como los costes del delito para la sociedad estatal<sup>28</sup> en su conjunto, y los costes de la pena para el penado

<sup>26</sup> Piénsese en el ejemplo fácil de la adquisición de alarmas y sistemas de seguridad para viviendas, insituciones o empresas.

<sup>27</sup> Al derecho no le es extraña la traducción a dinero de “costes” intangibles. El caso más claro es el del daño moral en la responsabilidad civil, pero hay bastantes más. Aquí estoy dando por sentado, sin fundamentarlo, que esas equivalencias dinerarias que los tribunales (o los legisladores cuando fijan baremos que abarcan cosas tales como el daño moral) hacen son fuertemente discrecionales y no siguen ni pueden seguir un patrón objetivo.

<sup>28</sup> Mientras hablemos de un derecho penal estatal.

y los costes de la persecución, condena judicial y ejecución de la pena para la sociedad en su conjunto.

Lo que el L&E propone en cuestión de política criminal es que, para cualquier delito, los costes sociales del delito no sean inferiores a los costes sociales de la pena. O sea, que lo que el Estado invierta para penar esa conducta como delictiva no sea más de lo que esa conducta socialmente cuesta; que, en términos de lo que la pena socialmente nos cuesta, el delito merezca la pena, que nos compense penarlo.

Pero no podemos dejar de atender a un elemento esencial. La razón que, según el L&E, justifica la tipificación de una conducta como delito, con el “gasto” que ello supone, es precisamente el coste social de tal conducta. Y la función de la pena no es hacer que el delincuente pague el coste personal a su víctima<sup>29</sup>, sino la disuasión general, el que haya menos de tales conductas y, con ello, menos costes sociales de las mismas. Un derecho penal es más eficiente cuando más disuade y a menor coste. Un sistema penal que respecto del delito D disuada un 90% es más eficiente que uno que disuada un 80%. Pero uno que disuada ese 90% con un coste menor es más eficiente que uno que disuada así con un coste mayor<sup>30</sup>.

El Estado determina gran parte de la eficacia disuasoria de las normas penales mediante una serie de decisiones económicas y de gestión que tienen que ver ante todo con el sistema policial y el sistema de Justicia. Así, cuantos más medios personales y materiales tengan a su disposición la policía, más delincuentes podrán ser descubiertos y llevados ante el juez; y cuanto mejor diseñado esté el sistema procesal penal para evitar el efecto antipreventivo de que bastantes delincuentes se libren de la condena<sup>31</sup>. A

---

<sup>29</sup> Esa, en cambio, si puede ser una función importante del derecho de daños.

<sup>30</sup> Reparemos en que, una vez que hemos aceptado que los costes no son meramente económicos, sino que cuentan también los costes intangibles (como pérdida de libertad, estigma social, etc.), tenemos en lo que se acaba de decir una razón más para sostener que, a igual disuasión, es más eficiente una pena menor. Si del delito D disuade igual una pena de tres años y una pena de dos, será más eficiente imponer la pena de dos, pues ahorra costes económicos y costes intangibles.

<sup>31</sup> O de que inocentes la padezcan, lo cual puede tener también cierto efecto antipreventivo y, en cualquier caso, socava parte importante de los fundamentos del sistema.

más inversión en (y mejor gestión de) esos dos sistemas, mayor eficacia preventiva del derecho penal, pero también mayores costes económicos, y, en alguna medida, más costes intangibles también<sup>32</sup>. El L&E viene a decirnos que en algún punto ha de situarse ese equilibrio al que idealmente la política criminal de los estados tiene que aspirar.

Dejo aquí las consideraciones sobre la política criminal desde el punto de vista del L&E, pero no sin plantear la cuestión fundamental acerca de dónde estaría la grave incompatibilidad con los ideales y planteamientos de la teoría y la dogmática penal al uso entre nosotros, y más si son, como suele, una teoría y dogmática marcadamente prevencionistas. Reducido el análisis penal del L&E a su lógica más elemental, lo que nos indica es que no tienen sentido o racionalidad defendible políticas criminales que supongan costes importantes y sean escasamente disuasorias, o normas penales que, justificándose por la necesidad de limitar delitos, no vayan acompañadas de las inversiones adecuadas para que sean efectivas, y queden meramente como legislación penal simbólica. No hay que penar lo que socialmente no tenga costes (en el sentido amplio y abarcador que se viene dando aquí a la expresión) y deben ponerse los medios precisos para que las normas penales disuadan en verdad de las conductas que sí tengan tales costes, pero siempre procurando que el remedio no sea peor que la enfermedad y que los costes de la persecución penal no superen los costes del delito mismo. Y, de paso, recibe apoyo el principio de proporcionalidad penal, en especial para quienes no sean retribucionistas.

Los ejemplos que podríamos traer a colación serían muchos, pero mencionemos uno solo. ¿Es racional, en esos términos del L&E, la persecución penal del tráfico de drogas de las llamadas blandas? ¿Compensa? ¿No sería mucho más útil destinar a otros fines sociales los ingentes medios que a la persecución y castigo de esos delitos se dedican, o aplicarlos a la prevención y castigo de otros delitos más graves? Y, por el lado inverso, ¿sería racional y socialmente conveniente despenalizar el robo y el hurto y remitir su arre-

---

<sup>32</sup> Pensemos en los “costes” que en su calidad de vida padecería una sociedad con altísima presencia policial o en la que la policía dispusiera de medios técnicos para vigilar muy intensamente la mayor parte de las actividades de las personas.

glo, mediante indemnización por el daño causado y sin penas, al derecho de la responsabilidad civil extracontractual meramente?

## 7. CONOCER PARA PREVENIR. O DE LOS VERDADEROS RASGOS DEL *HOMO POENALIS*

Pasemos al segundo aspecto, el referido al individuo que elige entre alternativas de conducta y calcula cuál le conviene más. Para que la política criminal pueda orientarse con sentido por un criterio de eficiencia preventiva y de balance de costes, ha de ser previsible el comportamiento de los ciudadanos, en cuanto respuesta a estímulos como la amenaza de la pena. Esto es, para que podamos anticipar con suficiente certeza cómo van a reaccionar ante un estímulo todos o la gran mayoría, debemos conocer cuál será la reacción de cada uno. Si, por ejemplo, cada ciudadano echase a los dados o jugase a la carta más alta si hace una cosa u otra, la delictiva o la que no, tales previsiones serían imposibles y la misma política criminal tendría resultados por completo aleatorios, que la volverían perfectamente inútil<sup>33</sup>.

Si, por tanto, se ha de poder prever la reacción social a una medida punitiva, se necesita, en primer lugar, trabajar un modelo ideal de individuo decisor y, en segundo lugar, hace falta que ese modelo no sea puramente ideal en el sentido de constructo acerca de cómo nos gustaría que las personas fueran y decidieran, sino que ha de ser real en el sentido de que refleja el modo como en verdad los sujetos decidimos cuando optamos entre cursos de acción alternativos. La política criminal regida por un designio de

---

<sup>33</sup> Lo expresa perfectamente Silva Sánchez: “la tesis opuesta, la del rechazo categórico de la racionalidad del delincuente, tiene, a mi entender, efectos radicales e inasumibles. En efecto, si el delincuente no es, ni en alguna medida, racional, entonces la prevención por normas carece de sentido (siendo ésta, sin embargo, lo más característico -y lo más liberal- del derecho penal), quedando sólo la prevención <<técnica>>, así como la prevención especial por tratamiento o inocuización. En otras palabras, no es razonable conminar con desutilidades a quien no incluye el cálculo de estas en su toma de decisiones. Otra cosa es que la racionalidad del delincuente deba reducirse a una mera racionalidad instrumental o utilitaria, o deba, por contra, entenderse ampliada a una racionalidad valorativa”. Silva Sánchez, Jesús-María, “Eficiencia y derecho penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 49, pp. 93-128, 105.



eficiencia preventiva y de costes será tanto más certera cuanto más exactas sean sus previsiones sobre las reacciones de los ciudadanos ante el estímulo penal, y ese grado de acierto dependerá muy esencialmente de lo ajustado a la real psicología de los individuos que sea tal modelo. Ese modelo de decisión individual racional lo tomó el L&E de la economía neoclásica; hasta que tal modelo entró en crisis, como muy pronto recordaremos.

Primero entretengámonos un rato con posibles candidatos para el modelo ideal de sujeto que decide y planteémonos cuál estará más cerca de la dogmática penal a la que estamos aquí acostumbrados.

Uno podría ser el del sujeto perfectamente sumiso. Sería quien reacciona con obediencia al mandato de la autoridad, cumpliendo siempre lo que se le ordena y absteniéndose de obrar del modo por la autoridad prohibido. Bien pensado, este estándar del individuo obediente a la autoridad está en las antípodas del sistema penal, pues si fuera real y pudiéramos usarlo como representativo del común de la humanidad, sería ociosa la previsión de sanciones para el incumplimiento del mandato normativo de hacer o no hacer. Sería suficiente que la ley proveniente de la autoridad reconocida como legítima dijera que no se debe matar o no se debe robar, y ya con eso se acabarían los delitos contra la vida o la propiedad, sin que se dieran conductas antijurídicas que hicieran aplicable el castigo.

Un segundo modelo de sujeto racional ideal es el que podríamos llamar modelo del individuo moralmente virtuoso. Sería aquel que siempre obra en consonancia con el mandato de la norma justa. A ese no es la autoridad por la autoridad lo que le impele a comportarse de uno u otro modo, sino la convicción de que, si una acción es moralmente debida, la conducta debe acomodarse a tal norma justa. Un derecho penal completamente eficaz sería el que contuviera normas justas, ya que tales normas no serían vulneradas por sus destinatarios. Si rige unánimemente la convicción moral de que matar es gravemente inmoral, bastará que el derecho penal vete el homicidio para que no haya homicidios. Pero la objeción que a este modelo se puede hacer es que no hace solamente ociosa la pena, como el modelo anterior del sujeto sumiso, sino que, en el fondo, hace prescindible la norma penal misma, ya que bastarían los acuerdos morales en la

sociedad vigentes para limitar en la práctica las conductas indebidas, sin que se necesite para nada un derecho penal, que resultaría una normativa redundante de esa normativa moral que ya es por sí eficaz en la dirección de tales conductas.

Así pues, no tiene sentido que la teoría penal presuponga como destinatario de las normas penales ni un modelo humano de sujeto sumiso ni uno de sujeto moralmente virtuoso. Entonces, ¿cuál será el que subyace a la dogmática penal al uso? Mi hipótesis es que se trata del sujeto desfalleciente. Se trata de un modelo más complejo que esos dos anteriores y que recoge los caracteres de ambos y alguno más. El sujeto desfalleciente es aquel que junta las siguientes notas definitorias del carácter que basa sus decisiones:

a) Reconoce la autoridad legítima y en sus mandatos ve una buena razón para ordenar sus conductas. En ese sentido, no es un ácrata radical, por ejemplo.

b) Está bien dispuesto para respetar las normas que considera justas, más que las que considera injustas. En la convicción de que son justas las normas halla una razón de mucho peso para atenerse a ellas. Por ejemplo, si piensa que es injusto matar, normalmente no matará, aunque sepa que va a quedar impune su acción porque tiene a su alcance el crimen perfecto.

c) Pero la acción de ese sujeto puede también estar condicionada por factores que limitan el alcance de los dos móviles anteriores, el de la autoridad y el de la justicia. Entre esos factores cabe citar, quizá como los más importantes, los siguientes: el error cognitivo, la debilidad de su voluntad y el desacuerdo, sea este con el contenido de la norma, sea con la legitimidad de la autoridad.

- En el error incurriría quien no es capaz de ver o asimilar o bien el fundamento de legitimidad de la autoridad, o bien el fundamento de validez de la norma penal como norma justa. La deficiente formación o las escasas luces del sujeto penal lo llevan a elegir la vía del delito, pues no lo motivan suficientemente esos dos estímulos de naturaleza intelectual, el valor de la autoridad y el valor moral de la norma misma. El límite de su responsabilidad está en la culpabilidad, en su capacidad para ser culpable. No es la

suya una incapacidad intelectual, sino un defecto cognitivo superable, pero no superado.

- La debilidad de carácter es un defecto volitivo. Aunque reconozcamos que la razón está de parte de la autoridad y/o de la norma, sucumbimos a la tentación, ya que no somos lo bastante fuertes como para sobreponernos a ella. Sabemos que está muy mal apropiarse de lo ajeno y que tiene toda razón de ser el mandato de la autoridad legítima que lo prohíbe y lo castiga, pero nos quedamos con esa cartera que se le acaba de caer al que va delante y puesto que creemos que nadie nos ha visto cogerla.

- El desacuerdo, sea con la autoridad legisladora y porque la tenemos por ilegítima, sea con el contenido de la norma porque la estimamos muy injusta, nos puede impulsar a veces a la desobediencia, una obediencia que personalmente somos capaces de fundamentar como política y moralmente justificada y no como fruto de nuestra debilidad de carácter, sino, al contrario, como resultado de la fuerza de nuestras convicciones. Si este tipo de comportamiento está punido en nuestras sociedades, es precisamente por causa del reconocimiento constitucional del pluralismo político y moral, que hace que no haya una única moral oficial y debida, sino legítima diversidad de creencias políticas y morales. Siendo esto así, estaría abocado al fracaso un sistema penal que no castigara determinados incumplimientos normativos (apropiarse de determinados bienes, no pagar impuestos, ciertas prácticas sexuales, determinados ejercicios de autoridad en el seno de la pareja o la familia...) cuando estuvieran avalados por creencias muy arraigadas en el sujeto o en un grupo específico de la colectividad estatal.

Si me parece que ese modelo del individuo desfalleciente es el más adecuado como presupuesto de la teoría penal vigente en nuestro ámbito es porque da sentido a la orientación preventiva de la misma e, incluso, a su enfoque antirretribucionista. Al infractor no se le pena por ser malo ni propiamente porque lo merezca, pues, según como se mire, a lo mejor ni lo merece moralmente del todo, como se aprecia en el caso del que delinque por desacuerdo; esa, la retribución de la maldad moral como atributo del sujeto o su acción no sería, para la penalística dominante, la función del derecho penal.

Por otra parte, y, sobre todo, nuestra dogmática fundamenta la pena en su función preventiva. En cuanto prevención positiva, la norma penal y su respectiva pena aleccionan al individuo y al grupo al recordarles qué es lo debido al que no sabe bastante o al que tiene una voluntad débil. Y con el que está en desacuerdo opera la prevención negativa, pues se le hace ver que la sanción penal se aplica también a esa conducta que a él le parece justa y que es opuesta a la norma común, por lo que no le exonera, en lo penal, la justificación moral que él para su proceder halla.

Pero, si ese puede ser el modelo de sujeto que nuestra teoría penal presupone, toca que nos preguntemos si tiene alguna utilidad como modelo sobre el que basar previsiones de eficacia o eficiencia de la norma penal. Mi opinión es que funciona más como postulado que como dato capaz de fundar previsiones empíricas. Quiero decir que ese modelo antropológico o de sujeto penal es el que da cierta congruencia teórica a esta dogmática penal, pero que es acogido por la misma precisamente porque permite esa congruencia en un plano puramente teórico o ideal, no porque con base en él se quiera y se pueda hacer previsiones sobre eficacia preventiva real (positiva o negativa) de cualquier norma penal o de un sistema penal en su conjunto. Al penalista al que estamos habituados tales previsiones empíricas le interesan bastante poco, y por eso no se ha esmerado gran cosa nuestra ciencia penal en desarrollar un modelo ajustado y útil de sujeto penal que elige entre cursos de acción alternativos, de los cuales uno es el que corresponde a la acción delictiva. Le basta al penalista al uso con pensar que el cumplimiento de la norma es la regla, porque el común de los ciudadanos es moralmente virtuoso y, además, reconocen los ciudadanos el buen fundamento de los mandatos legales en la legitimidad del legislador, y que la infracción es la excepción, excepción debida a alguno de aquellos defectos cognitivos o volitivos o a razones ideológicas. Frente a esos motivos excepcionales como detonante o impulso de la acción delictiva, la pena (como mera amenaza ya, y más al ser aplicada) cumple su función preventiva y por regla general la cumplirá tanto más cuanto más afflictiva sea, ya que será tanto más aleccionadora (prevención positiva) o negativamente disuasoria (prevención negativa) cuanto más dura resulte.

## V. ¿ES IRRACIONAL E IMPREVISIBLE EL *HOMO POENALIS*? LA REVOLUCIÓN DEL *LAW AND ECONOMICS* CONDUCTUAL

Nuestro modelo estándar o usual de dogmática o teoría penal presupone un fundamento de eficacia, utilitarista o preventivo de la pena, pero está escasamente interesado en cálculos y previsiones de la eficacia preventiva real del castigo penal, ya que, en su fondo y aunque rechace el retribucionismo porque lo asocia con bajos instintos individuales y colectivos, está impregnado de moralismo y da por sentados ciertos presupuestos de justicia retributiva, como mandato de hacer lo debido y merecido con el delincuente y, también y en lo posible, con la víctima.

Por su lado, el primer L&E no legitima o justifica las penas en un postulado teórico de eficiencia, sino en su eficiencia real, entendida esta en términos de costes y entendiendo tal noción en sentido monetario, pero no solo monetario, ya que se incluyen también ciertos costes o ganancias intangibles, como lo que sufre el preso por la falta de libertad o el daño moral de la víctima de una calumnia o de una injuria, o el placer, diverso, que obtiene el autor de la consumación de un delito sexual o de un delito contra el honor.

Sobre esa base, en su primera época, el *Criminal Law and Economics* tomó como base de la posible previsión de eficiencia del sistema penal aquel modelo de sujeto racional de la economía neoclásica. Ese sujeto, como ya hemos visto, decide sus acciones a partir de un cálculo de costes y ganancias y se guía siempre por la maximización de su utilidad individual; es decir, escoge la alternativa de la que, según sus cuentas, tanto más fiables cuanto más sea la información cierta que posea, le reportará un mejor balance. Si, por ejemplo, el sujeto concluye, analizado todo, que la acción legal le producirá una ganancia de 3 y la acción ilegal le ocasionará una ganancia de 5, se inclinará por esta última. La pena es siempre pérdida contrapuesta al beneficio del ilícito, y esa pérdida ya hemos visto que se calcula antes que nada multiplicando lo que la pena resta por la probabilidad de su imposición.

Por supuesto, ese sujeto racional ideal que persigue la maximización de su utilidad individual resulta en sus decisiones perfectamente previsible cuando tiene y sabemos que tiene toda la información relevante y que, en consecuencia, incluye en su cálculo cosas tales como costes de oportunidad. Así que, bajo condiciones ideales, las decisiones de ese sujeto modelo resultan muy previsibles. Si robarle 1.000 euros a un vecino tiene una pena de 2.000 euros y si la probabilidad de ser descubierto, procesado y condenado es del 30%, tenemos que la pérdida que se sopesa es de 600<sup>34</sup>, con lo que del delito queda un beneficio de 400 y no tendrá efecto disuasorio la norma penal que dispone tal pena para ese robo<sup>35</sup>.

El paso de la penalística tradicional (de estirpe europea, fundamentalmente) al análisis económico del derecho penal significó la transición de un modelo teóricamente preventivo, pero sin base en un modelo de sujeto racional que permitiera el cálculo de eficiencia de las normas penales, a una teoría penal que pone en el primer plano de sus elaboraciones tal modelo de decisión y de decisor racionales. Pero al cabo de pocas décadas, y dentro del propio movimiento del L&E, aconteció una sorpresa mayúscula que revolucionó tal teoría: ese sujeto racional presupuesto y tan exquisitamente elaborado, resultó, al parecer, completamente irreal. Y acabó apareciendo como irreal por detalles que descubrieron los psicólogos cognitivos más prestigiosos del mundo y que..., ya sabían nuestras abuelas y estaban de siempre reflejados en el refranero y los dichos populares.

El ataque desde dentro, por así decir, provino de una serie de experimentos psicológicos<sup>36</sup> que mostraron que los humanos de carne y hueso

---

<sup>34</sup>  $2.000 \times 0.3 = 600$ .

<sup>35</sup> Estoy trabajando con un modelo extraordinariamente simplificado, casi caricaturesco, ya que solamente he tomado en cuenta el coste que supone la amenaza real de pena de esa pena pecuniaria, amenaza real proveniente de multiplicar la pena legalmente prevista por la probabilidad de su imposición efectiva. Pero puede y suele haber más costes que habría que incluir en ese cálculo, como, entre otros, el coste de la estigmatización social (cuando la hay) por ser condenado como ladrón.

<sup>36</sup> Hay dos libros deliciosos y extraordinariamente entretenidos que relatan la génesis de esos experimentos y la personalidad y las reacciones de algunos de sus más importantes autores. Son el de Kahneman, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, trad. de Chamorro Mielke Joaquín, Madrid, Debate, 2012, (el original en inglés, *Thinking, Fast and Slow*, es de 2011), y el de H. Thaler, Richard, *Misbehaving. The Making*

no se comportan con la debida frecuencia como se espera de ese individuo racional que es el *homo oeconomicus*. Pues, por resumir, los sujetos reales ni son tan fríos y cerebrales como él en su manejo de la información y en sus cálculos, debido a que están sometidos a una gran variedad de sesgos cognitivos, ni son tan egoístas o meramente autointeresados y maximizadores de la utilidad individual, ya que bastante a menudo se guían por consideraciones o bien de altruismo o bien de sentido de la justicia o *fairness*, que los hacen no optar por la opción más beneficiosa, o al menos no por la económicamente más beneficiosa.

Sobre la influencia de los sesgos cognitivos se citan de continuo una serie de experimentos que indican que ciertas condiciones de nuestro modo de asimilar y recordar la información hacen que los efectos de algunos estímulos sobre nuestras decisiones no sean los esperados. Así, parece demostrado que cuando vivimos una experiencia de cierto tiempo no recordamos por igual todo lo que en ese tiempo nos sucedió, sino que recordamos con más intensidad o predominantemente los momentos primeros y finales, y esa es la impresión principal que nos queda. Si, por ejemplo, hacemos un viaje de veinte días en vacaciones de verano y tenemos un tiempo magnífico durante todo ese periodo, salvo los dos últimos días, en los que llueve sin parar, nos quedará la sensación de que hemos padecido en ese viaje muy mala suerte y ha habido un clima malo; mucho más que si hubiera llovido cuatro días a la mitad de ese viaje y los días de después hubiera lucido el sol. Y no digamos si, tras dieciocho días perfectos y lluvia en los dos del final, luego el avión de vuelta se retrasa cinco horas. Nos parecerá en el futuro que han sido unas vacaciones horribles. Si esos resultados experimentales no engañan, para que la pena de cárcel tenga efectos disuasorios sobre el que ya la vivió, a efectos de que no reincida en el delito, importará más lo que haya sentido al entrar de la cárcel y en sus momentos finales en ella que la duración misma de tal pena. Con eso se estaría cuestionando el viejo dogma de que una pena privativa de libertad disuade tanto más cuanto más larga es.

Otro descubrimiento muy sonado es el de que los seres humanos tendemos a mantener constantes nuestros niveles de felicidad o de sensación de bienestar, a base de acomodar tales sensaciones a los cambios en nuestra suerte y nuestras circunstancias. Sobre el papel, se pensaría que una persona que tiene un grave accidente y queda para siempre en silla de ruedas va a ser muy desdichada durante toda esa vida restante, y mucho menos feliz de lo que antes era; de igual forma, creemos que si a alguien le toca un gran premio en la lotería y se vuelve millonario ya va a estar mucho más contento y feliz en adelante. Pero la experimentación muestra que no es así y que en cada persona la felicidad tiende a equilibrarse siempre, al cabo de un poco de tiempo, en un punto personal de cada uno. Es decir, que ese que ha tenido el accidente al cabo de un año ya se siente muy parecidamente a como se sentía antes, y, del mismo modo pasa con el afortunado en la lotería<sup>37</sup>.

En cuanto al sentido de la justicia como móvil de las decisiones, se han hecho también pruebas muy interesantes. El modelo neoclásico de decisión racional nos decía que tendemos prácticamente siempre a elegir la alternativa de acción que más nos favorece, según el balance de costes y beneficios, y más claramente aun si ese balance es dinerario o fácilmente traducible a términos monetarios. Pero algunos experimentos capitales dan testimonio de que eso no es ni mucho menos así y que cierto sentido de lo que es equitativo o moralmente abusivo influye mucho en nuestras decisiones, hasta en las más palmariamente económicas.

Pensemos en el famoso ejemplo del “juego del ultimátum”<sup>38</sup>. Se forman dos grupos de personas elegidas aleatoriamente. Se juntan en parejas separadas y dentro de cada pareja a uno se le nombra proponente y al otro

---

<sup>37</sup> A lo mejor algo de eso se expresaba ya en la sabiduría popular, con dichos como que no hay mal que cien años dure o que el dinero no da la felicidad.

<sup>38</sup> Lo contaré haciendo una adaptación del caso que, entre muchos otros, narra H. Thaler, Richard, *op. cit.*, pp. 140. Cuenta Thaler que ese experimento lo realizaron Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch y él mismo en los años ochenta, pero luego descubrieron que uno igual y con los mismos resultados había llevado a cabo un equipo dirigido por el economista alemán Werner Güth, y que fue ese equipo alemán el que le puso ese nombre que perdura, el de “juego del ultimátum”. H. Thaler, Richard, *op. cit.*, p. 141.



respondente. Las condiciones del juego son las siguientes. Al proponente se le dan 100 euros y el respondente sabe que los ha recibido para hacer ese juego con él. De esos 100 euros, cada proponente puede ofrecerle a su respondente la cantidad que esté dispuesto a compartir con él. El respondente puede aceptarle o no esa cantidad. Pero cada uno, proponente y respondente, no tiene más que una oportunidad; es decir, el proponente podrá hacer una única oferta y el respondente podrá aceptarla o rechazarla, pero no regatear ni hacer propuestas alternativas. Eso sí, si el respondente acepta esa única oferta del proponente, cada uno se queda en propiedad y para siempre con su cantidad correspondiente: el respondente con lo que aceptó recibir y el proponente con lo que resta después de descontar lo que ofreció al otro y el otro tomó.

La pregunta es: ¿cuánto ofrecería y cuánto aceptaría el *homo oeconomicus* de la teoría económica neoclásica que había asumido el L&E como modelo de decisor racional? Thaler nos explica cuál sería el resultado indudablemente esperable: “si usamos la asunción económica estándar de que la gente es egoísta y racional, la teoría de juegos produce una predicción clara para este juego. El proponente ofrecerá la cantidad más baja posible (cincuenta céntimos en nuestra versión) y el respondente aceptará, cincuenta céntimos es más que nada”<sup>39</sup>. Pero los resultados no confirmaron esa hipótesis, sino la de los autores del experimento: que uno de los móviles de los sujetos es el sentido de la justicia o equidad y que asumen el fuerte riesgo de perder si la oferta que se les hace les parece inicua, con lo que prefieren esos respondentes sancionar así a los ofertantes egoístas y hacer que pierdan ellos también todo, aunque sea a costa de quedarse igualmente sin nada ellos mismos, los respondentes. Según explica Thaler, los resultados acreditan una fuerte propensión de los respondentes a rechazar toda oferta por debajo del 20% de la cantidad en juego.

Si los móviles de equidad influyen también determinadamente en nuestras decisiones económicas, eso nos puede explicar, por ejemplo, que haya muchos que no estén dispuestos a comprarse las zapatillas de deporte

---

<sup>39</sup> *Idem.*

más baratas del mercado si saben que son hechas por niños semiesclavos, aunque necesiten adquirir unas zapatillas de deporte y tengan que pagar por cualesquiera otras un precio mayor. O también podemos entender que no todo el mundo, ni mucho menos, se quede con el dinero de más que le da el taxista o el camarero que se equivocó al entregarle la vuelta, aunque eso sería lo propio del *homo oeconomicus* que va nada más que a lo suyo, a maximizar su utilidad individual.

¿Y eso en qué afectará al derecho penal y a los cálculos sobre su eficiencia? Si la inmensa mayoría de los ciudadanos somos del estilo de ese *homo economicus* de la economía neoclásica y del primer L&E, los cálculos de política criminal que deben dar lugar a una normativa penal bien eficiente podrán dar por sentado que:

- a) Todo delincuente potencial, todo sujeto que valora si realiza o no la conducta delictiva, se guiará nada más que por la comparación entre el beneficio esperable y el perjuicio temible<sup>40</sup>. Si el balance es favorable al delito, delinquirá.
- b) Cualquier ciudadano que se sienta individual o colectivamente perjudicado por un delito real o potencial estará a favor de la pena más alta para el mismo, ya que, en principio, esa pena para él no tendrá coste alguno o lo tendrá nimio<sup>41</sup> y, sin embargo, los efectos disuasorios para los posibles delincuentes serán mayores cuanto mayores esos costes en pena a la que se exponen.

Tengo la firme convicción de que no hace falta ser un psicólogo y economista norteamericano para saber que no es así como sentimos y decidimos. Si a cien mil españoles se nos preguntara de un día para otro<sup>42</sup> si estamos de acuerdo con que a todo el que robe un teléfono móvil o el equipo

---

<sup>40</sup> Valorando también, obviamente, los costes de oportunidad. Un individuo sabe que puede dedicar los próximos meses a acabar de prepararse para conseguir un trabajo que le reportará una ganancia determinada, o para realizar un atraco del que espera con fundamento un fruto muy alto y por el que calcula con buena información que es mínimo el riesgo de que lo atrapen y lo condenen

<sup>41</sup> Lo que resulte de repartir entre todos los ciudadanos el coste de, por ejemplo, subir por cierto delito la pena de cinco años a cadena perpetua.

<sup>42</sup> Quiero decir sin largas campañas previas de manipulación en algunos medios de comunicación o por ciertos individuos con intereses torticeros.

de sonido de un coche se le imponga una pena de treinta años de cárcel, responderíamos casi unánimemente que no. Igual que sería negativa la contestación si la cuestión versara sobre si nos animaríamos a violar a una persona a la que deseamos mucho, en caso de que fuera total y absoluta la garantía de que no seríamos castigados.

Lo que la llamada “economía conductual” vino a aportar con sus experimentos a la teoría económica fue la base empírica para la crisis del *homo oeconomicus* neoclásico. Y en cuanto que la suya era el modelo de decisión racional que daba por sentado la primera hornada del L&E, también a este movimiento afectó, constituyéndose entonces una variante muy potente, el llamado “*Behavioural Law and Economics*” o análisis económico conductista del derecho, si así se puede traducir del modo más comprensible y menos malsonante. ¿Ha sido un cambio revolucionario que acaba con el modelo anterior de L&E o dará pie nada más que a una readaptación de unas pocas tesis y a la mayor complejidad de fórmulas que antes parecían más sencillas?

Esas dos tesis contrapuestas, la revolucionaria y la integradora, se enfrentan con fuerza en la doctrina durante las tres últimas décadas. No me detendré aquí en los argumentos de unos y otros, sino que haré nada más que un par de consideraciones, para avanzar al fin hacia el punto final de este trabajo.

## VI. ¿QUÉ TIPO DE COSTES Y QUÉ BENEFICIOS?

En mi modesta opinión, lo que la economía conductual destierra para siempre de las ciencias económicas y sociales es la idea de que nuestra racionalidad “normal” y plenamente habitual, como humanos que somos, atiende solo o de modo muy preferente al balance económico, dinerario, monetario, de nuestras alternativas de acción. Sobre nuestras decisiones pesan con fuerza las razones económicas, y razones económicas pueden ser las que nos lleven a preferir un trabajo mejor pagado a uno peor pagado, entre dos que nos satisfagan aproximadamente igual, o a preferir comprar una casa que cueste menos en lugar de una que cueste más, si la elección se

da entre dos que nos resultan básicamente equiparables a otros efectos que nos importen. Pero también parece bien obvio que no siempre (más bien pocas veces) decidimos casarnos con la persona más rica de las candidatas a ser nuestro cónyuge, igual que muchas veces preferimos la casa que nos cuesta más si desde ella se divisa un mejor paisaje, o el trabajo con sueldo más bajo si es el que nos permite sentirnos personalmente más realizados. Para el viaje hacia esos descubrimientos no hacían falta alforjas, francamente.

Pero seamos justos y apliquemos esa “natural” *fairness* también en esto. Ya hace rato hemos recordado que apenas ha habido autores del L&E que hayan tratado de reducir todos los costes a términos de dinero o de lo que cualquier cosa cuesta o de lo que uno estaría dispuesto a pagar por ella, y ya hemos dicho también que el entramado de estímulos o condicionantes que permiten, hipotéticamente, prever las decisiones de las personas abarcan los económicos, pero también otros que llamamos intangibles. Por eso antes hemos llamado V a la teórica unidad de medida que se aplica al decidir.

Creo que no es incompatible con el L&E entender que de V, de esa medida, forma parte todo aquello que los humanos de modo general valoramos positiva y negativamente en nuestras vidas. Serán poquísimos ciertamente, los que, preguntados sobre si prefieren recibir más dinero o menos dinero, responderán con sinceridad que menos dinero, y que cuanto menos mejor<sup>43</sup>. Pero es probable que sean mayoría los que, interrogados acerca de si quieren recibir sin riesgo alguno ni ahora ni luego y sin con-

---

<sup>43</sup> Entre otras cosas, porque si uno no lo quiere para sí, siempre puede regalarlo a quien le parezca que lo merece o lo necesita más. Que usted no quiera ser rico no implica que no desee que, sin injusticia y por ejemplo como resultado de un sorteo, le regalen un millón de euros, pues con ellos podrá hacer felices a unas cuantas personas muy necesitadas, podrá pagarle una carrera a ese joven pariente suyo que ni tiene medios para estudiar, etc., etc. Es como si, a igualdad de justicia entre dos estados, alguien dijera que prefiere vivir en un estado más pobre que en uno más rico. Esa preferencia choca con el sentido común o la más elemental racionalidad. A lo mejor, un día acabamos descubriendo que son unos egoístas feroces muchos de los que a gritos proclaman que por nada del mundo querrian ser ricos; cosa que un servidor hace tiempo ya que sospecha de más de cuatro anticapitalistas gorditos que ni a tiros invitan a un café a sus colegas o amigos.

traprestación por su parte, una gran cantidad de dinero procedente de un atraco muy violento y con muertos, dirán que para nada. ¿Es todo eso porque, incongruentemente, unas veces apreciamos el dinero y otras veces lo despreciamos? No, es porque el dinero no es el único incentivo que mueve nuestra conducta, sino que compite con otros y de muy diversa naturaleza. En más de cuatro oportunidades muchos preferirán salir económicamente perjudicados con tal de que su acción sea favorable al amor, la compasión, el sentido de la equidad, y sentimientos e impulsos semejantes; o también, por qué no, el odio, la envidia, la soberbia, la vanidad u otros de ese jaez. Quién no está dispuesto a llegar hasta la seria inmoralidad con tal de acabar teniendo un coche mejor que el de ese cuñado que pasa el suyo ante nuestras narices siempre que puede. Aunque suene tautológico, podemos decir que para nuestras decisiones sobre el modo de conducirnos son estímulos positivos aquellos que nos favorecen y son estímulos negativos aquellos que nos perjudican, y que esos estímulos favorables o desfavorables lo son por referencia a los patrones valorativos sobre los que construimos nuestras vidas. La riqueza, el dinero, es uno de ellos. El sentido de la justicia, que permite a cada uno que vive según su sentido de la justicia sentirse mejor, el orgullo por superar ciertas metas personales o por alcanzar metas más altas que los que tengamos por competidores, etc., etc., forman parte de esos patrones determinantes de nuestro decidir. Por eso, si el derecho penal volvemos, no podemos tildar como radicalmente irracional ni como completamente sorprendente, por imprevisible, la decisión del que opta por la conducta punible como última carta para mantener su autoestima y aunque sea muy dura la pena y altísima la probabilidad de la condena; ni la de quien elige el acatamiento de la ley aunque estuviera en juego salir de una vida de miseria al precio de un escasísimo riesgo de castigo elevado.

Para colmo, otro elemento que la psicología ha aportado decisivamente en los últimos tiempos ha sido la constatación de que, frente a cualquier tipo de riesgo, no hay un único tipo de sujeto racional, sino tres clases de personas guiadas por temperamentos diversos en ese punto. Habría seres humanos amantes del riesgo, indiferentes al riesgo y con aversión al riesgo. Ante la opción entre alternativas más o menos arriesgadas, el que tiene

aversión al riesgo tiene una marcada propensión a inclinarse por la menos arriesgada, el indiferente al riesgo no estará influido por ese factor de las acciones que sopesa y el amante del riesgo propenderá a escoger lo más aventurado. A lo mejor por eso hay quien ama el alpinismo y quien por nada del mundo se arriesgaría a escalar una montaña peligrosa, aunque esté dotado para ello, o quizá ahí está la razón de que unos inviertan en bolsa y otros, con idéntico capital, elijan inversiones mucho más seguras y de resultados previsibles; o puede que por esas razones caracteriológicas se divorcien unos y vuelva a intentarlo, mientras que otros resisten hasta la extenuación lo malo conocido.

Este asunto del grado de inclinación al riesgo afecta también a los fundamentos del análisis económico del derecho penal, evidentemente. Pues la pena, como riesgo que acarrea la acción delictiva sobre la que se decide, disuadirá más al averso al riesgo, no influirá grandemente en el indiferente al riesgo y servirá de acicate para que delinca el amante del riesgo. O pensemos sencillamente en el riesgo de que la policía consiga identificar y capturar al atracador. Lo que para el reacio al riesgo es motivo disuasorio, de manera que será más probable que se abstenga de perpetrar el atraco cuanto mayor sea aquel riesgo, para el que con el riesgo se excita puede ser un estímulo, un reto que lo impela a probar suerte, buscando el placer de salir vencedor de su empeño.

Si los comportamientos humanos son, en general, imprevisibles, debido a la enorme cantidad de variables que influyen en la decisión sobre las propias acciones de cada cual, el L&E pierde pie y carecerá de cualquier utilidad posible como patrón de la política criminal. Por mucho que dijéramos que la eficiencia es un loable objetivo de tal política, si es completamente imposible prever comportamientos futuros de los ciudadanos, en función de las respuestas esperables a los incentivos penales, el método y las lucubraciones del L&E no servirían absolutamente para nada. Decir, entonces, que el derecho penal debe ser eficiente sería tan vano y gratuito como decir que debe ser pluscuamperfecto, sostenible o reconfortante, palabrería vacía y concesión a las modas expresivas.

*Eppur si muove.* Las más de las veces nuestras conductas son previsibles, aunque puedan tener puntuales excepciones. Porque son previsibles y porque es posible influir sobre ellas, por ejemplo, en materia de consumo, existe la publicidad y se cultiva una disciplina como el márketing. Parecidamente, cualquiera de nosotros es capaz de predecir con escaso margen de error las decisiones futuras de nuestros conocidos, a condición de contar con información suficiente y verdadera sobre ellos y sus circunstancias. Y si a mí me preguntan si va a haber menos conductores que en las ciudades aparquen en doble fila donde está prohibido y desde que la multa por eso haya aumentado de 50 a 200 euros y sabiéndose además que se ha ordenado a la policía local que se esfuerce especialmente en sancionar esos ilícitos, contestaré que naturalmente que habrá menos infracciones; y acertaré<sup>44</sup>. No nos equivocamos tanto, aunque alguna vez fallemos.

Opino que no es descaminado combinar estas dos afirmaciones. Una, que el modelo anterior, el del *homo oeconomicus* de la economía neoclásica y del primer L&E, es escasamente certero, pues se corresponde bastante poco con la realidad del sujeto de carne y hueso que decide qué hacer y si incurrir o no en la conducta penada, razón por la que, como guía de la política criminal puede inducir al error o a la desmesura<sup>45</sup>. La otra, que, pese a todo, tiene mucho sentido el planteamiento de fondo de un L&E enriquecido con las aportaciones de la economía conductual y orientado por tanto a construir modelos más realistas de decisión racional, modelos más reales del sujeto estándar que en la vida social que conocemos toma decisiones sobre sus alternativas de conducta.

Ciertamente, si aquel modelo del *homo oeconomicus* que nada más que piensa en beneficios y perjuicios computables en riqueza fuera real y no tan ajeno a las personas de carne y hueso con las que tratamos, la capacidad

---

<sup>44</sup> A condición, claro, de que la información sobre otros posibles factores determinantes no me falte. Si la pregunta versa sobre tales comportamientos en una ciudad en la que el salario mínimo fuera de veinte mil euros mensuales, la cosa cambiaría y sería de prever que la modificación en la tasa de tales infracciones fuera nimia o nula.

<sup>45</sup> Mismamente, por prever que, a igual probabilidad de condena, una pena más alta disuade siempre más que una pena más baja.

predictiva sería altísima, dado que son muy manejables las variables de aquella ecuación básica, dos variables solamente: intensidad de la pena y probabilidad de su aplicación. Pero es escasamente realista ese modelo, debido a que ya se va sabiendo con certeza en la teoría lo que sabía el pueblo antes de estudiar gran cosa: que son un buen puñado más las variables que influyen, por lo que las cosas y los cálculos no son tan sencillos.

Ahora bien, eso no incapacita o descarta por inútil el método que el L&E trae al derecho penal y la política criminal. Lo que indica es que hay que escapar de simplificaciones y automatismos y que se deben construir las políticas criminales sobre fórmulas más complejas, fórmulas que recojan más variables de las que fácticamente operan<sup>46</sup>, dada nuestra psicología individual y dadas las influencias sociales a las que nuestras elecciones están sometidas<sup>47</sup>. Parecerá complicado, y sin duda lo es. Pero si es posible hacer previsiones moderadamente acertadas sobre cosas tales como voto, comportamientos de los consumidores, tasas de accidentes resultantes de algunas reformas de la normativa viaria, etc., ¿por qué va a ser el derecho penal ajeno a esas previsiones o reacio ante una política criminal que las atienda muy preferentemente?

---

<sup>46</sup> Dice Nuno Garoupa que “behavioral analysis is not an alternative approach, but rather is about providing classical law and economics with insights from actual human behavior, improving the quality of predictions or prescriptions about law. One of the objections to rational choice is that it yields inaccurate predictions. But it does not follow that people’s behavior is random, unpredictable or rule-free. On the contrary, the behavioral approach aims at qualifying such choices by understanding behavior and decisión”. Garoupa, Nuno, “Behavioral Economic Analysis of Crime: A Critical Review”, en *European Journal of Law and Economics*, 2003, 15, pp. 5-15, 6.

<sup>47</sup> Un ejemplo bien claro y casi trivial de esto: allí donde una conducta esté muy arraigada y socialmente no esté mal vista, servirá de poco, a efectos preventivos, penarla, incluso con penas altas. Podemos pensar aquí en algunos delitos ideológicos o con motivación religiosa, pero a mí me gusta más citar el caso de la corrupción en nuestros países latinos, países en los que todo el mundo pide una recomendación de tapadillo en cuanto puede y donde se considera propio de desalmados el no dar trato de favor en la Administración pública a parientes, amigos, amantes y correligionarios.



## VII. CONCLUSIÓN: MEJOR CON LAS APORTACIONES DEL L&E AL DERECHO PENAL QUE SIN ELLAS

Vuelvo a lo del principio. Una penalística descarnadamente retribucionista y que considere que lo que constituye la única razón a la pena es darles a los malvados su merecido, aunque se acabe el mundo, puede oponerse de cabo a rabo al *Criminal Law and Economics*. Cuando se trata de que el bien moral campe por sus respetos, de que reine universalmente la virtud y de que las supremas inmoralidades sean sancionadas, al precio que sea; cuando ni pizca de utilitarismo se admite, o de consideraciones de conveniencia colectiva vinculada a la felicidad, el bienestar y el disfrute por los ciudadanos de los bienes que más aprecian, parecerán, con razón, descarriadas y pecaminosas las propuestas del L&E.

Pero donde los penalistas no sean así de brutalmente retribucionistas, sino que en todo o en parte pongan la justificación de la pena en sus efectos preventivos, que son efectos de disuasión de daños para determinados bienes y de promoción del respeto hacia esos mismos bienes, esos penalistas no deberían echar a la hoguera, “dogmáticamente”, las sugerencias y los métodos del L&E. Porque, a fin de cuentas, lo que el L&E propone es que los penalistas y los legisladores penales tomen de una vez en serio la eficiencia. La eficiencia económica, sí, que no tiene por qué ser desdeñable si de derecho penal hablamos y en un contexto estatal de medios económicos siempre limitados y sobre cuyo uso preferente hay también que adoptar resoluciones políticas; y la eficiencia a la hora de maximizar también el disfrute individual y colectivo de bienes por cuya protección el derecho penal se justifica. Si la vida o la integridad física son de esos bienes fundamentalísimos y si por tal motivo el derecho penal tiene fundamento racional, como herramienta para ampararlos lo más posible, ¿dónde está el pecado de afirmar que, a protección igual, debe primar el mecanismo normativo menos costoso, o que debe la política criminal manejar los instrumentos que (dentro del respeto precisamente a esos bienes, garantizados por los derechos fundamentales que vedan ciertos recursos punitivos e imponen determinadas garantías procesales) maximicen esa protección, que sean preventivamente más eficientes?

Sabido es que la fuente primera del prejuicio está en el nombre. Oye el bienintencionado y muy progresista penalista hablar de “análisis económico” del derecho penal y se le viene la urticaria ideológica, al suponer que se trata nada más que de hacer que impere el capitalismo salvaje y el puro beneficio privado en materia socialmente tan sensible; o que estamos ante un movimiento que busca nada más que objetivos tales como privatizar la administración de Justicia o el sistema de prisiones, y todo con el inconfesado fin de favorecer a algunos empresarios amigotes de esos profesores gringos y seguro que neoliberales a más no poder. Pero eso es un prejuicio, no tan diferente estructuralmente del que impide a muchos liberales leer seriamente a Marx, a muchos católicos leer seriamente a Freud (o a Nietzsche, o a Marx) y a cualquier dogmático (aquí uso la expresión en su sentido peyorativo) batirse con la lectura de algún autor que le socave las presunciones intelectualmente tan acrílicas como vitalmente reconfortantes.

Si ese penalista partidario de la función preventiva de la pena prescinde del L&E porque maneja con soltura otras doctrinas provenientes de las ciencias sociales que ilustren sobre la realidad y las condiciones empíricas de cumplimiento de esa función, santo y bueno. Ahí el buen debate será sobre los métodos más útiles y los mejores resultados. Si no maneja ninguna, estaremos ante un dogmático dogmático, seguramente un artista de los conceptos, pero muy poco capacitado para influir sobre la realidad social de los delitos y de las penas, tal vez porque esa realidad es lo que menos le interesa de todo.

Creo, además, que no solo no hay incompatibilidades de principio, sino que del L&E se derivan también utilidades muy claras. Menciono nada más que una, de las muchas que se podrían traer a colación.

El L&E nos insiste en que las decisiones de los sujetos derivan de un cálculo de utilidad de las alternativas y que ese cálculo está condicionado por la información de que el individuo disponga. Investigaciones empíricas de criminólogos y representantes del L&E acreditan que suelen ser pocos los ciudadanos que tienen información precisa sobre si están penadas o no algunas conductas o sobre la cuantía de la pena de cualquier delito. Adicionalmente, uno de los hallazgos que aportan los nuevos experimentos de la “behavioral economics” es que sobre las decisiones y el modo de obrar

ejercen una influencia mucho mayor las informaciones impactantes y recientes que lleguen al sujeto. Así, serán menos los que se decidirán a conducir su coche a una velocidad demasiado alta si ayer les llegó la noticia de un tremendo accidente mortal por exceso de velocidad, o serán más los que se lo piensan antes de incurrir en cohecho o apropiación indebida si es reciente la información sobre algunas condenas ejemplares por esos delitos.

Sumado todo eso, bien sencillo en el fondo<sup>48</sup>, ¿no son esas aportaciones dignas de consideración y que deberían llevarnos a pensar que el penalista o teórico en general que esté por la prevención penal debería quizá escribir menos manuales y monografías para colegas dogmáticos obsesivos y dedicar más esfuerzo a la buena pedagogía penal para la sociedad, o que habría de esforzarse por hacerse más presente en los medios de comunicación de masas? ¿Cómo es posible que, publicándose miles y miles de páginas cada año sobre dogmática penal, criminología (crítica o de la otra, si es que hay), etc., siga la inmensa mayoría de la población sin saber cuál puede ser la pena si mata al amante de su pareja, si le roba a su suegra lo que hay en su caja fuerte, después de forzarla (la caja fuerte) o si llena el barrio de panfletos diciendo que su cuñado es un perfecto cretino? ¿Qué efecto preventivo va a tener una norma penal que la gente no sabe que existe, o la tipificación de un delito cuyo precio en pena todos desconocemos?

¿Y qué me dicen de lo útil que serían los métodos del análisis económico del derecho para echar cuentas de cuál podría ser la pena disuasoria de algunos muy rentables delitos de cuello blanco o, en su caso, de qué medidas adicionales deberían ir acompañadas las condenas para que fueran de verdad disuasorios esos tipos penales? ¿Se imagina el amable lector lo simpático que sería aplicar los cálculos preventivos del *Law and Economics* para decidir cómo habrían de ser las penas disuasorias de los delitos de corrupción? Porque, a la postre y como (casi) siempre, ¿a quién le hacemos realmente el juego cuando nos ponemos ideológicamente tan exquisitos y doctrinalmente tan ortodoxos?

---

<sup>48</sup> Porque, como se dice popularmente, el miedo guarda viña.

Entre una dogmática penal complementada con el L&E y/o con las contribuciones de la criminología y de otras ciencias sociales y una dogmática penal ajena a todas ellas, no sé cuál alcanzará logros teóricos y sistemáticos más altos, pero sí estoy seguro de cuál será más útil si de lo que con el derecho penal se trata es de prevenir ciertas conductas gravemente dañosas para los ciudadanos y la colectividad. No me cabe ninguna duda al respecto. Igual que, aunque no sea el tema de este artículo, tampoco dudo de que es, a esos efectos, igual de poco útil cualquier ciencia penal que no vaya de la mano de una excelente dogmática. Va siendo tiempo de que pongamos en serio manos a la obra con la interdisciplinariedad y nos dejemos de zarandajas, cotos y acreditaciones.

## BIBLIOGRAFÍA

- GAROUPA, Nuno, “Behavioral Economic Analysis of Crime:A Critical Review”, en *European Journal of Law and Economics*, 2003.
- H. THALER, Richard, *Misbehaving The Making of Behavioral Economics*, New York, W.W. Norton & Company, 2015.
- KAHNEMAN, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, trad. de Chamorro Mielke, Joaquín, Madrid, Debate, 2012.
- MATHIS, Klaus & STEFFEN, Ariel David, “From Rational Choice to Behavioural Economics. Theoretical Foundations, Empirical Findings and Legal Implications”, en Ed. Mathis, Klaus, *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, Cham, etc, Springer, 2015.
- ORTIZ DE URBINA, Íñigo, “Análisis económico del derecho y política criminal”, *Revista de derecho penal y Criminología*, segunda época, 2004, n° 2, número extraordinario.
- \_\_\_\_\_, “Análisis económico del Derecho y política criminal” *Revista de derecho penal y Criminología*, 2ª época, 2004, n° extraordinario, 2.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María, “Eficiencia y derecho penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 49.

## FISIOLOGÍA Y ALGUNAS PATOLOGÍAS DE LA SENTENCIA PENAL

Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ\*

### I. LA SENTENCIA PENAL: APUNTE DE CARACTERIZACIÓN

La sentencia es un acto preceptivo del juez que, en el caso de la penal, en el modelo constitucional, pone fin a un proceso contradictorio dirigido a determinar si un hecho previsto en la ley como delito ha sido cometido realmente, por quién y en qué circunstancias, para adjudicar, en caso, positivo, a esa conducta, en su autor, las consecuencias previstas en aquella.

Se trata, pues, del acto de una instancia de poder del estado, que goza de una primera particularidad esencial, y es que tiene una finalidad de carácter cognoscitivo, que a la vez le dota de fundamento y de legitimación. En efecto, pues en el punto de partida del curso procesal que —de haber base fáctica y legal para ello— cerrará la sentencia, se sitúa un hecho incierto, cuya existencia, cabe que acontecida, obviamente, en un momento pasado, habría que *comprobar*.

Suele hablarse de «hecho» pero, en realidad, el dato que pone en marcha el proceso penal es más bien *un resultado*, que interpela al derecho, por sugerir como antecedente causal una acción humana que podría ser penalmente relevante.

La perspectiva que acaba de sugerirse mira a una dimensión del proceso penal (y, consecuentemente, de la sentencia) ciertamente importante que es, por así decir, de método o epistémica<sup>1</sup>; muy descuidada, si no abandonada, por la dogmática procesal<sup>2</sup>. Y, por ello, tradicionalmente ausente de la formación de los juristas y, paradójicamente, aún hoy, en buena medida, también de los jueces.

\* Magistrado emérito de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español.

<sup>1</sup> Sobre este asunto he discurrido con cierto detalle a Andrés Ibáñez, Perfecto, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Madrid, Trotta, 2015, p. 229.

<sup>2</sup> Una prueba fácil, bien demostrativa de la veracidad de esta afirmación: búsquense asuntos tan relevantes como la valoración de la prueba y la decisión, en cualquier manual o tratado al uso de Derecho Procesal.

Esta circunstancia tuvo un autorizado *denunciante* en Carnelutti, al que se debe esta lúcida y movilizadora observación: «Desde que se formó una ciencia procesal digna de ese nombre, casi no se ha hablado del juicio; lo que ocupa a los estudiosos no es el juicio sino el proceso»<sup>3</sup>. Dicho de otro modo, en la aproximación a la materia de que se trata, ha prevalecido de forma ciertamente excluyente el interés por este último en su perspectiva jurídica, como concatenación de actos formales, *de trámites*, en claro perjuicio de la consideración del mismo como instrumento gnoseológico, de adquisición de conocimiento. Una dimensión esta que, de no ser debidamente atendida, hará del procesal un puro ritual de castigo<sup>4</sup>.

La idea a la que apunto no es nueva. Al contrario, pues está muy presente en la obra de caracterizados exponentes del pensamiento ilustrado<sup>5</sup>. Y también —aunque solo implícita— en el imaginario del legislador liberal que, al menos idealmente, concibió la instrucción como una fase en la que deberían recogerse y catalogarse, con rigor notarial, todos los que, luego, pudieran ser fuentes o datos de conocimiento relevantes que, llevados al juicio oral, pudiesen ser utilizados para dotar de fundamento empírico a la decisión<sup>6</sup>. Digo idealmente, por eso de que, Cordero está en lo cierto, «los

---

<sup>3</sup> «Esto quiere decir —continúa el mismo autor— que han estudiado bastante más el mecanismo que el dinamismo del proceso; han desmontado la máquina pieza a pieza con grandísima atención y han hecho descripciones muy meritorias; pero se han preocupado bastante poco de la fuerza que la hace mover» (Carnelutti, Francesco, *Diritto e processo*, Nápoles, Morano, 1958, pp. 58-59, por donde cito. Hay traducción española, de Sentís Melendo, Santiago, *Derecho y proceso*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971).

<sup>4</sup> Es lo que sugiere una tendencia, nada infrecuente, a sustituir el expresivo *nomen* «Ley de Enjuiciamiento Criminal» por el (horrible) de *Ley de ritos*, en el que es como si la aludida dimensión esencial, constituida por *el juicio* (o sea, por una secuencia de actos dirigidos a la obtención de un conocimiento de calidad, con garantías), se disolviera en una secuencia de actos litúrgicos, cada uno de ellos, una suerte de fin en sí mismo.

<sup>5</sup> Aunque no solo, es, por antonomasia, el caso de Cesare Beccaria, que propugnó un proceso «informativo», gestionado por un juez «investigador indiferente de la verdad» (Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 175 y 177).

<sup>6</sup> Ciertamente en la práctica posibilitada por este modelo el juicio oral contaba más bien poco a los efectos de la decisión; pero esto no priva de valor al propósito de dotar a esta de un completo soporte de datos.

opuestos no se dejan conciliar»<sup>7</sup>; y sabido es que en la experiencia procesal de esa matriz el juicio contradictorio careció sensiblemente de relevancia, ante la prevalencia de la actividad investigadora del juez, conducida en régimen de rigurosa unilateralidad.

Este déficit, esencial desde el punto de vista epistémico, habría sido tendencialmente subsanado en la vigente disciplina del proceso, por la importancia conferida al juicio oral como momento *de adquisición* de la prueba, al que —*ideal-constitucionalmente*— ninguna afirmación debería llegar sino como hipótesis a evaluar en su calidad explicativa, nada como probado<sup>8</sup>. Y también con la introducción del constitucional deber de motivar las resoluciones.

La incorporación de la dimensión epistémica a la cultura constitucional del proceso tiene dos efectos de imprescindible consideración. El primero, relativo a la dinámica del juicio como instrumento cognoscitivo, se concreta en la necesidad de distinguir la regularidad formal de los actos de obtención de elementos de juicio, de la calidad convictiva de estos. Un ejemplo: el art. 730 de la española Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza la lectura de declaraciones de imposible reproducción, que, en consecuencia y en los casos previstos, será una práctica *jurídicamente* inobjetable. Pero, desde ese segundo punto de vista, ¿lo sabido mediante una lectura, tendrá el mismo valor probatorio que lo obtenido con contradicción real y actual? A juzgar por algunas, frecuentes afirmaciones jurisprudenciales, diríase que sí. Pero lo cierto es que, lo expresa muy bien Platón a través Sócrates, en el *Fedro*: las palabras escritas, aunque parezcan vivas, «si se les pregunta algo responden con el más altivo de los silencios»<sup>9</sup>. O sea, una *factia con-*

<sup>7</sup> Cordero, Franco, “Linee di un processo accusatorio”, *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Milán, Giuffrè, 1965, p. 62.

<sup>8</sup> Lamentablemente, no es así, debido a que la ideología del sistema mixto o acusatorio formal sigue contando con fuerte presencia en la cultura de jueces y fiscales, lo que se traduce en una también fuerte tendencia a valorizar las actuaciones de la fase de investigación. Por otra parte, es bien conocida, y no solo en nuestro país, la proclividad de legislador a sucumbir a los *encantos*, nada discretos, de la *justicia* negociada, «a la americana», supuestos en los que, lo privilegiado, puede no ser ya ni siquiera aquella fase procesal, sino, pura y simplemente, el atestado policial.

<sup>9</sup> Platón, “Fedro”, trad. de Lledó, E., *Diálogos*, Madrid, Gredos, 2010, p. 835.

*tradictio* nunca es lo mismo que una efectiva contradicción. Por decirlo de otro modo, la introducción de aquella perspectiva (epistémica) reclama del juez-jurista la actitud propia del operador racional en la utilización de los recursos cognoscitivos adecuados para la obtención de un conocimiento empírico de calidad sobre el objeto de la causa. Esta exigencia encuentra, a veces, obstáculos en reminiscencias, no necesariamente conscientes, del régimen de prueba legal y también en cierta subcultura del sistema mixto, no del todo superada; lo que hace que prevalezca unilateral e incondicionadamente el jurista.

El segundo efecto de la opción aludida tiene que ver con la forma, mejor, el *modo de ser* de la sentencia, en la que ahora deberá tener presencia explícita esa *otra* dimensión de la actividad jurisdiccional, imprescindible para *decir* correctamente *el derecho*, esto es, en la forma reclamada por las particularidades del supuesto concreto. Ya que, como bien dice Ferrajoli: *veritas non auctoritas facit iudicium*<sup>10</sup>.

En la cultura decimonónica de la jurisdicción reinó el principio de libre convicción, *pero* interpretada esta como «convicción autocrática» en el sentido de Carrara<sup>11</sup>. En tal planteamiento, el juez, por razón de carisma (pues resulta difícil imaginar otra), decidía en *conciencia íntima*, es decir, como por iluminación<sup>12</sup>. Así, la experiencia jurisdiccional guardaría alguna relación de analogía con la del místico: en ella, el juzgador resultaría como *penetrado* o *investido* de la justa *ratio decidendi*. En este contexto, ha escrito Michele Taruffo, «la libertad de convicción [así entendida] resulta entonces sinónima de discrecionalidad incontrolada, y la falta de criterios racionales abre el

<sup>10</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10ª ed., trad. cast. de Andrés Ibáñez, Perfecto, et al., Madrid, Trotta, 2011, p.168.

<sup>11</sup> Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal*, trad. de Ortega Torres, J. J. y Guerrero Leconte, J., Bogotá, Temis, 1976, t. II, p. 233.

<sup>12</sup> «La sentencia ha de basarse en un estado de conciencia [... y] no hay por qué razonar y sería procesalmente incorrecto hacerlo sobre qué elementos de juicio han contribuido a formar la convicción del sentenciador», se leía en lo que, en la época, muy bien podría considerarse una *summa* autorizada del saber procesal al uso (Sáez Jiménez, Jesús y López Fernández de Gamboa, Epifanio, *Compendio de derecho procesal civil y penal*, Madrid, Santillana, 1968, ts. IV/II, p. 1287). En el contexto, «conciencia» no guarda relación con conocimiento, sino que remite más bien a conciencia o recta intención moral, al margen de la calidad del razonamiento.



camino al subjetivismo de la intuición irracional como instrumento para la formación del juicio de hecho. En consecuencia, la valoración de las pruebas es sustraída al dominio de cualquier racionalidad lógica, científica o de sentido común, y se sitúa en un espacio ideal en el que el único criterio de juicio es la falta de criterios»<sup>13</sup>.

Por eso, es necesario salir al paso de afirmaciones como las que atribuyen un carácter *psicológico* a la certeza y al curso de adquisición de la que lleva a la sentencia. Hay algún caso extremo, incluso pintoresco, en el que se habla del «“estado anímico” de certeza, como factor psicológico escondido en lo más profundo de la mente humana»<sup>14</sup>; pero en otras muchísimo más recientes, con mayor discreción en los términos, late idéntico recusable criterio. De este modo se sugiere o se parte de la idea de que la convicción es alguna suerte de arcano, *un algo* misterioso que *le pasaría* al juez<sup>15</sup>; y no el fruto de un curso intelectual racionalmente controlado y argumentado, que se articula en diversos estados de conocimiento, a partir de datos perfectamente identificables.

Es a lo que se debe el dato de que, en los textos legales de esa época — como ocurre con la citada Ley de Enjuiciamiento Criminal (de 1882)— el proceso de elaboración de los hechos probados no tenga en la sentencia más espacio que el dedicado a su enunciación apodíctica; y, consecuentemente, no se conciba otra clase de fundamentación de la decisión que la «de derecho». No sin cierta coherencia, porque: ¿cómo fundar la conclusión probatoria basada en impresiones, sentimientos<sup>16</sup> o corazonadas, de no ser mediante un *porque sí*<sup>17</sup>?

<sup>13</sup> Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. cast. de Ferrer Beltrán, J., Madrid, Trotta, 2002, p. 398.

<sup>14</sup> Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal supremo de 27 de noviembre de 1991.

<sup>15</sup> Y ¿quién no ha visto en alguna sentencia (no necesariamente antigua) al autor o autores hablando «[d]el *trance* de decidir»? (cursiva añadida).

<sup>16</sup> A «la decisión que [el juzgador] “siente” justa», se refirió Carlos Entrena Klett, conocido magistrado (en Entrena Klett, Carlos, *La equidad y el arte de juzgar*, Pamplona, Aranzadi, 1979, p. 85).

<sup>17</sup> Véase este modo de operar en las sentencias de dos audiencias provinciales, dictadas en algún momento del decenio en curso. En la primera se lee: «pues bien, sin el menor género de dudas, otorgamos plena credibilidad a los testimonios de los dos

Se trata de un planteamiento de fondo estrechamente vinculado a un modo de entender la inmediación<sup>18</sup> —que goza, aún hoy, de tan notable como increíble vigencia— que atribuye al juzgador la incuestionable capacidad<sup>19</sup> de discernir sobre la veracidad de «lo oído» (al imputado o al testigo) a partir de la *lectura* de «lo visto». Es decir, de su lenguaje gestual. De aquí se ha seguido, como conclusión, la consideración de esas pruebas personales como «directas»<sup>20</sup>, porque pondrían (se ha dicho expresamente) a aquel

---

funcionarios de policía que protagonizan las actuaciones». Y la segunda dice «del testimonio de la víctima [... que es] convincente, con expresiones y descripciones que otorgan validez y credibilidad al testimonio de la declarante. Por ello el tribunal da plena credibilidad y valor probatorio a la declaración inculminatoria»

<sup>18</sup> Al respecto, remito a mí, Andrés Ibáñez, Perfecto, “Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica)”, en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 2003, n.º 46. También me he ocupado del asunto Andrés Ibáñez, Perfecto, *Tercero...*, *cit.*, p. 272; Andrés Ibáñez, Perfecto, “Sobre los altos tribunales y la ‘mística’ de la inmediación” en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Juan M<sup>o</sup> Terradillos Basoco*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 1481. Cfr. Asimismo, Jorge Barreiro, Alberto, “Segunda instancia penal: recursos frente a sentencias absolutorias. (Límites de la revisión de la valoración de la prueba en apelación y en casación) (I)” *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 2013, no. 77, p. 80; Jorge Barreiro, Alberto, “Segunda instancia penal: recursos frente a sentencias absolutorias. (Límites de la revisión de la valoración de la prueba en apelación y en casación) (II)”, *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 2013, no. 78, p. 92.

<sup>19</sup> Capacidad de «percepción «sensorial» —sigue diciéndose, aún hoy, en la jurisprudencia— que, por su carácter, eximiría de la realización de un esfuerzo de elaboración racional o argumentativa posterior, sin embargo, necesario cuando se trate de otra clase de pruebas (no «directas»). Esto, cuando ya —en el siglo XVI— Michel de Montaigne tenía claro que no es ningún (*sexto*) sentido, sino «el entendimiento el que ve y oye» (de Montaigne, Michel, *Ensayos*, eds. Picazo, M. D. y Montojo, A., Madrid, Cátedra, 1985, t. I, cap. XXVI, p. 205).

<sup>20</sup> Una consecuencia de este planteamiento es la consideración de la que en él se llama prueba indiciaria como un recurso de menor categoría, al que se acude porque no habría otro remedio. Al respecto, me parece la mar de expresivo el modo de *razonar* en una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de hace solo unos años: «si la destrucción de la presunción de inocencia se obtuviera solo por la valoración de medios de prueba directos, quedarían impunes muchas conductas que no han podido ser objeto en el plenario de una probanza de cargo directa» y «se llevarían al extremo las garantías del imputado en detrimento del derecho que también tiene el estado de perseguir a los presuntos delinquentes». Obsérvese lo impropio del recurso a un *argumento* defensivo en el (mal) tratamiento de una cuestión de carácter cognoscitivo. Cuando resulta que ya Mario Pagano, el extraordinario procesalista napolitano, cargado de razón, en el siglo XVIII, hizo ver que «cualquier prueba es siempre indiciaria» (Pagano, Mario, *Principios del Código Penal*, trad. cast. de Zaffaroni, E. R., Buenos Aires, Hammurabi, 2002, p. 98).

en contacto directo *con los hechos*. Por eso, la convicción judicial adquirida de este modo no debería justificarse —pues ¿cómo hacerlo?— y, por ello, tampoco sería susceptible de impugnación. A este respecto, se ha hablado, y se habla, de la intangible «soberanía del juzgador de instancia»<sup>21</sup>. Todo un puro disparate, difícil de evaluar en sus negativas consecuencias, que ha presidido durante más de un siglo la administración de la justicia penal. Y que todavía se mantiene, desde luego, como ideología de fondo, pero, con no escasa frecuencia, también expresamente, a pesar de las poderosísimas razones críticas aportadas por la psicología del testimonio y de la memoria, con incuestionable base experimental<sup>22</sup>.

## II. SOBRE EL DESARROLLO DEL CONSTITUCIONAL DEBER DE MOTIVAR

La atribución de rango constitucional<sup>23</sup> al deber de motivar expresa bastante más que la asunción normativa de una simple nueva exigencia técnica. En realidad, implica todo un cambio de paradigma, la opción por un distinto modelo de juez y de enjuiciamiento. Creo que, sin exagerar, podría hablarse del paso de una justicia *oracular* o «del cadí» a otra presidida por la racionalidad y la vocación de fundar la aplicación del derecho en una verdad digna de este nombre. No la falaz, por inexistente, «Verdad material» (con mayúscula) del proceso inquisitivo; esa suerte de ídolo ávido de sacrificios humanos, *legitimadora* de la tortura como instrumento procesal y de la negación de todos los derechos y garantías hoy fundamentales; sino una verdad *probable*. La única viable cuando se trata de la obtención de

---

<sup>21</sup> Paradójicamente, cuando en la mejor cultura política es un valor entendido que la vieja *potestas superiorem non recognoscens* ha dejado de ser un atributo del moderno estado constitucional, sometido al derecho.

<sup>22</sup> Véase, al respecto, Mazzoni, Giuliana, ¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria, trad. cast. de Revuelta, J. M., Madrid, Trotta, 2010, y; Mazzoni, Giuliana, *Psicología del testimonio*, trad. cast. de Moreno, A., Madrid, Trotta, 2019. También, Diges Junco, Margarita, *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos*, Madrid, Trotta, 2016.

<sup>23</sup> Para un detallado examen del proceso que lleva a este resultado en la legislación española, cfr. Rodríguez Boente, Sonia Esperanza, *La justificación de las decisiones judiciales*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2003, p. 2000.

saber empírico, que solo tiene una vía de acceso, la bien acreditada del método hipotético deductivo<sup>24</sup>, que es la idónea cuando se trata de *reconstruir* un hecho afirmado, que podría haber o no sucedido, haciéndolo a partir vestigios materiales y trazas de memoria en los eventuales testigos. *Reconstrucción*, porque el hecho, aunque hubiera tenido en algún momento realidad práctica, habría dejado de tenerla, por tanto, no estaría en ningún lugar y, así, no será susceptible de constatación y tampoco de recreación en régimen de laboratorio.

A tenor de estas consideraciones, parece razonable afirmar que la configuración de la sentencia deberá responder a los rasgos estructurales de la actividad de la que ella misma es resultado.

En este punto, hay que decir que la sentencia, vehículo de una decisión que cierra el tratamiento de una cuestión conflictiva, con el fin de resolverla, en cuanto texto, dicho con palabras de Maier: «habrá de bast[arse] a sí misma»<sup>25</sup>. Esto es, resultar lo bastante accesible al o a los destinatarios y, en general, al eventual lector ajeno a la causa.

<sup>24</sup> En el proceso de *comprobación* de los hechos, se trata de trabajar con hipótesis, que es el medio idóneo para obtener conocimiento empírico. En este sentido, el modo de operar en el proceso penal no difiere —más que en ciertas peculiaridades determinadas por el marco— del seguido en los medios del saber científico. Así, trasladando estas consideraciones al tópico escenario del crimen, el investigador policial y judicial entrará en *interlocución* con él, con los elementos, rastros, trazas, que la acción criminal haya podido dejar en ese espacio. Con los datos obtenidos de este modo, formará una primera hipótesis de trabajo (intento de explicación), de la que tratará de deducir algunas consecuencias. Si estas encuentran respaldo en las aportaciones fruto de esa primera observación, significará que la hipótesis *funciona*, o sea, explica. Y es como si iluminase la escena. En tal caso, siendo útil, deberá mantenerse, procurando enriquecerla con nuevos datos, en el curso de la investigación. En este curso, lo normal es que la hipótesis, progresivamente, adquiera mayor complejidad, de manera que, para hacerla más manejable, será imprescindible fraccionarla en subhipótesis, de modo que cada una de estas tenga por objeto una o alguna de las distintas facetas del *thema probandum*. La hipótesis central, definitivamente elaborada en todos sus elementos integrantes, si, además de ser internamente coherente, es plausible, da razonablemente cuenta de lo que pudiera haber sucedido, y goza de suficiente soporte probatorio, se convertirá en acusación. Esta será trasladada al ámbito del enjuiciamiento, para ser debatida y confrontada con las demás que eventualmente concurren. *Trasladada*, lo que implica cambio de sede y de operadores, puesto que las hipótesis no se autoafirman. Por eso la ineptitud, que antes de ser procesal tiene una raíz científica, del juez que instruye y juzga.

<sup>25</sup> Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal I. Fundamentos*, 2ª edición, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, p. 871.

Pues bien, para ello será preciso que el juego del principio de contradicción, tan esencial en la dinámica del proceso, tenga también expresión suficiente en la sentencia-documento. Es decir, que esta se haga eco fiel, en alguno o algunos de sus campos, del modo en que se hubiera producido la confrontación de las posiciones parciales en materia probatoria, que es en lo que la sentencia tradicional y, en cierta variable medida, también la actual, suele acusar un déficit de transparencia.

Siendo así, deberá existir un momento, un espacio, dedicado a dotar de expresión al cuadro probatorio, mediante la esquemática (pero suficiente) plasmación, con la máxima objetividad y claridad, de lo aportado por cada fuente de prueba. No se trata, obviamente, de una traslación mecánica de todo lo recogido en el soporte de la documentación del acto, sino de una presentación analítica, fiel e intelectualmente honesta, de lo esencial de los elementos acopiados, esto es, del material disponible a los efectos de la decisión. Por tanto, de lo relevante para ella, así, tanto lo producido en la vista como lo procedente de algún momento anterior, que legalmente pueda ser objeto de consideración.

Será, por tanto, una exposición *estática*, de los resultados de prueba obtenidos a partir de las distintas fuentes examinadas. Una especie de inventario o catalogación de los *mimbres*, antes de operar con ellos<sup>26</sup>.

En un segundo momento, ese material básico, suficientemente identificado en la totalidad de sus componentes esenciales, tendrá que ser objeto de elaboración en sentido propio, para determinar el posible rendimiento, todavía individual, de cada medio probatorio. Esto, antes de entrar en una apreciación de síntesis, mediante la dinámica consistente en poner en relación los diversos elementos de juicio integrantes del cuadro probatorio, a través del cruce de la información que contengan. De *toda* la información, dejando constancia no solo de la valorada como útil a los efectos de la decisión, según el sentido de esta, sino también de los descartes y de su porqué.

<sup>26</sup> Es obvio que la especie de neutralidad valorativa que aquí se reclama para este momento, es solo una cuestión de método, ya que será inevitable que el juzgador, durante el desarrollo de la actividad probatoria, haya ido *formando juicio* sobre el posible valor acreditativo de cada una de las distintas aportaciones singulares. Ahora bien, a los fines de la dinámica de la motivación y para dotar de la mayor (tendencial) objetividad al tratamiento de ese material, resultará extremadamente útil una aproximación como *desde fuera*, que es la que aquí se postula.

Visto así, el *modus operandi* que se propone, podría parecer dotado de una excesiva y, tal vez, innecesaria complejidad. Pero no hay tal. En efecto, el correcto modo de decidir exige de quien lo protagoniza, primero, un preciso conocimiento de todos los elementos relevantes para la decisión. Y después (ya se ha dicho, en un momento más lógico que cronológico) la atribución o negación de valor a cada uno de aquellos<sup>27</sup>, individualmente considerados, y en su interrelación. Así, en la exposición precedente, lo que hay es una descomposición del proceso intelectual obligado en el tratamiento de la *quaestio facti*. Un proceso cognoscitivo que el juzgador debe *pilotar*, con conciencia de que lo hace y de cómo y por qué lo hace. De este modo, lo requerido es la verbalización, la expresión textual del mismo, con fines de explicación y de justificación. Pero no solo, porque ese esfuerzo, dirigido en términos de motivación, a los interesados en el proceso y, en general, a todo lector del texto, honestamente asumido por el juez como deber, en una perspectiva *ex ante*, le servirá también a él para cuidar el rigor del discurso probatorio. Para mantenerlo siempre dentro de lo motivable, de modo que no se decida lo que no se podrá justificar, y para que *no se cuelen* en él impresiones o certezas subjetivas, de cuya razón de ser resultaría imposible dar cuenta.

De la sentencia, desde Beccaria<sup>28</sup>, viene diciéndose que debería responder al modelo del silogismo. Y es cierto, pero solo en un sentido, a saber, cuando esto se predica de la sentencia-documento, esto es, en su estática, o sea, una vez redactada, que es cuando se podrá ver si mantiene la necesaria coherencia entre sus premisas y de estas con el fallo. Así, el criterio presta atención a la lógica interna de la resolución, pero nada dice de la formación de las premisas.

---

<sup>27</sup> Tal atribución se producirá conforme a criterios que son los que se conoce como máximas de experiencia. Estas, ya se sabe, son en extremo diversas y de muy desigual valor; pues van, desde las leyes de la lógica y de la ciencia, a las pautas del saber común convencional. Por eso, habrá casos en los que el uso de la pertinente al caso no plantee ningún problema, pero otros en los que exija también un esfuerzo de justificación expresa.

<sup>28</sup> «En todo delito el juez debe hacer un silogismo perfecto» (Beccaria, Cesare, *op. cit.*, p. 121).

Por eso, me parece más útil, y más productivo en el terreno del método el criterio de Ferrajoli<sup>29</sup> en la materia, porque da cuenta, también, del proceso de formación de las premisas.

Ferrajoli distingue, en la elaboración de las sentencias, tres inferencias: inductiva, deductiva y lo que llama un silogismo práctico.

En la *inferencia inductiva*, todo discurre en el plano fáctico. Las premisas son los resultados de prueba, es decir, los distintos datos probatorios. La conclusión está formada por los hechos probados, y se concretará (de ser condenatoria) en una afirmación del género Fulano *ha matado* a Mengano.

En la *inferencia deductiva* convergen dos planos: de hecho, uno, y normativo el otro. Aquí las premisas son, de una parte, la afirmación (fáctica) conclusiva de la inferencia anterior: Fulano ha matado a Mengano; y de otra el precepto legal aplicable. Y la conclusión será de carácter normativo: Fulano *ha cometido un homicidio*.

El silogismo práctico discurre todo él en el plano normativo. Lo son sus premisas: Fulano ha cometido un homicidio; y al delito de homicidio corresponde tal pena. Y lo es la conclusión, en la que se expresará la norma individual para el caso concreto: se condena a Fulano, como autor de un delito de homicidio, a tal pena.

### III. ALGUNAS MODALIDADES IMPROPIAS DE MOTIVACIÓN

Suelen distinguirse diversos supuestos, los de las conocidas como motivación implícita, motivación *per relationem* y motivación aparente.

a) La motivación *implícita*, siempre cuestionable, sólo podría operar con respecto a algún tramo o aspecto parcial de la justificación de la decisión. Porque, es claro, si el nudo central de la argumentación que constituye la base de esta carece de expresión suficiente, se daría más bien un supuesto de rigurosa y objetiva falta de motivación.

Foschini apuntó con agudeza el límite entre uno y otro género de situaciones, al señalar que la motivación implícita «no puede consistir en una laguna en el juicio sino sólo en su expresión, en el sentido de que la lectura

<sup>29</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 64.

de la sentencia debe hacer posible conocer, tanto que el juicio ha existido como el argumento sobre que se funda, de modo que el intérprete no tenga que sustituir la lógica del juez por la suya propia»<sup>30</sup>.

Lo admisible en tema de motivación implícita vendrá determinado por el requerimiento de que la sentencia resulte inteligible, no sólo para las partes, sino también para terceros. Así, podría caber en algún tramo de la argumentación cuando que esto no perjudique la comprensión de la resolución *desde fuera*. Es claro que se trata de una cuestión de grado y eminentemente circunstancial, por lo que habría que estas a las circunstancias del supuesto.

En todo caso, sí es preciso cuestionar un lugar común relativamente frecuente en la jurisprudencia y que se resume en la afirmación de que sólo tratándose de la prueba llamada «indirecta» sería preciso explicitar los pasos o estadios del razonamiento motivador, algo supuestamente innecesario en presencia de prueba «directa» (generalmente, un modo de llamar a la prueba personal). Ocurre, sin embargo, que la tradicional distinción resulta inaceptable, pues el tratamiento de cualquier dato probatorio obliga al uso de algún criterio de inferencia cuya validez no tiene por qué ser obvia, como tampoco lo será la corrección de su uso.

Ello lleva a concluir que en buena técnica sentenciadora *toda motivación debe ser explícita*. O tan explícita como resulte necesario para que un lector extraño a la causa pueda comprender la *ratio decidendi* y formar criterio acerca del fallo. Naturalmente, no se propugna aquí una suerte de motivación *diabólica* que, además de torturadora para el obligado a realizarla, podría resultar en buena medida inútil. Así, si debe darse respuesta a todas las cuestiones planteadas por las partes, no habrá que hacerlo en todos los casos con la misma intensidad. De este modo, cuando se trate de una cuestión secundaria cuya solución dependa estrictamente de la dada a otra principal, podrá ser suficiente con que esta se razone de forma expresa, operando luego por remisión a lo decidido, para entender que aquella ha sido también tratada y respondida.

---

<sup>30</sup> Foschini, Gaetano, *Sistema del diritto processuale penale*, 2ª ed., Milán, Giuffrè, 1968, t. II, p. 547.



b) Hay motivación *por remisión* o *per relationem*, escribe Taruffo, «cuando sobre un punto decidido el juez no elabora una justificación autónoma *ad hoc*, sino que remite a la justificación contenida en otra sentencia»<sup>31</sup>.

El mismo autor distingue dos modalidades posibles de motivación *per relationem*, según que el reenvío se haga a la sentencia objeto de examen por razón de un recurso, o bien a la sentencia o sentencias dictadas en otro u otros asuntos por el mismo tribunal, es decir, mediante la referencia a un precedente<sup>32</sup>.

El primer tipo de supuestos, que tiene expresión frecuente en la conocida fórmula de confirmar una resolución «por sus propios fundamentos», no resulta admisible si se considera que la pretensión de todo recurrente y el fin institucional de todo recurso es que otro tribunal *juzgue el juicio* que condujo a la sentencia impugnada. De este modo, incluso de entenderse que esta ha sido correcta, habrá que explicar a los recurrentes y demás afectados y potenciales interesados el porqué.

El discutible modo de operar aludido se produce implícitamente con mucha frecuencia en la decisión de recursos en los que se cuestiona el valor dado al fruto de un determinado medio probatorio de carácter personal, mediante la atribución de un valor impropio al criterio del juez de instancia con el argumento de que actuó con inmediatez. Pero ocurre que la inme-

---

<sup>31</sup> Taruffo, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, trad. cast. de L. Córdova Vianello, Madrid, Trotta-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México), 2011, pp. 372-373.

<sup>32</sup> Vale la pena aludir aquí a un supuesto relativamente frecuente de motivación *per relationem*. Es el de las resoluciones que autorizan entradas y registros o interceptaciones telefónicas, que con frecuencia limitan su razonamiento casi exclusivamente a la expresión de que se acogen las razones articuladas en apoyo de la solicitud. Lo que no tiene nada que ver con el *estampillado* de un escrito de la policía. Incluso hay sentencias, por todas STS2ª 722/2012, de 2 de octubre, que, como para justificar la mala práctica de la *motivación* por remisión al oficio policial, la presentan como si la única alternativa fuera «copiar y reproducir literalmente lo narrado policialmente en el oficio» incorporado a las «mismas actuaciones donde se dicta la resolución». Cuando lo que reclama la clase de justificación que exige la gravedad de la injerencia, es un análisis matizado de la información aportada y la comprobación de que, en efecto, esta —sobre la que el instructor tiene que acreditar que ha formado criterio— es el resultado de una previa investigación de soporte digna de tal nombre, es decir, dotada del mínimo de seriedad. Lo que el ordenamiento reclama del juez no es un acto de fe sino un razonado ejercicio de desconfianza.

diación, siendo necesaria, no es, sin embargo, suficiente garantía de acierto<sup>33</sup>. Así, no basta, por ejemplo, para atribuir racionalidad a un curso inferencial; racionalidad que debería evidenciarse, precisamente, a través de la motivación. La renuncia a esta exigencia hace que la intermediación deje de ser una garantía esencial de carácter instrumental, para convertirse en una suerte de coartada al servicio de un decisionismo judicial intolerable.

La segunda modalidad de motivación por remisión a que se ha aludido, el recurso al precedente, aun problemática, podría resultar aceptable cuando la cuestión discutida fuera eminentemente jurídica. Y solo dentro de ciertos y muy estrictos límites, por la reiterada necesidad de que la sentencia se autoexplique suficientemente de cara incluso a personas que no tendrían por qué estar informadas, no solo del desarrollo puntual del proceso concreto, sino mucho menos aún de la doctrina jurisprudencial, que, además, nunca suele ser tan unívoca ni claramente establecida como para que pueda bastar una remisión genérica a la misma.

Normalmente, fórmulas como la contemplada deben verse con muchas reservas, porque suelen ocultar una vía de escape o alguna forma de eludir un deber que los jueces han de afrontar siempre con generosidad. Y teniendo en cuenta que el rigor de la motivación no se mide por la extensión del texto, sino por la calidad y la claridad del discurso.

c) Existe motivación *aparente* cuando la sentencia, no obstante incluir una exposición en apoyo o justificativa de la decisión, en realidad elude dar cuenta de las razones de esta, de manera que lo argumentado no guarda relación con lo decidido o tal relación es puramente superficial y no explicativa<sup>34</sup>.

La motivación aparente se da con muchísima frecuencia en materia de hechos. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando la sentencia contiene alguna evasiva referencia a la calidad de las pruebas, por lo general, presentan-

<sup>33</sup> Remito a las indicaciones bibliográficas contenidas en la nota 18.

<sup>34</sup> Cabría hablar también de motivación aparente (sería el caso-límite), cuando se hace uso de impresos (hoy relativamente *camuflados*, gracias al ordenador). Esto, más raro en el caso de sentencias, resulta bastante habitual tratándose de autos, como aquellos mediante los que se acuerdan entradas y registros e intervenciones telefónicas. Supuestos que, por cierto, han contado hasta ahora con una inaceptable comprensión de nuestros tribunales, a comenzar por los más altos.

do la conclusión obtenida a partir de ellas como una obviedad. También concurre en materia de fundamentos de derecho, cuando se opera por yuxtaposición, es decir, cuando junto a la simple afirmación de lo que se entiende probado se coloca una afirmación igualmente simple de que ese hecho constituye un determinado delito. Ciertamente que esto último puede no presentar graves dificultades de comprensión en los casos sencillos. Pero, aparte de que evidencia un *modus operandi* que continúa impropriamente sugiriendo algo de mecánico en la aplicación del derecho, representa la elusión de un deber constitucional que es incondicionado. *Una cuestión sencilla exigirá una motivación asimismo sencilla, pero no justifica la ausencia de motivación.*

#### IV. LA SENTENCIA ‘IN VOCE’: UNA PRÁCTICA DE RIESGO

Diría que es un modo de operar admitido en la generalidad de los ordenamientos, preferentemente cuando se trata de resoluciones dictadas en procesos relativos a infracciones de menor gravedad. En tales casos, partiendo de la presunción de que las conductas objeto de enjuiciamiento serán de escasa complejidad, se supone que el juzgador no tendrá dificultad para formar criterio prácticamente *sobre la marcha*, al hilo del desarrollo del juicio oral.

No negaré la existencia de causas penales de esta clase. Ni que, en ocasiones, por ejemplo, de incontestable ausencia de prueba de cargo, la absolución pueda decirse *cantada* y, en tal sentido, la comunicación oral del fallo no tendría por qué presentar problema alguno. Pero una experiencia personal de casi medio siglo de ejercicio de la jurisdicción, ampliamente contrastada con otros profesionales, me dice que, por su propia naturaleza, la prestación adecuada de la función demanda, no solo reflexión serena, sino también la interposición de alguna distancia cronológica entre el momento del enjuiciamiento y la formación y formalización de la decisión<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Son múltiples las veces en las que, en el tribunal colegiado de primera instancia que integré con otros dos colegas durante más de una década, luego de haber deliberado y formado criterio a raíz del juicio, el que de los tres actuaba como ponente, puesto a redactar la sentencia según lo convenido, se veía en la necesidad de convocar a nueva deliberación, al haberse encontrado en dificultades para for-

Porque, generalmente, lo aprehendido por el juez en el acto del juicio es lo más parecido a un cuadro impresionista, de *pinceladas* poco precisas, en una suerte de apreciación de conjunto, que habría que desgranar analíticamente, decantar y perfilar. Pero es que, además, entiendo que el modo de hacerlo con las necesarias garantías de autoconsciencia y racionalidad debe pasar por someter el propio criterio a la *prueba* de la escritura. Primero, mediante esa catalogación de los elementos de juicio aportados por la prueba, a la que me he referido. Porque este es el modo de *ver* con la máxima plasticidad lo que puede y lo que no puede verbalizarse, lo susceptible o no de comunicación intersubjetiva, con el fin de descartar aquellas *certezas* que no respondan a este patrón. Y, *después* (en ese segundo momento más lógico que cronológico al que también he aludido), a través del proceso intelectual consistente en comprobar si la atribución o no de valor convictivo a los distintos elementos de prueba, puede articularse como discurso, convertirse en texto. Y es que la de sentenciar solo puede ser una actividad *artesanal* e indelegable, que, desde mi punto de vista, reclama incluso el personal esfuerzo de la escritura<sup>36</sup>. Porque —dice muy bien el novelista Vila Matas— «escribir es enterarte de la historia que quieres contar, pues al tiempo que escribes eres el primer lector»<sup>37</sup>.

Dicho esto, he de decir que, a mi entender, la comunicación oral de la decisión en la inmediatez del juicio, sin hacer pasar a la *ratio decidendi* por ese tamiz, pondrá en riesgo la calidad de una y otra, es decir, de la resolución como tal.

Porque el acto de discurrir sobre la prueba y el de ponerlo por escrito, en rigor, deben ser vistos como actividades indiscernibles, integrantes del único y mismo proceso discursivo; en el que, no es que primero se piense y

---

malizar la argumentación en algún tramo del discurso, con el resultado de tener que replantear la *ratio decidendi*.

<sup>36</sup> El juez-mecanógrafo, haciendo uso de uno de los actuales tratamientos de textos, tendrá un control del propio discurso y podrá hacer uso de una fluidez en la expresión, imposible con alguno de los precedentes sistemas de escritura; como también con los formulismos en los que antes solía encorsetarse la formación de la sentencia.

<sup>37</sup> Vila Matas, Enrique, *El viento ligero de Parma*, Madrid, Sexto Piso, 2008, p. 140.

luego se escriba, sino que lo ideal es ir plasmando «negro sobre blanco» lo pensado, al propio hilo de la reflexión, como la última y más exigente forma de (auto)control, reclamada por una actividad como la de que se trata, en cuyo ejercicio todas las precauciones serán siempre pocas.

## V. CUESTIONES (NO SOLO) DE FORMATO

Cada modelo de sentencia, en función de cómo se entienda el modo de llegar a la decisión, suscita o lleva implícita, necesariamente, una cuestión de formato. Pues bien, a tenor de las precedentes consideraciones, creo que los campos diferenciados con los que aquella debería constar son, aparte el encabezamiento: el relativo a los *antecedentes procesales* de la causa, en su desarrollo anterior al juicio, que sean relevantes para la decisión; el de la presentación de la práctica y resultado de la actividad probatoria, o de *antecedentes probatorios*; el correspondiente al relato de los *hechos probados*. Y, ya en el ámbito de la *motivación*: uno primero referente al modo como se hubiera llegado a obtener la convicción *sobre los hechos*, y otro referido a la *quaestio iuris*, o sea, de *fundamentos de derecho*. En fin, el *fallo*.

Este parece ser también el lugar adecuado para introducir algunas observaciones de estilo.

A continuación, siguiendo el esquema de sentencia que se propone, se aportan algunas indicaciones, esencialmente prácticas.

### 1. ENCABEZAMIENTO

Es obvio decir que se trata de un texto esencialmente funcional, dedicado a informar sobre algunos extremos de la causa (datos de los afectados por ella, tipo de delito), para facilitar su identificación y la relación de esta con la sentencia.

### 2. ANTECEDENTES PROCESALES

Este es un campo que, asimismo, deberá estar presidido por idéntica idea de funcionalidad. Y es que, en él, en circunstancias normales, habrá de figurar una descripción sintética de tan solo aquellas vicisitudes del trámite

(preprocesales y procesales) que sean ciertamente relevantes para la resolución. No las que, en circunstancias de normalidad, sean irrelevantes; que dejarían de serlo, cuando, por ejemplo, por el modo de su realización o por la falta de esta, se hubiese producido la negativa afectación de un derecho.

Hay supuestos, por ejemplo, los de esencial vacío probatorio, a causa de la ilegitimidad radical de la prueba de cargo fundamento de la acusación (la intervención de la droga dentro de un domicilio, sin mandamiento judicial al efecto, cuando el posible delito no fuera flagrante), en los que no resultará posible hablar de Hechos probados, como tales. En efecto, porque, en el caso, no podrán prevalecer los constitutivos de la imputación y no existirá ninguno subsumible en los preceptos legales cuya vulneración habría dado fundamento a esta. Pues bien, en tal clase de supuestos, los Antecedentes procesales deberían ser el apartado en el que se consignen todas aquellas circunstancias relevantes para la decisión, obviamente, absoluta: en el ejemplo, la forma de producirse la entrada y registro ilegítima. De este modo, no se dará, falsamente, tratamiento de hechos a los que en rigor no lo son, ni se ocultará nada determinante a la parte que discrepe (aquí, normalmente, el fiscal), que podrá recurrir con pleno conocimiento de los presupuestos del fallo; y tampoco al tribunal de otra instancia, que contará con todos los elementos imprescindibles para resolver, confirmando o revocando la resolución, si hubiera sido impugnada.

### 3. ANTECEDENTES PROBATORIOS

Es el espacio idóneo para la construcción del *cuadro probatorio*, esto es, para la identificación de (todas) las fuentes de prueba, la consignación de las actuaciones de la fase investigadora que pudieran ser objeto de tratamiento en la sentencia, con expresión del porqué; y la catalogación de (todos) los elementos aportados por aquellas.

Es un campo cuya existencia también carecería de sentido en el caso antes aludido, esto es, cuando la ilegitimidad radical de la prueba diera lugar a la ausencia de datos probatorios bien obtenidos susceptibles de ulterior consideración.

#### 4. HECHOS PROBADOS

Se tratará de narrar lo que hubiera sucedido en el supuesto concreto. Por tanto, deberá hacerse uso de un lenguaje descriptivo y de términos asertivos, con un relato ordenado del *iter* de la conducta que luego habrá que valorar. Creo importante la realización de un esfuerzo para *desnudar* al discurso sobre esta de todo aquello que no sea fundamental para facilitar la inteligencia del modo en que aconteció.

Dentro de la categoría «hechos», referida a la prueba y a la sentencia, deben distinguirse los «principales», como integrantes de la imputación, al ser *jurídicamente* relevantes, por resultar subsumibles en un precepto penal. Y los «secundarios», carentes de significación jurídico-penal, pero *lógica*, aunque *no jurídicamente* relevantes, por gozar de aptitud para servir de antecedentes discursivos dentro de un proceso inferencial.

Pues bien, los hechos «principales», determinados como tales mediante la prueba, son los únicos que deben figurar como «probados». Y, en efecto, que aparezcan así identificados y bajo ese rótulo en la sentencia, es lo que permitirá atribuirles de forma inequívoca tal condición para luego operar con ellos en derecho.

Los hechos «secundarios» son, en realidad, datos probatorios, parte del *material fáctico*, normalmente obtenido a través de las declaraciones testimoniales o de fuentes documentales, de cuya existencia, en el esquema que se propone, habrá que dejar constancia en los Antecedentes probatorios<sup>38</sup>. Luego, tendrá que trabajarse con ellos en el momento de la valoración de la prueba, dando cuenta de ese trabajo y de su resultado en la Motivación sobre los hechos.

---

<sup>38</sup> La compra de un antifaz es, en sí misma, una circunstancia neutra, indiferente para el derecho penal. Pero, cuando resulte que el adquirido por cierto sujeto, de un porte físico similar al del acusado, era como el que usó el atracador, y que aquel lo había comprado, en fecha lejana a las de los carnavales, en la proximidad del atraco, será un dato probatorio idóneo para contribuir a tener por probada la autoría del segundo. Así, la acción consistente en el atraco, llevando el rostro cubierto por un antifaz, daría contenido a los Hechos probados. Las testimoniales de las que resulte que su autor llevaba un antifaz y lo relativo a la adquisición del mismo, deberán ser tratadas como Antecedentes probatorios y las informaciones obtenidas por ambos medios de prueba, como hechos secundarios o datos probatorios, y no hechos probados.

En el caso de la sentencia la absolutoria, deberán figurar como hechos probados los integrantes de la correspondiente hipótesis, una vez acreditado que efectivamente se dieron como tales hechos en la realidad extraprocesal. Por ejemplo, los que formen la coartada: «El día D a la hora H Fulano fue agredido con un cuchillo... en Cádiz. En esa fecha y hora, Mengano (el acusado) se hallaba en San Roque...». Naturalmente, los datos (probatorios) de los que quepa extraer esta convicción no serán (ni deberán ser tratados como) hechos probados.

En la redacción, a mi juicio, deberá hacerse uso de periodos cortos, sin escatimar los puntos, incluso los puntos y aparte. Diría que, en materia de estilo, el de Azorín podría ser un buen modelo.

## 5. MOTIVACIÓN

### 5.1 *SOBRE LOS HECHOS*

Este es el espacio idóneo para exponer el tratamiento dado al material probatorio, previamente presentado en los antecedentes de esta clase. Lo más correcto será examinar, primero de forma individualizada, cada fuente de prueba y lo que aporte. Por ejemplo, se da valor al testimonio de A porque lo que dicho por él en el juicio tiene confirmación en (se señalarán los otros elementos de prueba que corresponda). O, el testigo B no es creíble porque afirma que resultó agredido y que su actuación fue meramente defensiva, cuando se advierte que el supuesto agresor aparece policontusionado mientras que él no tuvo ni un rasguño.

Tendrá que discurrirse igualmente sobre los datos probatorios que permitan dar por probada la existencia de alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad.

Habrá que hacer claridad sobre la génesis de los distintos elementos de prueba y dar cuenta del modo y porqué de su tratamiento o valoración como de cargo o descargo. Sólo a partir de aquí será posible realizar la necesaria valoración de conjunto del resultado de la actividad probatoria, que, obviamente, presupone que antes se haya constatado el rendimiento de cada medio en particular.



La exposición de la apreciación conjunta de la prueba es ineludible, pero siempre y sólo en un segundo momento. De otro modo, es decir, si la apreciación sintética no fuera precedida del examen individualizado de las fuentes y de los elementos de juicio se estaría frustrando el papel real de la motivación. Parece útil recordar a este respecto que la fórmula «en una apreciación conjunta de la prueba» era la cláusula de estilo al uso para entrar en la exposición *per saltum* de las conclusiones probatorias cuando no existía el deber constitucional de motivar y tampoco se motivaba.

Suele objetarse que este modo de operar complica en exceso la elaboración de la sentencia. Pero no es cierto: da algún trabajo, mas ayuda extraordinariamente, pues aporta claridad al proceso decisional y dota de la necesaria transparencia a los presupuestos de la decisión. Por otra parte, en general, es algo que puede hacerse de forma ágil y, si ejecutado con la necesaria honestidad intelectual, permite *ver* lo que se hace y conseguir que el curso de formación de aquella discurra solo por los cauces de *lo motivable*.

## 5.2 FUNDAMENTOS DE DERECHO

En el caso antes aludido de prueba-clave ilícitamente obtenida, como, en general, en los supuestos de falta de prueba, parece razonable prescindir de la distinción de campos dentro de la motivación, puesto que, en rigor, no habrá hechos de cuya fundamentación probatoria tenga que hablarse específicamente. Por eso, documentado lo acontecido en el ámbito de la prueba, esto es, la ausencia de alguna esencial que fuera legítimamente valorable bastará con justificar sencillamente la aplicación del principio de presunción de inocencia, que, como es sabido, solo puede decaer en presencia de prueba constitucionalmente válida<sup>39</sup>.

Las anteriores sugerencias en materia de redacción son trasladables a los fundamentos de derecho. En estos, deberá actuarse también con sencillez expositiva, periodos breves, etc. Es aconsejable seguir, en el análisis

---

<sup>39</sup> Desgraciadamente, esta es una afirmación que hoy tiene escasísima vigencia. En efecto, pues con la llamada «teoría de la conexión de antijuridicidad» el Tribunal Constitucional ha derogado prácticamente el artículo 11.1 de la LOPJ. Trato con cierto pormenor de este asunto en Andrés Ibáñez, Perfecto, *Tercero en...* cit., p. 332.

jurídico de la conducta enjuiciada, el esquema de la teoría del delito. Y en esta línea, tener en cuenta que, si concurriera alguna causa de justificación, puesto que afectará negativamente a la antijuridicidad, deberá ser estudiada en el marco de la estructura del injusto y no como circunstancia modificativa. Lo que si resulta correcto cuando se trate de alguna de las relativas a la culpabilidad.

Creo que en este ámbito se ha de evitar el exceso de erudición jurisprudencial *de disco duro*. No hay nada más pesado que la lectura de un fundamento jurídico cargado de inútiles invocaciones de autoridad. La jurisprudencia se citará cuando lo reclame la propia economía del discurso, y no *ad pompan*. La cita deberá ser, pues, viva, operativa y no simplemente acumulativa. Y lo mismo cabe decir de cierta clase de argumentos.

Son muchas las sentencias que no plantean particulares problemas dogmáticos, por eso, en tales casos, sería una buena opción técnica desplazar el mayor esfuerzo decisional al tratamiento del material probatorio, resolviendo luego la *quaestio iuris* con sencillez.

Un asunto importante en este campo es la motivación de la pena. Está muy escasamente desarrollado y los jueces, como en general los juristas, tenemos poca cultura —y menos práctica— en la materia. Hay casos, como aquellos en los que, apareciendo probado el hecho y siendo clara su relevancia criminal, no existe razón para atribuir a la pena una especial gravedad y lo correcto será imponerla en su grado mínimo. Pues bien, en tales supuestos, el defecto de motivación específica se dará sin consecuencias, por la ausencia de una opción alternativa. Para recorrer hacia arriba el marco penológico, tendrá que haber razones serias, que deberán verbalizarse. Cuando no se está en condiciones de hacerlo de manera razonable y que pueda convencer, habrá que renunciar a esta opción.

## 6. FALLO

Por razón de su función en el marco de la sentencia, reclama el máximo de sencillez en la redacción y de transparencia en el discurso, que deberá despojarse de todo lo que no sea la identificación del afectado por su nombre y apellidos, la designación del delito y la expresión de sus consecuencias.

## VI. EN MATERIA DE PATOLOGÍAS

A continuación —siguiendo el vigente esquema legal de la sentencia en la legislación española— se tratará, a título puramente indicativo, de algunas cuestiones de cierta variedad. Unas pertenecen más bien al campo de la estética, pero, con frecuencia, traducen actitudes de fondo más o menos cuestionables. Otras sugieren serias deficiencias conceptuales y, desde luego, de método.

### 1. ENCABEZAMIENTO

En este punto creo pertinente hacer referencia a un aspecto, ciertamente de estilo, pero no por eso menos relevante. Me refiero a la conveniencia de eliminar el autotratamiento que de manera habitual suelen darse los jueces, que —hablando como hablan de sí mismos, en primera persona, como ocurre en las sentencias, actúen en singular o en plural— deberían *tutearse*. Creo que aquí carecen de sentido, no solo el excelentísimo o el ilustrísimo, sino incluso el mismo don, que nadie se aplicaría a sí mismo, al presentarse, en una conversación. Por fortuna, parece que el Tribunal Supremo ha renunciado a esa anacrónica sofisticación mayestática del «ante nos pende», aunque no hace tanto.

Es frecuente, en este apartado, la referencia a los antecedentes penales del acusado o acusados, incluso en el caso de que no existan o cuando no son computables, para afirmarlo (!). Ni que decir tiene que la mención del primer tipo carece de toda pertinencia. Pero también la segunda, pues lo que expresa, según el Diccionario, es que aquellos carecen de relevancia, y no son, pues, susceptibles de consideración. Suele objetarse que esto solo sería a los efectos de la aplicación de la circunstancia de reincidencia, mas no a los de individualización de la pena. Pero esta es una objeción que no convence, primero, por la razón de que, para que pudiesen operar de este modo, debería tratarse de un dato subsumible en un precepto penal, algo que no se da y que mal podría predicarse de una circunstancia cuyos elementos integrantes y de contexto no se precisan. Pero es que, además, a título puramente discursivo, para que cupiera la atribución de semejante efecto,

deberían figurar, con el necesario detalle, en los hechos probados. Por lo demás, hay que entender que, cuando el ordenamiento no prevé de forma expresa ninguna consecuencia penológica, es que ha renunciado a ella.

Con el encabezamiento, aunque no solo, ocurre con frecuencia, se forma un solo párrafo compacto e innecesariamente denso, que no facilita la lectura. Algo, por lo demás, bien fácil de evitar.

## 2. ANTECEDENTES DE HECHO

Se trata de una denominación legal que, y más a tenor de la práctica, difícilmente podría ser más impropia, pues en su contenido habitual no suele haber nada fáctico, sino solo la referencia a algunas vicisitudes, con la mayor frecuencia, de un carácter meramente burocrático, que no aportan nada a la economía de la decisión. Es por lo que creo que esa designación debería ser sustituida por la más propia de Antecedentes procesales, para integrar en ella todos y solo aquellos que tienen algo útil que decir, dentro de la economía de la decisión. Carece, pues, de sentido detenerse en esta área en la relación del cumplimiento de algunas formalidades, que cabría perfectamente dar por supuestas, cuando se ha llegado con normalidad a este momento procesal.

Aquí suelen recogerse, y esto sí tiene plena razón de ser, las calificaciones definitivas de las partes, algo imprescindible para entender algunos extremos de la resolución y para valorar su congruencia o falta de congruencia. Pero ocurre que, generalmente, se prescinde del apartado de aquellas que contiene el relato de los hechos imputados, a pesar de que delimitan el objeto de prueba y acotan el ámbito de los posibles hechos probados y del alcance mismo de la resolución.

Hay supuestos en los que el escrito de acusación que llevó al juicio no incluye en realidad un auténtico o un completo relato de hechos penalmente relevantes, lo que, en rigor, y por imperativo del principio acusatorio, debería hacer imposible la condena por falta de verdadera acusación, en lo no comprendido expresamente. No es infrecuente, en el caso de hechos complejos, que las partes acusadoras se limiten a hacer referencias sintéticas a estos, carentes de real valor descriptivo. En tales ocasiones, sería del

todo imprescindible recoger esa insuficiente presentación en su literalidad, para circunscribir exclusivamente a su contenido el alcance de la decisión. Sin subrogarse nunca en el papel de la acusación, supliendo sus deficiencias, algo que solo podría hacerse al precio de una inadmisibile pérdida de imparcialidad<sup>40</sup>.

### 3. HECHOS PROBADOS

Un defecto muy habitual, ya aludido, es que este campo de la sentencia aparezca formado por un bloque compacto (reminiscencia de la histórica *phrase unique*), que pudiera, además, estar mecanografiado a un solo espacio, con lo que ya solo la aproximación visual al texto puede resultar realmente incómoda, no se diga la lectura comprensiva. No es en absoluto improbable que este último aparezca cargado de gerundios<sup>41</sup>. (Está todavía por aclarar la irrefrenable adicción de los juristas a este tiempo verbal). Aparte razones de estética, hay otra poderosa para cuestionar esta fea práctica, y es que el gerundio constituye una forma no personal del verbo, que, por tanto, no designa a su propio sujeto. Por eso, es frecuente, que, a lo largo de un relato construido en semejante clave, y que fácilmente será de cierta extensión, el sujeto acabe literalmente *perdiéndose* por el camino, en los torturados y torturadores meandros del discurso.

Hay relatos en los que el sujeto de la acción no lo es, con la necesaria claridad, en la oración. Así, cuando, para decir que Fulano entregó a Men-

<sup>40</sup> No es infrecuente que los jueces y tribunales manifiesten en este punto una suerte de *deferencia* con el ministerio público, que los lleva, en ocasiones, a suplir ciertas posibles deficiencias de expresión en los escritos de acusación, integrándolos con datos necesarios para la caracterización de la conducta como típica, que pudieran faltar.

<sup>41</sup> He aquí una expresiva muestra de lo que se dice, tomada de una sentencia de estos años: «tapándole [...] agarrándole [...] sujetándola [...] empujándola [...] impidiéndole [...] logrando [...] diciéndole [...] conduciéndola [...] dirigiéndose [...] oponiéndose [...] introduciendo [...] obligándola [...]», todo en apenas diez líneas de los hechos probados. Claro exponente de lo que Luis María Cazorla Prieto califica bien de «imperio del gerundio» (en Cazorla Prieto, Luis María, *El lenguaje jurídico actual*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, p. 111). En la materia, puede verse: Bayo Delgado, Joaquín, “El lenguaje forense: estructura y estilo”, *Lenguaje forense*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 56-58; y, del mismo autor, “De gerundios jurídicos”, *Boletín Informativo Jueces para la Democracia*, 1991, n.º 7, octubre de 1991, p. 6.

gano una papelina, se escribe: «La policía sorprendió a Fulano...». Con lo que se cometen dos incorrecciones: la de orden sintáctico y la consistente en introducir en la descripción de la conducta incriminable a sujetos y acciones ajenos a ella. En efecto, porque la intervención policial, normalmente, será un hecho externo a los que constituyen la imputación.

Los hechos probados, es obvio, presuponen la existencia de prueba suficiente y lícitamente obtenida para que puedan figurar como tales. Hay ocasiones, cuando esto no se da, en que en la redacción se recurre a transcribir la afirmación central del escrito de acusación, para, a continuación, dejar constancia de que no se ha probado<sup>42</sup>. La incorrección no puede ser más patente, no solo porque eso supone la efectiva ausencia de hechos probados bajo esta rúbrica que los afirma como existentes, sino también porque, dado el vacío probatorio, incluso la consignación de este dato estaría fuera de lugar. Se trata de uno de esos supuestos en los que lo pertinente será dejar constancia del porqué de tal vacío en los Antecedentes procesales, si la razón estuviera, por ejemplo, en el caso ya aludido en una ilícita actuación policial. O en los Antecedentes probatorios, si ese resultado fuera el efecto del juego de las pruebas de cargo y descargo, cuando nada fáctico realmente relevante se hubiera acreditado; sobre lo que se discurrirá en la motivación referida a los hechos.

Puede ocurrir que el relato vaya antecedido de fórmulas como «definitivamente juzgando, expresamente se declara», «valorada la prueba en conciencia y con intermediación», y hasta «de una valoración crítica y objetiva de la prueba practicada en el acto del juicio oral»<sup>43</sup>. En el primer caso concurre una manifestación inútil, pues ya precede la declaración formal que da título a este apartado de la sentencia. Lo segundo no hay

---

<sup>42</sup> Se trata de un arrastre jurisprudencial con cierta vigencia práctica y antecedentes en sentencias como la de la Sala Segunda de 19 de enero de 1995, que reza: «cuando el fallo absolutorio se asienta en la “inexistencia del hecho” es llano que la descripción ha de tener como único referente la narración de los acusadores con el añadido de aquellas circunstancias resultantes de la prueba —si existieren— que puedan tener conexión con ella». Es decir, el trasladado de la descripción de los hechos de la acusación, con el añadido de que no se han probado, al campo de los *Hechos probados*.

<sup>43</sup> A veces ocurre que solemnes declaraciones de ese tenor van seguidas de una notable pobreza en el ejercicio de la motivación. En una sentencia no lejana en el

que proclamarlo enfáticamente, sino practicarlo de manera efectiva y de modo que la realidad de esa práctica se haga evidente en el desarrollo del discurso probatorio. Y lo mismo en el tercer supuesto, en el que además se incurre en el manifiesto error de atribuir la condición de «objetivo» al conocimiento fruto de la inducción probatoria. Los datos fácticos han de introducirse, no por acumulación ni de manera desordenada, sino siguiendo un criterio que vendrá impuesto por la propia dinámica de la acción, que ha de aparecer desnuda de excrecencias oscurecedoras. O lo que es lo mismo, el relato del curso de la acción debe descargarse de incisos que no tienen *directamente* que ver con el desarrollo de la misma.

Existe un tipo de casos, el de los accidentes de tránsito, y no se diga si múltiples, en los que resulta particularmente tedioso hallar, junto a cada conductor y el número de matrícula del automóvil, la mención de ser o no el titular y de la identidad del que lo fuera, en otro supuesto; la marca del vehículo, que puede ser perfectamente irrelevante, la compañía de seguros, el nombre del tomador si no coincide con el del propietario. Y los datos de identidad de los acompañantes, que normalmente no habrán tenido que ver con el curso de la acción. Esta debe despojarse de referencias inútiles en el plano de la descripción. Las que no formen parte de la dinámica comitiva y tengan por tanto un interés colateral o secundario, pueden muy bien ser objeto de párrafos separados, que se incluyan con posterioridad. Como la especificación de las lesiones y sus secuelas. Puede parecer gratuito que se diga aquí que unas y otras han de figurar con el necesario detalle en los hechos probados. Pero no faltan casos en los que este relevante extremo («por razones de economía procesal») *se despacha* con un reenvío al informe del forense<sup>44</sup>. Incluso en supuestos en que éste ha sido cuestionado sobre la base de otros dictámenes médicos.

---

tiempo, que condenaba por una falta, podía leerse: «Apreciando en conciencia y con plena inmediación las pruebas practicadas en el acto del juicio considero acreditada la veracidad de la denuncia y, en consecuencia, los hechos declarados probados son constitutivos de una falta de hurto tipificada en el artículo...», por toda justificación.

<sup>44</sup> En materia de reenvíos, casos como el siguiente, que transcribo en su literalidad: «:

Tampoco la edad de los sujetos o su fecha de nacimiento tiene por qué formar parte del relato, salvo que sea relevante en concreto, a efectos, por ejemplo, de atenuación. En otro caso, ya existirá, como es normal, constancia en el encabezamiento, donde, junto al nombre, suele recogerse la condición de mayor de edad del acusado. Lo que carece de razón de ser es la inclusión del tópico «sin» o «con antecedentes penales», cual si fuera una cualificación de la identidad. Cuando existan y solo de ser relevantes, creo que lo razonable es que los datos precisos figuren en párrafo aparte al final del relato de hechos probados.

El diccionario es sumamente rico en posibilidades. Por eso, es aconsejable jugar con los sinónimos, siempre que ello resulte posible sin pérdida de precisión conceptual. Así, por ejemplo, cabría hablar de turismo, coche, auto, automóvil, vehículo. Cualquier cosa menos incluir una reiteración de menciones al «referido vehículo».

Ha de evitarse hacer uso de cierto tipo de expresiones que, procedentes de diversas jergas, terminan confluyendo en la judicial. Por ejemplo, una cuenta corriente no se «apertura», sino que simplemente se abre. La droga no se lleva nunca «en disposición de donación y venta» (y menos si fue localizada bajo la ropa interior). Los objetos no suelen ser designados como «efectos» en el lenguaje usual ni en el literario; aparte de que resulta un tanto curioso que lo sean *dentro de una causa*<sup>45</sup>.

Es importantísimo que los hechos probados se escriban siempre de primera mano. La observación tiene plena razón de ser, debido a que existe una odiosa práctica judicial que consiste en reproducir literalmente, por sistema o casi, los de la acusación; a despecho de lo que pudiera haber sucedido en el juicio. Al obrar así, se olvida algo esencial, y es que la sentencia

---

Hechos Probados. Único. - Fulano interpuso denuncia el [fecha] contra Mengano alegando que le había agredido el mismo propinándole golpes en la cara y resto del cuerpo; llegado el día del juicio comparecieron las partes efectuando las alegaciones que estimaron oportunas y que constan en el acta del juicio levantada y que aquí se dan por reproducidas, en aras de la brevedad». No pretendo darle otro *valor* que el anecdótico, porque me parece que se trata de un supuesto excepcional, pero que no deja de ser curioso.

<sup>45</sup> Para una amplia relación de expresiones curialescas que afean y oscurecen el discurso judicial, cfr. Andrés Ibáñez, Perfecto, *Tercero en ... cit.* pp. 399-402.



es un todo unitario, un conjunto de planos de discurso de contenido fáctico y jurídico dialécticamente integrados, cuya elaboración no es delegable en ninguno de sus tramos. Por otro lado, con ese perezoso y burocrático modo de operar se despersonaliza una actividad como la de sentenciar que ha de ser personalísima y para la que cualquier hábito rutinario representa un riesgo. Además, con tal proceder mecánico, y al eludir el esfuerzo de elaboración de esa parte nuclear de la decisión, se corre el riesgo de dejar fuera del relato elementos significativos que no habrían escapado a la atención requerida por una redacción cuidadosa. De otro lado, la realización del esfuerzo intelectual de elaboración de los hechos probados obliga a una reconsideración sistemática de todo el proceso de justificación de la valoración de la prueba, lo que, en el necesario *ir y venir* de unos a otra (en ese juego bien calificado de circular por la hermenéutica), permitirá descubrir eventuales lagunas y saltos en el curso inferencial y, así, reforzar el rigor y la coherencia del discurso.

A todo lo anterior debe añadirse una razón más para el rechazo de tal recusable modo de proceder judicial. Es que, así como entre los jueces no es inusual semejante mala práctica, tampoco es infrecuente que los fiscales beban directamente del atestado<sup>46</sup>. Con lo que, cuando se produce ese arrastre indebido, al fin es aquel texto el que se transfunde a la sentencia.

Puede ocurrir, y sucede en ocasiones, que informaciones de carácter fáctico y de sentido inculpatario, que deberían figurar en el relato de los hechos lo hagan dentro de los fundamentos de derecho. Es una práctica recusable. Tanto como la de alguna jurisprudencia de casación que, denunciado el defecto como meramente formal e irrelevante, acaba reconociendo a aquel valor de hechos probados<sup>47</sup>. Personalmente, creo que esto supone añadir una incorrección a otra y es algo que no debería hacerse, por razones de rigor conceptual, de legalidad y de seguridad jurídica.

---

<sup>46</sup> Resulta pertinente traer aquí una observación de Rocco Scotellaro: «Un juez que no se interroga sobre las cosas [...] es el escribiente del carabiniere» (Scotellaro, Rocco, *La uva putanella*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 83).

<sup>47</sup> En una sentencia de la Sala Segunda de los años 90 del pasado siglo se lee: «una constante y permanente doctrina de esta sala tiene declarado de modo uniforme y sin fisuras que los hechos que aparezcan relatados en una sentencia tendrán va-

#### 4. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Por extraño que parezca, la constitucionalización del deber de motivar las sentencias, que obviamente, comprende también el de dar cuenta justificada del porqué del tratamiento de la *quaestio facti*, no ha tenido el debido desarrollo en la más reciente legislación procesal (en materia civil, penal, laboral) donde no se ha previsto para las sentencias un campo específico de motivación en materia de hechos. Por esta razón, el asunto suele abordarse dentro de los fundamentos de derecho. A esto (unido seguramente a un endémico arrastre, fruto de nuestra falta de tradición y de cultura en la materia) se debe la circunstancia de que muchas veces la sentencia estándar resulte aquejada de una notable falta de sistema, con traducción en el inevitable déficit de claridad expositiva. Que en un cierto número de casos podría ser también falta de claridad acerca de lo que habría que expresar, debido a la falta de inequívocas referencias de método.

En lo que me consta, es bastante frecuente que los Fundamentos de derecho —no obstante ser el único campo dedicado a justificar el sentido de la decisión— no contengan un desarrollo completo y sistemático del examen y evaluación de la prueba de cargo y descargo. Incluso, diré, en mi experiencia, son muchos los casos en los que, es solo al tratar de la autoría cuando se entra en el examen de aquella, privilegiando, cabe que inconscientemente (puesto que precede la afirmación de la existencia de un delito), los elementos de la segunda.

También sucede en ocasiones que en esta área de la sentencia se opera cual si las razones justificasen como *por yuxtaposición*. Es cuando *se adosa* a los hechos previamente declarados probados una especie de bloque justificativo; en sustitución del debido desarrollo argumental, que ponga analítica-

---

lidez legal a los efectos de la apreciación jurídica que puedan merecer en el fallo cualquiera que sea el lugar de la misma en que se consignen». Aunque es cierto que en alguna otra sentencia de la época se cuestiona «la no insularidad del relato fáctico y la posibilidad de que el mismo se integre o se complemente con afirmaciones de tal carácter contenidos en otros pasajes de la fundamentación». Pero lo cierto es que, aunque expresándolo con otro lenguaje, hay una marcada tendencia a *no desperdiciar* ningún dato de hecho apto para dar fundamento a la condena, con independencia del campo de la resolución en que se le haga figurar.

mente de manifiesto la pertinencia de un determinado tratamiento jurídico de los aspectos de hecho relevantes para el fallo.

No es inusual el recurso al criterio de la supuesta obviedad de aquel, para dar por cierto que de los hechos probados se siguen determinadas consecuencias jurídicas, en vez de explicar el porqué y el curso seguido para llegar a tal conclusión.

Ha sido criterio jurisprudencialmente muy reiterado el de que la motivación de la sentencia absolutoria se satisface con la mera expresión del estado de duda por parte del juzgador. Es un tópico insostenible, que choca abruptamente con la concepción racional de la actividad jurisdiccional, ninguna de cuyas conclusiones debe darse por supuesta. Además, cuando se opera de ese modo, el deber de motivar deja de cumplir con una de sus finalidades: la de facilitar al juzgador el control de la calidad del propio discurso.

No hace falta decir que en la redacción de los fundamentos de la sentencia tendría que operarse con criterio idéntico al postulado en el caso de los hechos probados, en aras de la claridad y de la transparencia. Y, ¿por qué no?, de la estética<sup>48</sup>. Pues, como escribiera Ludwig Wittgenstein: «Cuanto puede siquiera ser pensado, puede ser pensado claramente. Cuanto puede expresarse, puede expresarse claramente»<sup>49</sup>. Y, dada la íntima correlación entre contenido y forma del discurso, es indudable que el esmero en el tratamiento de esta contribuye asimismo al rigor en el desarrollo de aquel.

---

<sup>48</sup> Permítaseme, como pura curiosidad, recoger, al respecto, parte de un considerando de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1990: «La narración histórica de la sentencia de instancia, sin ser extensa, prolija, frondosa o barroca, y sin hallarse impregnada de culteranismo, no incurre en oscuridad, turbiedad, opacidad, no siendo enigmática, impenetrable, desteñida o excesivamente conceptista, ni incidiendo en insuficiencia descriptiva generante o engendradora de oscuridad, en vaguedad, indecisión o ambigüedad...». Es claro que este modo de proceder, aparte de petulancia y de un horroroso mal gusto, trasluce una patética inteligencia del porqué y el cómo del trabajo jurisdiccional. Y, desde luego, del papel de la casación.

<sup>49</sup> Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus Logico-Philosophicus*, trad. cast. de Muñoz, J. y Reguera, I., Madrid, Alianza Editorial, 1992, p. 67.

## 5. FALLO

Sigue empleándose generosamente la fórmula «debo/debemos condenar y condeno/condenamos», tal vez precedida de un «definitivamente juzgando». Es sin duda un arrastre histórico que podría tener sentido —quizá como expresión subliminal de *mala conciencia*— cuando la decisión no fuera precedida de una correcta expresión de la *ratio decidendi* en materia de hechos y en derecho, que, tradicionalmente, es lo que solía ocurrir. Es decir, para tratar de colmar (inútilmente) ese vacío de motivación con la afirmación distractiva de estar cumpliendo un deber. Pero es obvio que ese arcaísmo de corte litúrgico no añade nada en tales supuestos y, en cambio, es perfectamente inútil cuando el carácter debido de la condena resulta explícito de unos antecedentes del fallo correctamente argumentados.

En la redacción de este, del mismo modo que las menciones innecesarias, han de evitarse los pronunciamientos confusos y farragosos. En vista del tenor real de muchas prácticas sentenciadoras, hay que reiterar lo obvio: el fallo no tiene por qué expresarse en un torturado y torturador único párrafo. También parece conveniente señalar que en él no hay por qué citar preceptos legales. Del mismo modo, habría que evitar la muletilla inútil que consiste en adicionar a la mención de cada delito un «ya definido». En efecto, si, como debe ocurrir, lo ha sido en el momento oportuno, decirlo para que tal afirmación se lea después de leído el cuerpo de la sentencia carece de todo sentido; y, si la conducta delictiva no hubiera sido ya antes bien caracterizada jurídicamente, se estaría faltando ostensiblemente a la verdad. No hay por qué decir que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, cuando, en efecto, no concurren.

La no infrecuente alusión a la o las «accesorias» deberá sustituirse por la mención concreta de la o las penas de que se trate.

En los casos de sustitución de la pena, hay que precisar los términos de la misma de forma detallada.

El punto final de las sentencias a veces va o iba precedido de un «definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo»; que en ocasiones se refuerza o reforzaba con un «lo declaro»; asertos que se hacen en plural

si el tribunal es colegiado. Lo dicho antes acerca de la reiteración de otros tópicos arcaizantes del mismo grado de inutilidad y falta de estética ahorra aquí ya todo comentario.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Madrid, Trotta, 2015.
- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Trotta, 2011.
- CARNELUTTI, Francesco, *Diritto e processo*, Nápoles, Morano, 1958.
- CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal*, trad. cast. de Ortega Torres, J. J. y Guerrero Lecona, J., Bogotá, Temis, 1976, t. II.
- CAZORLA PRIETO, Luis María, *El lenguaje jurídico actual*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007.
- DIGES JUNCO, Margarita, *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos*, Madrid, Trotta, 2016.
- ENTRENA KLETT, Carlos, *La equidad y el arte de juzgar*, Pamplona, Aranzadi, 1979.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10ª ed., trad. cast. de Andrés Ibáñez, Perfecto, et al., Madrid, Trotta, 2011.
- FOSCHINI, Gaetano, *Sistema del diritto processuale penale*, 2ª ed., Milán, Giuffrè, 1968, t. II.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal I. Fundamentos*, 2ª edición, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996.
- MAZZONI, Giuliana, ¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria, trad. cast. de Revuelta, J. M., Madrid, Trotta, 2010.
- \_\_\_\_\_, *Psicología del testimonio*, trad. cast. de Moreno, A., Madrid, Trotta, 2019.
- MONTAIGNE, Michel, *Ensayos*, eds. Picazo, M. D. y Montojo, A., Madrid, Cátedra, 1985, t. I, cap. XXVI.
- PAGANO, Mario, *Principios del Código Penal*, trad. cast. de Zaffaroni, E. R., Buenos Aires, Hammurabi, 2002.

- RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, *La justificación de las decisiones judiciales*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2003.
- SÁEZ JIMÉNEZ, Jesús y LÓPEZ FERNANDEZ DE GAMBOA, Epifanio, *Compendio de derecho procesal civil y penal*, Madrid, Santillana, 1968, ts. IV/II.
- SCOTELLARO, Rocco, *La uva putanella*, Roma-Bari, Laterza, 2000.
- SENTÍS MELENDO, Santiago, *Derecho y proceso*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.
- TARUFFO, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, trad. cast. de L. Córdova Vianello, Madrid, Trotta-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México), 2011.
- \_\_\_\_\_, *La prueba de los hechos*, trad. cast. de Ferrer Beltrán, J., Madrid, Trotta, 2002
- VILA MATAS, Enrique, *El viento ligero de Parma*, Madrid, Sexto Piso, 2008.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus Logico-Philosophicus*, trad. cast. de Muñoz, J. y Reguera, I., Madrid, Alianza Editorial, 1992.

## HEMEROGRAFÍA

- ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, “Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)”, en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 2003, n.º 46.
- BAYO DELGADO, Joaquín, “De gerundios jurídicos”, *Boletín Informativo Jueces para la Democracia*, 1991, n.º 7, octubre de 1991.
- \_\_\_\_\_, “El lenguaje forense: estructura y estilo”, *Lenguaje forense*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000.
- CORDERO, Franco, “Linee di un processo accusatorio”, *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Milán, Giuffrè, 1965.
- JORGE BARREIRO, Alberto, “Segunda instancia penal: recursos frente a sentencias absolutorias. (Límites de la revisión de la valoración de la prueba en apelación y en casación) (I)” *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 2013, no. 77.
- \_\_\_\_\_, “Segunda instancia penal: recursos frente a sentencias absolutorias. (Límites de la revisión de la valoración de la prueba en apelación y en casación) (II)” *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 2013, no. 78.

\_\_\_\_\_, “Sobre los altos tribunales y la ‘mística’ de la intermediación” en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Juan M<sup>a</sup> Terradillos Basoco*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018.

PLATÓN, “Fedro”, trad. de Lledó, E., *Diálogos*, Madrid, Gredos, 2010.

#### LEGISGRAFÍA

Sentencia de la Sala Segunda del 19 de enero de 1995.

Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal supremo de 27 de noviembre de 1991.

Sentencia de la Sala Segunda de los años 90.

Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1990.

## EL PENSAMIENTO POSITIVISTA EN LA CODIFICACIÓN PENAL MEXICANA

Oscar CRUZ BARNEY\*

### I. INTRODUCCIÓN. EL PROCESO CODIFICADOR PENAL MEXICANO<sup>1</sup>

Alrededor de la *Constitución de Cádiz* se llevaron a cabo una serie de reformas en materia penal como: el 22 de abril de 1811, la abolición del tormento en las cárceles; el 17 de agosto y 8 de septiembre de 1813, la supresión de la pena de azotes, así como la sustitución, el 24 de enero de 1812, de la horca por el garrote en la ejecución de la pena de muerte.<sup>2</sup>

Gracias a dicho texto constitucional quedaron abolidos prácticamente todos los fueros, con excepción del eclesiástico y el militar, circunstancia que subsistió en el México independiente hasta que el 23 de noviembre de 1855 mediante la *Ley Juárez (Ley de administración de justicia y orgánica de los tribunales de la federación)* se suprimieron estos fueros para los negocios civiles y se hizo renunciable el eclesiástico para la materia penal; éste finalmente se suprimió el 12 de julio de 1859 con la separación total de Iglesia y Estado. El fuero de guerra subsistió para los delitos del orden militar y los tribunales especiales fueron prohibidos.

La *Constitución de Cádiz* consagró una serie de garantías en materia de administración de justicia en lo criminal, estableciendo en favor del sujeto

---

\* Académico de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación. Cruz Distinguida de Primera Clase de la Orden de San Raimundo de Peñafort, Gran Cruz al Mérito en el Servicio de la Abogacía que concede el Consejo General de la Abogacía Española, Cruz de San Ivo del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, Medalla de Honor del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Mención de Honor del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla. Ex Presidente del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México; Académico Honorario de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, Académico Correspondiente Extranjero de la Academia de Jurisprudencia de Colombia. Investigador Nacional Nivel III, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>1</sup> Agradezco a la Dra. Jessica Colin su atinada guía, apoyo y consejo en la preparación de este documento. Sin su ayuda no habría sido posible.

<sup>2</sup> Miguel S. Macedo, *Apuntes para la historia del derecho penal mexicano*, Editorial Cultura, México, 1931, p. 131-132.



a proceso la obligación de formar los juicios con brevedad y sin vicios, así como para la prisión, la precedencia de la información sumaria previa de hecho que mereciera pena corporal y mandamiento escrito del juez, salvo en los delitos *in fraganti*, entre otras. Se prohibieron el tormento, los apremios, la confiscación de bienes, las penas trascendentales y los calabozos subterráneos.<sup>3</sup> El primer *Código Penal* español, del 9 de julio de 1822<sup>4</sup>, fue la base para los códigos posteriores en dicha materia, aunque en México no se logró tener un *Código Penal* completo sino hasta 1871.<sup>5</sup>

En el México independiente y durante el gobierno de Agustín de Iturbide, la legislación penal tendió a reprimir el notable aumento experimentado en los niveles de criminalidad.

El 22 de enero de 1822 la Soberana Junta Provisional Gubernativa del Imperio Mexicano con la intención de preparar algunos trabajos para auxilio de las labores del Congreso, nombró las comisiones encargadas de la formación de los códigos civil, criminal, de comercio, de minería, agricultura y artes, del militar (incluido el de marina), el del sistema de hacienda nacional y un plan de educación de estudios. La comisión nombrada para acometer la obra de la codificación penal, quedó integrada por los señores Don Juan José Espinosa de los Monteros y Don Antonio de Gama y Córdoba, vocales de la Soberana Junta; Don Nicolás Oláez, relator de la Audiencia; Don Juan Arce, Don José Ignacio Alva, regidores del Ayuntamiento; Don Carlos María de Bustamante, Don José Ignacio Pavón, Don Andrés Quintana Roo y Don José Ignacio Espinoza, vocal de la Diputación Provincial.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 193-194.

<sup>4</sup> *Código Penal Español, decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar en 9 de julio de 1822*, Madrid, En la Imprenta Nacional, 1822. Sobre la codificación penal española véase Masferrer Domingo, Aniceto, *Tradición y reformismo en la codificación penal española*, Jaén, Universidad de Jaén, 2003.

<sup>5</sup> Sobre la codificación del derecho mexicano véase Cruz Barney, Oscar, *La codificación en México*, México, Ed. Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010.

<sup>6</sup> *Decreto XXXI de 22 de enero de 1822. Nombramiento de comisiones que preparen algunos trabajos para auxiliar al próximo congreso*, en *Colección de ordenes y decretos de la Soberana Junta Provisional Gubernativa, y Soberanos Congresos Generales de la Nación Mexicana, Segunda Edición corregida y aumentada por una comisión de la Cámara de Diputados*, México,

Al igual que en el caso de la comisión encargada de la codificación civil, el esfuerzo en materia penal no dio resultados.<sup>7</sup>

El 13 de mayo de 1822 se equiparó el delito de conspiración contra la independencia al de lesa majestad humana; los procesos contra conspiradores se regularon mediante disposiciones del 28 de agosto de 1823; y en octubre de 1823 se autorizó al Ejecutivo para que dispusiera de las personas sospechosas de perturbación de la tranquilidad pública, confinándolas a los lugares que considerase conveniente, sin perjuicio de los respectivos procesos judiciales. El 27 de septiembre de 1823 se estableció, con vigencia de cuatro meses, el procedimiento sumario para juzgar a los salteadores de caminos, ladrones en despoblado y a los malhechores que hiciesen resistencia, sometiéndolos a la jurisdicción militar. Este decreto fue prorrogado mediante otros del 6 de abril de 1824 y 3 de octubre de 1825, hasta su derogación, el 18 de diciembre de 1832.

Cabe destacar que en la sesión del día 9 de octubre de 1824 se presentó por el Sr. Barbabosa y se leyó por primera vez un proyecto de Código Penal Militar, sin que hayamos encontrado noticia posterior alguna.<sup>8</sup>

De manera temprana, incluso antes que el Estado de Veracruz, cuyo Código Penal de 28 de abril de 1835 se consideraba el primer Código de la materia en México, el Estado de Chihuahua adoptó, promulgó y publicó como propio el 11 de agosto de 1827 el *Código Penal Español* del 9 de julio de 1822.<sup>9</sup>

---

Imprenta de Galván á Cargo de Mariano Arévalo, 1829, Tomo I, págs. 95-96.

<sup>7</sup> “Reseña histórica de la codificación en México.- Discusión de los códigos”, en *El Derecho, Periódico de Jurisprudencia y Legislación*, México, Sábado 23 de abril de 1870, Tomo IV, Núm 17, pág. 336.

<sup>8</sup> Véase Juan A. Mateos, *Reinstalación del Primer Congreso Mexicano Nombrado en 1822 y disuelto por el Golpe de Estado del Emperador Iturbide, Historia de sus sesiones*, México, Imprenta de J.F. Jens, 1878, pág. 968.

<sup>9</sup> Cruz Barney, Oscar, “La codificación del derecho en el Estado de Chihuahua”, en Becerra Ramírez, Manuel *et. al*, *Obra en Homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, tomo II, 2008, pág. 201. Una referencia al mismo en Lozoya Varela, Rafael, “La prescripción en nuestro Código de Defensa Social”, en *Lecturas Jurídicas*, Chihuahua, Universidad Autónoma de Chihuahua, Escuela de Derecho, Núm. 22, Enero- Marzo, 1965, págs. 10-11. Asimismo Cruz Barney, Oscar, *Chihuahua. Historia de las Instituciones Jurídicas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Senado de la República,

Se trata del *Código penal presentado por las Cortes de España en 8 de junio de 1822, y mandado observar provisionalmente por el Congreso Constitucional del Estado de Chihuahua en 11 de agosto de 1827*, en 132 páginas.<sup>10</sup>

El Código Penal español de 1822 tuvo una “notoria influencia de Beccaria, de Filangieri y del francés Bexon, pero por encima de todos estos autores quien más influjo operó sobre su contenido fue Jeremías Bentham.”<sup>11</sup> Intervinieron en su elaboración Calatrava, Martínez Marina y Flores Estrada entre otros.

Se aclara por el gobierno del estado que la adopción se hacía, en todo lo que no se opusiera al sistema de gobierno, *Acta Constitutiva de la Federación*, Constitución general de 1824, la particular del Estado de Chihuahua, y a las leyes y decretos dados después de la publicación del Código Penal.

Durante el primer periodo federal (1824-1835), se garantizó constitucionalmente, en los arts. 143 a 156, la prohibición de imponer leyes con carácter retroactivo, así como la libertad de escribir, imprimir y publicar ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna,<sup>12</sup> aunque la libertad de imprenta se vio restringida por disposiciones del 14 de mayo de 1831 y del 23 de mayo de 1835, con las que se decretó que el agraviado por libelos infamatorios impresos podía elegir la acción por injurias o bien por abuso de la libertad de imprenta, previniéndose a los impresores que no admitieren responsivas de vagos, presos, indigentes ni de personas de domicilio y modo de vivir desconocidos, bajo pena de multa pecuniaria y de prisión de hasta un año y medio.<sup>13</sup> De igual manera, el 22

---

2010, págs. 79 y sigs.

<sup>10</sup> *Código penal presentado por las Cortes de España en 8 de junio de 1822, y mandado observar provisionalmente por el Congreso Constitucional del Estado de Chihuahua en 11 de agosto de 1827*, México, Imprenta á cargo de Mariano Arévalo, 1827. La descripción bibliográfica del mismo es la siguiente: Código penal/presentado por las cortes de españa/en 8 de junio de 1822;/y mandado observar provisionalmente/por el congreso constitucional/del estado/de chihuahua/en 11 de agosto de 1827/viñeta horizontal/mexico: 1827./Linea/Imprenta de Galvan á cargo de Mariano Arevalo/Calle de/Cadena núm 2. (En cuarto, 132 páginas).

<sup>11</sup> Tomás y Valiente, Francisco, *Manual de historia del derecho español*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1987, p. 497.

<sup>12</sup> Miguel S. Macedo, *Apuntes para la historia...*, *op. cit.*, pág. 223.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pág. 233.

de febrero de 1832 se hizo responsables a los reos de rebelión mancomunada y solidariamente con los bienes propios respecto de las cantidades que por sí o por sus jefes tomaran violentamente. Se garantizó también que la pena de infamia no pasaría del delincuente; la prohibición de la confiscación de bienes así como de las leyes retroactivas, entre otras.<sup>14</sup>

El 29 de octubre de 1835 se estableció que los responsables de robo u homicidio debían ser juzgados en toda la República por Consejo de Guerra ordinario. También se reglamentó la portación de armas y el uso de bebidas alcohólicas, se reprimieron la vagancia y la mendicidad y se intentó organizar la policía.<sup>15</sup>

En materia de prisiones se reglamentaron las cárceles de la ciudad de México en 1814, y se reformó su reglamento en 1820 y 1826. Se emitieron disposiciones sobre la materia el 24 de marzo de 1824, el 11 de abril y 6 de mayo de 1833.

Como puede observarse, durante el periodo que va de 1823 a 1857 el problema más importante en materia penal es el del derecho procesal, ya que la mayor parte de las disposiciones se referían a jurisdicción y a hacer más efectiva la represión de los delitos,<sup>16</sup> si bien la necesidad de un “código ilustrado criminal” se hizo patente por D. Juan José Espinoza de los Monteros, Secretario de Estado y del Despacho Universal de Justicia y Negocios Eclesiásticos en la Cámara de Diputados el 19 de enero de 1829<sup>17</sup> al señalar que habría de procurar que dicho código:

---

<sup>14</sup> José Ángel Ceniceros, “Historia del derecho penal mexicano”, en *La Justicia*, México, junio, t. XXXIV, núm. 566, 1977, p. 28.

<sup>15</sup> Miguel S. Macedo, *Apuntes...*, p. 251 y 258.

<sup>16</sup> José Ángel Ceniceros, “Historia...”, pp.28-29. Un panorama de la legislación aplicable en materia penal antes de la codificación en Rafael Roa Bárcena, *Manual Razonado de Práctica Criminal y Médico-Legal Forense Mexicana*, Segunda Edición, México, Eugenio Maillefert, Editor, 1869, págs. 11-15.

<sup>17</sup> *Memoria que en cumplimiento del Artículo 120 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos leyó el Secretario de Estado y del Despacho Universal de Justicia y Negocios Eclesiásticos en la Cámara de Diputados el día 19, y en la de Senadores el día 20 de enero de 1829, sobre los ramos del Ministerio de su cargo*, en José Luis Soberanes Fernández (Comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, págs. 54-55.

“consiga moigerar los pueblos del Distrito y Territorios, alejarlos de aquellas especies de delitos á que se entregan con mas frecuencia y repetición, redimirlos de las prolongadas dilaciones de los procesos y de las penas desiguales inconmensurables é inadoptables á los principios de nuestro sistema, en que abunda la ingesta antigua legislación que pasa por vigente... sería una superior conveniencia que se encomendase á una comisión de tres ó cuatro personas decorosamente indemnizadas preparar los trabajos, por ahora y como mas urgente del código criminal.”<sup>18</sup>

Siendo Presidente de la República Benito Juárez, ordenó en Veracruz que se nombrara una comisión para elaborar un *Proyecto de Código Penal*. La elaboración del código penal y de procedimientos se encargó en un inicio a D. Juan Antonio de la Fuente, sin éxito.<sup>19</sup> Mas adelante, el ministro de Justicia, Jesús Terán, formó, el 6 de octubre de 1862<sup>20</sup>, una comisión integrada por los licenciados Urbano Fonseca, José María Herrera y Zavala, Ezequiel Montes, Manuel Zamacona y Antonio Martínez de Castro. Tiempo después Carlos Ma. Saavedra sustityó a Ezequiel Montes. La comisión trabajó hasta 1863, y tuvo que interrumpir sus labores por la invasión francesa.

Durante el Segundo Imperio Mexicano, el emperador Maximiliano de Habsburgo nombró una comisión formada por Teodosio Lares, José Urbano Fonseca y Juan B. Herrera, para que redactaran un *Código Penal* y de *Procedimientos Penales*.<sup>21</sup> Los trabajos realizados no llegaron a la luz debido a

<sup>18</sup> *Idem.* Según se lee en la *Memoria que en cumplimiento del Artículo 120 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos leyó el Secretario de Estado y del Despacho Universal de Justicia y Negocios Eclesiásticos en la Cámara de Diputados el día 18, y en la de Senadores el día 22 de marzo de 1830, sobre los ramos del Ministerio de su cargo*, en José Luis Soberanes Fernández (Comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, pág. 74, se estableció “una junta de sujetos ilustrados y prácticos á quienes se encomendó este precioso, útil, delicado y afanoso trabajo” de la codificación.

<sup>19</sup> *Memoria que el Secretario de Estado y del Despacho de Justicia e Instrucción Pública presenta al Congreso de la Unión, en marzo de 1868*, en José Luis Soberanes Fernández (Comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, págs. 262-263.

<sup>20</sup> Véase *Proyecto de Código Penal para el Distrito y Territorio de la Baja-California sobre Delitos del Fuero Común; y para toda la República sobre Delitos contra la Federación*, México, Imprenta del Gobierno, En Palacio, 1871, pág. I.

<sup>21</sup> Sobre el tema véase Arilla Baz, Fernando, “Proyecto de Codificación Penal de

la caída del Imperio y restablecimiento de la República. Se dictaron igualmente disposiciones en materia penal y penitenciaria como las *Bases para la Organización y arreglo de las Cárceles* de 24 de diciembre de 1865<sup>22</sup>, la *Ley para la Organización del Ministerio Público* de 19 de diciembre de 1865,<sup>23</sup> y la *Ley para la concesión de indultos y amnistías* de 25 de diciembre de 1865.<sup>24</sup>

Mientras tanto, los *Códigos de Instrucción Criminal* y el *Código Penal* franceses de 1808 y 1810 respectivamente (cuya traducción al castellano, ordenada por Maximiliano, realizaron el general Manuel Zavala, el coronel José Ignacio Serrano y el teniente coronel Prudencio Mesquia), que también conformaron la comisión nombrada al efecto, se aplicaron en México.<sup>25</sup>

Una vez restablecida la República, Juárez por intermedio del ministro de Justicia, Ignacio Mariscal, mandó el 28 de septiembre de 1868, que se integrase y reorganizase la comisión redactora del futuro *Código Penal*, con objeto de continuar los trabajos que se habían interrumpido. Los nombramientos recayeron en las personas de Antonio Martínez de Castro como presidente, y Manuel Zamacona, José María Lafragua, Eulalio María Ortega como miembros de la misma y de Indalecio Sánchez Gavito, como secretario.<sup>26</sup>

---

Maximiliano de Habsburgo. Apuntes para la historia del Derecho Penal Mexicano”, *Criminalia*, México, Año XXII, Mayo, 1957, págs. 358-359.

<sup>22</sup> *Bases para la Organización y arreglo de las Cárceles* de 24 de diciembre de 1865, en *Boletín de las Leyes*, Núm. 10, Diciembre de 1865.

<sup>23</sup> Véase la *Ley para la Organización del Ministerio Público* de 19 de diciembre de 1865, en *Boletín de las Leyes*, Núm. 10, Diciembre de 1865.

<sup>24</sup> *Ley para la concesión de indultos y amnistías* de 25 de diciembre de 1865, en *Boletín de las Leyes*, Núm. 10, Diciembre de 1865.

<sup>25</sup> José de Jesús Ledesma Uribe, “Panorama del derecho mexicano en el siglo XIX”, en *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Universidad Iberoamericana, Departamento de Derecho, núm. 13, t. II, México, 1981, p. 644. Véase *Código Penal Francés, Traducido al castellano de Orden de S.M. el Emperador Maximiliano I, por el General graduado, coronel D. Manuel Zavala; coronel retirado, D. José Ignacio Serrano y el coronel graduado, teniente coronel D. Prudencio Mesquia, que compusieron la comisión nombrada al efecto*, México, Imprenta de A. Boix, a cargo de M. Zornoza, 1866.

<sup>26</sup> Celestino Porte Petit Candaudap, *Apuntamientos de la parte general de derecho penal I*, 20a. ed., Ed. Porrúa, México, 1989, p. 43-46.

En la *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos* de 1857 los arts. 13 a 24 establecieron una serie de garantías que interesaban a la materia penal, referidas a que nadie podía ser juzgado por leyes privativas ni tribunales especiales; supresión de fueros, con excepción del de guerra; prohibición de leyes retroactivas; prohibición de ser juzgado por leyes posteriores al hecho delictivo; aplicación exacta de la ley; prohibición de ser aprehendido por autoridades que no fueran las competentes; prisión únicamente por delitos que merecieran pena corporal; hacer saber al reo el motivo del procedimiento; etcétera.

Para el mes de noviembre de 1869 estaba ya concluido el libro primero del Código Penal y había sido enviado a la Cámara de Diputados para su examen, ya que “de las reformas ó modificaciones que á dicho libro se hagan, depende la continuación de los trabajos de la parte que falta del proyecto...”<sup>27</sup> El Libro segundo se concluyó en Diciembre. Según Medina y Ormaechea, dos años y cinco meses empleó la Comisión en formar el proyecto de código.<sup>28</sup> Las fuentes del Código Penal fueron a decir del propio Martínez de Castro, los códigos penales de Francia<sup>29</sup>, de Bélgica de 1867, el Proyecto de Código de Portugal de 1864, el Código Penal Portugués de 1852, el Código de la Luisiana, el Código de Baviera de 1813, el de Prusia de 1851, el Código Penal Español<sup>30</sup>, la *Novísima Recopilación* de 1805, el Código Civil de Veracruz, el Civil Español, las ideas de Mittermaier (en su artículo sobre el duelo, inserto bajo el número XVIII de la obra *Revue*

<sup>27</sup> *Memoria que el Secretario de Estado y del Despacho de Justicia e Instrucción Pública presenta al Congreso de la Unión, en marzo de 1868*, en José Luis Soberanes Fernández (Comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, pág. 280.

<sup>28</sup> Antonio A. Medina y Ormaechea, *Código Penal Mexicano. Sus motivos, concordancias y leyes complementarias*, México, Imprenta del Gobierno, 1880, tomo I, pág. V.

<sup>29</sup> Sobre su influencia en México véase Cruz Barney, Oscar, “The Mexican codification of criminal law. Its foreign influences”, en Masferrer Domingo, Aniceto (Ed.), *The Western Codification of Criminal Law*, USA, Springer, 2018.

<sup>30</sup> Véase sobre esta fuente en particular el trabajo de Emilia Iñesta Pastor, “La proyección hispanoamericana del Código Penal español de 1848”, en González Vale, Luis E. (Coord.), *Actas de Derecho Indiano. XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del derecho Indiano*, San Juan, Asamblea Legislativa de Puerto Rico, Historiador Oficial de Puerto Rico, 2003, tomo II. Asimismo Iñesta Pastor, Emilia, *El Código Penal Español de 1848*, Alicante, Universidad de Alicante, Tirant Lo Blanch, 2011.

*des revues de droits*, 1838), Renazzi (*Elementa iuris criminalis*), Julio Claro (*Praxis*), Ortolan, Rossi, Chaveau y Hélie, Bentham, Laboulaye, Tocqueville y Beaumont, Leon Vidal, Boneville, Merlin, y Sourdat.<sup>31</sup>

En marzo de 1871 se dio a la imprenta el *Proyecto de Código Penal para el Distrito y Territorio de la Baja-California sobre Delitos del Fuero Común; y para toda la República sobre Delitos contra la Federación* (México, Imprenta del Gobierno, En Palacio, 1871)<sup>32</sup> y el 7 de diciembre de 1871 se promulgó el *Código Penal para el Distrito Federal y territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común, y para toda la República sobre delitos contra la Federación*,<sup>33</sup> e inició su publicación en el Diario Oficial el 14 de diciembre siguiente y fue remitido a los gobernadores de los Estados de la República para su posible adopción.<sup>34</sup>

El Código, en virtud de su artículo transitorio, empezó a regir el 1o. de abril de 1872. Se le conoce como *Código Martínez de Castro*, por haber sido él uno de los más destacados integrantes de la comisión redactora del *Código*. Se componía de 1152 artículos divididos en cuatro libros y, éstos a su vez, en títulos. Al final llevaba añadida una *Ley Transitoria* sobre procedimiento penal en 28 artículos. En su momento se dieron discusiones sobre la conveniencia de que en ciertos delitos el Código rigiese en toda la República.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> Véase Antonio Martínez de Castro, *Exposición de motivos del Código Penal vigente en el Distrito Federal y Territorio de la Baja California dirigida al Supremo Gobierno por el Ciudadano Antonio Martínez de Castro, Presidente de la Comisión encarada de formar el Código expresado*, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1876, págs. 3-66.

<sup>32</sup> Las Actas de la comisión se publicaron facsimilarmente. Véase *Actas de la comisión del Código Penal de 1871*. Reproducción del ejemplar de la biblioteca privada del Lic. Indalecio Sánchez Gavito, México, s/f.

<sup>33</sup> *Código Penal para el Distrito Federal y territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común, y para toda la República sobre delitos contra la Federación*, Imprenta del Gobierno, en Palacio, México, 1871.

<sup>34</sup> “Hechos Diversos”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, Tomo III, Núm. 125, Viernes 27 de noviembre de 1874, pág. 499.

<sup>35</sup> Véase “Hechos Diversos”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, Tomo III, Núm. 126, Sábado 28 de noviembre de 1874, págs. 503-504. Para el caso de Nuevo León véase “Responsabilidad Criminal por detención arbitraria ¿Con arreglo a qué ley debe castigarse?—¿Está vigente para esa clase de delitos el Código Penal, en toda la República?”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, Tomo III, Núm. 126, Sábado 28 de noviembre de 1874, págs. 501-502.



Según José Diego Fernández, la obra de Martínez de Castro “considerada en sus ideas capitales, encierra los progresos de la ciencia, la idea constante de regenerar á la sociedad y al delincuente; á éste con el castigo, á aquella con el ejemplo...”<sup>36</sup>

Este *Código* sufrió reformas en 1884 en materia de robo, lesiones, homicidio, adulterio, y otros.<sup>37</sup>

En materia procesal, bajo el gobierno de D. Ignacio Commonfort se encargó a D. Mariano Contreras determinar si debía establecerse o no un jurado en materia criminal para entonces proceder a la elaboración de un Código de Procedimientos Criminales, sin éxito.<sup>38</sup>

El 4 de febrero de 1871 el Ejecutivo nombró una comisión compuesta por Manuel Dublán, Manuel Ortiz de Montellano y Luis Méndez para que formasen un proyecto de *Código de Procedimientos Penales*, con base en el *Código Penal*. A esa comisión se integraron posteriormente José Linares, Manuel Siliceo y, como secretario, Pablo Macedo.<sup>39</sup> La comisión inició sus trabajos y el 18 de diciembre de 1872 presentó a la Secretaría de Justicia un proyecto para su revisión.<sup>40</sup> Ésta se llevó a cabo en casa del oficial mayor de

<sup>36</sup> José Diego Fernández, “Estudio sobre el Código Penal”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, Tomo VI, Núm. 50, Jueves 16 de marzo de 1876, pág. 197.

<sup>37</sup> *Decreto que reforma los arts. 46, 199, 376, 380, 407, 527, 528, 552, 553, 816, 819 y 912 del Código Penal para el Distrito Federal y territorio de la Baja California*, Imprenta de Francisco Díaz de León, México, 1884.

<sup>38</sup> *Memoria que el Secretario de Estado y del Despacho de Justicia e Instrucción Pública presenta al Congreso de la Unión, en marzo de 1868*, en José Luis Soberanes Fernández (Comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, pág. 267.

<sup>39</sup> *Memoria que el encargado de la Secretaría de Justicia e Instrucción Pública presenta al Congreso de la Unión en 15 de septiembre de 1873*, en José Luis Soberanes Fernández (Comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, pág. 307. Asimismo *Memoria que el Secretario de Justicia e Instrucción Pública presenta al Congreso de la Unión y Comprende del 1 de enero de 1878 al 15 de septiembre de 1881*, en José Luis Soberanes Fernández (Comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, pág. 347. También Mariscal, Ignacio, *Ministerio de Justicia e Instrucción Pública*, México, septiembre, 1880, s/e, pág. 2.

<sup>40</sup> Sobre las críticas al Proyecto véase Pablo Macedo, “Apuntes sobre el Código de Procedimientos Criminales”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, Méxi-

la Secretaría, José Díaz Covarrubias. Luego, el proyecto fue revisado por el secretario de Justicia, Protasio Tagle, y modificado de acuerdo con sus observaciones por Manuel Dublán y Pablo Macedo. El proyecto así modificado se imprimió para su conocimiento y opinión en 1873.<sup>41</sup> El proyecto generó diversas discusiones y propuestas, así, el 12 de mayo de 1874 se presentó una propuesta al Ejecutivo, elaborada por la Suprema Corte de Justicia sobre modificaciones al *Proyecto de Código de Procedimientos Criminales*. La propuesta incluía modificaciones a los artículos 7, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 44, 45, 47, 48, 49, 52, 53, 56, 57, 58, 59, 61, 64, 66-68, 70, 73, 79, 86-89, 91, 92, 102, 118 y 125. Se sugiere además suprimir los artículos 96 al 101 y 104 a 116.<sup>42</sup> La comisión encargada de formar el Código inició la revisión del proyecto en mayo de 1875 con base en las observaciones hechas al mismo.<sup>43</sup> En septiembre de 1878 la Secretaría de Justicia seguía trabajando en el proyecto.<sup>44</sup>

Más adelante, en 1879 se publicó el *Proyecto de Código de Procedimientos Penales*<sup>45</sup>, y siendo secretario de Justicia en 1880 D. Ignacio Mariscal, se retomaron las labores sobre el mismo, de nuevo con la intervención de Dublán y Macedo, así como de D. Emilio Monroy, entonces Promotor Fiscal

---

co, Tomo II, Núm. 97, Domingo 3 de mayo de 1874.

<sup>41</sup> Véase *Proyecto de Código de Procedimientos Criminales para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California, formado por encargo del Supremo Gobierno, por los licenciados Manuel Dublán, José Linares, Luis Méndez y M. Siliceo*, México, Imprenta del Gobierno, en Palacio, 1873.

<sup>42</sup> Véase Suprema Corte de Justicia, “El Código de Procedimientos Criminales”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, Tomo III, Núm. 78, Viernes 2 de octubre de 1874, págs. 310-311; “El Código de Procedimientos Criminales”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, Tomo III, Núm. 80, Domingo 4 de octubre de 1874, pág. 319, y “El Código de Procedimientos Criminales”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, Tomo III, Núm. 81, Martes 6 de octubre de 1874, pág. 322.

<sup>43</sup> “Hechos Diversos”, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, Tomo IV, Núm. 90, Miércoles 19 de mayo de 1875, pág.359.

<sup>44</sup> *Código de Procedimientos Criminales*, *El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación*, México, Tomo IV, 2ª Época, Núm. 62, Jueves 26 de septiembre de 1878, p. 243.

<sup>45</sup> *Proyecto de Código de Procedimientos Penales*, México, Imprenta del Gobierno, en Palacio, 1879.

y de la 3a Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.<sup>46</sup> Se renovó la autorización que desde el 7 de diciembre de 1871 tenía el Poder Ejecutivo para la promulgación del *Código Procesal*, mediante una nueva del 1o. de junio de 1880. Finalmente, el *Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y Territorio de la Baja California* se promulgó el 15 de septiembre de 1880, y entró en vigor el 1o. de noviembre de ese año. Descrito como “monumento de orgullo nacional por lo avanzado de sus principios, la bondad de su método y su dicción clara y correcta”<sup>47</sup>, mismo que estableció en el examen de la prueba y en cuanto al juicio tres importantes condiciones: “la contradicción, la oralidad y la publicidad ...armonizando la tutela jurídica del Estado con la libertad individual, garantiza al mismo tiempo como consecuencia lógica é inevitable el interés social y los derechos del inculpaado”.<sup>48</sup> El Código estaba dividido en cuatro libros, éstos en títulos y en 687 artículos, ocho de los cuales eran transitorios. Dentro de las reformas que este *Código* introduce destacan el establecimiento preciso de las reglas para la sustanciación de los procesos penales; el señalamiento de qué autoridades y en qué circunstancias se pueden imponer restricciones a la libertad: la regulación de las visitas domiciliarias; la libertad provisional; el mejoramiento de la institución del jurado, los recursos, etc.<sup>49</sup> Sobre el jurado destaca la *Ley de Jurados* del 24 de junio de 1891.

El *Código de Procedimientos Penales* de 1880 fue derogado por el *Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales* del 6 de julio de 1894.<sup>50</sup> En su elaboración participaron Rafael Rebollar, F. G. Puente, Pedro Mi-

<sup>46</sup> Mariscal, Ignacio, *Ministerio de Justicia e Instrucción Pública*, México, septiembre, 1880, s/e., pág. 2.

<sup>47</sup> *Memoria que en cumplimiento del precepto constitucional presenta al Congreso de la Unión en C. Lic. Joaquín Baranda Secretario de Estado y del despacho de Justicia e Instrucción Pública, 31 de marzo de 1887*, en José Luis Soberanes Fernández (Comp.), *Memorias de la Secretaría de Justicia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, pág.379.

<sup>48</sup> Véase Ricardo Rodríguez, *El procedimiento penal en México, Primera Parte Legislación Comparada*, México, Oficina Tip. de la Secretaría de Fomento, 1898, pág. 13.

<sup>49</sup> Véase la exposición de motivos hecha por Ignacio Mariscal al *Código de Procedimientos Penales*, Imprenta del Comercio, de Dublán y Compañía, México, 1880, p. 1-13.

<sup>50</sup> *Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales*, Edición del Boletín Judicial, Imprenta y litografía, México, 1894.

randa y J. Agustín Borges como secretario. El Secretario de Justicia, Joaquín Baranda lo encargó. Sus fuentes fueron las leyes procesales y códigos de Francia, España, Italia, Bélgica, Portugal, Alemania y Japón, así como las obras de Pacheco, Robles Pozo, H. Marcy, Faustin Hélié, J. Bollié, G. Timmermans, E. Roguin y otros.<sup>51</sup>

El 2 de octubre de 1929 se expidió el *Código de organización, de competencia y de procedimientos en materia penal, para el Distrito Federal y Territorios*, fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del lunes 7 de octubre y entró en vigor el 15 de diciembre; sustituyó el anterior, de 6 de julio de 1894. Está compuesto por 726 artículos distribuidos en ocho títulos y éstos a su vez, en capítulos, más 13 artículos transitorios.<sup>52</sup>

En materia federal se publicó el *Código Federal de Procedimientos Penales*<sup>53</sup> del 16 de diciembre de 1908, que entró en vigor el 5 de febrero de 1909; estaba dividido en siete títulos, éstos en capítulos y 489 artículos, cuatro transitorios.

La revisión del *Código Penal* de 1871 se inició en 1903, y duró hasta 1912. La hizo Miguel S. Macedo, Pimentel y Olivera Toro quienes buscaron incorporar las nuevas doctrinas que pudieran beneficiar y ajustarse a la situación social, como la condena condicional, la protección de la propiedad de la energía eléctrica, la reclusión preventiva de alcohólicos, así como eliminar las oscuridades, imperfecciones e incoherencias del texto. Los resultados de esta tarea revisora no pudieron verse reflejados en el *Código* de manera inmediata, debido al estallido de la revolución.

El *Proyecto de Reformas al Código Penal de 1871* se publicó en 1914 en donde se señalaron los cambios propuestos.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> *Exposición de Motivos con que fue presentado a la Secretaría de Justicia el proyecto de reformas al Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales*, Edición del Boletín Judicial, Imprenta y litografía, México, 1894, pp. V y XLVII.

<sup>52</sup> *Código de organización, de competencia y de procedimientos en materia penal, para el Distrito Federal y Territorios* del 2 de octubre de 1929, en *Diario Oficial de la Federación*, lunes 7 de octubre de 1929.

<sup>53</sup> *Código Federal de Procedimientos Penales*, Edición Oficial, Imprenta de Antonio Enriquez, México, 1908.

<sup>54</sup> Véase Secretaría de Justicia, Comisión Revisora del Código Penal, *Trabajos de Revisión del Código Penal, Proyecto de Reformas y Exposición de Motivos*, México, Tip. de la

Publicado en octubre y vigente a partir del 15 de diciembre 1929 entró en vigor un nuevo *Código Penal*,<sup>55</sup> obra de José Almaráz Harris, que sustituyó al anterior de 1871. La obra estaba dividida en tres libros, estos a su vez en títulos y en artículos (un total de 1 228 más cinco transitorios). Fue un texto ampliamente criticado por su complejidad y extensión, calificado de *disparatadísimo y voluminoso*, “que da la sensación,... de estar escrito para otro planeta,”<sup>56</sup> lo que motivó la revisión del mismo y finalmente la elaboración de uno nuevo.<sup>57</sup>

Los trabajos para preparar el nuevo código que sustituyó al de 1929 los llevó a cabo una comisión integrada por Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido, Ernesto G. Garza, José Ángel Cenicerros, José López Lira y Carlos Ángeles. Fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 1931 y entró en vigor el 17 de septiembre de ese mismo año.<sup>58</sup> A éste se le añadió un *Código de procedimientos penales*, del mismo año.

El *Código* de 1931 sufrió diversas modificaciones, entre otras, en las siguientes materias: *Condena condicional; Delincuencia de menores; Vagos y malvivientes; Juegos prohibidos; Hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro y violación; Rapto; Golpes y otras violencias físicas simples; Injurias y difamación; Delitos cometidos por comerciantes sujetos a concurso y delitos electorales y en materia de Registro Nacional de Ciudadanos.*

El *Código Penal* de 1931 se abrogó en el año 2002 por un nuevo *Código Penal* que consta de dos Libros, 32 Títulos, 147 Capítulos y 365 Artículos.

---

Oficina Impresora de Estampillas, Palacio nacional, 1914, Tomo IV.

<sup>55</sup> *Código Penal para el Distrito y Territorios Federales*, Edición Oficial, Secretaría de Gobernación, Talleres Gráficos de la Nación, México, 1929.

<sup>56</sup> Véase Jiménez de Asúa, según cita de Celestino Porte Petit Candaudap, *Evolución legislativa...*, p. 35.

<sup>57</sup> Uno de los principales críticos fue precisamente José Ángel Cenicerros, cuyos artículos periodísticos fueron publicados en su obra *El nuevo Código Penal de 13 de agosto de 1931 en relación con los de 7 de diciembre de 1871 y 15 de diciembre de 1929*, Talleres Gráficos de la Nación, México, 1931. Véase la nota introductoria al mismo hecha por Octavio Mendoza González.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 36-37. Véase *Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal*, 13 de agosto de 1931, en *La Legislación Mexicana*, México, La Legislación Mexicana, Sociedad Editora, Agosto de 1931, Publicación mensual autorizada por la Secretaría de Gobernación, 1931.

El nuevo Código, aprobado en junio y promulgado el 11 de julio de 2002 entró en vigor en octubre de ese año.<sup>59</sup> Se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 16 de julio de 2002.

## II. LA OBRA DE ENRICO FERRI

Nacido en Mantua, Lombardía el 25 de febrero de 1856 (fallece el 12 de abril de 1929) fue estudiante de Cesare Lombroso, calificado como el más fiel de sus discípulos<sup>60</sup>, trabajó como asistente y luego como profesor de derecho penal.<sup>61</sup> Enrico Ferri investigó los factores sociales y económicos que motivaban la comisión de actos criminales. Obtuvo su doctorado en la Universidad de Bolonia en 1878, con la elaboración de una tesis intitulada *Teoría de la Imputabilidad y Negación del Libre Albedrío*, “donde asegura que el delincuente no actúa por libre albedrío y no está obligado moralmente a su propio comportamiento pero si es imputable legalmente y debe responder a la sociedad”<sup>62</sup>. Posteriormente se trasladó a Pisa, donde fue alumno de Francisco Carrara.

Ferri fue uno de los fundadores de la escuela positivista y pugno por que Italia tuviese un Código Penal de corte positivista. Influyó de manera notable a una nueva forma de ver el delito.<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup> Véase *Nuevo Código Penal*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003. Los antecedentes relativos a la formulación del nuevo Código Penal se incluyen a páginas XXVIII y XXIX de la edición citada.

<sup>60</sup> Narváez Hernández, José Ramón, “Bajo el signo de Caín. El ser atávico y la criminología positiva en México”, en *Anuario mexicano de historia del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, núm. XVII, 2005, pág. 311.

<sup>61</sup> Véase Bouzat, Pierre, “Le Centenaire d’Enrico Ferri. L’ouvre du maître. Son actualité”, en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, No. 1, Janvier-Mars, 1957; Pizzotti Mendes, Nelson, “Ferri: Pioneiro do ensino da criminologia”, en *JUSTITIA*, Sao Paulo, Brasil, Año XXXVIII, Vol. 94, 1976; Sabatini, Guglielmo “Enrico Ferri a los Diez años de su muerte”, en *CRIMINALIA*, México, Año VI, No. 4, Diciembre, 1939; Sellin, Thorsten, “Enrico Ferri, vanguardista de la Criminología”, en *CRIMINALIA*, México, Año XXVII, No. 2, Febrero, 1961, entre otros.

<sup>62</sup> Narváez Hernández, José Ramón, *op. cit.*, pág.311.

<sup>63</sup> Carrera Domínguez, José G., “Presentación”, en Ferri, Enrico, *Sociología criminal*,

En 1921 se presentó un proyecto realizado por una comisión presidida por el mismo Ferri, aunque la situación política dificultó la aprobación del proyecto, el partido fascista llegó al poder y se formó una nueva comisión de la que también formó parte Ferri. El nuevo código fue aprobado en 1930.

Ferri plantea la idea de la sociología criminal y en 1891 funda la revista *Scuola positiva*. Visitó América Latina como conferencista en 1908 y en 1910.<sup>64</sup> Funda en la Universidad de Roma la *Scuola d'applicazione giuridico-criminale*.<sup>65</sup>

La obra de Enrico Ferri es amplia y con presencia en las bibliotecas mexicanas, sobre todo en sus versiones traducidas al español, podemos señalar:

*Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal*, Versión castellana de Isidro Perez Oliva, Segunda edición corregida y aumentada, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1887.

*La Sociologie criminelle*, Traduction de l'auteur sur la 3. éd. Italienne, Paris, Rousseau, 1893.

*Sociología criminal*, Prólogo de Primitivo González del Alba, versión española por Antonio Soto y Hernández, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1907, 2 volúmenes. De esta obra se hizo una edición por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en 2004, que es la siguiente:

*Sociología criminal*, Con un prólogo de Primitivo González del Alba, Versión española por Antonio Soto y Hernández, México, D.F., Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, impresión de 2004, 2 volúmenes.

*Proyecto Preliminar de Código Penal para Italia*, Traducción y estudio de Cristiano Jiménez Escribano, epílogo de Quintiliano Saldaña, Madrid, España, Centro Editorial de Góngora, 1925.

---

Prólogo de Primitivo González del Alba, versión española por Antonio Soto y Hernández, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1907, edición facsímil, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2004, 2 volúmenes, pág. VI.

<sup>64</sup> Véase Massardo, Jaime, "Enrico Ferri en Chile", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Valparaiso, Chile, No. 26, 2008.

<sup>65</sup> Narváz Hernández, José Ramón, *op. cit.*, pág.311.

*El homicida en la psicología y en la psicopatología criminal*, Traductores J. Masaveu y R. Rivero de Aguilar, estudio sobre el autor y notas por Jaime Masaveu, prólogo de Eugenio Florian, Madrid, Reus, 1930.

*Principios de derecho criminal : delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia*; traducción por José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Reus, 1933.

### III. LA INFLUENCIA DE ENRICO FERRI EN EL CÓDIGO PENAL DE 1929

José Almaraz Harris publicó en 1938 un artículo en la revista *Criminalia* dedicado a Enrico Ferri y defendiéndose de las críticas recibidas por parte de Francisco González de la Vega. Lo tituló sarcásticamente “La Increíble Ignorancia de Enrico Ferri”.<sup>66</sup> En él, Almaraz sostiene que la Comisión Redactora del Código de 1929 tuvo presentes las palabras de Enrico Ferri, en especial en la eliminación de la distinción tradicional entre imputables responsables e irresponsables y cita a Ferri en su obra *Relazione sul progetto preliminare di codice penale italiano*, en «La Scuola positiva», n.s., 1 (1921). Asimismo señaló Almaraz que “El único modelo de Proyecto de Código penal informado en la doctrina positivista era el de Ferri” y a continuación transcribe los artículos 18 y 19 del mismo.<sup>67</sup>

Al artículo de José Almaraz responde en el mismo número otro penalista reconocido: Francisco González de la Vega con el texto “No! Almaraz no es Enrico Ferri”.<sup>68</sup> Califica a Almaraz de hipersensible respecto a cualquier crítica a la codificación de 1929 y sostiene: “no es posible confundir la personal tarea legislativa de José Almaraz con el pensamiento genial del desaparecido maestro italiano...” y considera que no se reencarna nítidamente el pensamiento de Ferri en el Código, ni que en Ferri se condensen las doctrinas del positivismo italiano.”<sup>69</sup>

<sup>66</sup> Almaraz Harris, José, “La Increíble Ignorancia de Enrico Ferri”, *CRIMINALIA*, México, Año IV, No. 8, Abril, 1938.

<sup>67</sup> *Ibidem*, págs. 452-453.

<sup>68</sup> González de la Vega, Francisco, “No! Almaraz no es Enrico Ferri” en *CRIMINALIA*, México, Año IV, No. 8, Abril, 1938.

<sup>69</sup> *Ibidem*, págs. 454 y 458



La escuela positiva del derecho penal se estudió en México y se publicaron, en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* y en *El Foro* diversos textos relativos a la misma y sus conceptos fundamentales. Autores como José Antonio González Lanuza<sup>70</sup>, José Ingenieros<sup>71</sup>, Alejandro Groizard<sup>72</sup> y Carlos Díaz Infante.<sup>73</sup> En ellos se hace referencia a la idea del *Tipo Criminal* planteada por César Lombroso y a la obra de Enrico Ferri y su idea de la insensibilidad moral y la imprevisión<sup>74</sup>, si bien con críticas severas a las ideas de Lombroso.<sup>75</sup>

Se analizaron en la literatura jurídica mexicana las distinciones planteada por Ferri entre los criminales que presentan una evidente y clínica enajenación mental y los criminales habituales no enajenados y los criminales de ocasión. Se habla de las cinco categorías de criminales planteadas por Ferri: criminales *locos*, criminales *natos*, criminales por *costumbre adquirida*, criminales de *ocasión* y criminales por *pasión*.<sup>76</sup> Se abordó asimismo la idea de la temibilidad del delincuente y su determinación según Ferri en su obra *La scuola positiva di Diritto Criminale* (que debía ser por los caracteres positivos,

<sup>70</sup> González Lanuza, José Antonio, “A propósito de Lombroso y del tipo criminal”, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, México, Imprenta del Gobierno Federal, número XXXI, julio a diciembre, 1906.

<sup>71</sup> Ingenieros, José, “Nueva clasificación de los delincuentes según la Escuela Psico-patológica”, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, México, Imprenta del Gobierno Federal, número XXXI, julio a diciembre, 1906.

<sup>72</sup> Tomado de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* de Madrid, se publica en México el trabajo de Groizard: “El positivismo en el derecho penal”, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, México, Imprenta del Gobierno Federal, número XXX, enero a junio, 1906.

<sup>73</sup> Véase Díaz Infante, Carlos, “La Escuela Positiva de Derecho Penal (Exposición sumaria de sus doctrinas)”, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, México, Eduardo Dublán, Impresos, julio a diciembre, 1895 y Díaz Infante, Carlos, “La Escuela Positiva de Derecho Penal (Exposición sumaria de sus doctrinas)”, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, México, Imprenta del Gobierno Federal en el Ex Arzobispado, enero a junio, 1896.

<sup>74</sup> Díaz Infante, Carlos, “La Escuela Positiva de Derecho Penal (Exposición sumaria de sus doctrinas)”, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, México, Imprenta del Gobierno Federal en el Ex Arzobispado, enero a junio, 1896, pág. 288.

<sup>75</sup> *Ibidem*, pág. 291.

<sup>76</sup> Díaz Infante, Carlos, “El Tipo Criminal”, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, México, Imprenta del Gobierno Federal en el Ex Arzobispado, julio a diciembre, 1898, pág. 214.

tanto del acto en sí consumado por el delincuente, cuanto por la categoría antropológica a que cada justiciable pertenezca).<sup>77</sup>

González Lanuza al tratar de la idea del Tipo Criminal de Lombroso se refiere a Enrico Ferri como “uno de los más fieles adeptos a las doctrinas de Lombroso”, citando la tercera edición de su *Sociología Criminal*. Utiliza la idea de Ferri en el sentido de que el tipo criminal antropológico resulta de un conjunto de caracteres orgánicos, pero que entre estos los decisivos son verdaderamente las líneas y la expresión de la fisonomía.<sup>78</sup>

## 1. ENRICO FERRI EN EL CÓDIGO PENAL DE 1929

El *Código Penal para el Distrito y Territorios Federales* fue publicado en octubre de 1929 y vigente a partir del 15 de diciembre de ese mismo año. Uno de los documentos que permite analizar y conocer los fundamentos en los que se apoyaron los redactores para elaborar la legislación referida es la *Exposición de motivos del código penal*.<sup>79</sup> Este texto, elaborado por José Almaraz por encargo del Ejecutivo Federal, se publicó en 1931, un par de años después de concluido el proceso de codificación y superado el momento de mayor crisis en virtud de las críticas a la obra legislativa. Se trata de un texto enfocado claramente a la defensa del Código y sus contenidos, lo que se hace evidente con el anexo de citas que reflejan los elogios internacionales recibidos. El propio Almaraz señala “Como en algunos escritos se llegó a asegurar que muchas de las innovaciones del actual Código Penal eran inaceptables por ser ilusiones e inventos exclusivamente míos, tuve que rehacer los trabajos... a fin de transcribir íntegramente párrafos de conocidos especialistas que sirvieran de fundamento a las reformas adoptadas y explicaran el modo de ver de las Comisiones Revisoras.”<sup>80</sup> La idea

<sup>77</sup> Groizard, Alejandro, “El positivismo en el derecho penal”, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, México, Imprenta del Gobierno Federal, enero a junio, 1906, pág. 63.

<sup>78</sup> González Lanuza, José Antonio, *op. cit.*, pág. 21.

<sup>79</sup> Almaraz, José, *Exposición de motivos del Código Penal promulgado el 15 de diciembre de 1929 (Parte General)*, s.p.l., México, MCMXXXI.

<sup>80</sup> Almaraz, José, *Exposición de motivos del Código Penal promulgado el 15 de diciembre de 1929*

del autor del Código fue que se adoptasen en México principios científicos y racionales para el combate a la delincuencia, de acuerdo a las nuevas tendencias penales. Destaca que el Presidente de la República resolvió “se estudiara y redactara un Código de transición basado en los principios de la Escuela positiva, pero limitando sus procedimientos con las prescripciones constitucionales.”<sup>81</sup>

La Comisión Revisora del Código Penal se integró por los licenciados Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedrueza y Castañeda, quien renunció para ocupar otro cargo y el Gobierno nombró una nueva Comisión integrada por los licenciados Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedrueza, Enrique C. Gudiño, Manuel Ramos Estrada y José Almaraz Harris. En su momento el anteproyecto se remitió a los abogados de la Barra Mexicana, del Tribunal Superior de Justicia, a Defensores y Agentes del Ministerio Público, al Departamento de Salubridad y a la Sociedad Médica Mexicana. La Comisión aceptó muchas de las observaciones que se le remitieron.

Almaraz hace referencia a la Escuela Clásica y sostiene que ella estudió al delito como una abstracción y olvida al delincuente, preocupándole solamente el delito cometido. Considera que dicha escuela “persigue el imposible de una igualdad matemática, absoluta entre la pena y el delito y, devolviendo mal por mal, da a la pena el carácter de venganza...”<sup>82</sup> Afirma, contundente, que la Comisión acordó presentar un Proyecto fundado en la Escuela positiva. Esta Escuela basa el jus puniendi en la reacción del grupo social que se defiende (hecho material) y considera el delito como un producto natural que no nace del libre albedrío, sino de factores físicos, antropológicos y sociales.” Destaca que la Escuela positiva rechaza los fundamentos apriorísticos de los clásicos y aplica a la ciencia penal un nuevo método: el de experimentación y observación.”<sup>83</sup>

---

(*Parte General*), s.p.l., México, MCMXXXI, pág. 9.

<sup>81</sup> *Ibidem*, pág. 24.

<sup>82</sup> *Ibidem*, pág. 14.

<sup>83</sup> *Ibidem*, pág. 18.

Considera Almaraz que la pena debe ser una defensa o protección de la sociedad contra los individuos peligrosos. Se impone, señala Almaraz, “sustituir el concepto de responsabilidad moral –que determina los límites de imputabilidad penal- por el de *responsabilidad social*...” y explica que la responsabilidad social se expresa diciendo que “todo individuo que cometa un acto prohibido por la ley penal, responderá del mismo ante la justicia, cualquiera que sea su estado psico-fisiológico.”<sup>84</sup> “En consecuencia, el Proyecto habla exclusivamente de sanciones y deja la palabra pena como vocablo propio de las escuelas basadas en la responsabilidad moral.”<sup>85</sup>

Con base en las referencias a Ferri encontradas en la *Exposición de motivos*, podemos sostener que la influencia de Enrico Ferri en el código de 1929 puede identificarse a través de dos vías; la primera, directa, tendría sustento en la obra misma de Ferri y que Almaraz citó de manera expresa a lo largo de la *Exposición de motivos*; y la segunda, indirecta, estaría enfocada en obras cuyos autores aludieron a tesis desarrolladas por Ferri para elaborar y sostener sus propias reflexiones.

### 1.1 LA INFLUENCIA DIRECTA DE ENRICO FERRI

Respecto a la primera de las vías, que apunta a una influencia directa de la obra de Ferri (fundamentalmente de su *Sociología Criminal* y de su *Proyecto Preliminar de Código Penal para Italia*). El propio Almaraz señala que los Códigos y Proyectos más modernos como son los de Italia, Argentina, Cuba y Rusia se orientan ya en la dirección positiva.

Cabe destacar que José Almaráz acudió a la obra *Sociología criminal* de Enrico Ferri sin precisar la edición. Podemos encontrar referencias a la obra de Ferri y a su pensamiento en los siguientes temas:

- La Responsabilidad Social y la Temibilidad del delincuente.*
- La Tentativa en los delitos.*
- Tratamiento a los enfermos mentales.*

---

<sup>84</sup> *Idem.*

<sup>85</sup> *Ibidem*, pág. 19.

*-Atenuantes y agravantes.*

*-Ejecución de las Sentencias y defectos de la justicia penal.*

### 1.1.1. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL Y LA TEMIBILIDAD DEL DELINCUENTE

En la página 34 de la *Exposición de motivos*, Almaraz cita el texto de Ferri y señaló que: «Ferri y otros, basan la responsabilidad penal en la *responsabilidad social*, en el *carácter antisocial* del acto y en la *temibilidad del delincuente*» (énfasis en el original). De hecho la Comisión Redactora del Código Penal de 1929 “con la mirada fija en el Derecho Penal del porvenir” (dicen sus críticos) quiso sentar como base del sistema sancionador la temibilidad o peligrosidad del delincuente<sup>86</sup>, y remiten a la doctrina de Garófalo, Ferri y Florian.<sup>87</sup> Así el texto del artículo 32 del Código Penal de 1929:

*Artículo 32.- A todo individuo que se encuentre en estado peligroso, se le aplicará una de las sanciones establecidas en este Código para la defensa social.*

*Se considerará en estado peligroso: a todo aquel que sin justificación legal cometa un acto de los conminados con una sanción en el Libro Tercero, aún cuando haya sido ejecutado por imprudencia y no consciente o deliberadamente.*

Por otra parte, el *Proyecto Preliminar de Código Penal para Italia* de Enrico Ferri señala en su artículo 20:

*Dentro de los límites fijados por la ley, la sanción será aplicada al delincuente según su estado de peligro.*

*El grado de dicho estado de peligro será determinado teniendo en cuenta: la gravedad y modalidad del hecho delictivo, los motivos determinantes y la personalidad del delincuente.*

El Artículo 60 del Código Penal de 1929 considera dentro de las circunstancias agravantes de primera clase:

<sup>86</sup> Ceniceros, José Angel, *El Nuevo Código Penal de 13 de agosto de 1931 en relación con los de 7 de diciembre de 1871 y 15 de diciembre de 1929*, Talleres Gráficos de la Nación, 1931, pág. 17.

<sup>87</sup> Almaraz, José, *Exposición...*, *op. cit.*, pág. 50.

*VII.- Haber sido de malas costumbres, demostradas por la vida anterior viciosa o desarreglada, sea personal, familiar o social;*

El texto está tomado en parte del Artículo 21 inciso 1º del *Proyecto Preliminar de Código Penal para Italia* de Ferri, que señala:

*1º La vida anterior, viciosa o desarreglada, sea personal, familiar o social.*

Se habla nuevamente de temibilidad en el Código Penal de 1929 en la fracción XVI del artículo 63 y en el artículo 161, que determina en relación con el 194<sup>88</sup> que las sanciones establecidas para cada delito, se aplicarán considerando éste como un síntoma de la temibilidad del delincuente; y la fracción XVI del 63 crea la agravante de cuarta clase<sup>89</sup> que consiste en:

*XVI. Las condiciones de anormalidad orgánica o psíquica, antes, durante y después del delito que, no constituyendo debilidad mental, revelen en el delincuente tendencias criminales.*

El texto de la fracción XVI del Artículo 63 está tomado de la fracción 3 del artículo 21 del *Proyecto Preliminar de Código Penal para Italia* que establece:

*3º Las condiciones anormales orgánicas y psíquicas –antes, durante y después del delito– que, no constituyendo debilidad mental, revelan en el delincuente tendencias criminosas.*

### 1.1.2. LA TENTATIVA EN LOS DELITOS

Cuando Almaraz alude a los fundamentos de la tentativa en los delitos y la forma en que la comisión integró este particular en el código, a fin de justificar la redacción de los artículos 20 y siguientes del Código, cita a Ferri pero sin señalar la obra de referencia.<sup>90</sup> Es posible que se trate de la misma *Sociología criminal* en la edición española de Antonio Soto y Hernández, con prólogo de D. Primitivo González del Alba (Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1907), que consta de dos volúmenes. Particularmente el tomo segundo contiene lo relativo a la responsabilidad penal.

<sup>88</sup> Ceniceros, José Angel, *El Nuevo Código Penal...*, *op. cit.*, pág. 19.

<sup>89</sup> Almaraz, José, *Exposición...*, *op. cit.*, pág. 19.

<sup>90</sup> *Ibidem*, págs. 42 y 45.

Asimismo, y en virtud de lo escrito por Almaraz en el sentido de señalar que «la adopción de la doctrina de la defensa social, trae forzosamente la adopción de las consecuencias que se derivan de dicha doctrina», el delito fue entendido por los redactores como un «producto» en el que confluían la naturaleza individual del delincuente y las condiciones físicas o sociales que le rodeaban (p. 52). Sobre ello sugiero la consulta del texto de Ferri publicado alrededor de 1927, con traducción al español posterior a 1929, donde abundó en el sentido de estas ideas: *Principios de derecho criminal. Delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia*, trad. José-Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Editorial Reus, 1933.

### 1.1.3. *TRATAMIENTO A LOS ENFERMOS MENTALES*

Sobre el tratamiento que se debía dar a los enfermos mentales remite a Ferri y dice que el tratamiento adecuado consiste en una ejecución depurada de los conceptos arcaicos y anticientíficos acerca del criminal y que se ajuste a los principios modernos de los penalistas de renombre. El Código Penal de 1929 dedica los artículos 125 a 128 para tratar de las sanciones para los delincuentes en estado de debilidad o anomalía mentales. Se inspira claramente en los artículos 32 y 33 del *Proyecto Preliminar de Código Penal para Italia*.

### 1.1.4. *ATENUANTES Y AGRAVANTES*

Sobre la continuidad que dió el código penal de 1929 al esquema de atenuantes y agravantes planteado en el código de 1871, pero bajo el criterio positivista, Almaraz señaló lo siguiente: «Como el concepto de temibilidad es completamente nuevo en nuestra legislación penal, pareció conveniente orientar a los jueces con disposiciones, más minuciosas, si cabe, que las contenidas en los códigos basados en la culpabilidad moral. Debo recordar, a este respecto, que el Proyecto Ferri —el primero de la auténtica escuela positivista— también consignó un sistema enumerativo de circunstancias de mayor y de menor temibilidad. Este Proyecto italiano, es cierto que limitó a 25 el número de circunstancias, sin agruparlas en clases; pero, en cambio, procedió con todo lujo de detalles para valorarlas» (p. 96). Alma-

raz se refiere al *Proyecto Preliminar de Código Penal para Italia*, si bien omitió la fuente consultada.

#### 1.1.5. *EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS Y DEFECTOS DE LA JUSTICIA PENAL*

Respecto a la ejecución de las sentencias, Almaraz indicó en la *Exposición de motivos*, siguiendo de cerca la *Sociología criminal* de Ferri, que este aspecto constituía el problema práctico más importante de toda legislación penal. “Se trata nada menos de modelar, de reformar, de curar o de readaptar al delincuente, es decir, de hacer desaparecer el peligro que entraña, a fin de volverlo al seno de la sociedad” (p. 133).

Almaraz hace una larga cita de Ferri y señala que ya dicho autor había demostrado magistralmente los *defectos de la justicia penal*, acentuados en México según Almaraz por el tiempo que ha dominado el sistema clásico de responsabilidad moral.<sup>91</sup>

Señala que según Ferri, el ciclo de la justicia tiene tres términos:

1. El delito.
2. La sentencia.
3. La pena.

Destaca como Ferri ha encontrado en la *impersonalidad* el primero de los defectos de la justicia penal por el total desconocimiento que tiene el juez respecto del delincuente. Sobre la misma idea y a la luz de los argumentos de Ferri, en la *Exposición de motivos* se lee lo siguiente: “El sentido común y los adelantos de las ciencias naturales exigen que la justicia penal emplee un diagnóstico científico basado en el estudio de la personalidad bio-social del delincuente y que la terapéutica positiva consista en medidas útiles a su readaptación social”.<sup>92</sup>

Habla asimismo de la arbitrariedad de la justicia penal y de su desorganización. Cita a Ferri es “como si en una policlínica el conserje del establecimiento se encargase de dirigir al azar en tal o cual servicio al enfermo que se presenta, de acuerdo con su íntima convicción según las aparien-

<sup>91</sup> *Ibidem*, págs. 133 y sigs.

<sup>92</sup> *Ibidem*, pág. 134.



cias; como si en el interior del hospital, las enfermeras, los médicos y los cirujanos se turnasen los enfermos y aplicasen cada uno parte de su actividad especial, dentro de los límites de su competencia, sin preocuparse por conocer el tratamiento aplicado por su predecesor...” Mas adelante cita nuevamente a Ferri “Y esta justicia –continúa Ferri en la página 511 de su *Sociología Criminal*- se revela impotente no solo para defender a la sociedad contra los delincuentes, sino también para proteger a sus víctimas.”<sup>93</sup>

Remite a la *Sociología criminal* del autor italiano.

Almaraz señala que la Comisión “estimó que los defectos de la justicia penal -señalados magistralmente por la pluma de Enrico Ferri- es algo que todos hemos palpado y cuyos funestos resultados hemos deplorado más de una vez.”<sup>94</sup>

## 1.2. INFLUENCIA INDIRECTA DE FERRI EN EL CÓDIGO PENAL DE 1929

En relación con la influencia indirecta, se tienen las siguientes obras:

- *Tratado de derecho penal*, Franz von Liszt.

Traducido de la 18a. edición alemana y adicionado con la historia del derecho penal en España por Quintiliano Saldaña, Madrid, Hijos de Reus, 1914. Consta de tres tomos. (Almaraz cita en la página 13 de la *Exposición de motivos* el tomo II en relación con la sistematización de la evidencia empírica para resolver fenómenos como el de la criminalidad. Mientras que en la página 51 cita la frase de von Liszt «no hay que castigar al acto, sino al actor»).

- «Congrés de Gêneve», Gabriel Tarde, 1897. (Ver p. 37 de la *Exposición*).

En el texto *La criminalidad comparada* (Madrid, La España Moderna, 1889) del mismo Tarde, cuya traducción al español, prólogo y notas estuvieron a cargo de Adolfo Posada, se lee lo siguiente: «Mis ideas en criminología no son más que una aplicación particular, singular, de mi punto de vista general en sociología. Si la lectura de los criminalistas italianos me ha sido útil, muy útil, es tan solo porque me ha permitido aplicar a un asunto tan a la

<sup>93</sup> *Ibidem*, pág 136.

<sup>94</sup> *Ibidem*, pág 137.

orden del día las ideas de antiguo formadas y maduras en mí». Tarde cita y se refiere a Ferri como su amigo (pp. 4-5).

- «Comentarios al Código español de 1870», Quintiliano Saldaña.

Ver la referencia de Almaraz a la obra de Saldaña en relación con los grados del delito intencional (p. 39) y la crítica que el jurista español esbozó sobre el delito frustrado. Sobre la obra de Saldaña sugiero los siguientes títulos donde se sigue con mayor claridad la influencia de Ferri: 1. *La última fase del positivismo jurídico en Italia*, Madrid, Editorial Reus, 1935; y 2. *La antropología criminal y la justicia penal*, Madrid, Hijos de Reus Editores, 1915.

- *Le aggravanti e le qualifische del furto*, Enrico Altavilla, Nápoles, 1912.

Otras obras del autor: 1. *Delitti contro la persona*, Milano, Dottor Francesco Vallardi, 1928; y 2. *Trattato di diritto penale*, coord. Eugenio Florián, Milano, Dottor Francesco Vallardi, 1934.

- *Science pénale et droit positif*, Adolphe Prins, Bruxelles, Bruylant-Christophe Editeurs, 1899.

- Eugenio Florián: 1. *Trattato di diritto penale*, Milano, Dottor Francesco Vallardi, 1902; y 2. «Confluenza delle pene e delle misure di sicurezza», *La scuola positiva*, agosto-settembre, 1930.

- *La criminologie. Etude sur la nature du crime et la theorie de la penalite*, Raffaele Garofalo, Paris, Félix Alcan, 1905.

También puede consultarse la edición española de Pedro Borrajo, *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, R. Garófalo, Madrid, Daniel Jorro Editor, 1912.

- *El Nuevo Código penal argentino y los recientes proyectos complementarios ante las modernas direcciones del derecho penal. Conferencias pronunciadas en la facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires durante los meses de junio, julio y agosto de 1923 y agosto de 1925*, Luis Jiménez de Asúa, Comentario crítico de Juan P. Ramos, Madrid, Reus, 1928.

- *Penología. Las penas y las medidas de seguridad, su ejecución*, Eugenio Cuello Calón, Madrid, Reus, 1920.

Por otro lado, cabe citar aquellas codificaciones (o proyectos) que de igual forma se vieron influenciados los postulados de Ferri y que los redactores del código de 1929 refirieron como fuentes de derecho comparado:

- *Anteproyecto de Código penal sueco* de 1916.

Sobre la obra véase el texto de Luis Jiménez de Asúa, *El anteproyecto de Código penal sueco de 1916. Estudio crítico, seguido del texto íntegro de la Parte general del anteproyecto*, traducido directamente del sueco por Luis Jiménez de Asúa, Madrid, Hijos de Reus, 1917.

- *Proyecto de código penal alemán* de 1919.

Ver *El proyecto de código penal alemán de 1919*, Eugenio Cuello Calón, Madrid, Reus, 1924.

- *Código penal argentino* de 1921.

Ver el texto antes citado de Luis Jiménez de Asúa, *El Nuevo Código penal argentino*.

- *Código penal peruano* de 1924.

- *Código penal español* de 1928.

Ver *El nuevo código penal español. Exposición y comentario*, Eugenio Cuello Calón, Barcelona, Bosch, 1929.

Por último, en la *Exposición de motivos* aparecen las *Opiniones de penalistas extranjeros acerca del código penal mexicano de 1929*. En este apartado figuran las palabras de juristas alemanes como Wolfgang Mittermaier y Gerhard Daniel, ambos citados por Almaraz en el desarrollo de la *Exposición*. Lo mismo para el caso de Federico Castrejón y Mario Carrara.

#### IV. CONCLUSIÓN

El positivismo italiano fue recibido en México y estudiado por los juristas mexicanos. La obra de Ferri leída y estudiada tanto en sus versiones castellanas como en sus originales italianos.

La influencia del pensamiento de Enrico Ferri en el Código Penal de 1929 o Código Almaraz es evidente: se le cita a lo largo de la exposición de motivos para justificar los contenidos del Código y se utilizó su Proyecto para Italia en la redacción del texto mexicano.

El Código Penal de 1929 es pues in intento, fallido si se quiere, de incorporar el pensamiento positivista en la legislación penal mexicana.

## BIBLIOGRAFIA

- ACTAS DE LA COMISIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1871. REPRODUCCIÓN DEL EJEMPLAR DE LA BIBLIOTECA PRIVADA DEL LIC. INDALECIO SÁNCHEZ GAVITO, MÉXICO, S/F.
- ALMARAZ HARRIS, JOSÉ, “LA INCREÍBLE IGNORANCIA DE ENRICO FERRI”, *CRIMINALIA*, MÉXICO, AÑO IV, No. 8, ABRIL, 1938.
- ALMARAZ, JOSÉ, EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CÓDIGO PENAL PROMULGADO EL 15 DE DICIEMBRE DE 1929 (PARTE GENERAL), S.P.I., MÉXICO, MCMXXXI.
- ARILLA BAZ, FERNANDO, “PROYECTO DE CODIFICACIÓN PENAL DE MAXIMILIANO DE HABSBURGO. APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO PENAL MEXICANO”, *CRIMINALIA*, MÉXICO, AÑO XXII, MAYO, 1957.
- BASES PARA LA ORGANIZACIÓN Y ARREGLO DE LAS CÁRCELES DE 24 DE DICIEMBRE DE 1865, EN *BOLETÍN DE LAS LEYES*, NÚM. 10, DICIEMBRE DE 1865.
- BOUZAT, PIERRE, “LE CENTENAIRE D’ENRICO FERRI. L’OUVRE DU MAITRE. SON ACTUALITÉ”, EN *REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PÉNAL COMPARÉ*, No. 1, JANVIER-MARS, 1957.
- CARRERA DOMÍNGUEZ, JOSÉ G., “PRESENTACIÓN”, EN FERRI, ENRICO, *SOCIOLOGÍA CRIMINAL*, PRÓLOGO DE PRIMITIVO GONZÁLEZ DEL ALBA, VERSIÓN ESPAÑOLA POR ANTONIO SOTO Y HERNÁNDEZ, MADRID, CENTRO EDITORIAL DE GÓNGORA, 1907, EDICIÓN FACSIMIL, TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, MÉXICO, 2004, 2 VOLÚMENES. MASSARDO, JAIME, “ENRICO FERRI EN CHILE”, EN *ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL*, VALPARAISO, CHILE, No. 26, 2008.
- CENICEROS, JOSÉ ÁNGEL, “HISTORIA DEL DERECHO PENAL MEXICANO”, EN *LA JUSTICIA*, MÉXICO, JUNIO, T. XXXIV, NÚM. 566, 1977.
- CENICEROS, JOSÉ ÁNGEL, EL NUEVO CÓDIGO PENAL DE 13 DE AGOSTO DE 1931 EN RELACIÓN CON LOS DE 7 DE DICIEMBRE DE 1871 Y 15 DE DICIEMBRE DE 1929, TALLERES GRÁFICOS DE LA NACIÓN.
- CENICEROS, JOSÉ ÁNGEL, EL NUEVO CÓDIGO PENAL DE 13 DE AGOSTO DE 1931 EN RELACIÓN CON LOS DE 7 DE DICIEMBRE DE 1871 Y 15 DE DICIEMBRE DE 1929, TALLERES GRÁFICOS DE LA NACIÓN, MÉXICO, 1931.
- CÓDIGO DE ORGANIZACIÓN, DE COMPETENCIA Y DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA PENAL, PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS DEL 2 DE OCTUBRE DE 1929, EN *DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN*, LUNES 7 DE OCTUBRE DE 1929.

- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CRIMINALES, EL FORO, PERIÓDICO DE JURISPRUDENCIA Y DE LEGISLACIÓN, MÉXICO, TOMO IV, 2ª ÉPOCA, NÚM. 62, JUEVES 26 DE SEPTIEMBRE DE 1878.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES, EDICIÓN DEL BOLETÍN JUDICIAL, IMPRENTA Y LITOGRAFIA, MÉXICO, 1894.
- CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, EDICIÓN OFICIAL, IMPRENTA DE ANTONIO ENRÍQUEZ, MÉXICO, 1908.
- CÓDIGO PENAL ESPAÑOL, DECRETADO POR LAS CÓRTEES EN 8 DE JUNIO, SANCIONADO POR EL REY, Y MANDADO PROMULGAR EN 9 DE JULIO DE 1822, MADRID, EN LA IMPRENTA NACIONAL, 1822.
- CÓDIGO PENAL FRANCÉS, TRADUCIDO AL CASTELLANO DE ORDEN DE S.M. EL EMPERADOR MAXIMILIANO I, POR EL GENERAL GRADUADO, CORONEL D. MANUEL ZAVALA; CORONEL RETIRADO, D. JOSÉ IGNACIO SERRANO Y EL CORONEL GRADUADO, TENIENTE CORONEL D. PRUDENCIO MESQUÍA, QUE COMPUSIERON LA COMISIÓN NOMBRADA AL EFECTO, MÉXICO, IMPRENTA DE A. BOIX, A CARGO DE M. ZORNOZA, 1866.
- CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA SOBRE DELITOS DEL FUERO COMÚN, Y PARA TODA LA REPÚBLICA SOBRE DELITOS CONTRA LA FEDERACIÓN, IMPRENTA DEL GOBIERNO, EN PALACIO, MÉXICO, 1871.
- CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN MATERIA DE FUERO COMÚN, Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL, 13 DE AGOSTO DE 1931, EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA, MÉXICO, LA LEGISLACIÓN MEXICANA, SOCIEDAD EDITORA, AGOSTO DE 1931, PUBLICACIÓN MENSUAL AUTORIZADA POR LA SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, 1931.
- CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES, EDICIÓN OFICIAL, SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, TALLERES GRÁFICOS DE LA NACIÓN, MÉXICO, 1929.
- CÓDIGO PENAL PRESENTADO POR LAS CORTES DE ESPAÑA EN 8 DE JUNIO DE 1822, Y MANDADO OBSERVAR PROVISIONALMENTE POR EL CONGRESO CONSTITUCIONAL DEL ESTADO DE CHIHUAHUA EN 11 DE AGOSTO DE 1827, MÉXICO, IMPRENTA A CARGO DE MARIANO ARÉVALO, 1827.
- CRUZ BARNEY, OSCAR, “LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA”, EN BECERRA RAMÍREZ, MANUEL ET. AL, OBRA EN HOMENAJE A RODOLFO CRUZ MIRAMONTES, MÉXICO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM, TOMO II, 2008.

- CRUZ BARNEY, OSCAR, “THE MEXICAN CODIFICATION OF CRIMINAL LAW. ITS FOREIGN INFLUENCES”, EN MASFERRER DOMINGO, ANICETO (ED.), THE WESTERN CODIFICATION OF CRIMINAL LAW, USA, SPRINGER, 2018.
- CRUZ BARNEY, OSCAR, CHIHUAHUA. HISTORIA DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS, MÉXICO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM, SENADO DE LA REPÚBLICA, 2010.
- CRUZ BARNEY, OSCAR, LA CODIFICACIÓN EN MÉXICO, MÉXICO, ED. PORRÚA, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM, 2010.
- DECRETO QUE REFORMA LOS ARTS. 46, 199, 376, 380, 407, 527, 528, 552, 553, 816, 819 Y 912 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA, IMPRENTA DE FRANCISCO DÍAZ DE LEÓN, MÉXICO, 1884.
- DECRETO XXXI DE 22 DE ENERO DE 1822. NOMBRAMIENTO DE COMISIONES QUE PREPAREN ALGUNOS TRABAJOS PARA AUXILIAR AL PROXIMO CONGRESO, EN COLECCIÓN DE ORDENES Y DECRETOS DE LA SOBERANA JUNTA PROVISIONAL GUBERNATIVA, Y SOBERANOS CONGRESOS GENERALES DE LA NACIÓN MEXICANA, SEGUNDA EDICIÓN CORREGIDA Y AUMENTADA POR UNA COMISION DE LA CAMARA DE DIPUTADOS, MÉXICO, IMPRENTA DE GALVÁN Á CARGO DE MARIANO ARÉVALO, 1829, TOMO I.
- DÍAZ INFANTE, CARLOS, “EL TIPO CRIMINAL”, EN REVISTA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA, MÉXICO, IMPRENTA DEL GOBIERNO FEDERAL EN EL EX ARZOBISPADO, JULIO A DICIEMBRE, 1898.
- DÍAZ INFANTE, CARLOS, “LA ESCUELA POSITIVA DE DERECHO PENAL (EXPOSICIÓN SUMARIA DE SUS DOCTRINAS)”, EN REVISTA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA, MÉXICO, EDUARDO DUBLÁN, IMPRESOS, JULIO A DICIEMBRE, 1895.
- DÍAZ INFANTE, CARLOS, “LA ESCUELA POSITIVA DE DERECHO PENAL (EXPOSICIÓN SUMARIA DE SUS DOCTRINAS)”, EN REVISTA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA, MÉXICO, IMPRENTA DEL GOBIERNO FEDERAL EN EL EX ARZOBISPADO, ENERO A JUNIO, 1896.
- DÍAZ INFANTE, CARLOS, “LA ESCUELA POSITIVA DE DERECHO PENAL (EXPOSICIÓN SUMARIA DE SUS DOCTRINAS)”, EN REVISTA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA, MÉXICO, IMPRENTA DEL GOBIERNO FEDERAL EN EL EX ARZOBISPADO, ENERO A JUNIO, 1896.
- DIEGO FERNÁNDEZ, JOSÉ, “ESTUDIO SOBRE EL CÓDIGO PENAL”, EL FORO, PERIÓDICO DE JURISPRUDENCIA Y DE LEGISLACIÓN, MÉXICO, TOMO VI, NÚM. 50, JUEVES 16 DE MARZO DE 1876.

- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS CON QUE FUE PRESENTADO A LA SECRETARÍA DE JUSTICIA EL PROYECTO DE REFORMAS AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES, EDICIÓN DEL BOLETÍN JUDICIAL, IMPRENTA Y LITOGRAFÍA, MÉXICO, 1894.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, FRANCISCO, “NO! ALMARAZ NO ES ENRICO FERRI” EN CRIMINALIA, MÉXICO, AÑO IV, NO. 8, ABRIL, 1938.
- GONZÁLEZ LANUZA, JOSÉ ANTONIO, “A PROPÓSITO DE LOMBROSO Y DEL TIPO CRIMINAL”, EN REVISTA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA, MÉXICO, IMPRENTA DEL GOBIERNO FEDERAL, NÚMERO XXXI, JULIO A DICIEMBRE, 1906.
- GROIZARD, ALEJANDRO, “EL POSITIVISMO EN EL DERECHO PENAL”, EN REVISTA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA, MÉXICO, IMPRENTA DEL GOBIERNO FEDERAL, ENERO A JUNIO, 1906.
- INGENIEROS, JOSÉ, “NUEVA CLASIFICACIÓN DE LOS DELINCUENTES SEGÚN LA ESCUELA PSICOPATOLÓGICA”, EN REVISTA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA, MÉXICO, IMPRENTA DEL GOBIERNO FEDERAL, NÚMERO XXXI, JULIO A DICIEMBRE, 1906.
- IÑESTA PASTOR, EMILIA, “LA PROYECCIÓN HISPANOAMERICANA DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1848”, EN GONZÁLEZ VALE, LUIS E. (COORD.), ACTAS DE DERECHO INDIANO. XIII CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO, SAN JUAN, ASAMBLEA LEGISLATIVA DE PUERTO RICO, HISTORIADOR OFICIAL DE PUERTO RICO, 2003, TOMO II.
- IÑESTA PASTOR, EMILIA, EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1848, ALICANTE, UNIVERSIDAD DE ALICANTE, TIRANT LO BLANCH, 2011.
- LEDESMA URIBE, JOSÉ DE JESÚS, “PANORAMA DEL DERECHO MEXICANO EN EL SIGLO XIX”, EN JURÍDICA, ANUARIO DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA, UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA, DEPARTAMENTO DE DERECHO, NÚM. 13, T. II, MÉXICO, 1981.
- LEY PARA LA CONCESIÓN DE INDULTOS Y AMNISTÍAS DE 25 DE DICIEMBRE DE 1865, EN BOLETÍN DE LAS LEYES, NÚM. 10, DICIEMBRE DE 1865.
- LEY PARA LA ORGANIZACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE 19 DE DICIEMBRE DE 1865, EN BOLETÍN DE LAS LEYES, NÚM. 10, DICIEMBRE DE 1865.
- LOZOYA VARELA, RAFAEL, “LA PRESCRIPCIÓN EN NUESTRO CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL”, EN LECTURAS JURÍDICAS, CHIHUAHUA, UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHIHUAHUA, ESCUELA DE DERECHO, NÚM. 22, ENERO- MARZO, 1965.

- MACEDO, PABLO, “APUNTES SOBRE EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CRIMINALES”, EL FORO, PERIÓDICO DE JURISPRUDENCIA Y DE LEGISLACIÓN, MÉXICO, TOMO II, NÚM. 97, DOMINGO 3 DE MAYO DE 1874.
- MARISCAL, IGNACIO, MINISTERIO DE JUSTICIA E INSTRUCCIÓN PÚBLICA, MÉXICO, SEPTIEMBRE, 1880, S/E.
- MARISCAL, IGNACIO, MINISTERIO DE JUSTICIA E INSTRUCCIÓN PÚBLICA, MÉXICO, SEPTIEMBRE, 1880, S/E.
- MARTÍNEZ DE CASTRO, ANTONIO EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DIRIGIDA AL SUPREMO GOBIERNO POR EL CIUDADANO ANTONIO MARTÍNEZ DE CASTRO, PRESIDENTE DE LA COMISIÓN ENCARADA DE FORMAR EL CÓDIGO EXPRESADO, MÉXICO, IMPRENTA DE FRANCISCO DÍAZ DE LEÓN, 1876.
- MASFERRER DOMINGO, ANICETO, TRADICIÓN Y REFORMISMO EN LA CODIFICACIÓN PENAL ESPAÑOLA, JAÉN, UNIVERSIDAD DE JAÉN, 2003.
- MATEOS, JUAN A., REINSTALACIÓN DEL PRIMER CONGRESO MEXICANO NOMBRADO EN 1822 Y DISUELTO POR EL GOLPE DE ESTADO DEL EMPERADOR ITURBIDE, HISTORIA DE SUS SESIONES, MÉXICO, IMPRENTA DE J.F. JENS, 1878.
- MEDINA Y ORMAECHEA, ANTONIO A., CÓDIGO PENAL MEXICANO. SUS MOTIVOS, CONCORDANCIAS Y LEYES COMPLEMENTARIAS, MÉXICO, IMPRENTA DEL GOBIERNO, 1880, TOMO I.
- MEMORIA QUE EL ENCARGADO DE LA SECRETARÍA DE JUSTICIA E INSTRUCCIÓN PÚBLICA PRESENTA AL CONGRESO DE LA UNIÓN EN 15 DE SEPTIEMBRE DE 1873, EN JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ (COMP.), MEMORIAS DE LA SECRETARÍA DE JUSTICIA, MÉXICO, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, 1997.
- MEMORIA QUE EL SECRETARIO DE ESTADO Y DEL DESPACHO DE JUSTICIA E INSTRUCCIÓN PÚBLICA PRESENTA AL CONGRESO DE LA UNIÓN, EN MARZO DE 1868, EN JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ (COMP.), MEMORIAS DE LA SECRETARÍA DE JUSTICIA, MÉXICO, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, 1997.
- MEMORIA QUE EL SECRETARIO DE ESTADO Y DEL DESPACHO DE JUSTICIA E INSTRUCCIÓN PÚBLICA PRESENTA AL CONGRESO DE LA UNIÓN, EN MARZO DE 1868, EN JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ (COMP.), MEMORIAS DE LA SECRETARÍA DE JUSTICIA, MÉ-



XICO, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, 1997.

MEMORIA QUE EL SECRETARIO DE ESTADO Y DEL DESPACHO DE JUSTICIA E INSTRUCCIÓN PÚBLICA PRESENTA AL CONGRESO DE LA UNIÓN, EN MARZO DE 1868, EN JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ (COMP.), MEMORIAS DE LA SECRETARÍA DE JUSTICIA, MÉXICO, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, 1997.

MEMORIA QUE EL SECRETARIO DE JUSTICIA E INSTRUCCIÓN PÚBLICA PRESENTA AL CONGRESO DE LA UNIÓN Y COMPRENDE DEL 1 DE ENERO DE 1878 AL 15 DE SEPTIEMBRE DE 1881, EN JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ (COMP.), MEMORIAS DE LA SECRETARÍA DE JUSTICIA, MÉXICO, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, 1997.

MEMORIA QUE EN CUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 120 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS LEYÓ EL SECRETARIO DE ESTADO Y DEL DESPACHO UNIVERSAL DE JUSTICIA Y NEGOCIOS ECLESIASTICOS EN LA CÁMARA DE DIPUTADOS EL DÍA 19, Y EN LA DE SENADORES EL DÍA 20 DE ENERO DE 1829, SOBRE LOS RAMOS DEL MINISTERIO DE SU CARGO, EN JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ (COMP.), MEMORIAS DE LA SECRETARÍA DE JUSTICIA, MÉXICO, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, 1997.

MEMORIA QUE EN CUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 120 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS LEYÓ EL SECRETARIO DE ESTADO Y DEL DESPACHO UNIVERSAL DE JUSTICIA Y NEGOCIOS ECLESIASTICOS EN LA CÁMARA DE DIPUTADOS EL DÍA 18, Y EN LA DE SENADORES EL DÍA 22 DE MARZO DE 1830, SOBRE LOS RAMOS DEL MINISTERIO DE SU CARGO, EN JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ (COMP.), MEMORIAS DE LA SECRETARÍA DE JUSTICIA, MÉXICO, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, 1997.

MEMORIA QUE EN CUMPLIMIENTO DEL PRECEPTO CONSTITUCIONAL PRESENTA AL CONGRESO DE LA UNIÓN EN C. LIC. JOAQUÍN BARANDA SECRETARIO DE ESTADO Y DEL DESPACHO DE JUSTICIA E INSTRUCCIÓN PÚBLICA, 31 DE MARZO DE 1887, EN JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ (COMP.), MEMORIAS DE LA SECRETARÍA DE JUSTICIA, MÉXICO, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, 1997.

- MIGUEL S. MACEDO, APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO PENAL MEXICANO, EDITORIAL CULTURA, MÉXICO, 1931.
- NARVÁEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ RAMÓN, “BAJO EL SIGNO DE CAÍN. EL SER ATÁVICO Y LA CRIMINOLOGÍA POSITIVA EN MÉXICO”, EN ANUARIO MEXICANO DE HISTORIA DEL DERECHO, MÉXICO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM, NÚM. XVII, 2005.
- NUEVO CÓDIGO PENAL, MÉXICO, TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, 2003.
- PIZZOTTI MENDES, NELSON, “FERRI: PIONEIRO DO ENSINO DA CRIMINOLOGIA”, EN JUSTITIA, SAO PAULO, BRASIL, ANO XXXVIII, VOL. 94, 1976.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO, APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL I, 20A. ED., ED. PORRÚA, MÉXICO, 1989.
- PROYECTO DE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CRIMINALES PARA EL DISTRITO FEDERAL Y EL TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA, FORMADO POR ENCARGO DEL SUPREMO GOBIERNO, POR LOS LICENCIADOS MANUEL DUBLÁN, JOSÉ LINARES, LUIS MÉNDEZ Y M. SILICEO, MÉXICO, IMPRENTA DEL GOBIERNO, EN PALACIO, 1873.
- PROYECTO DE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, MÉXICO, IMPRENTA DEL GOBIERNO, EN PALACIO, 1879.
- PROYECTO DE CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIO DE LA BAJA-CALIFORNIA SOBRE DELITOS DEL FUERO COMÚN; Y PARA TODA LA REPÚBLICA SOBRE DELITOS CONTRA LA FEDERACIÓN, MÉXICO, IMPRENTA DEL GOBIERNO, EN PALACIO, 1871.
- ROA BÁRCENA, RAFAEL, MANUAL RAZONADO DE PRÁCTICA CRIMINAL Y MÉDICO-LEGAL FORENSE MEXICANA, SEGUNDA EDICIÓN, MÉXICO, EUGENIO MAILLEFERT, EDITOR, 1869.
- RODRÍGUEZ, RICARDO, EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MÉXICO, PRIMERA PARTE LEGISLACIÓN COMPARADA, MÉXICO, OFICINA TIP. DE LA SECRETARÍA DE FOMENTO, 1898.
- SABATINI, GUGLIELMO “ENRICO FERRI A LOS DIEZ AÑOS DE SU MUERTE”, EN CRIMINALIA,, MÉXICO, AÑO VI, NO. 4, DICIEMBRE, 1939.
- SECRETARÍA DE JUSTICIA, COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO PENAL, TRABAJOS DE REVISIÓN DEL CÓDIGO PENAL, PROYECTO DE REFORMAS Y EXPOSICIÓN DE MOTIVOS, MÉXICO, TIP. DE LA OFICINA IMPRESORA DE ESTAMPILLAS, PALACIO NACIONAL, 1914, TOMO IV.

SELLIN, THORSTEN, “ENRICO FERRI, VANGUARDISTA DE LA CRIMINOLOGÍA”, EN CRIMINALIA, MÉXICO, AÑO XXVII, No. 2, FEBRERO, 1961.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, “EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CRIMINALES”, EL FORO, PERIÓDICO DE JURISPRUDENCIA Y DE LEGISLACIÓN, MÉXICO, TOMO III, NÚM. 78, VIERNES 2 DE OCTUBRE DE 1874.

TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, MANUAL DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, 4ª ED., MADRID, TECNOS, 1987.

## HEMEROGRAFIA

“EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CRIMINALES”, EL FORO, PERIÓDICO DE JURISPRUDENCIA Y DE LEGISLACIÓN, MÉXICO, TOMO III, NÚM. 80, DOMINGO 4 DE OCTUBRE DE 1874.

“EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CRIMINALES”, EL FORO, PERIÓDICO DE JURISPRUDENCIA Y DE LEGISLACIÓN, MÉXICO, TOMO III, NÚM. 81, MARTES 6 DE OCTUBRE DE 1874.

“HECHOS DIVERSOS”, EL FORO, PERIÓDICO DE JURISPRUDENCIA Y DE LEGISLACIÓN, MÉXICO, TOMO III, NÚM. 125, VIERNES 27 DE NOVIEMBRE DE 1874.

“HECHOS DIVERSOS”, EL FORO, PERIÓDICO DE JURISPRUDENCIA Y DE LEGISLACIÓN, MÉXICO, TOMO III, NÚM. 126, SÁBADO 28 DE NOVIEMBRE DE 1874

“HECHOS DIVERSOS”, EL FORO, PERIÓDICO DE JURISPRUDENCIA Y DE LEGISLACIÓN, MÉXICO, TOMO IV, NÚM. 90, MIÉRCOLES 19 DE MAYO DE 1875.

“RESEÑA HISTÓRICA DE LA CODIFICACIÓN EN MÉXICO.- DISCUSIÓN DE LOS CÓDIGOS”, EN EL DERECHO, PERIÓDICO DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN, MÉXICO, SÁBADO 23 DE ABRIL DE 1870, TOMO IV, NÚM 17.

“RESPONSABILIDAD CRIMINAL POR DETENCIÓN ARBITRARIA ¿CON ARREGLO Á QUÉ LEY DEBE CASTIGARSE?-¿ESTÁ VIGENTE PARA ESA CLASE DE DELITOS EL CÓDIGO PENAL, EN TODA LA REPÚBLICA?”, EL FORO, PERIÓDICO DE JURISPRUDENCIA Y DE LEGISLACIÓN, MÉXICO, TOMO III, NÚM. 126, SÁBADO 28 DE NOVIEMBRE DE 1874.

# ANOMIA Y FUNCIÓN PÚBLICA. UN ENFOQUE CONCEPTUAL<sup>1</sup>

Isabel LIFANTE VIDAL\*

## I. INTRODUCCIÓN: SOBRE LAS EXIGENCIAS DEL ESTADO DE DERECHO

Tomaré como punto de partida las ya clásicas reflexiones de Elías Díaz sobre el “Estado de Derecho”, según las cuales nos encontramos ante un rótulo evaluativo que usamos para designar a aquellos Estados que cumplen (al menos en determinado grado) con ciertas exigencias que implican el sometimiento del Estado a su propio Derecho, a través de la regulación y el control de todos los poderes y actuaciones del Estado por medio de leyes; leyes que deben haber sido creadas según procedimientos de libre y abierta participación popular. Se trata de una concepción “robusta” del Estado de Derecho<sup>2</sup>, en la cual, junto al requisito del *imperio de la ley* (entendiendo por “ley” aquella democráticamente producida), que constituiría su primer ingrediente, se incluirían también los siguientes rasgos definitorios: “b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. c) Legalidad de la Administración: actuación según ley y suficiente control judicial. d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico formal y efectiva realización material”.<sup>3</sup> Es importante darse cuenta de que, en esta caracterización, los distintos elementos no se encuentran en el mismo nivel: mientras que el

---

<sup>1</sup> Una versión previa de este trabajo fue presentada al *I Congreso de filosofía del Derecho para el mundo latino (i-Latina)*, celebrado en Alicante del 26 al 28 de mayo de 2016. Posteriormente he tenido ocasión de discutir sobre estos temas en diversos foros, entre otros, en el *V Encuentro Binacional México-España. Gestión de conflictos en el Estado de Derecho, UNAM-Vigo*, celebrado en Ourense en noviembre de 2018. Para la realización de este trabajo he contado con el apoyo de los proyectos de investigación “Desarrollo de una concepción argumentativa del Derecho” (DER2013-42472-P) y “Una teoría postpositivista del Derecho” (DER2017-86443-P), financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad español.

\* Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante.

<sup>2</sup> Se trataría, por tanto, de un concepto de Estado de Derecho que se incardinaria en lo que Uprimny califica como “concepción fuertísima” de Estado de Derecho; véase Uprimny, Rodrigo, “Estado de Derecho”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2014, n° 5, pp. 107-113

<sup>3</sup> Díaz, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8ª ed., Madrid, Taurus, 1992, p. 31.

primero (el imperio de la ley) goza de prioridad tanto lógica como histórica frente al resto, sería sin embargo el último, la exigencia de hacer efectivos los derechos y libertades –entendidos como exigencias morales– el que dota de valor a las instituciones que lo hacen posible, y que conformarían el modelo jurídico-político que denominamos Estado de Derecho y, en ese sentido, sería este último elemento el que tendría una prioridad justificativa frente al resto.

Los análisis teóricos desde la filosofía del Derecho se han ocupado de analizar y discutir profusamente las exigencias que impone este ideal valorativo de sometimiento de los poderes del Estado al Derecho desde una perspectiva fundamentalmente centrada en la actividad jurisdiccional y también, aunque en menor medida, en las exigencias que el mismo impone a la actividad legislativa. Sin embargo, creo que se han desatendido las peculiaridades que el sometimiento al Derecho exige en el desempeño de otras actividades de los poderes públicos, en particular creo que se ha quedado fuera del foco de atención de nuestros análisis gran parte del ámbito de actuación de la administración pública. Podría alegarse que no encontramos aquí, en el ámbito del poder ejecutivo, ninguna peculiaridad digna de análisis desde el punto de vista de las exigencias normativas del Estado de Derecho. En este sentido, en ocasiones se señala que una parte importante de la actividad que desempeña la administración consiste en la mera aplicación de normas preexistentes a casos concretos (pensemos en la concesión de una licencia de obras a un particular o en la imposición de sanciones administrativas...) y por tanto podría ser equiparada a la actividad jurisdiccional (de modo que los análisis teóricos de las exigencias que el Estado de Derecho impone a esta actividad serían aquí aplicables); y otra parte coincidiría con la actividad legislativa (creación de normas generales, aunque de menor jerarquía que la ley). Pero aunque ello es cierto, no deja de serlo también que en el ámbito de la administración pública encontramos una gran parte de actividad que no encajaría exactamente ni en una ni en otra; me refiero a la determinación de las medidas a adoptar en los casos concretos para el desarrollo de las concretas funciones atribuidas a los distintos sujetos al servicio de la administración para perseguir

activamente ciertos fines predeterminados. Como vamos a ver, este tipo de actividad implica de manera paradigmática<sup>4</sup> el ejercicio de competencias discrecionales; es decir, concedidas para que el sujeto adopte las medidas que considere más adecuadas a la luz de las circunstancias del caso para promover activamente determinados fines<sup>5</sup>. Y es a este tipo de actividad, que –como veremos– se asocia con el cumplimiento de lo que podemos considerar como responsabilidades de rol, a la que aquí me quiero referir.

Obviamente podríamos de nuevo reconducir el análisis de estas actividades al ámbito jurisdiccional a partir del papel que desempeña el juez, como garante último de la legalidad de prácticamente cualquier actuación de los poderes públicos, incluyendo por tanto el ejercicio de los poderes discrecionales (en este sentido, recordemos que el requisito del control jurisdiccional de la actividad de la administración es considerado precisamente uno de los elementos definatorios del Estado de Derecho). Pero también podemos poner el foco de atención en un momento previo: en qué consiste el cumplimiento (y por oposición: el incumplimiento o la anomia) en el ámbito del desempeño de las funciones públicas.

El objetivo de este trabajo es precisamente analizar lo que implica el desempeño de “responsabilidades” en el ámbito del ejercicio de lo que podemos considerar como funciones públicas, en un sentido amplio que incluiría todas aquellas atribuidas a un sujeto –sea o no considerado autoridad<sup>6</sup>– al servicio de intereses generales. En general podemos considerar que

---

<sup>4</sup> Por supuesto también encontramos poderes discrecionales conferidos a los jueces (por ejemplo, en el ámbito de la determinación de las medidas cautelares, etc.), pero digamos que lo que suele considerarse característico de la actividad jurisdiccional no es esta actividad, sino la calificación de si una conducta es o no acorde con el Derecho, o si una pretensión está o no fundada en el Derecho. En ambos casos se espera del juez una respuesta en términos binarios.

<sup>5</sup> En numerosas ocasiones, me he ocupado de caracterizar a los poderes discrecionales: se trata de poderes conferidos a determinados órganos para que adopten las medidas que, a la luz de las circunstancias del caso concreto, lleven a cabo las evaluaciones sobre qué medida concreta es la que maximiza los fines o valores a perseguir, evaluaciones que pueden –y en un Estado de Derecho deben– estar sometidas a control jurídico (véase por todas Lifante Vidal, Isabel, *Representación y responsabilidad*, México, Fontamara, 2018, Cap. 3).

<sup>6</sup> Aunque este trabajo está pensando sobre todo en el caso de los funcionarios, muchas de las cosas que aquí se dirán serán igualmente aplicables a los cargos políti-

el “sujeto responsable” es el que se hace cargo o responde de algo, y lo hace desde una doble perspectiva: *ex ante*, es el que tiene la capacidad o el poder (y/o deber) de dar lugar a un determinado estado de cosas (o de evitar su producción); y *ex post*, es el que asume o debe asumir las consecuencias de la producción de algún estado de cosas (bien sea en términos de sanción o de reparación). La mayoría de análisis jurídicos en este ámbito suelen realizarse desde una perspectiva que podríamos considerar *ex post* de la responsabilidad: se preocupan por determinar cuándo un funcionario o un cargo público –en el ejercicio de sus competencias- puede ser sancionado, o cuándo puede exigírsele (a él o a la institución a la que pertenece) que se haga cargo de la indemnización o reparación de determinados daños. Encontramos así, por ejemplo, muchos trabajos sobre la responsabilidad patrimonial de la administración o de los funcionarios; o análisis sobre las peculiaridades de los delitos cometidos por los funcionarios, o sobre su régimen disciplinario. Sin embargo, y como ya he señalado, en este trabajo pretendo poner el foco de atención en lo que podemos considerar como una perspectiva *ex ante*: qué es lo que exige el correcto desempeño de una “responsabilidad” pública. Y ello porque creo que es necesario abordar esta perspectiva como paso previo a determinar en qué consiste la “anomía” en el ámbito de la función pública.

## II. ¿QUÉ DEBERES IMPLICA LA TITULARIDAD DE UNA RESPONSABILIDAD?

Hace ya algunos años Ernesto Garzón Valdés<sup>7</sup> (1996) distinguió dos posibles usos de los juicios de atribución de responsabilidad a los sujetos (juicios con la estructura: “*X es responsable de Y*”), cada uno de los cuales sería formulado desde una distinta perspectiva temporal respecto a los estados de

---

cos que ocupan puestos de dirección en las distintas administraciones públicas. Por supuesto, hay muchas razones que quizás aconsejaran su tratamiento diferenciado, pero nos encontramos con que muchas veces –en los puestos de dirección de la administración- las fronteras no son tan nítidas: ¿qué tipo de cargo es el de decano de una facultad universitaria?, ¿y el de gerente de un hospital público?

<sup>7</sup> Garzón Valdés, Ernesto, “El enunciado de responsabilidad”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 1996, n° 19, pp. 259-286.

cosas a valorar y a los que propuso llamar enunciados de responsabilidad personales “prospectivos” y “retrospectivos”. Los primeros serían los que se refieren a un estado de cosas futuro y en ese sentido se formulan desde una perspectiva *ex ante* respecto a dicho estado de cosas; mientras que los segundos se refieren a un estado de cosas pasado y en ese sentido se formulan desde una perspectiva *ex post* respecto a la producción de dicho estado de cosas. Ahora bien, hay una asimetría en el contenido que suele dársele (al menos en el ámbito jurídico) a la “Y” en los casos en los que se refiere al pasado y en los que lo hace al futuro. En la responsabilidad prospectiva se trata de un fin u objetivo a perseguir, y en ese sentido representa necesariamente un estado de cosas valorado positivamente por el sistema normativo de referencia: “el profesor es el responsable del aprendizaje de los alumnos”, “los padres son los responsables del bienestar de los hijos”, etc. Mientras que en la responsabilidad retrospectiva, la Y representa un estado de cosas valorado negativamente por la práctica normativa de referencia y que normalmente se traduce en la producción de un daño o la lesión de un bien digno de protección según dicha práctica<sup>8</sup>: “Fulano es responsable del asesinato de Mengano”, “la empresa X es la responsable de la contaminación del río”, etc.

En los juicios prospectivos de atribución de responsabilidad, los que se refieren a la persecución de un estado de cosas futuro, estaríamos usando el término “*responsabilidad*” para relacionar a un sujeto con un determinado fin u objetivo (un estado de cosas futuro), atribuyéndole deberes relaciona-

---

<sup>8</sup> Obviamente nada impediría realizar juicios de atribución de “responsabilidad retrospectiva” por estados de cosas valorados positivamente y así, podríamos decir, por ejemplo: “La ONG “*Proactiva Open Arms*” es responsable de la salvación de cientos de refugiados”; pero rara vez hablamos así, y en estos casos utilizamos más el término “mérito” que el de “responsabilidad”. Quizás ello se deba a que –como veremos a continuación– en los casos de responsabilidad retrospectiva nos encontramos junto al aspecto valorativo del estado de cosas, también una reacción del sistema normativo frente a dicha valoración que, en el caso del Derecho, se suele traducir en la sancionabilidad o exigibilidad de cierta reparación. Por supuesto si consideramos que la reacción del sistema también puede consistir en consecuencias positivas (reconocimiento, premios), nada impediría mantener este concepto retrospectivo de responsabilidad para los casos en que el estado de cosas producido sea valorado positivamente por el sistema de referencia.



dos con la persecución de dicho fin, como por ejemplo cuando decimos que “el capitán del barco es *responsable de* la seguridad de los pasajeros y de la tripulación”, o que “el concejal de Medioambiente es el responsable de reducir la contaminación atmosférica”. Pero es importante darse cuenta de que estos juicios no sólo tienen una dimensión deóntica (de atribución de deberes), sino también está presente en ellos una importante dimensión constitutiva<sup>9</sup>, de atribución de ciertos *status* en el marco de la institución.

Estos juicios prospectivos de responsabilidad se corresponderían con el sentido de “responsabilidad” que Hart consideraba como “deberes propios de un rol”<sup>10</sup>, entendiendo “rol” en un sentido muy amplio que incluiría cualquier asignación de funciones que puede ser realizada de muy diversas maneras, desde las menos institucionalizadas (un mero acuerdo de reparto de tareas), hasta las más institucionalizadas (las asignadas siguiendo reglas formalizadas de atribución de competencias en el marco de un sistema jerárquico de toma de decisiones):

“Siempre que una persona ocupe un lugar o puesto determinado en una organización social, respecto del cual se le asignan deberes específicos *para promover el bienestar o impulsar de manera específica las metas o propósitos de la organización*, se puede decir con corrección que esta persona es *responsable* del cumplimiento de estos deberes o de hacer lo necesario para satisfacerlos. Tales deberes son *responsabilidad* de una persona”.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> En la práctica jurídica nos encontramos con que los juicios de atribución de responsabilidad pueden cumplir una triple función, que se correspondería con tres dimensiones del fenómeno jurídico que se suelen distinguir (véase. Atienza y Ruiz Manero, 2006): la dimensión constitutiva, la regulativa (o deóntica) y la valorativa. Nos encontraríamos, en primer lugar, con enunciados de responsabilidad estrechamente vinculados con la dimensión “constitutiva” (la determinación de que un cierto estado de cosas *cuenta como* algo en un determinado sistema); en segundo lugar, habría enunciados de responsabilidad que se vincularían predominantemente con la dimensión regulativa o deóntica (la atribución de deberes); y por último también encontramos enunciados de responsabilidad que se conectan con la dimensión evaluativa (se trata de mostrar aprobación o reprobación respecto al sujeto o a su conducta). Obviamente estas dimensiones están estrechamente interrelacionadas y en un mismo juicio de responsabilidad podemos abarcarlas todas.

<sup>10</sup> La referencia clásica para el análisis de los distintos sentidos de responsabilidad la encontramos en Hart (Hart, H. L.A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1968, pp. 211 y ss.).

<sup>11</sup> Hart, H. L.A., *op. cit.* p. 212; lo que se logra apreciar en letra cursiva es de mi autoría.

Pero Hart llama la atención sobre el hecho de que no calificamos a todos los deberes que puede tener un sujeto como responsabilidades (si a un soldado se le ordena mantener limpio el campamento diríamos –dice Hart- que tiene esa “responsabilidad”, pero si se le manda que recoja un papel del suelo, simplemente diríamos que tiene el “deber” de hacerlo, pero no que tiene esa “responsabilidad”) y apunta a que la clave de la distinción quizás se encuentre (aunque confiesa no estar muy seguro de ello) en que los deberes que son calificados como responsabilidades son de un tipo relativamente complejo y amplio, que requieren cuidado y atención a lo largo de un prolongado período de tiempo (frente a los deberes de corta duración o de tipo simple, relativos a hacer o no hacer algo en una ocasión particular).

Si nos fijamos, lo que caracterizaría a los deberes a los que nos referimos con este sentido de responsabilidad (al menos cuando se trata de funciones públicas que se integran en un marco institucional formalizado y jerarquizado) sería el hecho de que se definen por su conexión con la promoción de determinados fines o estados de cosas considerados valiosos, que sería lo que justificaría la exigencia de prestarles “cuidado y atención”, y lo que provocaría tanto la “complejidad” como la mayor “duración” a la que haría referencia Hart. Y es precisamente esa vinculación con la promoción de ciertos fines la que determina las funciones (el *status* o rol) que el sujeto desempeña en el marco de la institución social de que se trate. Ocupar un determinado rol o cargo en el marco de una institución social compromete con la persecución de los fines que justifican su propia existencia y la búsqueda del bienestar o las metas o propósitos propios de la institución.

Por ello, estas responsabilidades exigen deliberación<sup>12</sup>: es necesario “pensar sobre ellas y hacer serios esfuerzos para satisfacerlas”.<sup>13</sup> También Goodin<sup>14</sup> remarca la idea de que siempre se requiere preocupación por

---

<sup>12</sup> Cfr. Richardson, Henry S., “Institutionally Divided Moral Responsibility”, en E.F. Paul, F.D. Miller y J. Paul (eds.), *Responsibility*, Cambridge University Press, 1999, pp. 218-249.

<sup>13</sup> Hart, H. L.A., *op. cit.* p. 213

<sup>14</sup> Goodin, Robert E., *Utilitarianism as a Public Philosophy*, Cambridge University Press, 1995, p. 81ss

parte del sujeto, y no basta con que el estado de cosas se produzca (si el mismo se produjera por azar, la responsabilidad se habría desatendido). Y eso es así porque las responsabilidades exigen la producción de ciertos estados de cosas, no acciones determinadas *a priori*. Se trata de situaciones que podríamos definir con el siguiente esquema “X debe procurar que se produzca Y”. Ahora bien, lo más normal es que Y sea un estado de cosas que no esté completamente bajo el control de X<sup>15</sup>. Puede ocurrir que requiera la actuación de un agente distinto a X, es decir, distinto al que tiene la responsabilidad de que se produzca ese resultado. Así, por ejemplo, podemos decir que “los padres son los responsables de que sus hijos vayan a la escuela”. Estas serían las llamadas por Goodin “responsabilidades de supervisión”. También puede ocurrir que se atribuya a un sujeto la responsabilidad de que se produzca un estado de cosas que no sea directamente el resultado de la acción de nadie en particular, aunque sí la consecuencia de una combinación de factores, entre los cuales podemos encontrar acciones de sujetos y hechos naturales (“el concejal de medio ambiente es el responsable de reducir la contaminación atmosférica”).

En este sentido, la atribución de responsabilidades prospectivas suele ir acompañada de una regulación de la conducta de una manera peculiar que consiste en no determinar de antemano la acción o acciones a realizar, sino en atribuir al destinatario (al sujeto responsable) el poder –y deber– de determinar la concreta acción a realizar para la persecución del fin o consecución del resultado a obtener<sup>16</sup>. Se trata por tanto de una regulación a través de un tipo específico de normas, a las que podemos considerar como “normas de fin” y que se contrapondrían a las “normas de acción”<sup>17</sup>. Mientras que estas últimas califican deónticamente una acción,

<sup>15</sup> Cfr. González Lagier, Daniel, “Cómo hacer cosas con acciones (En torno a las normas de acción y a las normas de fin)”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 1997, n° 20, pp. 157-175; quien distingue entre estados de cosas que están completamente bajo el control del destinatario de la norma y estados de cosas que lo están sólo parcialmente.

<sup>16</sup> Véase en este mismo sentido Larrañaga, Pablo, “Responsabilidad de rol y directrices”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 2001, n° 24, pp. 559-579.

<sup>17</sup> Tomo esta distinción de. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996. Dentro de las normas de fin estos autores distinguen

las normas de fin obligan a perseguir o a maximizar un determinado fin<sup>18</sup>, delegando en el destinatario el poder discrecional o la “responsabilidad” de seleccionar el medio óptimo para ello (aquella medida que, a la luz de las circunstancias del caso concreto y atendiendo a las posibilidades fácticas y deónticas, maximiza el fin con el menor coste posible en términos de lesión de bienes y valores protegidos). Por supuesto, el sujeto al que se le atribuye la responsabilidad y el poder discrecional a ella ligado para determinar la concreta acción a realizar, también se verá sometido a muchas otras normas que sí le impongan o prohíban acciones determinadas, y en ese sentido limiten el ámbito de su discrecionalidad.

El sujeto al que se le atribuye la responsabilidad es el que ha de decidir en cada ocasión, y a la luz de las circunstancias particulares de la misma, si ha de actuar y cómo, tarea para la cual se le exige llevar a cabo una deliberación. Como dice Dworkin: “la responsabilidad de función debe incluir un poder de control: algún poder para seleccionar los actos que se llevarán a cabo en el ejercicio de la función prevista”.<sup>19</sup> Es al sujeto responsable al que le corresponde la determinación de la conducta debida, en eso consiste precisamente la discrecionalidad que implica el ejercicio de dichas responsabilidades. Pero eso no quiere decir que la conducta por la que el sujeto

---

entre dos categorías: las reglas de fin y las directrices, que sería la proyección de su distinción entre reglas y principios y aunque coincido con su caracterización de las directrices, no comparto la que realizan en esta obra respecto a las reglas de fin. Según esa caracterización, en el consecuente de una regla de fin nos encontraríamos la calificación deóntica de la “obtención de un estado de cosas” (Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas...*, cit., 1996, p. 7); mientras que en mi opinión sería más adecuado considerar que estas reglas obligarían a maximizar un fin.

<sup>18</sup> Summers destaca las siguientes características de cómo funcionan las razones finalistas: son razones de carácter fáctico (dependen de una relación causal), están orientadas hacia el futuro y presentan un aspecto de graduabilidad. Las dos primeras características implican que estas razones presuponen una relación causal que es en la que se basa la predicción. Ello puede hacernos considerar que, aunque en el futuro pueda no llegar a conseguirse el fin previsto, la razón tuviera fuerza en el momento de la toma de decisión: puede que nos encontremos ante una actuación correcta, pero que no dé el resultado previsible. Véase Summer, Robert, “Two Types of Substantive Reasons: the Core of a Theory of Common-Law Justification”, en *Cornell Law Review*, 1978, vol. 63, n° 5, pp. 707-778.

<sup>19</sup> Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, trad. H. Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 353.

opte no pueda ser controlada<sup>20</sup>, ni que no pueda exigirse responsabilidad (ahora en sentido “retrospectivo”) por su acción o inacción, más bien todo lo contrario: esta responsabilidad determina quién o quiénes (pues puede y suele haber responsabilidades compartidas<sup>21</sup>) deben asumir ciertas funciones en el marco de una institución social y, por lo tanto, quiénes deberán hacerse cargo del fracaso, y en qué grado, si esas funciones no se realizan de manera adecuada. Podríamos decir entonces que son los distintos roles y funciones asignadas *ex ante* (la definición de las responsabilidades prospectivas) las que justificarían la exigencia de los distintos grados de responsabilidad retrospectiva (responsabilidad en el sentido de sancionabilidad).

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la dinámica del cumplimiento de los deberes que implica una responsabilidad es distinta a la del cumplimiento de los deberes fijados por las normas de acción. En este último caso nos encontramos con una lógica binaria: si se ha realizado la acción debida se ha cumplido con el deber y en caso contrario se ha incumplido. Sin embargo, en el caso de los deberes vinculados a las responsabilidades la situación es distinta y opera más bien la lógica de la maximización<sup>22</sup>. Hay ocasiones en las que el objetivo a conseguir puede estar determinado (por ejemplo, alguien puede ser responsable de que un niño esté “bien alimentado”), de modo que -al menos en principio- admitirían un cumplimiento total (aunque hay que tener en cuenta que un cumplimiento que en abstracto puede ser completamente realizable, es posible que, en la práctica y a la luz de los recursos disponibles, sólo pueda ser cumplido en cierto grado); sin embargo en la mayoría de las ocasiones nos encontraremos con objetivos que apuntan a un estado ideal que nunca puede ser completamente obtenido, sino sólo por aproximación; de modo que el sujeto

---

<sup>20</sup> En trabajos anteriores, a los que ahora me remito (por todas, Lifante Vidal, Isabel, *Representación y...*, *cit.*, cap. 3), me he ocupado de las peculiaridades de la justificación de la adopción de una medida en el ejercicio de un poder discrecional, mostrando cómo dicha justificación puede ser jurídicamente controlada.

<sup>21</sup> Cfr. Goodin, Robert E., *op. cit.*, pp. 100 y ss.

<sup>22</sup> En realidad, creo que sería mejor hablar de “optimización”, pues no se trata sólo de conseguir el máximo de ese objetivo, sino hacerlo afectando lo menos posibles a otros bienes y valores protegidos por el sistema normativo de referencia.

responsable nunca puede cumplir completamente con su responsabilidad. En estos casos el esquema de la norma no sería tanto “*X debe procurar que se produzca Y (un estado de cosas determinado)*”, como “*X debe velar por Y (un fin valioso)*”<sup>23</sup>. Ejemplos de este segundo tipo sería la responsabilidad del concejal de medioambiente por la calidad atmosférica; o la de los profesores por el aprendizaje de los alumnos. Estos fines no sólo pueden lograrse en distintos grados, sino que una vez que se obtiene un determinado nivel de satisfacción de los mismos, la responsabilidad no se agota, sino que exigiría seguir avanzando en el logro del objetivo (podríamos decir que el objetivo a alcanzar se va desplazando). Por lo tanto, para evaluar el grado de cumplimiento de una responsabilidad, habrá que tener en cuenta no solo el grado de cumplimiento del fin perseguido, sino también el punto de partida, los medios disponibles, etc.

### III. LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO DE LAS RESPONSABILIDADES PÚBLICAS

Como ya he señalado, uno de los puntos centrales de esta ponencia consiste en sostener que resulta inadecuado reducir el análisis del desempeño de las responsabilidades en general, y las relativas al ejercicio de funciones públicas en particular, a la cuestión de cuándo, según el sistema normativo, puede o debe sancionarse u obligar a indemnizar al sujeto que desempeña dicha responsabilidad. Creo que necesitamos reflexionar también sobre qué es lo que exige el buen desempeño de estas funciones públicas para poder así definir también su contrario: el incumplimiento o la anomia en este ámbito. La atribución jurídica de responsabilidades retrospectivas (sanciones penales o disciplinarias, obligaciones de indemnizar...) a los servidores públicos es sólo un instrumento para favorecer el buen desempeño de sus funciones, de modo que su diseño ha de estar dirigido al logro de dicho fin; fin que ha de poder definirse de manera independiente a la mera ausencia de sanciones o indemnizaciones (dicho de otro modo: el buen “servidor

---

<sup>23</sup> Goodin, Robert E., *op. cit.*, pp. 85-86, habla de “responsabilidades de objetivo fijo” para referirse a las primeras y de “responsabilidades de objetivo variable” [*receding-targets*] para las segundas.

público” no es simplemente el que no da lugar a sanciones o indemnizaciones). Pero es que, además, la atribución de estas sanciones no es el único instrumento disponible y, aunque obviamente necesario, resulta insuficiente para lograr dicho fin<sup>24</sup>. Necesitamos también diseños institucionales que favorezcan el cumplimiento adecuado de estas funciones<sup>25</sup>, políticas que fortalezcan una cultura de la “responsabilidad”, etc.

Pues bien, pretendo ahora plantear algunas ideas sobre qué es lo que exigiría el “buen” desempeño de las responsabilidades atribuidas en el ejercicio de funciones públicas. Tal y como he intentado mostrar en el apartado anterior, al vincularse la regulación de las responsabilidades prospectivas a las normas de fin, lo que exige el ejercicio de una responsabilidad nunca podrá reducirse al mero cumplimiento de un catálogo cerrado de deberes predeterminados en reglas de acción. Pensemos, por ejemplo, en cómo regula la legislación española la responsabilidad en la tramitación administrativa:

---

<sup>24</sup> García Villegas ha llevado a cabo un interesante análisis del fenómeno del incumplimiento del Derecho (en general), señalando diversos “tipos ideales” de mentalidades incumplidoras: los vivos, los rebeldes y los arrogantes (y los taimados y los déspotas que serían modalidades intermedias). Su análisis pone de manifiesto que la falta de eficacia de las sanciones es una de las deficiencias que estaría detrás de algunos de estos casos de incumplimiento (en particular en el caso de lo que considera como comportamiento de los vivos, que estarían movidos por intereses particulares y responderían por tanto a una racionalidad meramente estratégica de cálculo de costes/beneficios), pero no tanto para los otros. Véase García Villegas, Mauricio, “Ineficacia del Derecho e incumplimiento de reglas en América Latina”, en C. Rodríguez Garavito (coord.), *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2011, pp. 161-184.

<sup>25</sup> En un reciente libro, Ramió ha analizado la alarmante situación de la corrupción política en España. Su tesis fundamental es que, aunque la administración pública española sigue estando mayoritariamente al margen de la corrupción, muchas de las causas de las enormes dimensiones del fenómeno de la corrupción de los políticos se encuentran ligadas a un endeble diseño institucional de la administración, que dificulta enormemente la tarea de control que los funcionarios deberían llevar a cabo sobre las actuaciones de los políticos. Entre estas causas Ramió menciona el incremento de los sistemas “clientelares” para la captación de funcionarios o la falta de una regulación de la dirección pública profesional, que conduce a una cierta confusión entre el espacio político y el espacio profesional. Véase Ramió, Carles, *La renovación de la función pública. Estrategias para frenar la corrupción política en España*, Madrid, Catarata, 2016.

“los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y *adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anormalidad en la tramitación de procedimientos*”<sup>26</sup>.

No hay manera de traducir en abstracto y *a priori* este enunciado a un conjunto de acciones prohibidas y acciones obligatorias que agote el cumplimiento de la responsabilidad del gestor. Las medidas habrán de ser determinadas a la luz de las circunstancias de los concretos “obstáculos” que vayan apareciendo. Por supuesto esa norma se irá concretando en una serie de reglas que vayan estableciendo deberes específicos, pero eso no evitará que los “responsables del asunto” tengan que seguir prestando atención a las nuevas situaciones que se puedan plantear, y tengan que deliberar para encontrar la medida más adecuada para cumplir esos fines (ejercicio de los derechos de los interesados y respeto por los intereses legítimos) a la luz de los recursos disponibles.

De este modo, y si pasamos ahora a ver la cuestión en negativo, nos encontramos con que “incumplir” con lo que nos exige una responsabilidad puede ser, por tanto, algo distinto a incumplir un concreto deber de acción prefijado en una regla de acción<sup>27</sup>. Las responsabilidades se atribuyen para conseguir ciertos fines considerados valiosos, y a su vez dichos fines han de ser perseguidos de la manera más coherente con los principios y valores subyacentes a la práctica normativa<sup>28</sup>. Al mismo tiempo, ello muestra la in-

---

<sup>26</sup> Artículo 20 de la Ley española 39/2015 de 1 de octubre de 2015 de Procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

<sup>27</sup> Cfr., en este mismo sentido, Jonas, Hans, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, trad. J.M. Fernández Retenaga, Barcelona, Herder, 1995, pp. 167ss.

<sup>28</sup> Sobre la distinción entre las reglas y los principios, véase. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas...*, *cit.* Una de las categorías que resulta interesante aquí sería la de ilícitos atípicos (en particular la “desviación de poder”), que Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos...*, *cit.* definen precisamente como supuestos de conducta contraria no a reglas sino a principios.



suficiencia de las respuestas que podemos considerar clásicas para la lucha contra el mal desempeño de las funciones públicas<sup>29</sup>: el Derecho sancionatorio, penal o disciplinario (que sólo podrá perseguir acciones claramente prohibidas con anterioridad), o la redacción de catálogos de deberes muy pormenorizados (pensemos en lo que se ha traducido la “calidad” en la función docente: cumplimiento burocratizado de estándares).

Por supuesto que hay muchas conductas “irresponsables” consistentes precisamente en incumplimientos de deberes de ese tipo (de realizar una acción predeterminada en una regla), y que serían por tanto –por utilizar la categoría de Atienza y Ruiz Manero<sup>30</sup>- “ilícitos típicos”, pero también nos encontramos ante casos que no encajarían en esta categoría: pensemos en todas las conductas que, sin violar ninguna regla de acción, pongan en peligro el bien o el fin que la responsabilidad atribuida obliga a perseguir<sup>31</sup>. Dicho de otro modo: para enjuiciar el desempeño de una responsabilidad en el ejercicio de funciones públicas debemos ir más allá del nivel de las reglas de acción de un determinado sistema. Así, por ejemplo, podemos considerar que incumplió con su responsabilidad el cónsul español en Boston que, tras el atentado durante el maratón de 2013, cerró la delegación “a la hora habitual”: dos horas después del atentado<sup>32</sup>. En este sentido, creo que también podría decirse que habría actuado “irresponsablemente” Mariano Rajoy cuando el 22 de enero de 2016, siendo presidente en funciones de España y dirigente del partido más votado en las elecciones

<sup>29</sup> Cfr. Roldán Xopa, José, *La rendición de cuentas y responsabilidad por actividad discrecional y omisión*, México, CIDE, 2013. Disponible en: [http://rendiciondecuentas.org.mx/wp-content/uploads/2013/11/07\\_RCC\\_JoseRoldan\\_190813.pdf](http://rendiciondecuentas.org.mx/wp-content/uploads/2013/11/07_RCC_JoseRoldan_190813.pdf)

<sup>30</sup> Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000.

<sup>31</sup> Incluso me atrevería a decir que hay casos en los que, incumpliendo un determinado deber impuesto en una regla de acción, no se incumple sin embargo con la responsabilidad: un funcionario puede por ejemplo incumplir un plazo al que está sometido en cierta tramitación y no por ello consideraríamos sin más que ha desempeñado mal su responsabilidad (aunque obviamente ese juicio puede no evitar ciertas consecuencias previstas para tal incumplimiento, como pueda ser la nulidad de alguna actuación, etc.).

<sup>32</sup> Saiz, Eva, “Exteriores destituye al cónsul español en Boston por ‘incumplir sus obligaciones’”, *EL PAÍS*, Washington, 16 de abril de 2013, col. Internacional. Disponible en: [https://elpais.com/internacional/2013/04/16/actualidad/1366117225\\_762812.html](https://elpais.com/internacional/2013/04/16/actualidad/1366117225_762812.html)

recién celebradas, declinó la propuesta del Rey de ser el primer candidato a la votación de investidura para la Presidencia del Gobierno<sup>33</sup>. Para entender las consecuencias de dicha renuncia hay que tener en cuenta que si –como parecía ser el caso en ese momento– ningún candidato contase con los apoyos necesarios para ser nombrado presidente y –para evitar el desgaste– todos declinasen ser propuestos en primer lugar, entonces a tenor de lo dispuesto en la Constitución Española<sup>34</sup> no se iniciaría el cómputo del plazo para la convocatoria de nuevas elecciones. Alguien podría alegar que dicha situación indeseable sería simplemente consecuencia de una laguna en la Constitución (por no haber previsto la posibilidad de convocar elecciones anticipadas ante ese impasse) y que no hay ninguna regla jurídica que prohíba a los candidatos declinar la proposición del Rey. ¿Tiene entonces sentido reprochar esa conducta, es decir, considerar que esa actuación implica un incumplimiento de sus responsabilidades públicas? En mi opinión sí, y ello porque creo que el desempeño de la función de dirigente del grupo parlamentario con mayor representación (y de presidente en funciones) exige la necesidad de preocuparse por la estabilidad institucional.

Como hemos visto, la atribución de responsabilidades vinculadas al ejercicio de funciones públicas suele conllevar la atribución de poderes discrecionales que requerirán deliberación por parte del sujeto responsable para determinar la medida a adoptar y que habrá de ser aquella que a la luz de las circunstancias del caso, maximice los fines y valores a desarrollar. Es decir, entre las razones que han de operar para tomar la decisión nos encontramos con razones finalistas, de modo que hemos de tener en cuenta las peculiaridades con las que éstas operan. Siguiendo a Summers<sup>35</sup>, podemos decir que son razones de carácter fáctico (dependen de una re-

<sup>33</sup> Sánchez I., Ana y Medialdea, Sara, “Rajoy, con la aritmética en contra, declina la llamada del Rey a formar gobierno”, *ABC España*, 22 de enero de 2016, col. Nacional. Disponible en: [https://www.abc.es/espana/abci-propondra-mariano-rajoy-como-candidato-investidura-201601221927\\_noticia.html](https://www.abc.es/espana/abci-propondra-mariano-rajoy-como-candidato-investidura-201601221927_noticia.html)

<sup>34</sup> La Constitución Española establece en su artículo 99.5: “Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones con el refrendo del Presidente del Congreso”.

<sup>35</sup> Summers, Robert, *op. cit.*

lación causal), están orientadas hacia el futuro y presentan un aspecto de graduabilidad. Las dos primeras características implican que estas razones presuponen una relación causal que es en la que se basa la predicción. Ello puede hacernos considerar que en el momento de la toma de decisión una razón finalista podía tener mucha fuerza a favor de una determinada actuación, aunque resulte que no se llegó a conseguir el fin previsto (o en la medida prevista): es decir, puede que nos encontremos ante una actuación correcta, pero que a la larga (por hechos imprevisibles o circunstancias imposibles de conocer en el momento de actuar) no dé el resultado previsible. En este sentido, a la hora de evaluar el cumplimiento de una responsabilidad podemos distinguir dos dimensiones: una objetiva, centrada en los resultados obtenidos; y otra subjetiva, centrada en el cumplimiento de los deberes por parte del sujeto y que dependerá de la calidad de la deliberación que le lleva a adoptar una concreta medida y que es la que justificará la realización de reproches personales al sujeto. Ahora me voy a centrar precisamente en esta segunda dimensión.

Antes hemos comentado que los juicios de atribución de responsabilidad en el ámbito de la práctica jurídica cumplen al mismo tiempo una función deóntica o regulativa (de atribución de deberes u otras posiciones jurídicas) y una función constitutiva (atribución de *status* en el marco de la institución). Pues bien, ahora se trata de poner de manifiesto que estos juicios también pueden cumplir una importante función evaluativa. Decir que alguien actuó responsablemente en una determinada ocasión implica llevar a cabo un juicio valorativo positivo frente a dicha acción, juicio que se realiza a la luz de los valores de la práctica normativa en la que nos encontramos (podemos formular estos juicios desde un punto de vista ético, jurídico, político...). Cuando predicamos este concepto valorativo de responsabilidad del carácter de un individuo (“*El sujeto X es responsable*”), estaríamos haciendo referencia a la responsabilidad entendida como virtud (que también puede ser de distinta índole atendiendo al ámbito en el que la predicamos). Solemos decir que una “persona responsable” es aquella que pone cuidado y atención en lo que hace, y que dicha atención ha de estar encaminada precisamente a preocuparse por las consecuencias de

sus acciones, ha de procurar obtener las “mejores” consecuencias<sup>36</sup>. Ahora bien, la preferencia de unas posibles consecuencias sobre otras (su consideración como mejores o peores) dependerá precisamente de los fines o valores que el sujeto responsable haya de perseguir en el caso en cuestión. Por otro lado, al poner el acento en el aspecto de promoción de fines y valores, la virtud de la responsabilidad suele vincularse con la idea de coherencia o integridad: una persona que actúa de forma íntegra sería aquella que deriva sus acciones y creencias de un grupo de valores esenciales.<sup>37</sup> Y actuar “responsablemente” sería equivalente a actuar de forma coherente con esos valores, creencias y principios. En este sentido, Dworkin sostiene que la epistemología de una persona responsable es una epistemología “interpretativa”<sup>38</sup>: alguien es responsable en la medida en que sus diversas interpretaciones concretas alcanzan una integridad global, de manera que cada una de ellas respalda a las demás en una red de valor a la que presta adhesión.<sup>39</sup>

El desempeño adecuado de las responsabilidades públicas, aquellas encomendadas en el marco de una práctica normativa a ciertos sujetos para que procuren la consecución de objetivos en beneficio de intereses generales, exigirá que las acciones del sujeto resulten coherentes con los fines y valores que pretende desarrollar la institución en la que se incardina la concreta función objeto de responsabilidad. Se trata de actuaciones que han de gestionar no intereses propios del sujeto que actúa, sino intereses

---

<sup>36</sup> Como es sabido, Weber consagró la contraposición entre lo que denominaba la “ética de las convicciones” (deontologista) y la “ética de las responsabilidades” (consecuencialista). No quiero ahora entrar en las distintas lecturas sobre la posible compatibilidad de ambas éticas en la obra de Weber, sino simplemente remarcar es que la llamada “ética de la responsabilidad” pone en primer plano la relevancia de las consecuencias. Véase Weber, Max, *El político y el científico*, trad. F. Rubio Llorente, 7ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1981, pp. 163-164.

<sup>37</sup> Villoria, Manuel, “Integridad”, en *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2012, n° 1, p. 108.

<sup>38</sup> Sobre cómo entender en general esta “epistemología interpretativa” en el conjunto de la obra dworkiniana me he ocupado en un trabajo anterior, véase Lifante Vidal, Isabel, “El Derecho como práctica interpretativa”, en J.M. Sauca (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del Derecho*, Madrid, CEPC, 2015, pp. 159-180.

<sup>39</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 132.

ajenos (en particular, los intereses generales)<sup>40</sup>, por lo que el concepto de representación puede resultarnos aquí de utilidad: el deber del representante se define atendiendo precisamente a la maximización de los intereses de aquello que se representa y que puede ser no sólo uno o varios individuos, sino también una institución, o intereses colectivos<sup>41</sup>. En este sentido, los fines a perseguir y los valores por los que velar, le vienen —por así decir— impuestos al sujeto que ostenta la responsabilidad al que se le exigirá “lealtad” a los mismos.

#### IV. ALGUNOS TIPOS DE INCUMPLIMIENTO DE RESPONSABILIDADES PÚBLICAS: CORRUPCIÓN, FORMALISMO, DESIDIA E INCOMPETENCIA

Pasemos ahora a analizar las distintas maneras en que alguien puede incumplir las responsabilidades públicas que tenga encomendadas. Hemos visto que el correcto desempeño de una responsabilidad exige prestar atención a los fines y valores por los que ha de velar en el desempeño de su función, adoptando la medida más adecuada para optimizar esos fines a la luz de las circunstancias del caso concreto. Pues bien, dependiendo de cuáles de esas exigencias se desatiendan, podemos distinguir varios tipos de incumplimiento de una responsabilidad<sup>42</sup>: 1) aquellos casos en los que el sujeto actúa persiguiendo fines distintos a aquéllos por los que ha de velar en el desempeño de su función pública (serían supuestos de “deslealtad”

<sup>40</sup> Por supuesto también podemos encontrarnos con gestores de intereses ajenos pero privados; muchas de las cosas que aquí señalaré serán aplicables también a estos supuestos, pero aquí nos interesa la gestión de intereses públicos.

<sup>41</sup> En otros trabajos (véase, por todos, Lifante Vidal, Isabel, *Representación... cit.*, cap. 1) me he ocupado de caracterizar tres tipos de representación práctica: la representación individual, la colectiva y la institucional. Allí defendí que la relación representativa implica siempre la obligación de actuar “en interés de” los representados.

<sup>42</sup> Esta clasificación está inspirada (de manera bastante libre) en los tres modos de actuar irresponsablemente (es decir, al margen de los principios que han de regir su actuación) que Dworkin señala, aunque referidos a la responsabilidad ética: aquélla que tenemos respecto a cómo vivir nuestra propia vida. El primero sería la falta de sinceridad o compromiso con los principios; el segundo, la desconexión entre los principios abstractos aceptados y las acciones realizadas; y el tercero, la esquizofrenia moral o compartimentación entre los distintos principios (Dworkin, Ronald, *op. cit.*, pp. 135 y ss.).

con los principios expresivos de los fines que han de regir su actuación); 2) aquellos casos en los que sólo se persiguen algunos de esos fines, desentendiéndose del resto (serían supuestos de compartimentación o deficiente integridad o coherencia entre los diferentes principios por los que el sujeto ha de velar en su actuación); 3) aquellos casos en los que el sujeto no presta la debida atención a la determinación de la medida adecuada para la consecución de los fines por los que ha de velar (serían supuestos de desidia o falta de voluntad); y 4) aquellos casos en los que el sujeto selecciona, por incompetencia, medios inadecuados para la persecución de los fines encomendados. Obviamente esta tipología no pretende ser una clasificación exhaustiva ni excluyente, y la misma representaría algo así como “tipos ideales” de incumplimiento, pero que en la práctica pueden y suelen darse conjuntamente. Ahora bien, creo que la misma puede ayudarnos a pensar sobre los mecanismos de prevención de dichos incumplimientos, dado que cada uno de ellos estaría típicamente conectado con alguno de los grandes males de la actuación al servicio de los intereses públicos: la corrupción, el formalismo, la desidia y la incompetencia.

El primer supuesto sería aquel en el que el sujeto que ostenta la responsabilidad no actúa de acuerdo con los principios (fines o valores) a los que debe lealtad: la medida adoptada por el sujeto no persigue promover los fines y valores que han de guiar el ejercicio de su función. Recordemos que el servidor público no gestiona sus propios intereses, sino intereses públicos definidos normativamente, y es por éstos por los que ha de velar en su actuación. En este sentido incumpliría su responsabilidad quien no actuara guiado por la defensa de los intereses públicos, sino por sus propios intereses o por otros intereses particulares. La mayoría de casos que usualmente consideramos como “corrupción” se incardinarían en estos supuestos de deslealtad a los principios que han de regir la actuación del servidor público. No es fácil ofrecer una definición omnicomprendensiva para todo aquello que calificamos como corrupción, pero creo que la clave se encuentra precisamente en la sustitución de los intereses por los que un sujeto ha de velar en función de su cargo por otros intereses particulares (sean propios o

ajenos)<sup>43</sup>. En este sentido, Manuel Atienza ha definido un acto de corrupción como “aquel que supone el incumplimiento de un deber vinculado a alguna posición social y efectuado normalmente de manera oculta con el propósito de obtener un beneficio indebido”<sup>44</sup>. El caso paradigmático de conducta corrupta de un servidor público sería el que utiliza su cargo para enriquecerse, o para favorecer a amigos o allegados. Aquí nos encontramos desde los casos considerados como “corrupción de alta intensidad”, como el amaño de una contratación pública a cambio de una comisión para sí mismo o su partido político (o para ambos); hasta los casos que suelen calificarse como “corrupción de baja intensidad”, como el de un profesor que aprueba al hijo de un colega para mantener una cómoda relación laboral, o el del médico que receta una determinada marca de medicamentos no por sus cualidades sino por las ventajas que le ofrece el correspondiente visitador médico. Pero alguien podría también apartarse de los fines a los que ha de servir no por razones basadas en el interés (conseguir un beneficio indebido), sino, por ejemplo, por adhesión a otros principios distintos a los que el Derecho establece para su ámbito de actuación; de modo que sería su compromiso con esos principios o valores ajenos a los impuestos por el Derecho los que le llevarían a apartarse de la maximización de los fines que ha de perseguir en cumplimiento de su responsabilidad<sup>45</sup>. Imagi-

<sup>43</sup> Me aparto así, de una definición más estricta de corrupción, como la que adoptan Garzón (en Garzón Valdés, Ernesto, “Acerca de la calificación moral de la corrupción. Tan solo una propuesta”, en *Isonomía*, 2004, n° 21, pp. 9-19.) y Vázquez (en Vázquez, Rodolfo, “Corrupción política y responsabilidad de los servidores públicos”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2007, 30, pp. 205-216.). Sobre mis discrepancias conceptuales (por otro lado, muy menores) con estos autores, véase. Lifante Vidal, Isabel, “Responsabilidad *versus* corrupción: A propósito de algunas tesis de Rodolfo Vázquez”, en *Entre la libertad y la igualdad: Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, México, UNAM, 2017, t. II, pp. 103-126.

<sup>44</sup> Atienza, Manuel, “Corrupción y ética judicial”, *INFORMACIÓN*, col. Opinión. Disponible en: [https://www.diarioinformacion.com/secciones/noticiaOpinion.jsp?pRef=2009081600\\_8\\_920999\\_\\_Opinion-Corrupcion-etica-judicial](https://www.diarioinformacion.com/secciones/noticiaOpinion.jsp?pRef=2009081600_8_920999__Opinion-Corrupcion-etica-judicial)

<sup>45</sup> En este punto vuelvo a traer a colación el análisis del fenómeno del incumplimiento del Derecho de García Villegas (García Villegas, Mauricio, *op. cit.*), donde se distinguen tres “tipos ideales” de mentalidades incumplidoras del Derecho: la viveza (el incumplimiento para maximizar el interés propio), la rebeldía (incumplimiento para defenderse de normas consideradas ilegítimas); y la arrogancia (incumplimiento por considerar que hay valores que prevalecen a los impuestos por las normas).

nemos el caso de un rector de una universidad pública (en un Estado social de Derecho) que estuviera convencido de las ventajas de la competencia y libre mercado en materia educativa, y que desempeñara su cargo orientado a maximizar este fin, desentendiéndose de la calidad de la educación pública. Si consideramos que su actuación no pretende la obtención de beneficio alguno (ni para sí ni para allegados con intereses en la educación privada), este caso quizás no sería calificado en sentido estricto como “corrupción”, pero se trataría igualmente de un supuesto de incumplimiento de una responsabilidad pública por deslealtad a los fines y valores que ha de perseguir.

El segundo supuesto de incumplimiento sería el de aquellos casos en los que sólo se persiguen algunos de los diferentes fines por los que se ha de velar en el ejercicio de una función, desentendiendo del resto; serían por tanto supuestos en los que se produce una compartimentación o deficiente integridad o coherencia entre los diferentes principios que han de regir la actuación del sujeto. Normalmente en el desempeño de cualquier función pública, el sujeto no sólo ha de velar por un fin o valor determinado, sino por varios al mismo tiempo; de modo que este sujeto se encuentra con que debe lealtad a distintos principios que pueden entrar en colisión entre sí. La actuación responsable implicará que el sujeto lleve a cabo la necesaria deliberación para determinar qué concepción o especificación de esos principios es la que resulta más coherente con el conjunto de los valores; por el contrario, la actuación irresponsable será la de quien no lleva a cabo esta tarea de integración de los distintos principios relevantes. Puede que el sujeto no lo intente en absoluto (por pura pereza) y opte por uno de ellos sin tomar el otro en cuenta; o que lo intente, pero lo haga de manera deficiente porque no encuentre una concepción y especificación de esos principios que resulte coherente con todos ellos y que pueda aceptar, optando entonces por una “compartimentación” de la vigencia de esos principios sin encontrar una justificación para la misma. Para actuar responsablemente es necesario, por tanto, ser también diligente y perseverante (prestar aplicación, celo y esfuerzo). Creo que esta compartimentación sería la que está detrás de muchas de las actuaciones que consideraríamos



ejemplos de conducta “formalista”, en las que el sujeto se preocupa solo de uno de los principios que han de regir su actuación (la seguridad jurídica), olvidando los otros y no intentando buscar una concepción del mismo que lo haga compatible con los otros principios a los que también debe lealtad<sup>46</sup>. Pensemos, por ejemplo, en un burócrata que se empeña en aplicar rigurosamente un procedimiento, diseñado a partir de unas determinadas situaciones típicas, a otras situaciones claramente distintas a aquéllas, sin llevar a cabo la necesaria adaptación. Otro caso paradigmático de conducta “burócrata” (en el sentido peyorativo del término<sup>47</sup>) sería el de quien antepones las formalidades más nimias a la consecución de cualquier objetivo valioso del procedimiento; así, por ejemplo en marzo de 2015 el ministerio de economía español dejó sin financiación pública a prestigiosos grupos de investigación consolidados por lo que consideró “errores de forma no subsanables”, en concreto: presentar un *curriculum* de seis páginas cuando el máximo establecido eran cuatro<sup>48</sup>. Por supuesto, los diseños institucionales son también relevantes para potenciar o minimizar estas conductas; así, por ejemplo, cuando las competencias entre los distintos órganos están muy compartimentadas, se propicia que los funcionarios pierdan de vista el proceso en su conjunto y los fines al servicio de los cuales dichos procesos están diseñados.

---

<sup>46</sup> También los supuestos que –desde el otro extremo– suelen calificarse como “activismo” pueden ser vistos como ejemplos de esta “compartimentación” de los principios (en este caso por dejar fuera de la ponderación al valor de la seguridad jurídica). En el texto me refiero fundamentalmente a las conductas formalistas porque, en el ámbito de los servidores públicos o funcionarios en general, éstas suelen ser un tipo de conductas “irresponsables” mucho más generalizadas.

<sup>47</sup> Muchos de estos casos de “burócratas formalistas” se incardinarían en los supuestos de anomia que Merton caracterizaba como conducta ritualista, en los que se abandonan los objetivos y se respetan casi de manera compulsiva los medios institucionales (Merton, Robert K., *Teoría y estructura sociales*, trad. F.M. Torner y R. Borques, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 229 y ss.). Por otro lado, algunas de estas conductas pueden ser difícilmente distinguibles de las conductas “acomodaticias” a las que a continuación haré referencia.

<sup>48</sup> Domínguez, Nuño, “El Gobierno deja sin financiación a cientos de científicos por el formato de su currículum”, *EL PAÍS*, 25 de marzo de 2015, col. Política Científica. Disponible en: [https://elpais.com/elpais/2015/03/25/ciencia/1427302389\\_543128.html](https://elpais.com/elpais/2015/03/25/ciencia/1427302389_543128.html)

El tercer tipo de incumplimiento se daría cuando el sujeto no presta la debida atención a la determinación de la medida adecuada para la consecución de los fines por los que ha de velar. Ya no se trata de los casos en que un sujeto presta atención a las consecuencias de sus acciones, pero a la luz de principios distintos a los que debe lealtad por su cargo o sólo fijándose en alguno de ellos; sino de aquellos otros casos en los que el sujeto se despreocupa de su responsabilidad a la hora de definir cuál debería ser su actuación (aquella que optimiza los fines y valores por los que ha de velar), por desidia o cesión frente a influencias externas. En el marco de instituciones jerárquicamente estructuradas (en las que los distintos roles desempeñados definen de manera muy señalada relaciones de autoridad, coordinación o vigilancia entre distintos sujetos) es usual que se acaben diseñando de manera informal procedimientos y códigos de conducta que conforman el tipo de acciones que un sujeto puede emprender, y que la actuación fuera de este contexto pueda implicar cierto coste para un sujeto<sup>49</sup> (no promoción, pérdida de prestigio, o simple incomodidad en la institución); de modo que estos factores motivan a los individuos a someterse, generando cierto grado de servilismo, cierta inercia acomodaticia que hace que el sujeto abandone su responsabilidad, es decir, que no actúe de acuerdo con lo que considera la mejor manera de desempeñar las funciones que tiene encomendadas a la luz de los principios y valores a los que debe adhesión, sino que opte por realizar (por acción u omisión) lo que en términos personales le va a resultar más cómodo. Pensemos en el funcionario que sospecha de la irregularidad de una contratación, pero que ante las posibles consecuencias lesivas que se derivarían de una posible actuación por su parte, y ante las dificultades de que una hipotética denuncia salga adelante, decidir mirar hacia otro lado; o el profesor de una universidad pública que decide no oponerse públicamente a un plan de estudios que considera nefasto... Estos supuestos de desidia, a los que podríamos llamar genéricamente “conductas acomodaticias”, nos muestran que la actuación

---

<sup>49</sup> Cfr. Iglesias Villa, “Violencia ambiental, liberalismo y responsabilidad”, *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*, Paper 21, 2003, p 14. [http://digitalcommons.law.yale.edu/yjs\\_sela/21](http://digitalcommons.law.yale.edu/yjs_sela/21).

responsable no exige sólo lealtad a los principios, sino también otras virtudes -como la valentía o la autonomía intelectual- para llevar a la práctica aquello que se cree justificado. Y, por supuesto, muestran también la gran relevancia que posee contar con diseños institucionales apropiados que no acaben generando desmotivación y desidia por parte de los servidores públicos<sup>50</sup>.

Por último, nos encontramos con aquellos casos en los que el sujeto selecciona medios que resultan inadecuados para la persecución de los fines encomendados. Aunque un sujeto se preocupe efectivamente por los fines por los que ha de velar en el desempeño de su cargo, es posible que se equivoque en su opción y adopte una medida inadecuada para la persecución de dichos fines: la actuación a la que su deliberación le conduce no es la que objetivamente sirve mejor a los intereses por los que ha de velar. Se trata de un tipo de incumplimiento debido a lo que podemos considerar como incompetencia del sujeto para desempeñar adecuadamente su función. En este sentido, hemos de ser conscientes de que para el óptimo desempeño de una función pública se requiere no sólo lealtad a los fines institucionales y preocupación y celo en el desempeño del cargo<sup>51</sup>, sino también poseer ciertas capacidades intelectuales y otras virtudes como la *phronesis* o sabiduría práctica, apertura de mente, etc<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> También García Villegas (García Villegas, Mauricio, *op. cit.*, p. 175) hace referencia a que gran parte del comportamiento cumplidor (o incumplidor) se explica en términos de “*habitus*” (utilizando la terminología de Bourdieu). El sujeto incumplidor no siempre –señala este autor- responde a una racionalidad bien sea valorativa o instrumental. Hay que tener en cuenta que muchas veces operan otras normas (no jurídicas) a las que el sujeto se adhiere no necesariamente por interés o por convicción, sino por la acción de este “*habitus*” que tiene algo de irreflexivo y por lo tanto de abandono de lo que la responsabilidad exigiría: prestar atención a la situación y preocuparse por la consecución de los fines perseguidos.

<sup>51</sup> De todos modos, y aunque el hecho de que los servidores públicos actúen “responsablemente” no sea condición suficiente para el efectivo logro de los fines perseguidos, creo que es sin duda muy relevante: Un sujeto “desleal” con los intereses por los que ha de velar puede en una determinada ocasión “acertar”, adoptando la medida que objetivamente maximice dichos intereses. Ahora bien, dicho “acierto” será puramente contingente, pues las motivaciones que realmente guían al sujeto no son la persecución de dichos intereses, sino de otros distintos, que en el caso concreto pueden converger con aquéllos.

<sup>52</sup> Cfr. Amaya, Amalia, “Virtudes y filosofía del Derecho”, en *Enciclopedia de Teoría*

Hemos visto que algunos casos de mal desempeño de una responsabilidad pública tienen que ver con que la actuación del sujeto no vela por los intereses a los que ha de servir (sustituyéndolos por otros, u ocupándose sólo de algunos de ellos), mientras que otros se explican por la desidia o falta de capacidad del sujeto para desempeñar adecuadamente sus funciones. Las estrategias para luchar contra cada uno de estos incumplimientos han de ser distintas. Por supuesto hace falta la atribución de responsabilidades retrospectivas (sanciones u obligaciones de indemnizar), quizás también distintas según los casos<sup>53</sup>, pero junto a ello necesitamos diseños institucionales que dificulten estas conductas y promuevan en este ámbito público la realización de las conductas adecuadas. La mayoría de esfuerzos en este ámbito se dirigen a que las actuaciones de los servidores públicos no estén motivadas por intereses espurios. Se trata de conseguir que en el ámbito de las decisiones públicas las razones justificativas y las razones explicativas tiendan a coincidir<sup>54</sup>, minimizando los casos de corrupción. Muchas de las medidas que hoy se reclaman vinculadas a los principios de “transparencia”, “responsabilidad” o “buen gobierno” van precisamente en esa línea; se trata de prevenir posibles conflictos de intereses (a través del régimen de incompatibilidades, del control de “puertas giratorias”, de una máxima publicidad de las actuaciones de las administraciones públicas...). Pero quizás

---

*y Filosofía del Derecho*, México, UNAM, 2015, vol. 3, pp. 1758-1810. Esta autora recoge un catálogo de virtudes referidas específicamente a la figura del juez, pero que en su gran mayoría serían también aplicables al resto de funciones públicas (jurídicas o políticas).

<sup>53</sup> Así, por ejemplo, en el ámbito privado de la responsabilidad de los administradores mercantiles, Paz Ares (Paz Ares, Cándido, “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2003, n<sup>o</sup>4.) ha propuesto diferenciar claramente entre las responsabilidades (retrospectivas) por negligencia (incumplimiento de deberes de cuidado) y por deslealtad (incumplimiento de deberes de lealtad), sosteniendo que hay razones para ser indulgentes con las negligencias (porque en estos casos no habría conflicto de intereses entre el administrador y la empresa, sino más bien lo contrario), pero no con las deslealtades.

<sup>54</sup> Referido al específico ámbito judicial, Aguiló Regla (Aguiló Regla, Josep, “De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces”, en *Jueces para la democracia*, 2003, 46, pp. 47-56.) ha defendido la importancia de que ambas razones coincidan, señalando que ésta sería la finalidad de las instituciones vinculadas a los principios de independencia e imparcialidad.

necesitemos diseñar también estrategias que minimicen los otros tipos de comportamientos irresponsables (el formalismo, la desidia, la incompetencia...) y, en este sentido, creo que un primer —aunque modesto— paso es precisamente sacarlas a la luz como tales conductas contrarias a lo que el Derecho exige.

## BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.
- \_\_\_\_\_, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000.
- AMAYA, Amalia, “Virtudes y filosofía del Derecho”, en *Enciclopedia de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, UNAM, 2015, vol. 3.
- DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8ª ed., Madrid, Taurus, 1992.
- DWORKIN, Ronald, *Justicia para erizos*, trad. H. Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, “Ineficacia del Derecho e incumplimiento de reglas en América Latina”, en C. Rodríguez Garavito (coord.), *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2011.
- GOODIN, Robert E., *Utilitarianism as a Public Philosophy*, Cambridge University Press, 1995.
- HART, H. L.A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1968.
- IGLESIAS VILA, Marisa, “Violencia ambiental, liberalismo y responsabilidad”, *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*, Paper 21, 2003. [http://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/21](http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/21).
- JONAS, Hans, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, trad. J.M. Fernández Retenaga, Barcelona, Herder, 1995.
- LIFANTE VIDAL, Isabel, *Representación y responsabilidad*, México, Fontamara, 2018.
- \_\_\_\_\_, “Responsabilidad versus corrupción: A propósito de algunas tesis de Rodolfo Vázquez”, en *Entre la libertad y la igualdad: Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, México, UNAM, 2017, t. II.

- \_\_\_\_\_, “El Derecho como práctica interpretativa”, en J.M. Sauca (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del Derecho*, Madrid, CEPC, 2015.
- MERTON, Robert K., *Teoría y estructura sociales*, trad. F.M. Torner y R. Borques, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- RAMIÓ, Carles, *La renovación de la función pública. Estrategias para frenar la corrupción política en España*, Madrid, Catarata, 2016.
- RICHARDSON, Henry S., “Institutionally Divided Moral Responsibility”, en E.F. Paul, F.D. Miller y J. Paul (eds.), *Responsibility*, Cambridge University Press, 1999.
- ROLDÁN XOPA, José, *La rendición de cuentas y responsabilidad por actividad discrecional y omisión*, México, CIDE, 2013. Disponible en: [http://rendiciondecuentas.org.mx/wp-content/uploads/2013/11/07\\_RCC\\_JoseRoldan\\_190813.pdf](http://rendiciondecuentas.org.mx/wp-content/uploads/2013/11/07_RCC_JoseRoldan_190813.pdf).
- WEBER, Max, *El político y el científico*, trad. F. Rubio Llorente, 7ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1981.

#### HEMEROGRAFÍA:

- AGUILÓ REGLA, Josep, “De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces”, en *Jueces para la democracia*, 2003, 46.
- ATIENZA, Manuel, “Corrupción y ética judicial”, *INFORMACIÓN*, col. Opinión. Disponible en: [https://www.diarioinformacion.com/secciones/noticiaOpinion.jsp?pRef=2009081600\\_8\\_920999\\_\\_Opinion-Corrupcion-etica-judicial](https://www.diarioinformacion.com/secciones/noticiaOpinion.jsp?pRef=2009081600_8_920999__Opinion-Corrupcion-etica-judicial).
- DOMÍNGUEZ, Nuño, “El Gobierno deja sin financiación a cientos de científicos por el formato de su currículum”, *EL PAÍS*, 25 de marzo de 2015, col. Política Científica. Disponible en: [https://elpais.com/elpais/2015/03/25/ciencia/1427302389\\_543128.html](https://elpais.com/elpais/2015/03/25/ciencia/1427302389_543128.html).
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Acerca de la calificación moral de la corrupción. Tan solo una propuesta”, en *Isonomía*, 2004, n° 21.
- \_\_\_\_\_, “El enunciado de responsabilidad”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 1996, n° 19.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Cómo hacer cosas con acciones (En torno a

las normas de acción y a las normas de fin)”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 1997, n° 20.

LARRAÑAGA, Pablo, “Responsabilidad de rol y directrices”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 2001, n° 24.

PAZ ARES, Cándido, “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2003, n°4.

SAIZ, Eva, Exteriores destituyen al cónsul español en Boston por “incumplir sus obligaciones”, *EL PAIS*, Washington, 16 de abril de 2013, col. Internacional. Disponible en: [https://elpais.com/internacional/2013/04/16/actualidad/1366117225\\_762812.html](https://elpais.com/internacional/2013/04/16/actualidad/1366117225_762812.html).

SÁNCHEZ I., Ana y MEDIALDEA, Sara, “Rajoy, con la aritmética en contra, declina la llamada del Rey a formar gobierno”, *ABC España*, 22 de enero de 2016, col. Nacional. Disponible en: [https://www.abc.es/espana/abci-propoundra-mariano-rajoy-como-candidato-investigadura-201601221927\\_noticia.html](https://www.abc.es/espana/abci-propoundra-mariano-rajoy-como-candidato-investigadura-201601221927_noticia.html).

SUMMERS, Robert, “Two Types of Substantive Reasons: the Core of a Theory of Common-Law Justification”, en *Cornell Law Review*, 1978, vol. 63, n° 5.

UPRIMNY, Rodrigo, “Estado de Derecho”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2014, n° 5.

VÁZQUEZ, Rodolfo, “Corrupción política y responsabilidad de los servidores públicos”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2007, 30.

VILLORIA, Manuel, “Integridad”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2012, n° 1.

## LEGISGRAFÍA

Constitución Española, publicada en el Boletín Oficial del Estado, de 29 de diciembre de 1978, núm. 311, España, disponible en <https://www.boe.es>

Ley española 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 2 de octubre de 2015, núm. 236, España. Disponible en <https://www.boe.es>.

# APARIENCIAS DE DEMOCRACIA COMO RESULTADO DE LA DEGENERACIÓN DEL PODER EN LAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÁNEAS

Abril USCANGA BARRADAS\*

*“por más consolidadas que estén las instituciones de garantía, siempre queda la posibilidad de la confusión y el sometimiento del controlador al controlado. [...] De igual forma, sigue existiendo la posibilidad de que otros poderes sociales se hagan tan fuertes que sean, por decirlo de alguna manera [constitucionalmente inmunes], sustrayéndose en la práctica a cualquier forma de control eficaz y sobrepasando impunemente los límites que les imponen las normas fundamentales”.*

Ermanno Vitale

## I. INTRODUCCIÓN

La naturaleza social del hombre unida a la necesidad de éste de alcanzar una mejor calidad de vida en todos sus aspectos fueron piezas clave para desarrollar, de una forma constante, un proceso de intervención y regulación social que actualmente conocemos como política.

El origen de la política actual se encuentra en la Antigua Grecia; lugar donde el pensamiento político y la participación social consiguieron una gran evolución que sirvieron no solo para asentar los cimientos de la práctica política, sino también para crear un sistema de representación del pueblo en la toma de decisiones y, por tanto, de un mecanismo para ejercer el poder en la sociedad.

Las facultades que concedía la política eran y siguen siendo muy amplias, de modo que el ejercicio de ésta implicaba necesariamente, bien fuera de una forma directa o indirecta, el ejercicio de una cierta cantidad de poder. Es así que, dada la necesidad de virtuosismo del político y la responsabilidad de ejercer el poder social, surgieron propuestas de modelos

---

\* Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, [auscangab@derecho.unam.mx](mailto:auscangab@derecho.unam.mx), ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-5650-4740>>.



políticos tales como el presentado por el filósofo griego Platón, quien abogó por implantar un Estado en el que el gobierno estuviese a cargo de una élite dirigente. La explicación que dio Platón para justificar su planteamiento fue aseverar que todas las formas de gobierno tienden a degenerarse, con lo que el hecho de dejar en manos de unos pocos privilegiados el ejercicio de la política y, por ende, del poder, haría que en su opinión la pureza de ese Estado propuesto no se adulterara.

Con el transcurrir de los años se puede advertir que ese modelo propuesto por Platón no es eficaz, pues crear una oligarquía política, lejos de generar un clima de estabilidad social propicia todo lo contrario; sin embargo, en ese planteamiento hay una cuestión que cuenta con un muy alto grado de certeza y es que, efectivamente, puede llegar a pensarse que todas las formas de gobierno tienden a degenerarse. Ahora bien, llegados a este punto habría que lanzar la siguiente interrogante: ¿esa degeneración viene dada por el sistema en sí mismo, es decir, por una imperfección intrínseca de éste o por una práctica defectuosa de la representación social por parte de los políticos?

La respuesta no es sencilla ya que, como se irá viendo a lo largo del presente escrito, no son pocas las ocasiones en que las fronteras del sistema político y el actuar de los políticos se entrelazan de una forma tal que provocan grandes confusiones a la hora de determinar dónde termina la responsabilidad de uno y empieza la del otro.

Continuando con la explicación acerca de la importancia de la política y los modelos políticos de los Estados, debe resaltarse el pensamiento de Aristóteles plasmado a lo largo de su obra titulada “*La Política*”, en la cual definió al hombre como un animal político que no puede realizarse sino mediante su pertenencia en una comunidad política y, al mismo tiempo, planteaba las formas de gobierno deseables –aristocracia, monarquía y *politeia*– en detrimento de los sistemas políticos considerados rechazables –tiranía, oligarquía y democracia pura–.

Los debates y largos ríos de tinta a los que ha dado lugar el estudio de la política han hecho que diversos y notorios autores hayan emitido su opinión respecto de la participación política y de la creación e implantación de los sistemas políticos más aconsejables. A modo de ejemplo se pueden

citar a: Benjamin Barber, Norberto Bobbio, Ermanno Vitale, Maurizio Viroli, Philip Pettit, Cass Sunstein, entre otros.

La relación directa y evidente que existe entre política y poder ha hecho que, desde hace ya algún tiempo y de forma desafortunada, aquella se haya convertido en un elemento dúctil, pues como se ha demostrado en la realidad, los sistemas políticos de gran parte del mundo adolecen de un importante componente de corrupción desde su origen, generando que muchos se alejen del fundamento esencial de la política como medio de representación de la colectividad para convertirla en un instrumento de beneficio propio.

En este sentido, las enormes posibilidades que pueden surgir en la democracia contemporánea -relacionada a las formas de obtener el poder de forma legítima o ilegítima, legal o ilegal-, han generado así un ambiente más que propicio para que se desvirtúen las reglas democráticas.

## II. APARIENCIAS DE DEMOCRACIA: LA NECESIDAD DE INSTITUCIONES QUE LEGITIMEN EL ACTUAR ESTATAL

Como ya se advirtió con anterioridad, el ejercicio del poder representa una gran responsabilidad, pero al mismo tiempo y desgraciadamente, también genera un enorme atractivo en algunas (o muchas, según sea el caso) de las personas que lo pretenden ostentar a lo que cabe recordar lo que manifestó Platón al afirmar que todas las formas de gobierno tienden a degenerarse.

La propia naturaleza y características del sistema político democrático -el cual es necesario advertir que es el de mayor adopción y aceptación en el mundo-, hace que el poder se encuentre depositado en el pueblo, quien lo ejerce a través de sus representantes. Una manifestación clara y expresa de esto se recoge en el artículo 39 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual indica: *“La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste”*. Como añadido a lo establecido por este precepto se debe aludir a lo dispuesto por el artículo 41 de nuestra Carta Magna, que señala que *“El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, [...] y por los de*

*los Estados [...] en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal”.*

Este sistema de representatividad del poder es prácticamente perfecto en la teoría; sin embargo, la práctica ha venido demostrando de una forma reiterada que adolece de importantes fallos siendo, algunos de ellos, el surgimiento de las democracias aparentes o democracias fachadas.

Cuando se habla de democracia parece que un aura de legitimidad y justicia la rodea, haciendo de ella un vocablo prácticamente imprescindible en todo acto normativo, de tal forma que hoy en día es difícilmente concebible la existencia de un acuerdo, lineamiento, actuación o estructura que no esté impregnada de esa noción de democracia entendida como elemento equivalente de justicia cuasi universal.

Ese ideal que genera la palabra democracia en la conciencia social ha hecho que el sistema político democrático se haya convertido en el modelo hegemónico en el mundo occidental actual. Ahora bien, llegados aquí es necesario advertir una cuestión muy importante, pues el hecho de que un país se autoproclame democrático no quiere decir que en realidad lo sea. Es así que hablar de democracia es algo positivo siempre y cuando ello se traduzca en la materialización de actuaciones que se corresponden con los principios democráticos sin que se disfrace bajo su nombre el ejercicio de un sistema que poco o nada tiene que ver con esta forma de gobierno.

Si se realiza un análisis, se podrán encontrar naciones que dicen ser democráticas más, sin embargo, en la práctica restringen las libertades de sus ciudadanos coaccionando su libertad de expresión, limitando el pluralismo jurídico o reduciendo la legitimidad de las instituciones gubernamentales, propiciando, en conclusión, un autoritarismo efectivo, todo esto es aparentado bajo un velo que cubre el verdadero actuar estatal.<sup>1</sup>

Como se señaló algunas líneas arriba, el sistema democrático representa en la teoría el ideal de perfección social, jurídica y/o política, pues a través de él se canaliza la voluntad de la colectividad, es por ello que todo país

---

<sup>1</sup> Held, David, *Modelos de democracia*, trad. de Teresa Alberro, España, Alianza, 1992, p. 15.

que no haga gala de la palabra democracia en su nomenclatura o en su legislación es rechazado y condenado automáticamente por la comunidad internacional. Esto sucede porque tradicionalmente se ha unido el vocablo democracia con progreso y evolución de los países, creando la concepción de que aquel Estado que no tiene un desarrollo significativo en su sociedad no tiene implantado, por ende, un sistema político democrático.

Esta interrelación que se ha generado en la mentalidad social no tiene un fundamento efectivo, pues a la luz de la realidad mundial se puede apreciar que existen naciones como Cabo Verde, Botswana, Malí, Liberia, o aquellas del África Subsahariana que, a pesar de no gozar de un desarrollo humano notable, muestran rasgos más democráticos que otras naciones con mayor riqueza y que dicen ser democráticas. Aunado a lo anterior, también se pueden encontrar Estados que directamente, no abanderan un título democrático en sus políticas, sin embargo, respetan algunas libertades inherentes a ese sistema político, como es el caso de Hong Kong.<sup>2</sup>

Entonces, ¿qué les orilla a los Estados a presentarse como democráticos? La contestación puede conllevar diferentes repuestas, pero especialmente comentaré que esa ostentación les otorga un halo de legitimidad en el poder; pues se puede apreciar que gran parte de los países han adoptado la denominación democrática por una conveniencia de buena imagen frente al resto del mundo, resultando después que, en la realidad, no se respetan los ideales, libertades y derechos inherentes a la democracia.

Ese comportamiento tendente a la alusión de la palabra democracia como elemento que actúa como de validador de toda política o actuación hace que surjan las teorías que se contraponen a las democracias fachada, o apariencias de democracia<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Sería arriesgado asegurar que existen países que respetan todo tipo de libertades, sin embargo, a pesar de las últimas protestas en Hong Kong, las cuales han sido identificadas en el ámbito internacional como “la revolución de los paraguas”, se puede señalar que el país en concreto ha sido identificado de forma constante como un Estado que resguarda y protege libertades básicas.

<sup>3</sup> Son términos que se utilizan para referirse a aquellas formas viciadas de democracia cuya intención es conseguir paralizar o forzar las reglas establecidas de una forma fraudulenta. Vergottini, Giuseppe de, “Derecho constitucional comparado”, 6ª ed., trad. Claudia Herrera, *Serie Doctrina Jurídica*, México, UNAM, 2004, núm. 197, p. 107.

En este sentido, la democracia debe ser más que un simple título legitimador de las políticas estatales, así como también debe ser más que una forma de gobierno, de tal modo que se le otorgue un rol que vaya más allá, configurándola como una forma de organización social y, en definitiva, una cultura política.<sup>4</sup>

Aun reconociendo los tropiezos que ha sufrido la democracia recientemente<sup>5</sup>, debe advertirse que ésta continúa siendo depositaria de la confianza de la opinión social, con lo que goza de preeminencia como forma de gobierno más adecuada al tiempo que también debe continuar existiendo como práctica de la política contemporánea.

En la actualidad, la democracia sigue teniendo que enfrentarse a fuertes y constantes críticas que suponen que se presenta como una fachada y, en ese sentido, se cuestionan si ésta resulta suficiente garantía para los ciudadanos.

Lo cierto es que hasta el momento no se ha encontrado un régimen político mejor que el democrático, lo que nos lleva a preguntarnos si esta circunstancia implica que el sistema democrático sea perfecto. Claramente no lo es, pues como expresa Ian Shapiro, “*toda democracia es imperfecta en algún sentido, [...pero existen regímenes que son llamados democráticos en donde hay] una distancia inusualmente elevada entre el ideal democrático que los gobiernos aseguran abrazar y la realidad sobre el terreno*”.<sup>6</sup>

Dado todo lo expuesto hasta el momento, es evidente que el sistema democrático patentiza la existencia de fallos, sin embargo, esos defectos no deben hacer que se deseche a la democracia como forma de organización

---

<sup>4</sup> Boaz, David, *Liberalismo. Una aproximación*, trad. de Ana Lladó Sánchez, España, 2007, pp. 41 y 42; Ovejero Lucas, Félix, *La libertad inhóspita. Modelos humanos y democracia liberal*. España, Paidós, 2002, p. 95.

<sup>5</sup> Véanse, a modo de ejemplo, los casos de Suiza —que sometió a referéndum popular la decisión de prohibir la entrada de personas de etnia gitana en su territorio—; Grecia —donde los partidos de extrema derecha están consiguiendo adeptos mediante la política de odio al extranjero—; o España —que lleva más de 100 días sin un partido político que gobierne como consecuencia de los múltiples y escandalosos casos de corrupción política—.

<sup>6</sup> Shapiro, Ian, *La teoría de la democracia en el mundo real*, trad. de Jorge Urdániz y Santiago Gallego, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 96.

política más idónea y estable. La historia nos ha indicado que hasta los sistemas de Estado autoritarios o tiránicos presentan problemas de sostenibilidad duradera de su poder, es decir, que todos los sistemas de gobierno son vulnerables. En este sentido, se debe destacar con especial énfasis el pensamiento de Ludwig Von Mises cuando indica que aún en los Estados no democráticos, es difícil sostener a un gobierno; más aún cuando no disfrutan del respaldo de la opinión pública.<sup>7</sup> El sentir de este autor se encuentra más que justificado, ya que solo hace falta dirigir la mirada hacia el África septentrional o Asia Occidental para darnos cuenta que ni las formas de gobierno más autoritarias están consolidadas, toda vez que éstas también son susceptibles de verse seriamente afectadas por factores que desestabilizan cualquier tipo de régimen, tales como crisis económicas, fraudes electorales o corrupción imperante, manifiesta, indiscriminada e impune.

Llegados a este punto, se puede advertir, por tanto, que la estabilidad de una forma de organización política, -llámese democracia, dictadura, oligarquía, aristocracia, etc.- no puede ser garantizada sino a través de la consecución de la satisfacción política popular y de la legitimación real de los poderes estatales, como así reconoce el propio Von Mises al afirmar que *“una democracia [se] puede quebrar aún sin golpes de estado [...] si sus principios son de hecho violados”*.<sup>8</sup>

Para conseguir ambas metas, esto es estabilidad y satisfacción, hay que remontarse en la historia hasta los tiempos de la antigua Grecia y recuperar aquella idea que resaltaba el desarrollo de una ciudadanía activa como un elemento básico de consolidación de un gobierno; ello sin obviar el hecho de que esa misma ciudadanía activa puede revertir esa función de consolidación para convertirse, simultáneamente, en quien desestabilice el poder gubernamental.

---

<sup>7</sup> Mises, Ludwig Von, *El socialismo. Análisis económico y sociológico*, 4ª ed., trad. de Luis Montes de Oca, España, Unión Editorial, 2003, p. 80.

<sup>8</sup> Ejemplo de esto fue el fascismo que, a través de sus leyes, deshizo el Estatuto Albertino y sepultó la democracia junto con las libertades individuales sin un formal golpe de estado. Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2011, pp. 22 y 31.

Siendo esto así, el carácter dual del que disfruta la ciudadanía activa como fortalecedor y por otra parte debilitadora de una forma de gobierno hace que ésta no quiera ser precisamente potenciada por muchos de los Estados actuales, pues si bien es cierto que puede llegar a propiciar la consecución de una permanencia prolongada en el poder del partido político, mandatario o dictador en turno, también es una realidad obvia que puede generar una caída dura e irre recuperable de ese mismo poder. Se pueden recordar, así a los movimientos populares que surgieron, esencialmente y con mayor fuerza, a partir del año 2010 en países como Túnez, Egipto, Libia, Argelia, Yemen, Irak o Siria, es decir, en general, la denominada “Primavera Árabe”.

Es de mencionarse que la democracia actual está basada en un modelo liberal que no requiere de una fuerte participación ciudadana, sino por el contrario se asienta en un método representativo de toma de decisiones que, a su vez, ha sido una de las debilidades más patentes del modelo.

Lo anterior nos hace pensar acerca de quién conduce la voluntad popular, ya que, si bien es cierto que los representantes son un factor indispensable en la democracia, sin embargo, habrá que retomar un poco más atrás el proceso y analizar qué puede influir en la elección de esos representantes. Sin duda son muchas las variables con las que nos podemos encontrar, pero será relevante analizar la legalidad que reviste la alteración de la voluntad de los electores:

*la democracia simplemente requiere el uso de argumentos que presentan una apariencia prima facie de validez, por lo que nada garantiza que, bajo la apariencia, tales argumentos no camuflen habitualmente pretensiones basadas en intereses espurios, ni mucho menos que la decisión que finalmente se adopte esté guiada por argumentos fundados en pretensiones realmente legítimas.<sup>9</sup>*

La ausencia de sentido democrático suele crear degeneraciones del poder, desvirtuando enormemente la naturaleza propia de la democracia y dando lugar, entre otras consecuencias, al abuso en el ejercicio de aquel.

---

<sup>9</sup> Ródenas, Ángeles, “La justicia de la democracia: consensos aparentes y pseudo dilemas”, *Isonomía*, España, Universidad de Alicante, 2010, núm. 32, abril, p. 65.

## 1. EL ABUSO EN EL EJERCICIO DEL PODER

Históricamente se ha podido apreciar la existencia de diferentes sistemas políticos que, a su vez, dan lugar a la conformación de diversos tipos de modelos de Estado. En esta tesitura, se pueden encontrar desde Estados que en sus actuaciones están inspirados por un fuerte sentimiento democrático, respetador de libertades públicas, hasta Estados que se encuentran en una posición de superioridad respecto de sus propios ciudadanos, que llegan incluso a desatender las necesidades de aquellos, que manipulan sus destinos y que, en último término, resulta permisivo o, cuanto menos, procede con blandura a la hora de condenar y castigar la corrupción institucional que se da en su seno.

Dado que es imposible que exista una vida política que no esté relacionada con el Estado, es preciso recordar aquí la necesidad del sentido democrático que debe imperar en la población, al mismo tiempo que es igualmente obligado destacar la circunstancia contraria que se manifestaría con actuaciones desvirtuadoras de la democracia.

Es de remarcarse que, desde hace ya varios años, existe una necesidad innegable e imperiosa de mejorar las instituciones políticas de tal forma que ese esfuerzo repercuta en la consecución de la legitimación del actuar estatal.

Las iniciativas que se han propuesto para conseguir dicho objetivo han sido muchas y muy variadas, sin embargo, la gran mayoría de ellas se han enfocado en cuestiones tales como, por ejemplo: la realización de reformas del proceso de selección de los líderes de los partidos políticos, la reforma de las leyes electorales, la regulación y control del tiempo disponible para los partidos políticos en los medios de comunicación durante las precampañas y campañas electorales, la creación de nuevos departamentos de fiscalización, o la descentralización de instituciones públicas, entre otras.

No obstante lo anterior, y sin ánimo de menospreciar o restar valor a la necesidad de estas medidas, nos encontramos con la realidad de que ninguna de ellas ha contribuido de forma contundente ni definitiva para legitimar el sistema político.



Las instituciones políticas son reconocidas como creadoras del derecho y, simultáneamente, el derecho es el factor esencial que legitima el actuar estatal; sin embargo, se debe tener muy presente que por la simple circunstancia de que los ciudadanos obedezcan las normas establecidas, ello no significa necesariamente que aquellos acepten el sistema o sus instituciones, pues un deber de respeto no implica un deber de aceptación o conformidad.

La condición básica que debe estar presente para que se pueda hablar de legitimidad de un sistema, método o modelo político es el respeto de la ciudadanía a las leyes, el cual debe estar presidido por el reconocimiento de las mismas como justas en el sentido de que esas mismas leyes se ocupen de brindar ciertos estándares o garantías a todos los individuos de modo y manera que combatan el abuso del ejercicio del poder.

Uno de los grandes retos a los que se han enfrentado tradicionalmente las corrientes doctrinales de mayor difusión han sido, precisamente, proponer medidas o planteamientos metodológicos que permitan conseguir una limitación en el ejercicio del poder político clásicamente delimitado a dos clasificaciones: *tyrannus absque título*<sup>10</sup> y *tyrannus quoad exercitium*<sup>11</sup>.

## 2. CORRUPCIÓN EN EL ACTUAR DEMOCRÁTICO

La corrupción en el actuar democrático es una degeneración del sistema político que, por su misma configuración, recorre ese sistema en dos vías,

---

<sup>10</sup> Se basa en la creación de una serie de medidas de lucha contra la falta de legitimación del poder o usurpación del poder legítimo a través de la instrumentación de un poder alternativo que se podría conocer como oposición, así como también de otras medidas como la investidura popular de los gobernantes y la verificación periódica de la elección de éstos por parte del pueblo. Craig, Tomas, *The right succession to the kingdom of England*, London, M. Bennet for Dan Brown, 1703, p. 186; Lagerlund, Henrik, *Encyclopedia of medieval philosophy*, Springer, 2010, p. 590; Orestes Aguilar, Héctor, *Carl Schmitt, teólogo de la política*, México, Fondo de cultura económica, 2001, p. 281; Brown Scott, James, *The catholic conception of international law*, USA, The Lawbook Exchange, 1997, p. 339; Jackson, Clare, *Restoration Scotland 1660-1690: Royalist politics religion and ideas*, UK, Boydell Press, 2003, p. 69.

<sup>11</sup> Se basa en la actuación del gobernante o tirano en el ejercicio del poder. Craig, Tomas, *op. cit.*, p. 186; Lagerlund, Henrik, *op. cit.*, p. 590; Orestes Aguilar, Héctor, *op. cit.*, p. 281; Brown Scott, James, *op. cit.*, p. 339; Jackson, Clare, *op. cit.*, p. 69.

de manera que se desplaza de arriba hacia abajo y viceversa, lo que en consecuencia genera una dificultad a la hora de poder distinguir la democracia de, por ejemplo, la oligarquía o de la dictadura populista.<sup>12</sup>

Debido a lo anterior, es necesario establecer una serie de balances, instituciones, así como también, una cierta actuación ciudadana que haga posible transformar los defectos democráticos en virtudes o, dicho en otras palabras, posibilite convertir las debilidades en fortalezas.

Como se ha venido advirtiendo a lo largo del presente escrito, el sistema de representatividad del poder se asienta en unos cimientos que, por su propio desarrollo, pueden dar lugar a que manifiesten una serie de fallas tales como las ya mencionadas referentes a las democracias fachadas y al abuso en el ejercicio del poder.

La importancia de estas dos situaciones es notoria, sin embargo, ambas no hacen más que acabar revelando la existencia de una tercera situación más significativa correspondiente a la aparición de la corrupción política en el sistema democrático.

La corrupción política es una cuestión que requiere ser tratada desde varias perspectivas, siendo la primera de ellas la perspectiva o plano histórico.

La corrupción surge siempre ligada a la primacía de los intereses particulares de algunos respecto a los intereses de la generalidad de la sociedad, lo que implica que los valores y conductas de la política estatal se vean desvirtuadas hasta el punto de que lo individual importa más que lo colectivo. En el intento de evitar que esta situación se produzca es necesario preguntarse, en primer término, ¿qué se puede hacer para que las instituciones del Estado antepongan los intereses generales por encima de los particulares?

Para analizar la importancia del tema de la corrupción, lo primero que hay que tener bien presente es el hecho de que no puede ni debe ser abordada como una cuestión de resignación por un problema cultural, sino como algo que va más allá de un descontento tristemente popularizado por conductas, digamos, -más o menos- repetitivas de los representantes políticos actuales.

---

<sup>12</sup> Rubio Carracedo, José, *Ciudadanos sin democracia. Nuevos ensayos sobre ciudadanía, ética y democracia*, Granada, Comares, 2005, p. 3.

No obstante, tratar el tema de la corrupción a profundidad implicaría efectuar un estudio muy pormenorizado, detallado y, en consecuencia, muy amplio que por razones de extensión no se pueden realizar en este escrito. Lo que sí se puede hacer es dar una visión general que examine las implicaciones de la corrupción política.

El problema de la corrupción en las democracias tiene tanta antigüedad y amplitud que presenta diferentes aspectos ya que, entre otras consecuencias, brinda a los individuos la posibilidad de influir en la política a la vez que, también, protege e incrementa las ventajas de ciertos particulares respecto a la colectividad.

Del mismo modo, la corrupción propicia violencia, incertidumbre y un gran descontento social, lo que genera en último término, envolver a las instituciones políticas con un halo de desconfianza social que supone que se vean desvirtuadas y carentes de legitimidad.

La complejidad y enorme repercusión que tiene la corrupción en la sociedad tienen como consecuencia que sea difícil encasillarla en uno solo de sus aspectos o facetas, en tanto se puede apreciar que dicha corrupción se expande de una forma tal que se llega a presentar, incluso, en aquellos actos cotidianos que se suelen realizar, tal y como se pone de relieve en los índices de percepción de la corrupción que publica Transparencia Internacional, en los que se puede observar el alto nivel de corrupción que existe en países de todo el mundo y cómo éstos muestran variaciones de acuerdo a las características demográficas, sociales o económicas de la población.

En el caso de México, se puede mencionar que se presentan más de dos millones de actos de corrupción en el uso de servicios públicos provistos por autoridades federales, estatales, municipales, concesiones y servicios administrados por particulares. Regularmente, estas acciones se concretan a través de la práctica popularmente conocida como “mordida”, con la que se pretende obtener algún acceso o facilidad en trámites como pueden ser la atención en centros de salud, el pago del impuesto predial, obtener créditos o préstamos, evitar infracciones de tránsito, ejercer el comercio informal, obtener una licencia o permiso de una delegación, aprobar una verificación vehicular, regularizar un trámite ante una institución de go-

bierno, obtener autorizaciones para ingresar a trabajar al gobierno o heredar plazas, agilizar un trámite ante un órgano jurisdiccional, entre muchos otros. Sin embargo, se suele olvidar, al menos por periodos, que también la corrupción alcanza el ámbito político y que es éste el que puede alterar de forma determinante el futuro de las políticas públicas.

La corrupción política no es algo que haya surgido en la actualidad, ni hace un lustro, ni una década, ni siquiera hace un siglo, pues a lo largo de la historia se pueden encontrar múltiples y muy significativos ejemplos de corrupción política. Se puede señalar a modo ilustrativo, las llamadas *Cuentas del Gran Capitán* acontecidas en España a principios del siglo XVI, mediante las cuales el noble, político y militar español llamado Gonzalo Fernández de Córdoba y Enríquez de Aguilar falseó los gastos efectuados durante la campaña de Nápoles de tal forma que al rendir cuentas al rey Fernando El Católico lo hizo exagerando de una forma muy abultada los expendios realmente realizados.

Este comportamiento que, como señalé, ya se daba hace más de cinco siglos, es fácilmente localizable en la actualidad. Basta ver un diario de prácticamente cualquier país para encontrar un supuesto parecido; tanto es así que si, por ejemplo, se consulta la prensa mexicana, es difícil encontrar un día en el que un político no se vea involucrado, imputado o detenido, por su relación con algún caso de falseamiento de cuentas públicas, de concusión, de tráfico de influencias, de cohecho, de peculado o de enriquecimiento ilícito. En resumen, todos estos actos penalmente perseguibles nos llevan al último acto que los engloba a todos: la corrupción.

Llegados aquí ya se puede indicar que el ejercicio de la política es un noble arte pero, al mismo tiempo, implica también un arma de doble filo, ya que mientras que su fundamento y naturaleza es ser la voz de la colectividad y velar por los intereses de ésta, por otra parte existen algunos políticos cuya conducta está muy lejos de ser noble y se embozan bajo la capa de la política para llevar a cabo prácticas de interés único y particular que nada tienen que ver con el objetivo de aquella, dando así credibilidad a afirmaciones que opacan la política como la efectuada por Edgar Allan Poe al indicar que el hombre es un animal que estafa, y no hay otro animal que estafe además del hombre.

Dicho lo anterior, es momento ya de recuperar la pregunta de difícil solución que fue planteada algunas líneas más arriba y que cuestionaba si las degeneraciones de los sistemas políticos y, por tanto, de la política, se debe a una falla del mismo sistema o a los comportamientos execrables de unos pocos que se hacen llamar políticos.

Para afrontar este interrogante se puede partir del pensamiento del famoso poeta romano Horacio, quien señaló que si el vaso no está limpio, lo que en él derrames se corromperá; lo que trasladándolo al tema que nos ocupa nos hace reflexionar profundamente en tanto si el fallo viene dado por el sistema mismo -que actuaría a modo de vaso en el pensamiento de Horacio-, cualquier político que forme parte de él se corromperá; del mismo modo que si el fallo no es del sistema pero sí de los políticos que lo integran, el sistema -vaso- nunca podrá ser depurado ya que los intereses de esos supuestos políticos no estarían precisamente encaminados a conseguir esa limpieza. De este modo, se crea un escenario en el que la corrupción puede tener un papel protagonista de muy complicada erradicación.

Es fundamental entender que, dada la complejidad que encierra la corrupción política, no puede intentar solucionarse de una forma total aplicando para ello únicamente el ámbito jurídico, pues en la corrupción confluyen una multiplicidad de elementos que hacen que aquella nazca, se desarrolle y se consolide. Esta observación tiene su fundamento en el hecho de que continuamente se olvida que las normas éticas de la política no se miden solamente mediante leyes anticorrupción, ya que también se debe prestar una especial atención a los componentes básicos de la conducta social.

La peligrosidad de la corrupción se hace evidente desde el mismo momento en que ataca de manera directa valores legales, pero no solo eso, sino que también arremete contra valores culturales y sociales, desestabilizando el normal y deseable proceder de un Estado democrático. Asimismo, la expansión de la corrupción política posibilita que ésta pueda verse en países de cualquier clase de desarrollo, no siendo, por lo tanto, atribuible únicamente a naciones con escaso progreso.

La necesidad de luchar contra la corrupción ha propiciado que se hayan planteado diferentes estrategias o métodos para acabar con esta lacra como, por ejemplo, el adoptado por Tanzania en los años 90 del pasado siglo al intentar establecer prácticas contra la corrupción con campañas publicitarias, brigadas anticorrupción, creación de comisiones permanentes de investigación, leyes anticorrupción, etc., sin embargo, a pesar de los esfuerzos del país africano, la realidad ha venido demostrando que estas medidas no tienen los efectos de erradicación deseados, en tanto la corrupción revela que entre sus características más poderosas se encuentran que es muy penetrante, expandible, sistemática y estructural.

Si se recuerda lo expuesto por Platón al afirmar que toda forma de gobierno tiende a degenerarse y se aceptara como verdadera, se tendría, como consecuencia final, que la corrupción es un vicio humano insuperable que refleja la debilidad del humano egoísta y deshonesto por naturaleza. Pues bien, mi planteamiento no puede ser el de reconocer tales extremos, toda vez que, de ser así, nos estaríamos condenando a nosotros mismos a la resignación derivada de nuestra naturaleza maliciosa ya que, si bien es cierto que la corrupción es llevada a cabo por individuos, también es una realidad que esa corrupción siempre aparecerá en un contexto institucional.

Por otra parte, dejando a un lado ahora la circunstancia que existe; gente que actúa bajo mandatos inmorales en relación a los estándares culturales mayoritariamente implantados, es necesario presentar la segunda de las perspectivas desde la que debe analizarse la corrupción, la cual es la del marco institucional; es decir, proceder a una visualización de la misma desde el punto de las fallas estructurales que presenta, para lo cual hay que formularse cinco interrogantes que son básicas:

- i) ¿Ante qué tipo de corrupción nos encontramos?
- ii) ¿Cuáles son los alcances de esa corrupción?
- iii) ¿Quién o quiénes son los beneficiados por esa corrupción y quién o quiénes los perjudicados por ésta?
- iv) ¿Cuál es la causa principal de esa corrupción?; y
- v) ¿Qué estrategias o medidas pueden llevarse a cabo para combatirla?

Para dar respuesta a las preguntas anteriores, en primer término, se debe indicar que la corrupción significa realizar un acto o una omisión en el ejercicio de un cargo político con fines privados, de tal forma que ésta se puede presentar con rostros muy diferentes como, por ejemplo, el mal uso, aplicación u observancia de las leyes, normas o cualquier tipo de instrumento normativo. De igual manera, la corrupción también puede ser sistemática ya que, afecta a asuntos cotidianos de las actividades gubernamentales, como por ejemplo en la recaudación de impuestos o las tareas de la policía.

A la hora de tratar la corrupción, es igualmente trascendental identificar que los actos de corrupción son susceptibles de ser erróneamente catalogados como una pasión, lo cual considero incorrecto ya que no permite presentar una solución válida.

Es por todo esto que opino que uno de los modelos más sostenibles sea el de entender la corrupción como un acto de cálculo de costos y beneficios personales que se confrontan con las ventajas e inconvenientes sociales a través del modelo presentado por Klitgaard y conocido como “*modelo jefe-agente o funcionario público-cliente o ciudadano*”<sup>13</sup>; lo que significa que el agente efectúa un cálculo de modo y manera que aceptará ser o formar parte de la corrupción siempre y cuando el costo moral y la probabilidad de ser sorprendido y castigado sea menor a los beneficios personales que pudiera obtener o, si por el contrario, el soborno recibido es menor que el costo moral o el castigo por ser corrupto, lo que hará que valore más el realizar normal y diligentemente sus funciones que la satisfacción derivada de no ser corrupto.

Controlar o erradicar la corrupción es algo que en múltiples ocasiones se hace muy complicado, ya que se esconde tras la existencia de un poder oculto que guarda una relación inversamente proporcional entre manifestación y poder haciéndose más poderoso cuanto menos visible es, pero simultáneamente, ese poder puede ver a todos. Esta circunstancia hace que sea importante visibilizar y controlar el poder, de tal manera que se

<sup>13</sup> Klitgaard, Robert, “Estrategias para la reforma”, en Diamond, Larry (comp.), *El resurgimiento global de la democracia*, México, UNAM-IIIJ, 1996, pp. 236 y 237.

ejerza según las normas conocidas y sancionadas por la ley y así, evitar la discrecionalidad de aquel.

Para conseguir este objetivo es preciso desarrollar algunas herramientas que posibiliten controlar la corrupción, entre las cuales pueden mencionarse a título de ejemplo la selección y adiestramiento de los agentes identificando a los honestos y desechando a los no idóneos; o conocer los incentivos extras que se intercambian en la práctica, con lo que se podrían elevar salarios, bonos, recompensar acciones específicas, establecer estímulos no monetarios, elogios, viajes, transferencias, etc. con el fin de dar el menor margen posible de aparición a la corrupción. También será necesario reestructurar las relaciones entre el funcionario o representante y el ciudadano; definir los costos éticos; cambiar la cultura organizativa; evitar el poder del monopolio de los agentes sobre los ciudadanos; obtener información mejorando el sistema de auditoría y manejo de los sistemas de información; llevar a cabo evaluaciones de vulnerabilidad; crear unidades, comisiones, agencias o comités anticorrupción y de reducción de la discrecionalidad oficial; conformar equipos de trabajo, dividir tareas amplias y someterlas a revisión jerárquica; rotar funcional y geográficamente a los agentes y penalizar el comportamiento corrupto usando castigos no formales, elevando la severidad de los castigos formales y aumentando la responsabilidad de los altos mandos.

Llegados a este punto, no se debe obviar el hecho de que la corrupción es una consecuencia directa del actuar del ciudadano, por lo que es entendible que pueda ser combatida, también, a través del propio ciudadano.

Esta premisa ha sido utilizada en diversas campañas en las que la participación de la colectividad es decisiva, mostrando así, a modo de ejemplo, la emprendida en Hong Kong en 1974 por la Comisión Independiente Contra la Corrupción. La importancia de este tipo de campañas radica en la circunstancia de que la gente es una valiosa fuente de información que brinda confiabilidad y competencia, con lo que una adecuada educación de la sociedad desembocará en un igualmente adecuado actuar de las políticas públicas.



Por otra parte, para poder enfrentarse a la corrupción es necesario tomar también en consideración otra serie de cuestiones que no carecen de importancia, tales como los costos de descubrir, prevenir, perseguir y combatir la corrupción, pues esa lucha puede significar una meta costosa, al tiempo que sería utópico pensar que puede ser erradicada por completo. No obstante, hay que recordar en todo momento que siempre y con independencia de la apariencia que adopte, la corrupción resulta perniciosa, impide el crecimiento económico, enflaquece la legitimidad política y desmoraliza tanto a los funcionarios públicos como a los ciudadanos.

Teniendo en consideración lo anteriormente explicado, se puede llegar a la conclusión de que las estrategias que tradicionalmente se han venido proponiendo para reducir la corrupción, tales como mejores incentivos para los funcionarios o la creación de agencias híbridas público/privadas – entre otras-, no han conseguido eliminarla; por lo que es necesario advertir y tener bien presente que, independientemente de la medida que se adopte, será ilusorio intentar erradicar la corrupción de la noche a la mañana.

Toda lucha conlleva un proceso y ese proceso hace que sea utópico creer conseguir la materialización inmediata de un resultado satisfactorio y final en una pugna de esa magnitud.

### III. PROMESAS INCUMPLIDAS DE LA DEMOCRACIA LIBERAL: CONSECUENCIAS EN LA VOLUNTAD ELECTORAL

La explicación presentada y fundamentada hasta aquí podría dar la apariencia de que la democracia se encuentra en un momento paradójico pues, por una parte, el sistema democrático actual adolece de cierta legitimidad<sup>14</sup> *prima facie* frente a otras formas de gobierno, ya sea que esa legitimidad se justifique de acuerdo con los siguientes puntos de vista:

- 1) La postura que atribuye valor intrínseco a los rasgos formales del procedimiento democrático de toma de decisiones;
- 2) La postura que se basa en la calidad de las decisiones políticas y;
- 3) La teoría que presenta una síntesis de las dos posturas anteriores.

<sup>14</sup> Véase Ródenas, Ángeles, *op. cit.*, pp. 54 y 55.

Como consecuencia de la existencia de esa posible degeneración del poder formada, básicamente, con la permisión del Estado, el protagonismo de la corrupción y las apariencias de democracia, podemos determinar que la democracia de naturaleza liberal se encuentra estancada frente a una ola de incertidumbre que obliga a cuestionarse si se está ante un único paradigma de democracia, la democracia liberal que se distingue por no haber conseguido completar las promesas que presentó desde su inicio. Algunos de esos compromisos incumplidos que pueden ser más fácilmente identificables y que expongo a modo de ejemplo son:

- a) La democracia no alcanzó a promover una sociedad pluralista en la que fueran los individuos y no grupos sociales los protagonistas de la vida política en una sociedad democrática, incumpliendo así su promesa de crear esa sociedad pluralista-individualista;
- b) La democracia liberal no limitó el poder invisible que buscaba conformar un gobierno que fuese regido por un marco público, pues la realidad ha demostrado que esa invisibilidad sigue existiendo;
- c) No llegó a crear una ciudadanía políticamente educada, ya que actualmente el interés participativo de los individuos es escaso;
- d) No ha ofrecido resultados satisfactorios en términos de seguridad pública, en tanto la posibilidad de su degeneración suscita dudas acerca de su legitimidad;
- e) La democracia liberal no representa crecimiento económico, dado que el hecho de adoptar este sistema no implica necesariamente una evolución de ese tipo, con lo que se contraponen con la promesa lanzada por la democracia tendente a afirmar que su adopción generaría, casi automáticamente, un crecimiento económico notorio<sup>15</sup>; y
- f) Aunado a todo lo anterior, es importante destacar la existencia de la crisis política que se liga al déficit de representación de las democracias liberales como otra de las debilidades del sistema democrático, ya que ese tipo de democracias ven al ciudadano como un consumidor sin vir-

---

<sup>15</sup> Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, trad. de José Fernández Santillán, Colombia, Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 28-38.; Ortiz Leroux, Sergio, *En defensa de la república. Lecciones de teoría política republicana*, México, Ediciones Coyoacán, 2014, p. 141.

tudes cívicas, lo que dicho de otra forma significa que, en tanto el ciudadano no demuestre su interés participativo, el sistema político adolecerá de una debilidad representativa.

En conclusión, se pueden advertir las diversas debilidades de las democracias liberales, y todo se conjuga en una crisis teórica de los fundamentos normativos, lo cual da como resultado la necesidad de una inminente transformación<sup>16</sup> de dicha doctrina derivada del anacronismo resultante respecto de la situación actual.

La diferencia que existe entre la democracia en la teoría y la democracia en la práctica genera una brecha muy grande en la credibilidad, participación y legitimidad del mismo sistema, “*la diferencia entre la democracia ideal como fue concebida por sus padres fundadores y la democracia real como la vivimos*”<sup>17</sup>, lo que da cabida a que se promueva una sociedad en la que son los grupos partidarios o políticos en particular los protagonistas de la vida política en una sociedad democrática y no los individuos; y todavía más grave, que esos grupos puedan intervenir o alterar la voluntad de los ciudadanos, incumpliendo así su promesa de crear esa sociedad pluralista. Pero ¿acaso no es legal que los partidos busquen simpatizantes entre los ciudadanos de la población? La respuesta no puede ser más que positiva, pero entonces ¿cuándo estos partidos rebasan la frontera permitida entre simpatizar e inducir a tal grado que se ve alterada la voluntad del electorado? Será importante tratar de identificar esa fina barrera que pervierte al sistema.

Gran parte de los textos que critican la democracia liberal se enfocan en algún momento en el funcionamiento de la democracia representativa, entre otras razones, porque existe la posibilidad de manipulación del elector, ya que se ha descuidado tanto la preservación del Estado como las condiciones de funcionamiento de éste dentro del Estado de Derecho.

Como se ha venido señalando a lo largo del presente artículo, el fenómeno de la degeneración de los sistemas políticos es algo que preocupa a

<sup>16</sup> Esta opinión es compartida por Robert Dahl. Véase Dahl, A. Robert, *La democracia y sus críticos*, trad. de Leandro Wolfson, España, Paidós, 1992, pp. 9 y 10.

<sup>17</sup> Bobbio, Norberto, *El futuro..., cit.*, p. 8.

los pensadores desde hace mucho tiempo, remontándonos incluso, como ya se vio, a la época de la Antigua Grecia; momento en el cual el filósofo Platón ya vaticinó que la degeneración siempre estará dispuesta a cubrir todo sistema político con su pernicioso manto.

La búsqueda de medidas que permitan evitar tanto la aparición de la corrupción –allá donde aún no existiere-, como la eliminación de la misma –donde ya estuviere presente- ha sido algo que ha originado tantos ríos de tinta como planteamientos faltos de resultados prácticos reales. A pesar de lo anterior, los intentos por lograr tales metas no han desembocado únicamente en la consecución de resultados infructuosos, pues esa misma búsqueda ha dado lugar también, a la formulación de proposiciones que, con el paso de los años, han demostrado tener una notable practicidad y resultado. Algunas de esas ideas fueron la separación de poderes; la primacía del imperio de la ley y la existencia de la condición contra mayoritaria.

## 1. LA SEPARACIÓN DE PODERES

La separación de poderes que conocemos en la actualidad fue formulada a través del pensamiento de Montesquieu<sup>18</sup>, a mediados del siglo XVIII, en su obra titulada *Del espíritu de las leyes*.

El paso de los años ha hecho que esa propuesta, lejos de perder valor, haya ido adquiriendo más fuerza de forma constante hasta convertirse en uno de los elementos que está robustamente fijado en el ideario popular actual, con lo que ya es casi imposible concebir un Estado de Derecho sin tener como base del mismo el principio que busca la contención y delimitación del poder.<sup>19</sup>

La separación de poderes es una condición que se desarrolló al intentar contener la degeneración del poder, por lo que presenta una conexión que había sido estudiada desde la antigüedad por reconocidos filósofos como Polibio, Sócrates o Aristóteles, quienes coincidieron en que todas las for-

<sup>18</sup> Montesquieu, Charles, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Alianza, 2003, p. 227; Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 104 y 105.

<sup>19</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, España, Trotta, 2003, colección Estructuras y Procesos, p. 280.

mas de gobierno degeneran, inevitablemente<sup>20</sup>, en su correspondiente vi-ciada, con lo que se sigue un ciclo o efecto natural denominado *anacyclosis*.

La existencia de ese curso natural de acontecimientos y degeneración del poder llevó a buscar soluciones que posibilitaran, sino la eliminación, sí al menos la no prolongación de esa degeneración, con lo que se llegó a una solución provisional asentada en la implementación de un gobierno mixto.<sup>21</sup>

Las cualidades del gobierno mixto han sido enumeradas por autores como Fernández Santillán, quien indica que este tipo de gobierno trata de equilibrar las fuerzas que ejercen el pueblo, la aristocracia y el rey mediante el requisito de que ninguno de ellos puede tomar decisiones de forma independiente, por sí mismos, con lo que toda decisión importante para la comunidad que pueda ser adoptada, deberá contar con el beneplácito o autorización de los otros dos, pues la división de poderes encuentra su fundamento básico en la circunstancia de que las funciones públicas del legislativo, ejecutivo y judicial recaigan en distintas manos.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> En la obra de Maquiavelo, éste retoma las seis clasificaciones del gobierno (tres buenas y tres malas) explicando el círculo en que giran las naciones bajo el ciclo de degeneración de los gobiernos. Las formas de gobierno nacieron al tiempo que la humanidad se multiplicó y concentró, escogiendo un jefe que hacía las veces de monarca. Con el tiempo se convirtió en monarquía hereditaria y, con esto, los herederos olvidaron los objetivos de sus antepasados, surgiendo la tiranía. Los poderosos se armaban contra el tirano, a quien asesinaban para tomar el poder ateniéndose a las leyes y aborreciendo la autoridad suprema de una persona. Esto cambiaba cuando el gobierno llegaba a manos de sus herederos, a quienes no les satisfacía la igualdad civil, convirtiendo la aristocracia en oligarquía. Esto ocasiona el disgusto del pueblo, que organiza un régimen popular democrático que tuvo el mismo fin que los otros dos, toda vez que no estaba al frente la generación que lo instauró, creándose la licencia y la anarquía. Llegando a este punto, el deseo de terminar tanto desorden obliga a instituir, nuevamente, la monarquía, y así sucesivamente. Véase Maquiavelo, Nicolas, *Obras políticas*, La Habana, Ciencias Sociales, 1971, pp. 64 y 65; Panebianco, Angelo, *El poder, el estado, la libertad. La frágil constitución de la sociedad libre*, trad. de Juan Marcos de la Fuente, Madrid, Unión Editorial, 2009, colección La Antorcha, pp. 191 y 192.

<sup>21</sup> Pocock, J.G.A., *El momento maquiavélico: el pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica*, trad. de Martha Vázquez Pimental y Eloy García, Madrid, Tecnos, 2002, p. 162.

<sup>22</sup> Ruiz Ruiz, Ramón, *La tradición republicana*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 274 y 275.

La transición de la tesis del gobierno mixto a la separación de poderes supuso que autores como fuese Charles Goodwin, considerasen que el gobierno ideal perfecto sería aquel en el que, además de existir una separación de poderes que permita limitar las prerrogativas de estos por medio del reparto funcional de las distintas potestades de gobierno, también exista un intento real por parte del gobierno por asegurar un equilibrio entre las distintas categorías sociales; lo cual ya se materializaba a través de la fórmula del gobierno mixto.<sup>23</sup>

Como consecuencia de todo lo anterior, el principio de la separación de poderes intenta explicar la necesidad de la división del poder absoluto en diferentes titulares, con lo que se descentraliza el ejercicio del mismo haciendo que el poder no llegue a crecer de una forma tal que tienda a corromperse a sí mismo y al propio sistema, lo que a su vez propicia como resultado final que se convierta en un poder despótico o, como lo llama Ferrajoli, “*un poder salvaje*”.<sup>24</sup>

Un ejemplo muy ilustrativo de este planteamiento fue el caso del político inglés Oliver Cromwell, quien, durante el reinado de Carlos I de Inglaterra, mismo que estuvo caracterizado por la realización de actos despóticos monárquicos, se confrontó con el rey a través de su activa participación dentro del ejército denominado *New Model Army*. Una vez se materializó el derrocamiento y ejecución de Carlos I, se inició la instauración de una república impulsada tanto por el propio Cromwell como por el ejército tendente a la creación del parlamento *Rump*. Tras implantarse este parlamento, Cromwell decidió llevar a cabo un golpe de estado que terminó con el poder de dicha institución al mismo tiempo que se instauró un Consejo de Estado presidido por él en el que gozaba de la condición de *Lord General*. No satisfecho con esta situación y cargo, Cromwell intentó que le fuera otorgada la distinción de *Lord Protector de la República*, con lo que todo el poder se concentraría en sus manos. Tras conseguir dicho nombramiento, Cromwell decidió crear un partido y, tras ganar las respectivas elecciones, elaboró el proyecto conocido como *Humble Petition and advice*, a través del

<sup>23</sup> Véase *Ibidem*, pp. 353 y 354.

<sup>24</sup> Véase la obra Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes...*, cit., 2011.

cual se pretendía restaurar la monarquía otorgando la condición de rey al propio Oliver Cromwell. La conducta de Cromwell no fue bien vista por el ejército, quien presionó al político a fin de que no ocupara el puesto de monarca, por lo que Cromwell tuvo que rechazarlo, aunque ya lo ejercía *de facto*.<sup>25</sup>

La presentación de este caso hace que se deba tener presente que nadie está a salvo de las tentaciones de un poder sin restricciones, dándose así más valor a la necesidad de conseguir materializar un mecanismo de control del ejercicio del poder que evite prácticas abusivas en su seno. Siguiendo con este planteamiento, Pettit afirma que no hay ser humano que no se corrompa con el poder absoluto<sup>26</sup>, con lo cual todo estará perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de próceres o de los nobles o, incluso, el propio pueblo, ejerciese de forma concentrada los tres poderes: hacer las leyes, ejecutar las resoluciones públicas y juzgar los delitos y diferencias entre particulares; tal y como manifiesta Montesquieu.<sup>27</sup>

La necesidad de la separación de poderes al considerar que la concentración de funciones en manos de una sola persona o grupo permitiría, a uno o unos, ejercer poder más o menos arbitrario sobre otros<sup>28</sup>, siendo así que la consecuencia necesaria de la división de poderes sea la dispersión del poder, lo que igualmente supone que las atribuciones funcionales estén bien separadas debido a que la concentración de competencias en manos de esa persona o agrupación podría desembocar en el ejercicio de un poder arbitrario contra otros, esto implica que gracias a la separación de poderes, se prevenga el ejercicio estatal como potestad arbitraria sobre otros<sup>29</sup>, lo cual, como ya se ha venido advirtiendo, es algo completamente necesario en un Estado que pretenda huir de la degeneración del poder.

---

<sup>25</sup> Véase Ruiz Ruiz, Ramón, *op. cit.*, pp. 152, 153, 156, 157 y 160.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 52; Pettit, Philip, *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*, trad. de Toni Domènech, España, Paidós, 1999, pp. 275 y 276.

<sup>27</sup> Montesquieu, Charles, *op. cit.*, p. 228.

<sup>28</sup> Pettit, Philip, *op. cit.*, p. 233.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 234.

La tesis de la división de poderes parece idónea a los efectos de conseguir el resultado buscado, sin embargo, no se puede obviar que cuenta con un problema intrínseco, toda vez que en un Estado coexisten diferentes clases de poderes. Por un lado, están los poderes constituidos por la norma, es decir, aquellos que podrían denominarse “poderes formales”, los que considero pueden dividirse por su actuación en tres tipos:

- 1) Los que actúan con ilegalidad;
- 2) Los que actúan dentro de la legalidad, y
- 3) Los que, siendo poderes formales, actúan dentro de una esfera ambigua que les permite difuminar ciertas actuaciones al grado de ponerse en una frontera indeterminada entre lo legal o ilegal.

Por otra parte, existen otros detentadores del poder provenientes de los denominados “poderes fácticos” o “poderes invisibles”.

Tanto los poderes formales de actuación difusa como los poderes fácticos imponen complejidad al sistema, ya que sus actuaciones pueden asentarse dentro de una esfera que desdibuja la línea trazada por el Estado de Derecho.

## 2. EL IMPERIO DE LA LEY

Existen autores, como es el caso de Elías Díaz, que consideran que el primero de los rasgos característicos del Estado de Derecho es el imperio de la ley.<sup>30</sup> Éste ha sido un elemento esencial y a todas luces básico desde la antigüedad, encontrándose claras muestras de ello en pasajes históricos tales como la sentencia de Cicerón en defensa de *Aulus Cluentius Habitus* al expresar la frase “*Legum omnes servisumus, ut liberi esse possimus*”; lo que significa que “somos siervos de las leyes para poder ser libres”.<sup>31</sup>

El imperio de la ley es un factor fundamental en un Estado que pretenda ser de derecho, pero no solo eso, sino que también se entiende que todo Estado regido por leyes posibilita que la cosa pública se concrete en algo.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Laporta, Francisco, *El imperio de la ley una visión actual*, Madrid, Trotta, serie Derecho, 2007, colección Estructuras y Procesos, p. 145.

<sup>31</sup> Ovejero Lucas, Félix, *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanism*, Madrid, Katz, 2008, p. 157.

<sup>32</sup> Bobbio, Norberto y Viroli, Maurizio, *Diálogo en torno a la república*, trad. de Rosa



Para entender lo que significa el imperio de la ley se debe partir de que se trata de un principio de legalidad en la actuación del poder que implica que la ley y el derecho gozan de supremacía respecto de los actos arbitrarios del poder<sup>33</sup>; lo cual también supone disponer de un sistema de gobierno no manipulable toda vez que “*si las restricciones del imperio de la ley son quebradas, el derecho se convierte en teatro de operaciones de la voluntad arbitraria de las autoridades*”<sup>34</sup>.

El principio del imperio de la ley está compuesto por tres fundamentos<sup>35</sup>:

- 1) El primero de ellos establece que las leyes deben reunir ciertas condiciones, ya que estas deben ser universales y aplicarse a todo el mundo, lo que significa extender el imperio de la ley tan lejos como sea posible<sup>36</sup>.
- 2) Este punto obedece al principio de publicidad, el cual establece que una ley debe ser promulgada y dada a conocer con antelación a aquellos individuos sobre los que se aplica, debiendo ser, por tanto, inteligibles, consistentes y no ser volubles o estar sujetas a cambios constantes.
- 3) El tercero de los fundamentos del imperio de la ley está caracterizado por el hecho de que este principio debe presuponer que todas las leyes cumplen con un perfil satisfactorio o idóneo, lo que significa que se requiere que la acción del gobierno debe operar siempre a través de decisiones legaliformes que respeten las restricciones del propio imperio de la ley. Esto último requiere extender el imperio de la ley lo más ampliamente posible, de tal manera que tanto los gobernantes como los gobernados estén regidos bajo este mismo imperio (todos sometidos a las mismas reglas del juego); pues en caso contrario se está en riesgo de que los gobernantes o las instituciones actúen de forma arbitraria.

---

Ruis Gatell, España, Tusquets editores, 2002, p. 11.

<sup>33</sup> Laporta, Francisco, *op. cit.*, p. 247.

<sup>34</sup> Pettit, Philip, *op. cit.*, p. 229.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 228.

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 55, 229 y 230; Badillo O’Farrell, Pablo, “Libertad y republicanism en el momento actual: tipologías de la libertad según Quentin Skinner”, *Seminario de Investigación de Ciencia Política*, curso 2005-2006, estudio 66/2006, p. 6; Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón et al., Madrid, Trotta, serie Derecho, 2011, colección Estructuras y Procesos, p. 12.

Un ejemplo de esto fue lo ocurrido por la exacción británica de impuestos en América del Norte, en donde los americanos se quejaban de que el parlamento de la Gran Bretaña les gravara fiscalmente sin que esto fuera aplicable para los parlamentarios, ya que éstos podían expedir leyes distintas para cada territorio. Así también, vale la pena recordar a Rousseau cuando indica: “*nadie es injusto hacia sí mismo, por lo que cuando todo el pueblo estatuye sobre todo el pueblo no es necesario preguntarse acerca de la injusticia de la ley*”.<sup>37</sup>

La consecuencia final de todo este planteamiento es que solamente se permite actuar bajo la autoridad de la ley y únicamente en concordancia con las exigencias de la misma ley.

A pesar de todo, se debe mencionar que el imperio de la ley no es un principio invulnerable, ya que se requiere de la intervención humana en la creación de las mismas y sería muy complicado asegurar que han sido realizadas sin intereses subjetivos insertos y sin integrar pasiones, es por esto que se entiende que “*la exigencia de que los actos del Estado sean acordes a la ley puede no ser suficiente para prevenir el poder arbitrario*”<sup>38</sup>; de forma contraria no existirían en la historia terribles realidades como las acontecidas en Alemania con el gobierno nazi de Hitler, o en Italia con el fascismo de Mussolini; pero más allá de las deficiencias de las leyes, no se puede obviar la circunstancia de que cuando éstas imperan existen, entre otras cuestiones, menores posibilidades de beneficios privados, de corrupción, discrecionalidad y deseos de beneficio particular sobre los demás a través del ejercicio del poder. Es por esto por lo que se entiende que los hombres únicamente pueden hacerse libres a través de las leyes.<sup>39</sup>

### 3. LA CONDICIÓN CONTRA MAYORITARIA

Un requisito esencial que debe estar presente en todo sistema político que aspire a no ser manipulable por voluntades ajenas es que dicho sistema cumpla ciertas condiciones necesarias, como las ya expuestas:

---

<sup>37</sup> Pettit, Philip, *op. cit.*, p. 229.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 229 y 232.

<sup>39</sup> Panebianco, Angelo, *op. cit.*, p. 131.

- a) Requisitos precisos para que exista el imperio de la ley.
- b) Un sistema político que no quiera verse desvirtuado por degeneraciones del poder deberá contar con una efectiva dispersión de su ejercicio.

Adicionalmente integraré una condición más, referente a:

- c) Es necesario que se garantice que las leyes adoptadas y vigentes no sean fácilmente mutables por razón de la presión de las mayorías, lo que implica que no resulte sencilla la labor de modificarlas, derogarlas, o abrogarlas.<sup>40</sup>

El resultado que se persigue mediante la conjunción de la condición anteriormente expuesta es que se evite dejar las leyes en manos de agentes mayoritarios, pues de cumplirse esto, dichas leyes dejarán de ser una garantía de seguridad frente a la dominación; en otras palabras, significaría que éstas quedarán bajo controles arbitrarios de mayorías, lo que no garantizaría la preservación del bien común en tanto el criterio mayoritario podría perseguir intereses banderizos que, en absoluto, implican que sea una medida que abogue por la bondad de la ley.

La posición de los individuos o de las minorías es algo que siempre debe encontrarse protegido por las disposiciones institucionales, es decir, estar amparado por reglas y salvaguardas constitucionales<sup>41</sup>, pues el interés de la mayoría no debe imponerse a los demás por el simple hecho de gozar de un número más amplio de simpatizantes.

No se puede olvidar una cuestión básica que debe ser resaltada, la cual viene dada por la circunstancia de que en la democracia actual está muy presente la falta de acción o interés, así como por el acarreo y venta de votos, que en ocasiones logra impactar numéricamente para favorecer en los conteos de votos a cierto candidato, propuesta, fórmula o coalición; es por lo anterior que sería un error pensar que la legitimidad de la ley y de las instituciones debe estar fundamentada en el disfrute del apoyo popular mayoritario, máxime cuando éste puede obtenerse de formas no legítimas.

---

<sup>40</sup> Pettit, Philip, *op. cit.*, pp. 236 y 237.

<sup>41</sup> Held, David, *op. cit.*, p. 339.

#### IV. CULTURA DE LA LEGALIDAD COMO PARTE DE LA CULTURA POLÍTICA DEL ESTADO

Hasta este momento, se han señalado y analizado los elementos mínimos o más importantes que deben estar presentes en todo Estado que busque legitimar su actuar, oponer una fuerte resistencia ante la aparición de la degeneración en el ejercicio del poder o evitar la corrupción en el actuar democrático. Así, se han destacado aspectos tales como el principio de separación de poderes, el sometimiento del actuar estatal al imperio de la ley y la trascendencia de la condición contra mayoritaria. Pues bien, ahora es cardinal destacar un nuevo punto que debe confluir en un Estado, el cual se trata de la cultura de la legalidad.

El desarrollo de un Estado se encuentra íntimamente vinculado y directamente relacionado con la cultura de la legalidad, de tal forma que, en palabras de Salazar, “*la consolidación de la democracia como sistema de gobierno y forma de vida sólo puede ser posible con un efectivo estado de derecho que le dé sustento y con la existencia de una cultura de la legalidad, del permanente respeto y obediencia a las leyes que la sociedad misma se impone por consenso para su convivencia pacífica y armónica*”.<sup>42</sup>

La importancia de la legalidad en toda sociedad se traduce en el hecho de que dicha legalidad se constituye como un valor fundamental en la vida en colectividad, pues es el elemento que garantiza una adecuada convivencia de una comunidad a través de dos facetas: el cumplimiento de las obligaciones por parte de la ciudadanía, y el ejercicio de los derechos de ésta.

La conclusión que se extrae de lo explicado no es otra que la de conceptualizar la legalidad como aquel aspecto que hace referencia al poder que es ejercitado de una forma legal, confrontándose así con el ejercicio arbitrario del poder estatal.

Las bondades y beneficios que se derivan o impregnan a la legalidad son notorias, sin embargo, es una realidad el hecho de que generar, desarrollar y consolidar una cultura de la legalidad no es una tarea en absoluto

---

<sup>42</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *Democracia y (cultura de la) legalidad*, México, IFE, 2006, p. 7.

sencilla, lo cual se puede apreciar a simple vista al observar que existen varias teorías que se han ocupado de intentar explicar cómo lograr tan ardua labor.

Como ya se ha advertido, la labor de crear un tipo de cultura es relevante para las sociedades, toda vez que representa un factor cohesionador de un grupo determinado de personas en tanto aglomera experiencias colectivas compartidas que dotan de un sentido de pertenencia al grupo. Así pues, cuando aludimos al término “cultura política”, lo que en realidad hacemos, como expresa Salazar, es referirnos a ciertos aspectos políticos de la vida colectiva, como pueden ser el apego a un conjunto de instituciones y las acciones concretas que orientan ese comportamiento<sup>43</sup>.

Por otra parte, es necesario señalar que la cultura de la legalidad forma parte de la cultura política, la cual hace referencia al modo en el que una población percibe el universo de relaciones que tienen que ver con el ejercicio, la distribución y la forma de asumir y ejercitar el poder.

Esta interacción no necesariamente guarda relación con el comportamiento político de los miembros de una comunidad, de tal manera que más bien tiene que ver con la afinidad que esos miembros tienen con las instituciones y las acciones concretas que orientan ese comportamiento. Esta circunstancia da pie al planteamiento de una interrogante que, para nada, es baladí, pues hay que cuestionarse si son las instituciones las que condicionan la acción política de la comunidad o si, por el contrario, son las instituciones las que dependen de los valores y cultura de la sociedad.

Es indispensable reconocer la importancia de la cultura de la legalidad como una condición esencial para lograr el desarrollo político de una nación pues, en último término, el derecho es legitimador al tiempo que, también, es producto del poder político.

Teniendo en consideración la trascendencia de la cultura de la legalidad, ahora habría que añadir a lo expuesto la circunstancia de que hasta las buenas leyes requieren de buenas costumbres; lo que dicho en otras palabras significa que las leyes, por sí mismas, no son suficientes para garanti-

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 14.

zar la incorruptibilidad de un Estado. Siendo esto así, se hace evidente que la ley no es capaz de alcanzar *per se* el objetivo de conservar una comunidad democrática, toda vez que precisa de una ayuda traducida en la presencia en los individuos y en la sociedad de un sentimiento interior presidido por una conciencia del deber y, más específicamente, de un deber cívico. Esta necesidad tiene su fundamento en que, si bien es o puede ser cierto que las leyes suelen modelar hábitos de los ciudadanos que implican obligar a éstos a acatar ciertas normas de conducta, sin embargo, también es una realidad que esas mismas leyes no están preparadas para lograr moldear el carácter de aquéllos, por lo que se requiere la confluencia de algún elemento añadido.

En vista de esto, la duda que de forma casi inmediata se suscita es aquella que se pregunta por la manera o el modo en el que se puede generar el sentido cívico donde éste se encuentra ausente. Para lograr dar una contestación a este dilema, se debe, en primer lugar, abogar por la creación del sentido cívico que pueda materializarse si se logra que las leyes gocen de una elevada autoridad. Ahora bien, ¿cómo se alcanza esa elevada autoridad? Una vez más, la respuesta no sería sencilla, sin embargo, considero que las leyes serán capaces de alcanzar una mayor autoridad en la medida en que se ocupen de regular y controlar los conflictos sociales provocados, entre otras cosas, por las asimetrías del poder, riqueza, estatus, entre otras condiciones.

Hay autores, como por ejemplo Bobbio, que han considerado que los instrumentos más adecuados para lograr una mayor autoridad serían la educación y la autoridad moral -más que la autoridad legal-, pues es un hecho que la democracia transita por vías de legitimidad que no están relacionadas únicamente con la legalidad enarbolada por aquélla, sino más bien guardan una vinculación más estrecha con el sentido de un compromiso común.

La ciudadanía, en su mayoría, adolece de una casi inexistente cultura o educación política, lo que se traduce finalmente en un problema para la democracia.

Alcanzar una adecuada educación ciudadana representa una tarea compleja, sin embargo, la historia ha venido demostrando la posibilidad de conseguir una educación ciudadana en virtudes, la cual la presento como sinónimo de educación en cultura política y, específicamente, como equivalente de la cultura de la legalidad. Con ello, la educación en virtudes tiene como adversaria, en consecuencia, a la misma corrupción política susceptible de surgir en el contexto institucional, toda vez que supone un problema básico contra el que se lucha en todos los países; lo que simultáneamente implica que se convierta en una constante preocupación de las democracias.

El amplio campo de facultades deseables en todo sistema político que es capaz de desenvolver la educación en virtudes supone que produzca efectos directos fundamentales en las instituciones del Estado, de manera que éstas deberán preocuparse por anteponer los intereses generales respecto a los intereses particulares.

Esto que tan lógico resulta dada la teórica naturaleza pública de los poderes estatales y su supuesta orientación a la consecución del bien social sería, sin embargo, en nuestros días, algo utópico pensado en términos absolutos dada la proliferación de conductas que se preocupan más por intereses individuales que colectivos. A pesar del reconocimiento de esa quimera práctica, considero que, si se lograra impulsar y absorber la cultura de la legalidad en las instituciones, los partidos políticos, los ciudadanos y los representantes, lo que actualmente se ve en términos de números se revelaría como un nuevo paradigma de sociedad: una verdadera nueva democracia.

## V. CONCLUSIONES

La perspectiva presentada a lo largo de este escrito es el resultado de adoptar una concepción formal o procedimental de la democracia, la cual hace que ésta sea reconocida, simplemente, como forma y procedimiento idóneo que garantiza que las decisiones tomadas sean una expresión, ya sea directa o indirecta, de la voluntad popular; de modo y manera que incluso

estas expresiones populares pueden ir en contra de la misma democracia en tanto, como especifica el mismo Ferrajoli, “*siempre es posible que con métodos antidemocráticos se supriman los propios métodos democráticos*”.<sup>44</sup>

Las diferentes posibilidades de actuación política que puede albergar en su seno o propiciar la democracia hace que ésta se convierta en un ámbito susceptible de conformación de múltiples comportamientos que, a su vez, afectan el propio devenir de la democracia; ahora bien, el hecho de poder hablar de métodos antidemocráticos que interfieren en la misma democracia revela la existencia de un elemento básico en la evolución de dicho sistema organizativo político: el sentido democrático de la sociedad.

El sentido democrático hace posible que tal o cual democracia alcance una mayor o menor consolidación, toda vez que una sociedad comprometida con los valores democráticos dotará de mayor legitimidad y durabilidad a este sistema, del mismo modo que, en sentido contrario, una conducta social poco identificada con los ideales de la democracia hará que ésta se convierta en un sistema político voluble, con escasa estabilidad y que puede llegar, incluso, a convertirse en un modelo que poco o nada tiene que ver con la democracia. Todo ello hace que se deba entender la cultura política como un elemento que juega un papel esencial, con lo que la ausencia de este componente puede causar importantes efectos en el sistema. Adicionalmente, las tres condiciones presentadas: imperio de la ley, separación de poderes y condición contra mayoritaria, han ayudado a conseguir una transformación del Estado para lograr el Estado de derecho.

Con todo ello, y en opinión de Bobbio, el Estado de derecho es aquel en donde se intenta limitar la actividad de los poderes estatales dentro del marco constitucional y en el que las normas son aprobadas respetando los procedimientos establecidos en el marco legal –con lo que se dota de validez formal a éstas-, garantizándose así el funcionamiento responsable y controlado de los órganos de poder dentro del imperio de la ley, con el fin último de evitar el ejercicio arbitrario del poder.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris...*, cit., pp. 9 y 11.

<sup>45</sup> Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 18; Prácticas del Buen Gobierno



Finalmente, no se puede dejar de resaltar el hecho de que aquel gobierno que diga ser democrático pero que, simultáneamente, no respete los fundamentos naturales inherentes a la democracia, es vulnerable a ser derrocado.

## BIBLIOGRAFÍA

- BOAZ, David, *Liberalismo. Una aproximación*, trad. de Ana Lladó Sánchez, España, 2007.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, trad. de José Fernández Santillán, Colombia, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- \_\_\_\_\_, *Teoría general de la política*, trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, España, Trotta, 2003, colección Estructuras y Procesos.
- \_\_\_\_\_, *Liberalismo y democracia*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- BOBBIO, Norberto y VIROLI, Maurizio, *Diálogo en torno a la república*, trad. de Rosa Ruis Gatell, España, Tusquets editores, 2002.
- BROWN SCOTT, James, *The catholic conception of international law*, USA, The Law-book Exchange, 1997.
- CRAIG, Tomas, *The right succession to the kingdom of England*, London, M. Bennet for Dan Brown, 1703.
- DAHL, A. Robert, *La democracia y sus críticos*, trad. de Leandro Wolfson, España, Paidós, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.
- \_\_\_\_\_, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. De Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2011.
- \_\_\_\_\_, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón et al., Madrid, Trotta, serie Derecho, 2011, colección Estructuras y Procesos.
- HELD, David, *Modelos de democracia*, trad. de Teresa Albero, España, Alianza, 1992.

---

para la Protección de los Derechos Humanos, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2008, p. 49.

- JACKSON, Clare, *Restoration Scotland 1660-1690: Royalist politics religion and ideas*, UK, Boydell Press, 2003.
- KLITGAARD, Robert, “Estrategias para la reforma”, en Diamond, Larry (comp.), *El resurgimiento global de la democracia*, México, UNAM-IIIJ, 1996.
- LAGERLUND, Henrik, *Encyclopedia of medieval philosophy*, Springer, 2010.
- LAPORTA, Francisco, *El imperio de la ley una visión actual*, Madrid, Trotta, serie Derecho, 2007, colección Estructuras y Procesos.
- MAQUIAVELO, Nicolas, *Obras políticas*, La Habana, Ciencias Sociales, 1971.
- MISES, Ludwig Von, *El socialismo. Análisis económico y sociológico*, 4ª ed., trad. de Luis Montes de Oca, España, Unión Editorial, 2003.
- MONTESQUIEU, Charles, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Alianza, 2003.
- ORESTES AGUILAR, Héctor, *Carl Schmitt, teólogo de la política*, México, Fondo de cultura económica, 2001.
- ORTIZ LEROUX, Sergio, *En defensa de la república. Lecciones de teoría política republicana*, México, Ediciones Coyoacán, 2014.
- OVEJERO LUCAS, Félix, *La libertad inhóspita. Modelos humanos y democracia liberal*. España, Paidós, 2002.
- \_\_\_\_\_, *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanism*, Madrid, Katz, 2008.
- PANEBIANCO, Angelo, *El poder, el estado, la libertad. La frágil constitución de la sociedad libre*, trad. de Juan Marcos de la Fuente, Madrid, Unión Editorial, 2009, colección La Antorcha.
- PETTIT, Philip, *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*, trad. de Toni Domènech, España, Paidós, 1999.
- POCOCK, J. G. A., *El momento maquiavélico: el pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica*, trad. de Martha Vázquez Pimental y Eloy García, Madrid, Tecnos, 2002.
- RUBIO CARRACEDO, José, *Ciudadanos sin democracia. Nuevos ensayos sobre ciudadanía, ética y democracia*, Granada, Comares, 2005.
- RUIZ RUIZ, Ramón, *La tradición republicana*, Madrid, Dykinson, 2006.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *Democracia y (cultura de la) legalidad*, México, IFE, 2006.

SHAPIRO, Ian, *La teoría de la democracia en el mundo real*, trad. de Jorge Urdániz y Santiago Gallego, Madrid, Marcial Pons, 2011.

## HEMEROGRAFÍA

BADILLO O'FARRELL, Pablo, "Libertad y republicanismo en el momento actual: tipologías de la libertad según Quentin Skinner", *Seminario de Investigación de Ciencia Política*, curso 2005-2006, estudio 66/2006.

RÓDENAS, Ángeles, "La justicia de la democracia: consensos aparentes y pseudo dilemas", *Isonomía*, España, Universidad de Alicante, 2010, núm. 32, abril.

VERGOTTINI, Giuseppe de, "Derecho constitucional comparado", 6ª ed., trad. Claudia Herrera, *Serie Doctrina Jurídica*, México, UNAM, 2004, núm. 197.

## LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

# REFLEXIONES SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA NUEVA RAZÓN JURÍDICA

Xosé Manuel PACHO BLANCO\*

## I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende examinar el funcionamiento de la Justicia constitucional de nuestro tiempo. Partiendo de la interpretación constitucional, se analizan los diferentes problemas a los que se enfrenta la justicia constitucional, y cómo la forma de resolverlos puede alterar la racionalidad jurídica de la modernidad. Debido a la textura abierta de los textos constitucionales se hará necesario observar con atención la actuación del juez, y las consecuencias que de ello se puede desprender, cara a esa nueva razón jurídica, que entendemos que debe asentarse sobre la defensa de los derechos fundamentales.

Se examinará para ello, en primer lugar, la interpretación constitucional y lo que significa en un tiempo en el que esta interpretación es la que nos va a asegurar el reconocimiento de los derechos fundamentales para la ciudadanía. Así, veremos la interpretación, y singularmente la constitucional, y cómo se debe elaborar una argumentación que permita desarrollar o no estos derechos, lo que pone de relieve su importancia.

En segundo lugar, se comprobará también que la justicia constitucional, con sus decisiones interpreta, obviamente, la Constitución, y reinterpreta la racionalidad jurídica de nuestro sistema legal-democrático. Veremos que la dogmática jurídica camina detrás de la propia actuación de los tribunales constitucionales que, con su actuación, pueden condicionar la propia estructura del Estado. Se debe tomar conciencia de ello, de modo que se mantengan un equilibrio entre la dimensión normativa del texto jurídico, y su propia dimensión política como pacto de convivencia. En tercer lugar, y como se colige de los amplios márgenes que tiene el juez constitucional,

---

\* Doctor en Derecho. Abogado y Profesor Doctor de Teoría del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo de la Universidad de Vigo (Galicia España), [xmpacho@uvigo.es](mailto:xmpacho@uvigo.es), ORCID <https://orcid.org/0000-0001-9924-6593>.

su actuación puede estar mediatizada por su ideología, comprendida en un sentido amplio. Así, el activismo judicial, la interpretación evolutiva se ha impuesto en nuestros Estados de Derecho; por esta razón, se precisa que el juez constitucional motive adecuadamente sus resoluciones, respete el precedente. Más aún cuando el juez constitucional debe conseguir que el texto constitucional sea útil, protegiendo al poder constituyente original, pero dando respuesta a las nuevas cuestiones del presente.

Finalmente, dada la discrecionalidad con la que se mueve la Justicia constitucional, debe tener en cuenta la defensa de los derechos fundamentales, y de un paradigma jurídico que se va a asentar sobre sus propias decisiones.

## II. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL TIEMPO DE LOS DERECHOS

En los últimos tiempos, en el desarrollo de los estados de Derecho, en la modernidad y ya en la postmodernidad se está asentando una nueva forma de comprender el paradigma jurídico. El derecho como objeto social en el sentido clásico, está en permanente estado de transformación. La consolidación de las democracias del siglo XXI alrededor de la idea fundamental de la Constitución, ha traído consigo la principalización del derecho. Por ello, en los ordenamientos jurídicos actuales la interpretación constitucional ha cobrado un valor fundamental, puesto que es mediante este mecanismo cómo se desarrollan o limitan los derechos fundamentales que juegan en nuestras democracias.

Así, en un contexto social presidido por el dinamismo y por un modernidad que ya no parece estática, la interpretación constitucional constituye en sí misma, la expresión más clara de lo que ha de ser el Derecho y la razón jurídica, y más aún, de lo que es el Derecho en el siglo XXI, entendiendo este contexto social, histórico, jurídico, como una oportunidad. En la metáfora de la que hablara Walter Benjamin y de la que se ha hecho eco Boaventura de Sousa Santos, el ángel de la historia contempla impotente la realidad, pero es justamente esta, con sus debates, con sus cuestionamientos lo que nos puede permitir avanzar.

En el lenguaje jurídico la interpretación es un vocablo doblemente ambiguo. En un primer sentido, se puede entender como la atribución de significado a un texto normativo, pero también como la calificación jurídica de un supuesto de hecho concreto. En este sentido, interpretar puede expresarse como ha destacado Guastini, una actividad, la actividad interpretativa, pero también el resultado o producto de esa actividad<sup>1</sup>. Kelsen hacía referencia a acto de conocimiento, acto de decisión, y a un acto de creación normativa<sup>2</sup>, puesto que como ha destacado Atienza la interpretación es una operación que consiste en pasar de unos enunciados a otros, y lo que permite dar ese paso es lo que podemos llamar “enunciado interpretativo”<sup>3</sup>.

La interpretación jurídica abarca el estudio de la actividad humana de interpretar y que tiene como finalidad un resultado concreto en el campo del derecho. Este resultado cobra una gran relevancia si estamos hablando de la interpretación constitucional, por la propia naturaleza del objeto interpretativo, que no es otro que la Constitución, es decir, la voluntad del pueblo constituyente. Sin embargo, esta interpretación constitucional reviste los mismos rasgos comunes a cualquier otra actividad de esta naturaleza<sup>4</sup>. Esta es una práctica social compleja que en los últimos años se ha revelado como la base del óptimo funcionamiento del estado de derecho moderno, de la modernidad. Los ordenamientos jurídicos han asumido que la perspectiva iuspositivista tradicional no resuelve los principales problemas del derecho, puesto que éste se legitima o se deslegitima desde el espacio que va desde la norma a la propia interpretación que los diferentes operadores jurídicos hace de ella, puesto que como pusiera de manifiesto

---

<sup>1</sup> Guastini, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, UNAM – Editorial Porrúa, México, 2000, p.1.

<sup>2</sup> Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, UNAM, México D.F., 1986.

<sup>3</sup> Atienza, M., *El sentido del derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 2006, p. 269.

<sup>4</sup> Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 254. Como ha señalado Segura Ortega la actividad interpretativa es una mezcla de la naturaleza cognoscitiva y volitiva, ya que la decisión es un acto de voluntad, pero se precisa para llegar a él un previo proceso cognoscitivo; véase, Segura Ortega, M., *Lecciones de Teoría del Derecho*, Editorial Ramón Areces, Madrid, 2008, p. 198.

Savigny, en la norma que el intérprete modela como resultado de su acción se debe producir “una reconstrucción del pensamiento contenido en la ley”<sup>5</sup>.

La interpretación responde a un aspecto crucial para la construcción del ordenamiento jurídico más allá de preconcepciones ya superadas que hablaban de que la ley en sí misma construía el derecho, un derecho que es por su propia esencia indeterminado, y que requiere de la interpretación. En este proceso, el sujeto busca y descubre el sentido normativo de un texto, y éste, a su vez, se materializa justo en el momento de aplicación, en el sentido de lo que Wroblewsky denominaba interpretación operativa<sup>6</sup>.

Este aspecto debe ser tenido en cuenta a la hora de comprender lo que es, lo que debe ser, la interpretación constitucional que tendrá problemas metodológicos propios de su objeto. Lo cierto es que si interpretar es una actividad que puede ser descrita de manera diversa y con una fundamental significación para el derecho, la interpretación constitucional constituye en sí misma, la expresión más clara de lo que ha de ser el derecho. La interpretación constitucional se enfrenta a un texto que tiene una doble naturaleza, política y jurídica, y además lo hace en un contexto de decisión como es el de los casos en los que en muchas ocasiones no existe ninguna respuesta correcta. Por esta razón, interpretar es tanto más necesario cuanto más problemático sea descubrir el sentido de un texto que es en sí mismo abierto, por lo que se deben tener en cuenta las principales condiciones que influyen en la actividad interpretativa y su incidencia en el plano de la estructura del Estado y de la defensa de los derechos fundamentales. La interpretación constitucional se enfrenta a esos casos que Atienza define como casos trágicos, caso que no tienen ninguna respuesta correcta y que son realmente dilemas jurídicos<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Savigny, F.C., *Sistema de Derecho Romano actual*, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, Centro Editorial Góngora, p. 47.

<sup>6</sup> Wroblewsky, J., *Constitución y teoría general de la interpretación*, Civitas, Madrid, 1985, p. 49.

<sup>7</sup> Atienza, M., “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos” *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho*, núm. 6, México D.F., 1998, p. 13.

Así, en la argumentación constitucional es posible que ni la elección de las premisas, ni su contenido, ni la deducción correspondiente sean aspectos que se justifiquen por sí solos. Más aún cuando esta interpretación constitucional traerá, como ha destacado Vigo, incertezas e inquietudes que habrán de resolverse desde el debate racional<sup>8</sup>.

El método constitucional responde a ese juicio de razonabilidad que se sitúa a medio camino entre el juicio ordinario de subsunción y el juicio de optimización política. Y si la razonabilidad es sostenida por el intérprete constitucional, y la subsunción no es explícita se debe fundamentar claramente la opción escogida. Consecuentemente, la argumentación cobra una gran relevancia en la práctica de los tribunales superiores de justicia en general y en las altas magistraturas en particular y en este contexto los principios de la interpretación constitucional se presentan como criterios relevantes para orientar y dirigir el proceso de selección de esos puntos de vista que permiten la solución del problema.

Desde este punto de vista, argumentación y consenso revisten gran trascendencia, por cuanto la *ratio decidendi* no es una operación que se realice a partir del Derecho, sino que *es* Derecho<sup>9</sup>. En la justicia constitucional la argumentación del Tribunal no constituye un ejercicio académico ni baladí, bien al contrario, es una actuación directa y vinculante sobre el contenido de las propias normas. Y, por ello, la fundamentación de la sentencia no desempeña el papel de una exposición de motivos de la decisión o fallo, sino más bien una reconstrucción del propio sistema legal del que el Tribunal Constitucional es su máximo intérprete. Esta idea se incardina con la idea del consenso racional que como destaca Atienza puede interpretarse en el sentido en que Habermas lo entendía, es decir, una decisión está justificada

---

<sup>8</sup> Vigo, R. L., *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Tirant Lo Blanch-Instituto de la Judicatura Federal, México D. F., 2017, pp. 333-334. Así, también ha señalado Díaz Revorio que la interpretación constitucional representa uno de los problemas más complejos, pero también más acuciantes, de la teoría y la práctica constitucionales, Díaz Revorio, F. J., “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, 2016, Vol. 10, núm. 37, p. 11.

<sup>9</sup> Prieto Sanchís, L., “Notas sobre la interpretación constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, Madrid, 1991, p. 190.



si ésta es a la que se habría llegado por consenso en una situación ideal de diálogo<sup>10</sup>. De este modo, en la argumentación constitucional se emplearán criterios morales dentro de los límites establecidos por el Derecho; sin embargo, en esta época de desarrollo de los Estados de Derecho sus márgenes son muy amplios. Como quiera que los principios constitucionales son una juridificación de la moral, esto ha de implicar la defensa y la garantía de los derechos fundamentales, a través de la cual se consagra en la modernidad la dignidad del ser humano.

Este es el contexto de la interpretación constitucional en el que históricamente se ha permitido un considerable espacio a lo discursivamente posible, lo que nos llevará a una puesta en valor del discurso argumentativo y la justificación racional, siempre desde un estricto respecto a los límites de un positivismo que solo puede entenderse desde el respeto y desde la garantía de los derechos fundamentales de todos los seres humanos.

### III. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA REINTERPRETACIÓN DE LA RACIONALIDAD JURÍDICA

Debemos partir de que la interpretación constitucional condiciona el desarrollo del Derecho y de los derechos. Así, se está transformando la labor del juez constitucional, la justicia y la propia estructura del Estado, lo que está propiciando, además una mutación en la comprensión de la racionalidad jurídica.

La dogmática jurídica tradicional se ha evidenciado insuficiente para abordar la interpretación de las constituciones, no sólo por la especificidad de la norma constitucional en relación con el resto del ordenamiento, sino porque esto se ha agravado debido a las deficiencias propias de una dogmática que parece que va por detrás de la práctica constitucional en los últimos tiempos. Estas deficiencias se han manifestado de una manera más clara a partir de la implantación de la Constitución normativa, pues ella ha puesto de manifiesto que esta forma de interpretar el orden jurídico dejaba indefensos muchos derechos no sólo de concepción formal, sino

<sup>10</sup> Atienza, M., *El sentido del derecho...*, *op. cit.*, p. 267.

también de carácter sustancial, al no satisfacer el fundamento mismo del Derecho: su contenido material de justicia<sup>11</sup>, que es, que debe ser, la razón última de la comprensión de lo jurídico.

La Justicia constitucional interpretará y reformulará los límites de la constitucionalidad, más allá de los cuales la actividad de los órganos del Estado podría quedar comprometida, cuestionando el sentido del ordenamiento del Estado y de su propia estructura. En el Derecho del siglo XXI, el método democrático adquiere un valor que se desarrolla a través de la democracia sustancial que cuestionará los tradicionales marcos normativos. En estas singulares circunstancias se desarrolla la interpretación constitucional, que se enfrenta a dilemas jurídicos y a cuestiones que encierran una gran complejidad<sup>12</sup>, y constituirán un precedente para el futuro desarrollo constitucional, que transcurrirá en las mejores condiciones si se erradican algunos de los defectos que hoy la aquejan<sup>13</sup>.

En un contexto en el que la postmodernidad, esa modernidad líquida de la que hablara Bauman ha instalado una nueva perspectiva en el paradigma jurídico que hace que tenga menos peso, la interpretación continúa la obra comenzada por el constituyente, integrándola, completándola e incluso desnaturalizándola. De este modo, los órganos de la Justicia Constitucional se convierten en los albaceas de la voluntad constituyente<sup>14</sup>, cobrando sentido, como ha indicado Häberle, la actuación del Tribunal Constitucional como un método en sí mismo, como un quinto método de interpretación que se construye mediante los principios del Derecho comunes a las democracia y en sus propios catálogos de Derechos Fundamentales<sup>15</sup>. Precisamos de una interpretación permanente de nuestras de-

<sup>11</sup> Balaguer Callejón, M. L., “La interpretación constitucional como interpretación del derecho”, Balaguer Callejón, F. (Coord.), *Derecho constitucional y cultura, Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, pp. 238-239.

<sup>12</sup> Garzón Valdés, E., “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”, *Jueces para la Democracia*, núm. 45, Madrid, 2002, pp. 45-52.

<sup>13</sup> Aragón Reyes, M., “El futuro de la justicia constitucional”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 23 (1), 2019, p. 26.

<sup>14</sup> Canosa Usera, R., *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 304.

<sup>15</sup> Balaguer Callejón, M. L., “La interpretación constitucional...”, *op. cit.*, p. 239.

mocracias, de nuestras constituciones, y la actuación y las interpretaciones del Tribunal Constitucional han consumado esta forma de judicialización de la estructura del Estado y de todo nuestro ordenamiento, aunque anteriormente muchos de los problemas a los que ahora se están enfrentando los tribunales constitucionales se resolvían en el contexto de los debates políticos. Además, la interpretación constitucional en España se ha revelado influida por la forma de elección de sus miembros y por su disposición o no a desarrollar el modelo constitucional.

Se trata de conseguir que el sistema jurídico proporcione la respuesta adecuada a los problemas que surgen en las democracias actuales, problemas que en ocasiones tienen que ver con formas de entender la realidad desde las diversas morales o ideologías políticas o religiosas. Así, lo que el intérprete constitucional hace es aplicar el derecho existente, tratando de hacer la función propia del Derecho, aplicando los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, del orden constitucional.

El Derecho no es un instrumento aséptico. La historia de la humanidad ha evidenciado que siempre encontraremos un estrato político, filosófico debajo de él. Más si cabe cuando en los textos constitucionales son no solo documentos jurídicos, sino también pactos de convivencia, compromisos políticos. La ideología de la interpretación tiene que ver con el contexto sociopolítico del tiempo en que se aplica la norma y con una concreta concepción del mundo que se intenta adecuar con la labor hermenéutica, siendo esta la consecuencia última de la justicia constitucional. Häberle ha tratado de darle sentido a ello desde una perspectiva teórica y dogmática, configurando un conjunto de instrumentos teóricos y actuaciones prácticas como un método democrático de interpretación que desarrolla la justicia constitucional del siglo XXI<sup>16</sup>. Así, la forma se convierte en el fin, y el fin en la forma, pues la teoría interpretativa incide y desarrolla en la línea general dibujada por el concepto, proponiendo todo un elenco de cánones y técnicas interpretativas que facilitan y justifican las decisiones adoptadas en virtud del concepto de interpretación escogido.

---

<sup>16</sup> Balaguer Callejón, M. L., “La interpretación constitucional como..., *op. cit.*, p. 240.

La singular naturaleza de la justicia constitucional presenta aspectos que son de difícil comprensión, y es un debate recurrente desde la perspectiva teórica del Derecho. Debemos recordar que la interpretación constitucional se modifican no solo las relaciones de poder, la propia estructura del Estado y hasta la razón del Derecho, puesto que, en este sentido, no puede marginarse a la sociedad de la interpretación de la Constitución<sup>17</sup>. Evidentemente, la interpretación constitucional posee una importancia decisiva en cualquier sistema democrático y más en los sistemas actuales. Piénsese que el poder del Tribunal Constitucional se basa sólo en su prestigio y en la fuerza persuasiva de sus argumentos; y cuando no actúa conforme a esta consigna, su autoridad se resiente y a su vez se deslegitima todo el ordenamiento jurídico. Es justamente en ese momento en el que entra en crisis la justicia cuando se deja llevar por ponderaciones tacticistas<sup>18</sup>. En palabras de Pérez Luño, la interpretación constituye, en efecto, el punto de encuentro donde confluyen y se entremezclan los procedimientos metódicos de la ciencia y de la filosofía del Derecho<sup>19</sup>, y el Tribunal Constitucional en su actuación, está dotado de una legitimación fundamental. Una legitimación que convierte a la Constitución en un documento vivo que moldea y dirige el ejercicio del poder político. La forma de moldearlo es hacerlo mediante los múltiples elementos de conocimiento con los que, con base en los correspondientes Autos y Sentencias, llega a adoptar decisiones complejas que pueden implicar la consolidación o el cuestionamiento del ordenamiento jurídico y del texto constitucional.

El debate sobre la legitimidad de la interpretación constitucional abarca desde los que destacan su significación política y olvidan que el texto constitucional es un texto jurídico que requiere ser respetado, hasta los que obvian que la interpretación de la Constitución no es un mero acto interpretativo, puesto que estamos ante la presencia de un documento político,

---

<sup>17</sup> Vigo, R. L., *La interpretación (argumentación) jurídica...*, *op. cit.*, p. 45.

<sup>18</sup> Gomes Canotilho, J. J., "Jurisdicción constitucional y nuevas inquietudes discursivas. Del mejor método a la mejor teoría" *Fundamentos* núm. 4, Oviedo, 2006, p. 425.

<sup>19</sup> Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 249.

un pacto de convivencia. Häberle ha señalado que la política y el Derecho no se colocan en planos contrapuestos sino que deben ser considerados en su totalidad<sup>20</sup>. Así, todo Tribunal constitucional se ve en la difícil tesitura de tener que dar razones como órgano y argumentos como juez<sup>21</sup>. Pero esto no puede significar que la justicia constitucional deba ser comprendida como un instrumento de poder que esté en connivencia con el poder ejecutivo y legislativo, como en los últimos tiempos se ha visto en nuestras democracias. La legitimación o deslegitimación de la justicia constitucional hay que buscarla en la función que cumple, y presta un estimable servicio al afrontar un análisis crítico de los problemas sociales, que no dejan de ser los problemas del Derecho.

El Tribunal Constitucional es un órgano de cierre y garantía del sistema, siempre que se ajuste a una actuación conforme a derecho. Y no es un vicio democrático el que una comunidad política ofrezca a sus miembros el foro deliberativo de un Tribunal Constitucional, algo que se observa en la realidad constitucional norteamericana o en la propia realidad de la justicia constitucional europea de modo que se ha ido superando su condicionamiento político porque quienes han concebido la interpretación de la Constitución como una tarea jurídica la han abordado con los esquemas elaborados por la dogmática iusprivatista<sup>22</sup>, que no ha resuelto sus problemas fundamentales. Por esta razón, se necesita un Tribunal Constitucional que tome conciencia de su función, pero que emplee métodos basados en el examen de sus propias Sentencias y sus posteriores desarrollos, para legitimar desde ahí su actuación sobre el texto constitucional.

En el seno de la justicia constitucional, toda interpretación judicial que no vaya más allá de comprender el texto constitucional en su dimensión normativa y estrictamente positivista, desconocería la doble naturaleza política y normativa de la Constitución, con las consecuencias que implica para la propia sociedad obviar su singular ductilidad.

<sup>20</sup> Häberle, P., *La Verfassungsbeschwerde* nel sistema della giustizia costituzionale tedesca, Giuffrè, Milano 2000, p. 13 y ss.

<sup>21</sup> Cascajo Castro, J.L., “En torno a una idea metanormativa de la justicia constitucional”, *Teoría y realidad constitucional*, Núm. 22, UNED, Madrid, 2008, pp. 300-301.

<sup>22</sup> Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, estado de derecho...*, *op. cit.*, p. 251.

La clave está en lograr un equilibrio que permita no sacrificar la dimensión normativa de la Constitución en un contexto social concreto que ha de resolverse y una visión puramente normativista ajena a esa realidad. Resulta evidente que por el origen y forma de designación de sus miembros, por las consecuencias de sus resoluciones, la posición de la justicia constitucional en el sistema jurídico puede estar sujeta a múltiples cuestionamientos, pero es justamente esta su razón última, puesto que el ordenamiento jurídico, en cuanto que pretende tener un desarrollo dogmático, práctico, se enfrenta a esos problemas, y los resuelve el Tribunal Constitucional a través de sus sentencias. Efectivamente, todo Tribunal Constitucional maneja criterios de conveniencia y dispone de amplísimos márgenes de discrecionalidad donde, con frecuencia, afloran valoraciones ético-políticas<sup>23</sup>, con las consecuencias que ello tiene en la sociedad y en su desarrollo democrático. Como ha señalado Hesse, el tribunal debe buscar la «voluntad de Constitución», que representa, a un tiempo, una alternativa a la mera voluntad de poder y a la normatividad formal y abstracta, y que reposa en una idea fundamental: la convicción de que dicho orden normativo precisa de una constante legitimación<sup>24</sup>. Esta perspectiva puede contribuir a abordar desde un enfoque correcto la problemática de la interpretación constitucional que, en palabras de García de Enterría, cifra el objeto del proceso interpretativo en una estructura inequívocamente normativa<sup>25</sup>.

Este conjunto de problemas teóricos y prácticos nacen y desarrollan la justicia constitucional que, con su actuación, deberían ser resueltos buscando un equilibrio capaz de evitar el sacrificio de la dimensión normativa de la Constitución ante las condiciones de la realidad, así como la consideración formalista de la normativa constitucional ajena a ella, más propia de otros tiempos.

---

<sup>23</sup> Cascajo Castro, J. L., “En torno a una idea metanormativa..., *op. cit.*, p. 303.

<sup>24</sup> Véase, Hesse, K., *Escritos de derecho constitucional*, Dykinson, Madrid, 2011, y Gutiérrez Gutiérrez, I., “Gestación, recepción y vigencia: la teoría de la Constitución y el derecho constitucional de Konrad Hesse”, *Revista Española de derecho constitucional*, núm. 100, Madrid, 2014, pp. 403-423.

<sup>25</sup> García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, p. 49 y ss.

#### IV. LA IDEOLOGÍA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

El juez constitucional debe ser una prolongación del legislador constituyente, pero veremos que es mucho más, ya que el activismo judicial ha sido la respuesta a muchos dilemas jurídicos que han surgido en las democracias en los últimos tiempos. Si bien, ha de tenerse en cuenta también, que el activismo judicial o exceso de jurisdicción puede poner en peligro el necesario equilibrio entre justicia constitucional y democracia<sup>26</sup>.

Esto hace que sea fundamental la justificación de las decisiones, que han de ser claras y transparentes en cuanto a su argumentación, y tomando como referencia el precedente del propio Tribunal. Es en este contexto donde pesa la labor y las funciones del juez constitucional como prolongación del legislador, puesto que ha de llenar de contenido las ambiguas y vagas disposiciones constitucionales. Eso no significa que el juez constitucional se convierta en el dueño de “la última palabra”, puesto que como ha señalado Aragón Reyes esto significaría un incumplimiento grave de la obligación constitucional de juzgar conforme a derecho y no por motivos ideológicos o morales<sup>27</sup>. Y aunque sus sentencias raramente pueden ser controvertidas, lo que sí puede cambiar es el criterio interpretativo prevalente en un órgano judicial<sup>28</sup>, con lo que ello significa para el sistema legal.

Desde hace tiempo se ha denunciado lo que algunos califican como un excesivo activismo judicial. Si recurrimos a la evidencia histórica, veremos que los ejemplos más conocidos de fuerte activismo judicial se han dado sobre todo en relación con los Derechos Fundamentales, sin los cuales, como ha señalado Dworkin, no se podría haber avanzado<sup>29</sup>. No se debe olvidar que en la historia constitucional y concretamente en la norteamericana, se permite vislumbrar, aparte de un modelo de constitucionalismo que presenta muchas peculiaridades y que ha sido paradigmático para un número

<sup>26</sup> Aragón Reyes, M., “El futuro de la justicia...”, *op. cit.*, pp. 26-27.

<sup>27</sup> *Ibíd.*, p. 15.

<sup>28</sup> García Belaunde, D., “La interpretación constitucional como problema”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Núm. 86, Madrid, 1994, pp. 29-30.

<sup>29</sup> Dworkin, R., “The moral reading of the constitution”, *The New York Review of Books*, N.Y., 1996, pp. 2-3.

importante de países, las condiciones que son necesarias para realizar una revolución jurídica a partir de los Derechos Fundamentales, contando con fuertes dosis de activismo judicial<sup>30</sup>.

Con todo, si dejamos las decisiones en manos de los jueces y no de la ciudadanía corremos el riesgo de que esos jueces tomen decisiones que afectan a la propia dimensión democrática del Estado de derecho. El propio Dworkin se pregunta al respecto qué otra estrategia interpretativa se puede tener en mente, y señala que ninguna, poniendo de manifiesto que la doctrina defiende que debemos evitar los errores tanto de la lectura moral, que da demasiado poder a los jueces, como del originalismo, lo que convierte a la Constitución contemporánea en un vestigio del pasado<sup>31</sup>. El método correcto habría de ser un punto intermedio, que pretende un equilibrio adecuado entre la protección de los derechos individuales esenciales y que difiere de la voluntad popular. Para Dworkin la clave es que si no hay alternativa en la práctica, por qué no defender la lectura moral de la Constitución.

Por el contrario, Ferrajoli defiende una perspectiva estrictamente positivista, pero en la que los jueces han de tener una posición digamos activa y de defensores de la propia legalidad entendida desde el garantismo<sup>32</sup>, aunque los jueces no deberían ser los únicos y ni siquiera los más destacados intérpretes de las Constituciones. La interpretación constitucional debe correr a cargo de una sociedad abierta de los intérpretes constitucionales<sup>33</sup> y, desde ahí, añadir, construir una nueva legalidad, un nuevo paradigma.

---

<sup>30</sup> Ruíz Miguel, A., “El modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional” *Doxa* núm. 23, Alicante, 2000, pp. 145-159. Siempre teniendo en cuenta que se podría hacer un uso manipulativo, perverso o arbitrario de la interpretación constitucional; Mora Restrepo, G., “El drama y la gloria de la interpretación constitucional” *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, 2014, Vol. 44, núm. 121, p. 530.

<sup>31</sup> Dworkin, R., “The moral reading of the constitution... op. cit., p. 7.

<sup>32</sup> Ferrajoli, L., *Derechos y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 2010, p. 32.

<sup>33</sup> Haberle, P., *El estado constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México D.F., 2001, p. 149 y ss. García Amado, J. A.: “La interpretación constitucional”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 2, 2004, León, pp. 35-72.



El juez constitucional no puede ser valorado del mismo modo que se mide al juez ordinario, por cuanto se ocupa de un Derecho como es el Derecho constitucional, que reparte posiciones de poder y de decisión, y porque la propia justicia constitucional regula y estabiliza el proceso político y, consecuentemente, el objeto sometido a análisis está afectado por las tensiones propias de la dinámica política. Además, sus decisiones no están cubiertas por el techo del ordenamiento jurídico-legal existente, con las consecuencias que ello tiene hacia la propia proyección del Derecho y del ordenamiento. Por esto, la posición del juez constitucional es tan relevante y, como los jueces hablan a través de sus sentencias, se precisa que estas sean sinceras y transparentes; esto es, que se expongan claramente los criterios relevantes para el caso concreto y sus premisas, y que se emplee un lenguaje y una sintaxis inteligible y con vocación de persuasión.

En cuanto a la motivación, tanto la Constitución como la Ley Orgánica del Poder Judicial imponen la obligación de motivar las sentencias, y que estas estén fundadas en Derecho. Analizar el rigor con el que se ha empleado el Tribunal Constitucional es una tarea compleja, puesto que, si bien desde una visión en perspectiva global pueda ser así, lo cierto es que la correcta actuación motivadora ha de verse en el caso concreto. No se ha valorado suficientemente, en este sentido, la actuación del Tribunal Constitucional en la admisión previa de los recursos, donde no parece que se siga una especial rigurosidad necesaria en todas sus motivaciones. Es posible que el Tribunal Constitucional no deba ejercer un control excesivo sobre el estilo y los argumentos de las motivaciones, puesto que, en ocasiones, la razón jurídica es la proyección o el resultado final de una serie de desarrollos de origen diverso, pero no debería olvidar que su actuación siempre ha de estar presidida por una adecuada y racional motivación, y que no se puede percibir ni falta de diligencia ni intencionalidad política.

También es fundamental que el Tribunal Constitucional no se aparte del precedente jurisprudencial o, de hacerlo, que este esté debidamente motivado. En este sentido, debemos tener especialmente en cuenta que el precedente tiene una fuerza general que resulta de dos reglas: primero, si puede aducirse un precedente en favor o en contra de una decisión, hay

que aducirlo; segundo, quien quiera apartase de un precedente, corre con la carga de la argumentación<sup>34</sup>. Ha de tenerse en cuenta que muchas normas constitucionales se configuran más como principios que como reglas y que los casos constitucionales son con frecuencia casos difíciles, pero la importancia de la motivación, de la justificación, como ha indicado Prieto Sanchís, se acentúa notablemente, pues no sólo ha de perfilar los contornos de preceptos abstractos y elásticos, recurriendo desde luego a estándares extraconstitucionales, sino que ha de transitar un largo camino para mostrar el proceso de inferencia que va desde esa norma a la decisión o fallo<sup>35</sup>. Sabemos cómo debe operar el método constitucional, y contemplamos con perplejidad por esta razón, la reciente modificación de la admisión de recursos ante el Tribunal Constitucional español, cuya inadmisión no es motivada, por lo que debemos ser conscientes de que apenas un porcentaje inferior al cinco por ciento de los recursos presentados es admitido a trámite, sin ninguna motivación ni fundamentación jurídica, con las implicaciones que ello tiene para la Justicia Constitucional.

En definitiva, en la argumentación de la Justicia constitucional con frecuencia queda un considerable espacio de lo discursivamente posible, de forma que al llenar este espacio con soluciones cambiantes e incompatibles entre sí contradice la exigencia de consistencia y el principio de universalidad.

Destacaremos también la interpretación evolutiva de las constituciones, aunque con la certeza de que, con independencia de las perspectiva que se tome sobre la interpretación constitucional, siempre se ha de partir de una racionalidad legal fijada en una constitución. Como señalara Tomás y Valiente, encontraremos una serie de valores y principios positivizados en la Constitución y que han de servir para la Justicia constitucional<sup>36</sup>,

---

<sup>34</sup> Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 537. También Sunstein insiste en la misma idea: “Much of the discipline on judges comes not from constitutional text and history, but from past cases”, Sunstein, C. R., *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1996, p.180 y ss.

<sup>35</sup> Prieto Sanchís, L., “Notas sobre la interpretación constitucional...”, *op. cit.*, p. 190.

<sup>36</sup> Tomás y Valiente, F., “La resistencia constitucional y los valores”, *Doxa* núm. 16, Alicante, 1994, pp. 639.

pudiéndonos llevar a una interpretación moral de la Constitución. Aunque pueda parecer una tautología, es desde este punto desde donde surge el peculiar modelo constitucional, que no es otro que el modelo axiológico de la Constitución concebida como norma. El ordenamiento debe dar respuesta a realidades cambiantes sin necesitar cambiar continuamente sus normas generales y últimas, necesita de intérpretes dotados de discrecionalidad. En el comienzo del desarrollo del modelo constitucional surgido de la Constitución nos encontraremos ante lo que la doctrina ha llamado “casos difíciles”, en el sentido de que, como señala Dworkin, no hay una norma establecida que dicte una decisión en ningún sentido<sup>37</sup>.

El juez constitucional debe conseguir que el texto constitucional sirva, protegiendo el poder constituyente que lo concibió y dando respuesta a los interrogantes que vayan surgiendo, permitiendo una conexión entre el derecho y la moral como apuntara Nino y desde aquí ha de enfrentarse a decisiones nuevas cuya solución implica poner en juego la moralidad política propia de cada juez constitucional, y para este ejercicio es de gran utilidad la positivación por parte de la propia Constitución de una lista de valores y principios<sup>38</sup>. Estos valores sirven y obligan al intérprete constitucional a incorporar a sus resoluciones y a sus razonamientos lo que Dworkin denomina «moralidad política»<sup>39</sup>. La utilización jurisprudencial de estas categorías constitucionales, y en especial la de los valores, favorece lo que Tomás y Valiente denominó como resistencia constitucional, en cuanto adaptabilidad a nuevas exigencias éticas concretas que sólo cabe considerar incorporadas como contenido de determinados derechos fundamentales en virtud de una cobertura amplia y flexible. Y buscar una interpretación constitucional que sea al mismo tiempo autorrestrictiva, congruente y creativa cuando la realidad del problema le obligue a ello, pueden extraerse enormes virtualidades de esas cláusulas que podrán servir para moralizar el Derecho y para mantener viva y resistente la Constitución<sup>40</sup>. Esta forma de interpretación

<sup>37</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio...*, *op. cit.*, p. 146 y ss.

<sup>38</sup> Tomás y Valiente, F., “La resistencia constitucional...”, *op. cit.*, p. 641; véase, también, Peces-Barba, G., *Los valores superiores*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, p. 34.

<sup>39</sup> Dworkin, R.: *Los derechos en serio...*, *op. cit.*, p. 153.

<sup>40</sup> Tomás y Valiente, F.: “La resistencia constitucional...”, *op. cit.*, p. 644.

la Constitución, que podemos calificar como de moral se contrapone a la tradicional interpretación literal del texto constitucional, y se basa en la necesidad de una justicia sustancial, pero se corre el riesgo de la incertidumbre del Derecho; aunque esto no habría de ser un problema, puesto que en nuestro tiempo, esta incertidumbre preside todo nuestro sistema legal.

Sin embargo, un problema que sí debemos afrontar es que esta nueva posición del juez constitucional, puesto que una interpretación moral de la Constitución implica el hecho de que ésta no pueda ya ser asumida como norma más elevada del ordenamiento jurídico, presuponiendo que el texto constitucional sea interpretado a la luz de algunos principios superiores que no pertenecen al sistema legal. Esta forma de interpretación moral dejaría abierto el peligro del gobierno de los jueces y, al menos en parte, el peligro de un gobierno de los juristas que minimiza, si se pudiese decir así, el terrible peligro de que en democracia se produzca la llamada «tiranía de la mayoría»<sup>41</sup>, si bien pareciera en ocasiones el único camino posible sin que se configure un nuevo pacto constitucional. Ciertamente es que en este contexto de dudas e interrogantes es donde el Tribunal Constitucional ha dicho que los derechos y libertades fundamentales son elementos del ordenamiento, y están contenidos en normas jurídicas que forman parte de un sistema axiológico positivizado por la Constitución y constituyen los fundamentos materiales del ordenamiento jurídico entero. Esta es una cuestión crucial para comprender el futuro de nuestro sistema democrático, en el caso español, atendiendo al pacto de convivencia que una generación en los años setenta se otorgó, y que las generaciones actuales deben dar por bueno, más allá de las decisiones de unos jueces constitucionales, que son irresponsables políticamente. En este sentido, podemos preguntarnos como Juvenal, quién controla al controlador, puesto que la separación de poderes debería ser una barrera contra la concentración de poder, y la tutela de los derechos.

Son muy acertadas las reflexiones que Atienza realiza cuando señala como ejemplo la decisión del Tribunal, que considera equivocada en términos de razonamiento jurídico, al margen de las intenciones morales de

---

<sup>41</sup> Pozzolo, S., “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 21, Vol. II, Alicante, 1998, p. 348.

los magistrados que la sostuvieron con su voto<sup>42</sup>. La aplicación dúctil del Derecho, como ha señalado Zagrebelsy, incide directamente sobre la tutela de los derechos y, a priori, solo puede ser alcanzada desde la perspectiva de un juez dotado de un criterio moral. En definitiva, que la interpretación moral entendida como evolutiva del Tribunal Constitucional puede servir para poder desarrollar, dentro del paradigma de lo jurídico, el ordenamiento legal en beneficio de los derechos, que es, a fin de cuentas, su función latente en la construcción de una pedagogía de los derechos fundamentales y en la realización de un sistema que respete la dignidad del ser humano.

## V. LUCES Y SOMBRAS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La Jurisprudencia constitucional puede ser la clave en el adecuado desarrollo de los ordenamientos jurídicos actuales. La Constitución es un documento abierto y de compromiso y su manejo debe ser objeto de responsabilidad y cautela puesto que el juez que no ha sido elegido democráticamente se está abrogando una función que puede no corresponderle, aunque sea para el desarrollo de nuevos derechos. Son muy conocidos los problemas de la interpretación constitucional, derivados de las dificultades inherentes a todo proceso hermenéutico, pero también de las características del objeto a interpretar, nada más y nada menos que una constitución, como señalara el juez Marshall<sup>43</sup>.

La textura abierta es un rasgo característico de todo texto normativo, y más cuando estamos tratando de textos jurídicos como constituciones que tienen vocación de permanencia para ser útiles a la ciudadanía de distintas generaciones, pero sin asfixiar, como destacara Zagrebelsky, el proceso político<sup>44</sup>. No es extraño encontrar en los textos constitucionales que las nor-

<sup>42</sup> Atienza, M., *Tras la justicia...*, *op. cit.*, pp. 58-59. Atienza está analizando la STC 101/1990, sobre los límites de la libertad de expresión.

<sup>43</sup> Beltrán de Felipe, M. y González García, J. V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CERP, Madrid, pp. 115. Sentencia McCulloch vs. Maryland.

<sup>44</sup> Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 15.

mas están redactadas en forma de principios constitucionales que pueden entrar en conflicto, y el intérprete tendrá que llevar a cabo una operación ponderativa, para poder ser capaz de superar tales contradicciones o tensiones. Observando la problemática constitucional se tiene la sensación de que los problemas son más de teoría o de dogmática constitucional, porque no se refieren a la atribución de significado a alguna disposición constitucional determinada y su solución depende enteramente de las diversas doctrinas jurídicas que contienden en el campo de la cultura jurídica<sup>45</sup>.

Atendiendo al desarrollo de la interpretación en Europa y Latinoamérica se podrá colegir que esta será la dificultad más importante a la que debe enfrentarse cualquier ordenamiento jurídico moderno, y cualquier teoría crítica del derecho, puesto que los textos constitucionales están limitados porque responden a un contexto histórico concreto que condiciona todas las disposiciones legales y también un pacto constitucional.

Podemos preguntarnos si es suficiente con una postura equidistante por parte de un Tribunal Constitucional para que una discriminación históricamente comprobada deje de existir<sup>46</sup>, encontraremos los argumentos de uno y otro lado. Lo que se discute en el fondo es el papel del Derecho en las sociedades contemporáneas, puesto que los Derechos fundamentales, todos ellos, constituyen precondiciones para poder construir un Estado democrático, aunque ello no puede emplearse torticeramente para quebrar la barrera del positivismo jurídico, de la ley, que es nuestra mayor garantía como ciudadanos.

Los Derechos fundamentales son, como ha destacado Ferrajoli, la dimensión sustancial de la democracia<sup>47</sup>, puesto que la realidad de los derechos es la razón de ser del propio ordenamiento jurídico y no asumirlo tendría como consecuencia desnaturalizar el propio paradigma jurídico. Habrá que hacer un ejercicio de interpretación que a veces puede ser muy complejo para poder determinar el alcance de los Derechos Fundamen-

---

<sup>45</sup> Guastini, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Editorial Trotta Mínima-UNAM, Madrid, 2010, p. 94.

<sup>46</sup> Dworking, R., *Los derechos en serio...*, *op. cit.*, pp. 209-233.

<sup>47</sup> Ferrajoli, L., *Derechos y Garantías...*, *op. cit.*, pp. 99-112.

tales reconocidos por las constituciones, y será el juez constitucional el que determine si la interpretación legislativa es correcta y si las normas correspondientes están o no apegadas a lo que ordena la Constitución. En este sentido, el caso de Estados Unidos es paradigmático, puesto que en su ordenamiento se han producido dos revoluciones de los derechos<sup>48</sup>. La primera cuando en las Constituciones de las colonias se comenzaron a constitucionalizar los Derechos Fundamentales, cumpliendo de esa forma con la primera etapa del desarrollo histórico de los derechos<sup>49</sup>; y la segunda revolución se inicia en la década de los años cincuenta con la Sentencia del caso Brown que acababa con la segregación racial en los colegios<sup>50</sup>. A partir de la experiencia histórica de Estados Unidos tal vez sería interesante extraer algún tipo de reflexión de carácter general que nos permitiese identificar las condiciones de posibilidad de la revoluciones de los derechos y el papel que dentro de ellas juega el activismo judicial o, incluso, de forma más general, la interpretación de los textos constitucionales.

Los jueces constitucionales han de tomar un camino frente a cuestiones cuya decisión no puede contenerse únicamente en un razonamiento deductivo, o ante los cuales no existe una respuesta correcta<sup>51</sup>. Las sentencias constitucionales son complejas, en el sentido de mostrar abiertamente los distintos pasos del proceso de inferencia y, sobre todo, las premisas que sirven de base a sus razonamientos, y ello no sólo porque formalmente citen la norma sino porque pueden o no aparecer los fundamentos jurídico-políticos que la sustentan. En este sentido, en las resoluciones del Tribunal Constitucional se observa la mención de principios y valores, así como el juego de la ponderación, pero ello es comprensible si se tiene en cuenta que la interpretación constitucional es una interpretación superior a otras normas, puesto que marca los límites para todos los niveles del ordenamiento

---

<sup>48</sup> Carbonell, M., “Prólogo”, Guastini, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Editorial Trotta Mínima Unam, Madrid, 2010, p. 22.

<sup>49</sup> Ruíz Miguel, A., “El modelo americano y el modelo europeo de Justicia Constitucional...”, *op. cit.*, pp. 145-149.

<sup>50</sup> Dworking, R., *Los derechos en serio...*, *op. cit.*, p. 211. En el caso Brown vs. Board of Education.

<sup>51</sup> Atienza, M., “Los límites de la interpretación constitucional...”, *op. cit.*, pp. 9-13.

jurídico. Por esta razón, uno de los problemas que se puede observar en la interpretación constitucional es el del activismo o actuación judicial excesivamente comprometida. Una actuación judicial que con su contención, limita el desarrollo de los Estados constitucionales, que suponen mucho más que la observación de una Constitución escrita. En la cuestión de la lengua en España nos encontraremos en ocasiones cómo la motivación del Tribunal no fundamenta la razón última de su decisión, de manera que se soslaya o no se enfrenta el problema subyacente<sup>52</sup>.

El juez constitucional no puede gozar de discrecionalidad absoluta<sup>53</sup>, de manera que cuando se cambia la Jurisprudencia constitucional, y la superación del precedente no sea motivada suficientemente, se está dañando el discurso racional y el propio paradigma jurídico. Toda actividad interpretativa constituye un proceso unitario, y esto no se reduce a un acto puramente declarativo sobre el significado de las normas. No se trata, no se debería tratar, de sacralizar el respeto a la jurisprudencia constitucional de modo que resulte imposible su cambio o modificación, puesto que no sólo es legítima, sino también saludable, una evolución progresiva en la interpretación constitucional<sup>54</sup>, pero con la necesaria prudencia y equilibrio, y siempre explícita y razonadamente fundamentada, conforme a derecho.

Debemos hacer una revisión del paradigma jurídico más allá del positivismo comprendiendo la interpretación de la constitución como diálogo. Las palabras de Atienza pueden ser el mejor comienzo para comprender y dar sentido a esta idea. Puede que el ordenamiento jurídico y su razón hayan puesto muchas esperanzas en la idea de la salvaguarda de la supremacía constitucional y de la propia democracia, pero lo cierto es que el futuro del paradigma jurídico ha de pasar, necesariamente, por una

---

<sup>52</sup> Pacho Blanco, X. M., *Lenguas y Constitución. Interpretación y análisis iusfilosófico del artículo 3 de la Constitución española*, Editorial Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2018, p. 432 y ss. Veremos que, en ocasiones la Jurisprudencia constitucional se ha mostrado errática en la cuestión de la lengua, o sometida a planteamiento oscuros que no se reflejaban en las motivaciones de las Sentencias, y más en los dos últimos años que se han modificado criterios y precedentes asentados.

<sup>53</sup> Dworkin, R., *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988, p. 119.

<sup>54</sup> Revenga Sánchez, M., “Notas sobre Justicia Constitucional e interpretación de la Constitución”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 16, Madrid, 2005, p. 152.



revisión del funcionamiento de la racionalidad jurídica, aspecto este que está en manos del intérprete constitucional. Habermas reflexiona sobre el excesivo peso de una jurisprudencia creadora y dimanante de un Tribunal que tiende a ocupar el puesto reservado, conforme a la división de poderes, al legislador democrático<sup>55</sup>, de manera que el discurso jurídico no puede sustituir al discurso político sin que intervengan las partes interesadas, aspecto este que está siendo cuestionado por la actuación del Tribunal constitucional español en los últimos años.

La justicia constitucional ha de ser el paradigma de la razón pública<sup>56</sup>, y pueda que sea esta la inspiración que subyace de las decisiones que se han tomado en la justicia constitucional. La justicia constitucional se ha convertido en una fuente positiva de criterios interpretativos de alcance general y vinculante, y ha cambiado su concepción de la defensa de la constitución, lo que implica en ocasiones, en el caso español, que el juez constitucional al examinar el texto constitucional que tiene una doble naturaleza política y jurídica, tome un posicionamiento alejado del sentido que se ha de dar al intérprete constitucional que no es otro que el del diálogo entre el intérprete y el texto constitucional. Esta especie de «Constitución de los controladores», en expresión de Revenga<sup>57</sup>, puede ser contemplada desde perspectivas opuestas como una regresión antidemocrática, en el sentido de que esconde la politicidad radical de decisiones colectivas básicas bajo el manto de un tecnicismo constitucional cuyos entresijos sólo unos pocos están en disposición de conocer, bien como el perfeccionamiento y culminación de la aspiración garantizadora que siempre alumbró el Derecho. Pensemos en lo que está aconteciendo en los sistemas jurídicos latinoamericanos en los últimos tiempos.

La clave del proceso de interpretación constitucional es, que más allá de métodos y de mecanismos analíticos tiene unas consecuencias que se traducen en una u otra justicia y en una u otra estructura y desarrollo,

<sup>55</sup> Habermas, J., *Verdad y justificación*, Trotta, 2013, p. 301 y ss.

<sup>56</sup> Rawls, J., *Political Liberalism*, Nueva York, 1993, Columbia University Press, pp. 231 y 237 y, en general, *Lecture VI “The Idea of Public Reason”*.

<sup>57</sup> Revenga Sánchez, M., “Notas sobre Justicia Constitucional...”, *op. cit.*, p. 146.

razón por la cual este proceso, que podemos definir como racional y discursivo, se ha convertido en la referencia para el futuro del Derecho. La interpretación constitucional del siglo XXI, ha de respetar y permitir desarrollar los derechos fundamentales como garantías, en el sentido que ha recogido Ferrajoli<sup>58</sup>. Sólo así, se puede superar una visión del de la norma jurídica como fin en sí misma, y no como mecanismo de óptimo desarrollo de los derechos humanos. Pero ello no puede implicar la ampliación de la discrecionalidad del juez a toda costa y sin control, obviando la responsabilidad del intérprete constitucional. Esa responsabilidad de lo trágico, si se me permite, es lo que hace aceptable lo que Böckenförde ha llamado la degradación de la normatividad de la Constitución<sup>59</sup>. Normatividad que no es otra cosa que la asunción de que interpretar una constitución no es interpretar un texto jurídico más, es interpretar la voluntad política de una comunidad recogida en un texto normativo. Consecuentemente, esta visión dual del pacto constitucional no puede ser deturpada por un constitucionalismo o por una teoría del derecho que no sea consciente de la dimensión sustancial de la razón jurídica.

Si un sistema legal, si una Constitución, no respeta los derechos fundamentales, no puede ser el cauce que se precisa para la defensa de la democracia y de sus ciudadanos y ciudadanas. Así, se precisa un consenso argumentativo cimentado sobre un concepto de Constitución y una teoría capaz de fundamentar esta singular interpretación constitucional. Y la mejor garantía de que la interpretación de la Constitución realizada con carácter determinante por el intérprete último no será la burda imposición de la voluntad de unos cuantos jueces con intereses inconfesables, sino el resultado de una operación realizada con arreglo a una técnica jurídica generalmente aceptada, es una de tipo estructural<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Ferrajoli, L., *Derechos y garantías...*, *op. cit.*, p. 15 y ss.

<sup>59</sup> Böckenförde, E. W., “Los métodos de la interpretación constitucional. Inventario y crítica”, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 37.

<sup>60</sup> Revenga Sánchez, M., “Notas sobre Justicia Constitucional...”, *op. cit.*, p. 151.

## VI. CONCLUSIÓN: DE CARA A UNA NUEVA RAZÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS

La interpretación constitucional constituye en sí misma, la expresión más clara de lo que ha de ser el Derecho, y más aún, de lo que es el Derecho en el siglo XXI. Podemos decir pues que la interpretación constitucional condiciona el desarrollo del Derecho y de los derechos. Si bien es cierto que no se pueden negar como ha destacado Vigo los riesgos de la constitucionalización que pueden llegar a convertir muchos de sus aspectos ventajosos en fuertemente negativos o criticables<sup>61</sup>.

Entendemos fundamental la perspectiva de Häberle, puesto que su quinto método interpretativo se enfrenta a ese más allá que tiene como reto el Derecho<sup>62</sup>, y que no es otra cosa que la razón práctica, pero alimentada de un «pluralismo metódico» que implica que la interacción de los cuatro o cinco métodos interpretativos no es determinable de antemano, ni siquiera para los jueces constitucionales cuya función va más allá de la mera y tradicional interpretación. En definitiva, como señala Revenga no se trata no de una cuestión de *conceptos*, sino de *concepciones*. La cualidad, y la calidad, democrática no es hoy mensurable según el simple criterio de “respeto a la voluntad de la mayoría”<sup>63</sup>, puesto que se debe ir más allá si se quiere realizar debidamente, o válidamente el paradigma jurídico, en el sentido planteado por Ferrajoli desde su visión positivista, para evitar una tendencia que en los últimos años se está extendiendo que es la subyugación de la ley a la moral de un juez que podría llegar a negar la propia razón jurídica en aras de un bien superior.

En un contexto de dinamismo social y en una modernidad, posmodernidad ya, comprendida en el sentido que tan gráficamente expresara Bauman mediante la modernidad líquida, podemos decir que la labor del juez

<sup>61</sup> Vigo, R. L.: *La interpretación (argumentación) jurídica...*, op. cit., p. 292.

<sup>62</sup> Häberle, P.: “La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado constitucional”, en *Teoría y realidad constitucional* núm. 14, Madrid, 2004, p. 166.

<sup>63</sup> Revenga Sánchez, M.: “Notas sobre Justicia Constitucional...”, op. cit., p. 158. Pero siempre, evidentemente, teniendo en cuenta los propios límites de la interpretación, como ha señalado Rollnert Lierng; así, Rollnert Liern, G.: “La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 2014, núm. 101, pp. 150-151.

constitucional y el sentido de la interpretación constitucional transforma la propia estructura del Estado e incluso la razón de ser de la tradicional racionalidad jurídica, la racionalidad del derecho. Así, el activismo judicial y la interpretación evolutiva de las constituciones han sido la respuesta a muchos de los dilemas jurídicos que han surgido en los distintos ordenamientos.

La clave es que su actuación debe estar presidida siempre por el respeto a los derechos fundamentales y a la razón jurídica. Y desde la interpretación constitucional, se está revisando en la práctica el tradicional paradigma jurídico nacido de la modernidad, debiendo comprender la constitución y sus artículos como diálogo, como mecanismos para la defensa de los derechos fundamentales desde un positivismo que los integre. La Justicia Constitucional puede ser el mejor instrumento para hacer frente a una nueva modernidad que se niega a sí misma, porque la hace imposible desde la razón jurídica tradicional. Esperemos que así sea.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA RODRÍGUEZ, J. A., “La interpretación constitucional: entre legicentrismo, neoconstitucionalismo y constitucionalización”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, 2016, Vol. 10, núm. 37, pp. 83-102.
- AGUILAR CAVALLO, G., “Justicia constitucional, rol del juez y diálogo jurisdiccional: el caso de Chile”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 21 (1), 2017, pp. 1-36.
- ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ARAGÓN REYES, M., “El futuro de la justicia constitucional”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 23 (1), 2019, pp. 11-41.
- ATIENZA, M., *El sentido del derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 2006.
- ATIENZA, M., “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos” *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho*, núm. 6, México D.F., 1998.

- ATIENZA, M., *Tras la justicia*, Ariel Derecho, Barcelona, 2003.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. L., “La interpretación constitucional como interpretación del derecho”, BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), *Derecho constitucional y cultura, Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.
- BAUMAN, Z., *La modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2003.
- BELTRÁN DE FELIPE, M. y GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CERP, Madrid.
- BÖCKENFÖRDE, E. W., “Los métodos de la interpretación constitucional. Inventario y crítica”, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- CANOSA USERA, R., *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- CARBONELL, M., “Prólogo”, GUASTINI, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Editorial Trotta Mínima Unam, Madrid, 2010.
- CASCAJO CASTRO, J.L., “En torno a una idea metanormativa de la justicia constitucional”, *Teoría y realidad constitucional*, Núm. 22, UNED, Madrid, 2008.
- DÍAZ REVORIO, F.J., “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, 2016, Vol. 10, núm. 37, pp. 9-31.
- DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2010.
- DWORKIN, R., “The moral reading of the constitution”, *The New York Review of Books*, N.Y., 1996.
- ECHEVERRI QUINTANA, E.: “La interpretación constitucional: ¿eclipse del control al poder?”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, 2016, Vol. 10, núm. 37, pp. 59-82.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 2010.

- GARCÍA AMADO, J. A., “La interpretación constitucional”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 2, 2004, León, pp. 35-72.
- GARCÍA BELAUNDE, D., “La interpretación constitucional como problema”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Núm. 86, Madrid, 1994.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.
- GARZÓN VALDÉS, E., “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”, *Jueces para la Democracia*, núm. 45, Madrid, 2002.
- GOMES CANOTILHO, J. J., “Jurisdicción constitucional y nuevas inquietudes discursivas. Del mejor método a la mejor teoría” *Fundamentos* núm. 4, Oviedo, 2006.
- GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, UNAM – Editorial Porrúa, México, 2000.
- GUASTINI, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Editorial Trotta Mínima-UNAM, Madrid, 2010.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Gestación, recepción y vigencia: la teoría de la Constitución y el derecho constitucional de Konrad Hesse”, *Revista Española de derecho constitucional*, núm. 100, Madrid, 2014.
- HABERLE, P., *El estado constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México D.F., 2001.
- HÄBERLE, P., *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Giuffrè, Milano 2000.
- HABERMAS, J., *Verdad y justificación*, Trotta, 2013.
- HESE, K., *Escritos de derecho constitucional*, Dykinson, Madrid, 2011.
- KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, UNAM, México D.F., 1986.
- LAISE, L. D., “El constitucionalismo viviente: método interpretativo, presupuestos semánticos y dificultades”, *Revista de Derecho Político*, núm. 105, Madrid, 2019, pp. 225-250.
- MORA RESTREPO, G., “El drama y la gloria de la interpretación constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, 2014, Vol. 44, núm. 121, pp. 527-550.

- PACHO BLANCO, X. M., “Algunas consideraciones iusfilosóficas sobre la interpretación constitucional y su significación en el desarrollo del derecho”, *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, México, 2018, núm. 15, pp. 1-24.
- PACHO BLANCO, X. M., *Lenguas y Constitución. Interpretación y análisis iusfilosófico del artículo 3 de la Constitución española*, Editorial Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2018.
- PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999.
- POZZOLO, S., “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 21, Vol. II, Alicante, 1998.
- PRIETO SANCHÍS, L., “Notas sobre la interpretación constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, Madrid, 1991.
- RAWLS, J., *Political Liberalism*, Nueva York, 1993, Columbia University Press.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., “Notas sobre Justicia Constitucional e interpretación de la Constitución”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 16, Madrid, 2005.
- ROLLNERT LIERN, G., “La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 2014, núm. 101, pp. 125-155.
- RUÍZ MIGUEL, A., “El modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional” *Doxa* núm. 23, Alicante, 2000.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A., “Interpretación constitucional”, *Eunomía, Revista en Cultura de la legalidad*, Madrid, 2017-2018, núm. 13, pp. 211-220.
- SAVIGNY, F.C., *Sistema de Derecho Romano actual*, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, Centro Editorial Góngora.
- SEGURA ORTEGA, M., *Lecciones de Teoría del Derecho*, Editorial Ramón Areces, Madrid, 2008, p. 198.
- STORINI, C., “Razón y cultura: una crítica a la hermenéutica constitucional moderna desde la interpretación dialógica”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, 2016, Vol. 10, núm. 37, pp. 33-58.
- SUNSTEIN, C. R., *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

- TOMÁS Y VALIENTE, F., “La resistencia constitucional y los valores”, *Doxa* núm. 16, Alicante, 1994.
- VIGO, R. L., *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Tirant Lo Blanch-Instituto de la Judicatura Federal, México D. F., 2017.
- WROBLEWSKY, J., *Constitución y teoría general de la interpretación*, Civitas, Madrid, 1985.
- ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 2011.



# LA IMPORTANCIA DE LOS TRIBUNALES EN LA GESTIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES CUANDO EXISTE EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL

Adolfo Eduardo Cuitláhuac MONTROYA LÓPEZ\*

## I. INTRODUCCIÓN

Es de señalarse que el suscrito ha realizado diversos estudios con relación al tema objeto del presente trabajo, por lo cual, algunos de los conceptos aquí vertidos, han sido referidos en algunos otros artículos referentes al tema. De esta forma, una vez aclarado lo ya citado, debemos abundar, en la necesidad de continuar con el análisis de la alienación parental, ya que aún y cuando en el extinto Distrito Federal (ahora Ciudad de México), el 24 de octubre de 2017, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determinó la inconstitucionalidad del artículo que contenía la figura de “alienación parental”, omitió un aspecto determinante como lo es, cual tiene que ser el procedimiento, medidas preventivas o sanciones a aplicar cuando nos encontramos ante la multicitada alienación parental en un caso en donde los padres incurren en la conducta objeto del presente trabajo, lo cual se vuelve trascendente en el ámbito jurisdiccional, ya que si no existen elementos que puedan ser tomados como parámetros, es un tanto cuanto ambiguo y confuso saber cuál es el papel que deben seguir los juzgadores en el caso práctico, cuando se encuentren frente a la llamada alienación parental, ya que si bien es cierto dicha conducta no se encuentra regulada en virtud que la misma ha sido declarada inconstitucional por su deficiente legislación, también lo es, que se ha reconocido su existencia y su práctica en el ámbito jurídico y familiar.

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, actualmente es Profesor de tiempo completo titular “B”, Candidato al Sistema Nacional de Investigadores, autor de diversos artículos, capítulos y libros dentro de los que destacan La Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal como medio para formar familia y su aplicación actual, impreso por la Editorial Porrúa. [amontoyal@derecho.unam.mx](mailto:amontoyal@derecho.unam.mx), <https://orcid.org/0000-0003-3667-7876>.

De esta forma, resulta claro que al acreditarse que existe el llamado “síndrome de alienación parental”, la manipulación de los padres hacia los hijos existe, lo cual hace necesario e imperativo que deban de existir protocolos mínimos que puedan señalar los límites que deberán seguir los juzgadores en todo proceso del orden familiar, ya que una simple conducta del progenitor alienador, puede producir efectos negativos en la psique del menor que es objeto de dicha manipulación, por lo que no es posible pasar por alto dicha situación, y por tanto, es necesario en su caso su regulación.

En este mismo sentido, es determinante comprender si la alienación parental, es una enfermedad, un trastorno, o en su caso, un “síndrome”, ya que de tal conclusión, podemos contemplarla en todas las legislaciones locales del país y en su caso regularlo.

En tal tenor, debe establecerse un criterio sobre la imposición de medidas o en su caso acciones, así como protocolos mínimos cuando se presente la alienación parental, pues como ya se verá, nuestro máximo Tribunal, ha declarado inconstitucional la consecuencia o sanción hacia los progenitores que hacían uso de la alienación parental, y que era la suspensión o pérdida de la patria potestad de los padres sobre el menor, sin embargo, no menos cierto es que se ha reconocido la existencia de dicha figura en los procesos jurisdiccionales en donde hay menores de edad involucrados, hecho que debe ser estudiado desde un punto de vista práctico y no solamente teórico.

## II. CONCEPTOS PRELIMINARES SOBRE ALIENACIÓN PARENTAL

### 1. ANTECEDENTES DEL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL

Resulta claro que el concepto de alineación ha sido tema de discusión en los últimos años, en tal sentido, antes de entrar al estudio del concepto, debemos mencionar que no existe un criterio homogéneo del mismo, sin embargo, han sido diversos autores los que han tratado de explicarlo sin llegar a una conclusión única.

En tal sentido, aún y cuando el concepto de la alienación parental, ha sido estudiado desde diversos puntos de vista no hay duda respecto a quién fue el primero que utilizó el concepto en cita. De acuerdo con lo expuesto

por el Psicólogo José Manuel Aguilar, en su libro intitulado “*Síndrome de Alienación Parental*”, el primer autor que definió el Síndrome de Alienación Parental (SAP) fue Richard Gardner<sup>1</sup>(1985), en un artículo intitulado “*Tendencias recientes en el divorcio y la litigación por la custodia.*” De igual forma, en la segunda edición del libro antes citado, definió al Síndrome de Alienación Parental como:

Un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del progenitor objeto de esta campaña.<sup>2</sup>

En esa misma línea, al realizar un análisis de la teoría propuesta por Gardner, el autor José Manuel Aguilar, refiere:

El Síndrome de Alienación Parental (SAP) es un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición.<sup>3</sup>

De esta manera, podemos señalar que de ambas definiciones, sobresalen tres elementos fundamentales que lo constituyen: *Primero* se trata de una “campaña de difamación, desprestigio o manipulación” en contra de uno de los padres; *segundo*, no existe justificación que avale dicha campaña; y *tercero*, se deriva de un sistemático adoctrinamiento por parte del padre alienador, en donde incluye la contribución del niño o adolescente a esta campaña; tomando como eje principal, no sólo la manipulación o “lavado

<sup>1</sup> Richard Gardner fue profesor de Psiquiatría Clínica en el Departamento de Psiquiatría Infantil de la Universidad de Columbia, en los Estados Unidos de Norteamérica.

<sup>2</sup> Aguilar, José Manuel, *Síndrome de Alienación Parental*, 5ª Ed., Madrid, Almuzara, S.L., 2006, p. 27.

<sup>3</sup> *Ibíd.*, p. 29.

de cerebro” que sufre el niño (quien es la víctima principal), sino poniendo como un elemento sumamente importante, al progenitor alienado, quien a decir del concepto establecido por Gardner, resulta víctima del propio menor alienado.

Por su parte, el autor Iñaki Bolaños, al citar a Richard Gardner explica que la manifestación primaria del SAP, se desarrolla de la siguiente manera:

[...] es la campaña de denigración de un hijo hacia uno de sus progenitores, una campaña que no tiene justificación. El hijo está esencialmente preocupado por ver a un padre como totalmente bueno y al otro como lo contrario. El “padre malo” es odiado y difamado verbalmente mientras que el “padre bueno” es amado e idealizado. Según este autor, es el resultado de una combinación entre los adoctrinamientos de un padre “programador” y las propias contribuciones del niño, para vilipendiar al padre “diana”. En los casos en que ha evidencia de abuso o negligencia, la animadversión del niño está justificada y, por tanto, la explicación de su hostilidad mediante este síndrome no es aplicable.<sup>4</sup>

Asimismo, la Psicóloga Asunción Tejedor Huerta, en su libro *El Síndrome de Alienación Parental. Descripción y Abordajes Psico-Legales*, resalta los siguientes aspectos sobre el SAP:

[...]“...la acción consciente de uno de los padres en contra de otro para que pierda el afecto, el amor, el respeto y la consideración de sus hijos” (Dr. Lowenstein).

De esta forma, preocupado por el número cada vez mayor de niños que durante las evaluaciones para la custodia iniciaban un proceso de denigración hacia uno de los progenitores, llegando incluso a expresar odio, Gardner comenzó a estudiar estos síntomas en los niños y utilizó el término de “Síndrome de Alienación Parental” para referirse a los síntomas que se veían en los niños después de una separación o divorcio, tales como la denigración y el rechazo de un padre, el cual antes era amado.

---

<sup>4</sup> Bolaños, Iñaki, *El Síndrome de Alienación Parental. Descripción y Abordajes Psico-Legales*, Psicopatología Clínica, Legal y Forense, Madrid, Vol. 2, No. 3, 2002, p. 28. disponible en el link: [http://eoepsabi.educa.aragon.es/descargas/G\\_Recursos\\_orientacion/g\\_4\\_orientacion\\_familiar/g\\_4.3.separacion/2.5.SAP\\_abordaje\\_psico-legal.pdf](http://eoepsabi.educa.aragon.es/descargas/G_Recursos_orientacion/g_4_orientacion_familiar/g_4.3.separacion/2.5.SAP_abordaje_psico-legal.pdf), consultado el 27 de febrero de 2018.

Paralelamente a esta posición, según lo describe Asunción Tejedor Huerta, dos psicólogos americanos, Blush y Ross (1987), utilizaron el término SAID “Sexual Allegations In Divorce” (Acusaciones de Abusos Sexuales en el Divorcio), en donde presentaban tipologías del padre que acusaba en falso, del niño involucrado y del padre acusado, y donde se mencionaba la rabia que podía estar presente en estos procesos y la patología del padre alienador.<sup>5</sup>

Igualmente la psicóloga citada al abundar en el tema, resalta un elemento fundamental dentro de la alienación parental, el cual es “la acción consciente” del progenitor alienador, de manipular y colocar a los hijos en un estado hostil en contra del progenitor alienado, por lo que se deduce que al no contar con la intención, no podría hablarse de una conducta de alienación parental; lo que hace aún más complicado determinar si un menor sufrió de alienación parental por parte de alguno de sus padres, pues tendría que probarse la intención de manipularlo.<sup>6</sup>

Por otra parte, el autor Iñaki Bolaños, al evaluar los síntomas propuestos por Richard Gardner para detectar la alienación parental, concluyó lo siguiente:

Gardner describe una serie de “síntomas primarios”, mismos que usualmente aparecen juntos en los niños afectados por el “SAP”:

- *Campaña de denigración.* El niño está obsesionado con odiar a uno de los progenitores. Esta denigración a menudo tiene la cualidad de una especie de “letanía”.
- *Débiles, absurdas o frívolas justificaciones para el desprecio.* El niño plantea argumentos irracionales y a menudo ridículos para no querer estar cerca de su padre.
- *Ausencia de ambivalencia.* Todas las relaciones humanas, incluidas las paterno-filiales, tienen algún grado de ambivalencia. En este caso, los niños no muestran sentimientos encontrados. Todo es bueno en un padre y todo es malo en el otro.
- *Fenómeno del “pensador independiente”.* Muchos niños afirman orgullosamente

<sup>5</sup> Tejedor Huerta, Asunción, *El Síndrome de Alienación Parental, Una forma de maltrato*, Madrid, EOS, 2006, p. 19.

<sup>6</sup> Cfr., Tejedor Huerta, Asunción, *op. cit.*

que su decisión de rechazar a uno de sus progenitores es completamente suya. Niegan cualquier tipo de influencia por parte del padre aceptado.

- *Apoyo reflexivo al progenitor “alienante” en el conflicto parental.* Habitualmente los niños aceptan incondicionalmente la validez de las alegaciones del padre aceptado contra el odiado, incluso cuando se les ofrece evidencia de que aquél miente.
- *Ausencia de culpa hacia la crueldad y la explotación del progenitor “alienado”.* Muestran total indiferencia por los sentimientos del padre odiado.
- *Presencia de argumentos prestados.* La calidad de los argumentos parece ensayada. A menudo usan palabras o frases que no forman parte del lenguaje de los niños.
- *Extensión de la animadversión a la familia extensa y red social del progenitor “alienado”.* El niño rechaza a personas que previamente suponían para él una fuente de gratificaciones psicológicas.<sup>7</sup>

[...] Aunque las descripciones de Gardner sobre el síndrome dibujan con nitidez un auténtico problema familiar y legal, sus conceptualizaciones teóricas sobre la causalidad del “SAP” y las repercusiones en su “tratamiento” son susceptibles de algunos cuestionamientos.

Parece arriesgada la pretensión del autor de que su teoría sea utilizada legalmente como base para decisiones judiciales de cambio de custodia, de penalizaciones al progenitor “alienante” o de consideraciones sobre la falsedad de algunas alegaciones de abuso sexual o maltrato en el contexto de las disputas de separación y divorcio. Es obvio que el problema existe, pero una atribución causal tan subjetiva puede generar decisiones judiciales con peligrosas repercusiones para los hijos.<sup>8</sup>

De lo antes narrado, resulta claro que todos los autores reconocen la existencia de determinadas conductas que surgen cuando existen disputas familiares en los asuntos en donde hay menores de edad, mismas que nacen del propio seno familiar y en concreto de los progenitores, acciones que casi siempre que tiene repercusiones en el ámbito legal.

---

<sup>7</sup> Bolaños, Iñaki, *op. cit.*, nota 3, p. 29.

<sup>8</sup> *Ibíd.*, p. 40.

En este orden de ideas, es de resaltar que no todos son concordantes con el trato que le otorgó Gardner a la figura en cuestión, ya que incluso los propios Tribunales tampoco han sido concordantes en cuanto al cómo actuar o incluso que sanciones imponer a los progenitores cuando se presente la llamada alienación parental en un caso particular, el cual es el punto medular del presente trabajo, toda vez que no es clara ni la postura ni los mecanismos que deben los propios Tribunales al resolver un asunto en donde se acredite que existe la llamada “alienación parental”, por lo cual debemos analizar si el criterio emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es correcto al declarar inconstitucional la sanción que se imponía consistente en la pérdida de la patria potestad del progenitor que incurría en dicha figura y en su caso, cual debería de ser el trato al respecto.

En este mismo tenor, es de precisarse que tal y como se refirió anteriormente, no es clara la naturaleza de la llamada alienación parental, ya que mientras algunos lo han considerado como un síndrome, el cual ha sido utilizado para manipular el sistema judicial, buscando ser beneficiados en tener privilegios como la guarda y custodia de los menores, hay otros que incluso, lo han llegado a equiparar como una mera conducta social como más adelante analizaremos.

Dentro de quienes consideran a la alienación parental como un síndrome, se posicionan las autoras Consuelo Barea Payueta y Sonia Vaccaro en su libro intitulado "*El Pretendido Síndrome de Alienación Parental, un Instrumento que Perpetúa el Maltrato y la Violencia*", quienes hacen referencia al caso *Grieco Vs. Scott*, llevado a cabo en una corte de Estados Unidos der Norte América, siendo éste, el primer caso en donde participó el psiquiatra Richard Gardner y utilizó el término “Síndrome de Alienación Parental”; según lo señalado por estas autoras al mencionar que:

En el año 1985, Richard A. Gardner, nombra por primera vez este “*síndrome*”, y lo posiciona en el litigio entre cónyuges, en el marco de un divorcio y por la tenencia de los hijos.

Dos años más tarde, en 1987, Gardner publicó a través de su propia editorial: Creative Therapeutics, "*El Síndrome de Alienación Parental y la diferencia entre abuso sexual infantil fabricado y genuino*", ubicando a este supuesto síndrome en la justicia y el marco del litigio por divorcio. Luego hace mención

a las denuncias - siempre en el ámbito judicial - de acusaciones de incesto hacia uno de los progenitores, diciendo que *casi siempre la denunciante es la madre, y quien es denunciado/acusado, es el padre*. Señalando que la mayoría de estas denuncias serían falsas.

En noviembre de 1989, en un ejemplar de la revista *“American Fatherhood, The voice of Responsible and Dedicated Fatherhood F.A.I.R. The National Fathers’ Organization”*, de la Organización Nacional de Padres – de la ciudad de Camden, Delaware, aparece publicado un artículo firmado por Richard Gardner: *“Parental Alienation Syndrome”*, en cuyo subtítulo interroga. ¿Por qué algunas madres ejercen todo su poder para expropiar al niño del padre?, ¿Qué hacerse?

Es aquí en donde debemos discernir sobre si la postura de Richard Gardner, es correcta o no en el sentido de otorgarle el grado de *“síndrome” a la conducta ya descrita, o bien si se trata de una enfermedad o de un trastorno*.

## 2. ¿SÍNDROME, TRASTORNO O ENFERMEDAD?

Resulta claro que la alienación parental es una conducta que se da en los juicios familiares en donde se encuentran en disputa los derechos de los menores, sin embargo, no existe una postura uniforme en cuanto a que trato se le debe de dar, por lo que es necesario desarrollar el concepto a fin de no encasillarlo en una definición errónea.

Para entender lo ya expuesto, debemos decir que un síndrome, según Gardner, basándose en el diccionario psiquiátrico del doctor William Campbell, es un conjunto de síntomas (...) agrupados juntos debido a una etiología común o causa básica subyacente. (...) En consecuencia hay una especie de pureza que un síndrome tiene y que no puede ser visto en otras enfermedades...El síndrome es a menudo más “puro” porque la mayor parte (si no todos) los síntomas en el conjunto se manifiestan de forma predecible...<sup>9</sup> De tal forma, en un síndrome existirían en general, tres niveles

---

<sup>9</sup> Gardner, R. A., *Introductory Comments on the PAS: Excepted from Gardner, R. A. (1998). The Parental Alienation Syndrome, Second Edition*, Cresskill, N. J., Creative Therapeutics, Inc., 1998 [ref. de 9-XI-2006], disponible en el link [http://www.rgardner.com/refs/pas\\_peerreviewarticles.html](http://www.rgardner.com/refs/pas_peerreviewarticles.html), que a su vez te remite al link: <http://associazioni.comune.firenze.it/crescereinsieme/articoli/gardner98inglese.htm>, consultado



de categorización que pueden ser diferenciados en medicina:

- 1) Un signo o un síntoma aislado, sin referencia a las características o causas asociadas o a la causa, y con poco valor predictivo.
- 2) Un agrupamiento clínico de signos o síntomas en un síndrome distintivo.
- 3) Un cuadro clínico que es explicado por un proceso patofisiológico identificable o agente etiológico (estudio de las causas de las enfermedades).

De igual forma, el diccionario de la Real Academia de la lengua española, define al síndrome en el aspecto médico, como un conjunto de síntomas característicos de una enfermedad o un estado determinado, o bien, como un conjunto de signos o fenómenos reveladores de una situación generalmente negativa.<sup>10</sup>

Por su parte, el diccionario citado, define a la enfermedad como la alteración más o menos grave de la salud, o bien como la pasión dañosa o alteración en lo moral o espiritual, misma que puede aplicarse al funcionamiento de una institución o colectividad.<sup>11</sup>

Ahora bien, en lo que respecta al trastorno, éste se puede definir como una alteración del estado de salud normal debido o no, a una enfermedad, el cual no sirve para detallar una anomalía o estado de salud. Referente a este mismo tema, trastornar se define como:

- 1) tr. Invertir el orden regular de algo.
- 2) tr. Alterar la normalidad del funcionamiento de algo o de la actividad de alguien.
- 3) tr. Inquietar (quitar el sosiego).

...<sup>12</sup>

En este orden de ideas, parecería claro que no existe un consenso de si la alienación parental es un síndrome o no, ya que no se adecua a los

---

el día 10 de septiembre del 2018.

<sup>10</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 23a edición, Barcelona, España, 2014, disponible en el link: <https://dle.rae.es/?id=Xxq1Q5A>, consultado el día 11 de septiembre del 2018.

<sup>11</sup> Ibidem.

<sup>12</sup> Idem.

elementos característicos de éste, tal y como incluso lo sostienen las autoras Consuelo Barea y Sonia Vaccaro, señalando que de los estudios y la metodología empleada por el Psiquiatra Richard Gardner, para considerar a la *Alienación Parental* como un síndrome, son poco confiables<sup>13</sup>, y a decir de dichas autoras, no cumple con las características necesarias para ser considerado un síndrome, por tanto, se trata de un concepto sin fundamento médico-psiquiátrico, utilizado por quienes participan en la administración de justicia y por los litigantes, para robustecer sus argumentos y obtener una resolución favorable para sus clientes, en su mayoría varones.

Así las cosas, es vital para la comprensión del presente trabajo integrar la definición de la palabra “síndrome”, ya que sin la misma, será imposible diferenciar entre las características que propone Richard Gardner para el diagnóstico de la alienación parental como tal, lo cual insistimos, no se adecua a las características propias de la palabra, sin embargo, lo que sí es claro es que dicha conducta existe en los juicios del orden familiar y por tanto, es una conducta que debe ser regulada.

Sobre este tema, el autor Stanley Jablonski, realizó un análisis etimológico e histórico de la palabra síndrome, donde estableció algunos de los acontecimientos más importantes, que han rodeado el uso de este término.

[...] El término síndrome (de la palabra griega *syndrome* “simultaneidad”) se definió tradicionalmente como un estado patológico asociado a una serie de síntomas simultáneos, generalmente tres o más. La utilización de la palabra solía tener un carácter provisional, con la esperanza de que una vez confirmado ese estado, se reemplazaría por un término más preciso. Es una de las palabras más antiguas que con mayor frecuencia se ha utilizado y mal empleado en el vocabulario médico moderno.

...

No existe una definición única que refleje adecuadamente todas las variantes de uso del término síndrome. Una de las acepciones aplicadas generalmente por los dismorfólogos y genetistas, quienes son los principales usuarios del término, lo describe como un “cuadro clínico etiológicamen-

<sup>13</sup> Vaccaro, Sonia y Barea, Consuelo, *El Pretendido Síndrome de Alienación Parental, un Instrumento que Perpetúa el Maltrato y la Violencia*, Bilbao, Desclee de Brouwer, S.A., 2009, pp. 48-50.

te definido de patogénesis desconocida que no debe confundirse con el ‘complejo de síntomas de una enfermedad’, o ‘secuencia’, que se refiere solamente a aquellas afecciones caracterizadas por conjuntos de síntomas similares o idénticos”. En otras esferas, el término se utiliza de manera diferente y su definición y alcance se están adaptando a las necesidades de cada autor.<sup>14</sup>

De esta explicación podemos concluir que la palabra síndrome se suele utilizar como sinónimo de una diversidad de términos, entre los que se incluyen enfermedades, síntomas, indicadores, patologías, etc., que van ampliamente ligados a cuestiones de salud física o mental. Por lo cual, la alienación parental como una conducta o fenómeno social, consiste en un *proceso* a través del cual el progenitor alienador, *utilizan tácticas o estrategias para manipular la voluntad de los hijos*, con el fin de *terminar con los vínculos emocionales* que existen entre los hijos y el progenitor alienado; siendo el caso particular, que a simple vista, no cumple con las características propias de una enfermedad o patología; sin embargo, esta cuestión no corresponde determinarla a la ciencia jurídica, sino a otras disciplinas como la medicina, psiquiatría o la psicología.

De lo ya descrito, resulta evidente que la conducta de alienación parental, se presenta *no como un* síndrome, ni como una enfermedad o trastorno, sino como un fenómeno social existente y diagnosticable; es decir, son actos dirigidos a manipular al menor a fin de provocar en él, sentimientos de desprecio, desaprobación, odio, rencor, miedo o rechazo hacia a alguno de sus padres, lo cual si bien tiene influencia en la psique del menor, no anula su conciencia, ni genera en él/ella trastornos mentales; por lo que no es necesario su reconocimiento científico, ya que se cuenta con elementos suficientes que permiten su análisis desde un punto de vista psicológico, sociológico y jurídico; lo que permite demostrar su existencia y el impacto que genera en la estabilidad emocional de los menores.

Por tanto, preexiste la necesidad de legislar y unificar criterios en todo

---

<sup>14</sup> Stanley, Jablonski, *Síndrome: un concepto en evolución*, ACIMED, 1995, vol.3, n.1, pp. 30-38. ISSN 1024-9435, disponible en el link: [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1024-94351995000100006](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1024-94351995000100006), consultado el día 27 de febrero de 2018.

nuestro país respecto de la alienación parental, así como establecer medidas que eliminen su desarrollo dentro de los núcleos familiares y con ello evitar disputas jurisdiccionales utilizándolas, máxime si siempre son los menores quienes serán los afectados directos de la misma, hecho que impactará tanto en su desarrollo emocional como personal, por lo que, si uno de los pilares de nuestra sociedad es la protección a la familia y la protección del interés superior de los menores, resulta más que evidente que deben de existir mecanismos preventivos y si estos en un determinado momento fallan y se utiliza en un proceso judicial, es claro que deben de existir sanciones o acciones que protejan y establezcan la alienación parental de manera clara y precisa, supuestos que deben tener claros los juzgadores en todo proceso jurisdiccional.

Tampoco pasar por alto, que uno de los objetivos del Derecho es la regulación de la conducta humana en la sociedad, así como el establecimiento de normas en los procesos legislativos, que protejan a los sectores sociales con mayor desventaja frente a los otros, por lo cual, es obligación del Estado el proteger a los niños, niñas y adolescentes cuando se incurra por parte de algún progenitor en la alienación parental, concepto que desde el año 1985 se ha venido desarrollando tratándole de otorgar una definición concreta a esta conducta, siendo el caso particular que al menos en nuestro país hasta el año 2011, se comenzó a legislarse sobre la referida alienación parental en los códigos civiles y familiares de algunas Entidades Federativas, destacando el caso de Oaxaca que más adelante mencionaremos, hasta que nuestro máximo Tribunal en el año 2016 decidió declarar Inconstitucional la figura en cita y por tanto una incertidumbre en cuanto al cómo actuar de los tribunales cuando se presente la misma.

### III. ARTÍCULO 323 SEPTIMUS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

La alienación parental en el entonces Distrito Federal (ahora Ciudad de México), se encontraba regulado en el artículo 323 septimus, el cual a la letra decía:

Artículo 323 Septimus.- Comete violencia familiar el integrante de la fa-

milia que transforma la conciencia de un menor con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores.

La conducta descrita en el párrafo anterior, se denomina alienación parental cuando es realizada por uno de los padres, quien, acreditada dicha conducta, será suspendido en el ejercicio de la patria potestad del menor y, en consecuencia, del régimen de visitas y convivencias que, en su caso, tenga decretado. Asimismo, en caso de que el padre alienador tenga la guarda y custodia del niño, ésta pasará de inmediato al otro progenitor, si se trata de un caso de alienación leve o moderada.

En el supuesto de que el menor presente un grado de alienación parental severo, en ningún caso, permanecerá bajo el cuidado del progenitor alienador o de la familia de éste, se suspenderá todo contacto con el padre alienador y el menor será sometido al tratamiento que indique el especialista que haya diagnosticado dicho trastorno.

A fin de asegurar el bienestar del menor, y en caso de que, por su edad, resulte imposible que viva con el otro progenitor, el departamento de psicología del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, evaluando a los parientes más cercanos del niño, determinará qué persona quedará encargada de su cuidado; mientras recibe el tratamiento respectivo que haga posible la convivencia con el progenitor no alienador.

El tratamiento para el niño alienado será llevado a cabo en el Departamento de Alienación Parental del Servicio Médico Forense del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

A reserva de analizar los puntos que determinó nuestro máximo Tribunal para resolver la inconstitucionalidad 11/2016, sobre la figura objeto de la presente investigación, debemos de precisar que el primer error manifiesto en cuanto a la técnica legislativa del concepto, era equiparar a la alienación parental como un tipo de violencia familiar, lo cual al menos en un primero momento, parecería referirse a una conducta que además de tener una sanción en ámbito jurisdiccional familiar, también podría ser un delito en el ámbito penal, el cual debería de buscar prevenirse, sin embargo para cuestiones prácticas, sólo mencionaremos que se trata de una conducta que erróneamente se equiparó a la violencia familiar.

De igual forma, en el referido artículo ya se contemplaba una sanción

para el progenitor que la cometiera, siendo ésta, la de ser suspendido en el ejercicio de la patria potestad del menor y del régimen de visitas y convivencias respectivo, pudiendo incluso perder la guarda y custodia para el progenitor que la realizara y trasladándose la misma al otro progenitor, por lo que podemos afirmar que la sanción para todo aquel progenitor que hiciera uso de la llamada alienación parental, era por demás severa, ya que incluso podía suspenderse cualquier trato o contacto con el progenitor alienador.

Así mismo, resaltaba que en caso que ambos progenitores practicaran la alienación parental, el menor podía llegar por consenso de sus parientes más cercanos a que otro pariente tuviera la guarda y custodia provisional y posteriormente definitiva, practicándoseles los estudios en psicología respectivos, lo cual por si mismo llamaba la atención toda vez que no se hacía mención hasta qué grado se podía dar la misma, o si aplicaba para cualquier grado de alienación parental.

En tal sentido, resulta claro que el concepto objeto del presente trabajo, al menos en un inicio en su trato legislativo, no fue claro, por lo cual su aplicación práctica en los juicios jurisdiccionales, arrojó innumerables casos en donde las partes la invocaban, buscando una sanción hacia el otro progenitor, destacando que pocas veces se podía acreditar la misma en los casos en los que se llegó a aplicar, hecho que derivó en diversas interpretaciones y tratos, hasta que se presentaron las acciones respectivas para declarar que dicho concepto, era por si mismo, inconstitucional, tal y como posteriormente señalaremos.

De esta forma, la denominada “*alienación parental*”, la cual insistimos fue equiparada a un tipo de violencia familiar por parte del padre alienador, fue derogada del Código Civil para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México) mediante decreto el 4 de agosto de 2017, mismo que se publicó en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México.<sup>15</sup>

Dentro de los argumentos considerados en la iniciativa aprobada por la

---

<sup>15</sup> Gaceta Oficial de la Ciudad de México, publicada el 4 de agosto de 2017, disponible en el link: [http://data.consejeria.cdmx.gob.mx/portal\\_old/uploads/gacetas/37de4769c776616bfdb182dc53f08ba7.pdf](http://data.consejeria.cdmx.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/37de4769c776616bfdb182dc53f08ba7.pdf), consultado el 27 de febrero de 2018.

Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF), para derogar la figura, se destacaban los siguientes:

[...]

- El supuesto síndrome de alienación parental utiliza para detectar su presencia los mismos indicadores utilizados para detectar la violencia o abuso sexual, por lo anterior se impedía identificar cuando efectivamente suceden.
- Se violaba el principio de precaución, toda vez que se introducía un concepto que carece de consenso en la comunidad psiquiátrica.
- La alienación se correlacionaba fuertemente con la violencia de género, toda vez que la mayoría de denuncias por violencia en contra de niñas, niños y adolescentes era interpuesta por mujeres.
- Trascendía y afectaba la convivencia con sus madres o padres y al consentimiento en la toma de decisiones que afectan a niñas y niños.
- Afectaba la Patria Potestad sin determinación judicial ex ante, por lo que vulneran los derechos de las partes involucradas.
- No incorporaba el Principio de Proporcionalidad, el cual es necesario para la limitación o restricción de derechos, lo anterior toda vez que las posibles ventajas que pudieran obtener con la norma no guardan relación con las consecuencias de su aplicación.<sup>16</sup>

Como puede observarse, la Asamblea Legislativa consideró que los indicadores establecidos para la detección del síndrome de alienación parental, eran los mismos que se utilizan para la detección de violencia y abuso sexual; por lo que, según su razonamiento el reconocimiento de la figura de alienación parental, impedía la detección oportuna de los casos reales de abuso; asimismo, destacó la falta de consenso entre la comunidad psiquiátrica respecto de que la alienación parental sea un síndrome, además de contribuir indirectamente al aumento de la violencia de género.

---

<sup>16</sup> Proposición con punto de acuerdo, por el que se exhorta respetuosamente a diversas autoridades a revisar la figura del síndrome de alienación parental preponderando el interés superior de la niñez. disponible en el link: [http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/2/2017-08-16-1/assets/documentos/PA\\_PRD\\_Alienacion\\_Parental.pdf](http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/2/2017-08-16-1/assets/documentos/PA_PRD_Alienacion_Parental.pdf), consultado el 1 de marzo del 2018.

#### IV. PRONUNCIAMIENTO DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL EN RELACIÓN A LA ALIENACIÓN PARENTAL

La Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), así como algunas organizaciones de la sociedad civil y defensoras de los derechos humanos de la infancia y las mujeres, sostenían que dicha norma formalizaba una discriminación indirecta y reproducía estereotipos basados en el género en perjuicio de las mujeres, siendo causa y consecuencia de la violencia institucional en su contra; además no reconocía la autonomía progresiva de las niñas y niños.

Igualmente, la CDHDF (ahora de la Ciudad de México), se pronunció a favor de la decisión tomada por la Asamblea Legislativa del entonces Distrito Federal, al derogar el artículo 323 Séptimus del Código Civil del Distrito Federal, por considerar que la figura del “síndrome de alienación parental (SAP)”, era un tipo de violencia inexistente como síndrome ya que carecía de sustento y reconocimiento científico, además que desconoce a niñas y niños como personas sujetas plenas de derechos, ya que omite la importancia de tomar su opinión en cuenta para la toma de decisiones a partir de su autonomía progresiva, en particular en los casos de conflicto parental.<sup>17</sup>

Una vez analizadas y comprendidas las causas por las que se derogó la figura al menos en el Distrito Federal (ahora Ciudad de México), igualmente debemos de analizar las diversas acciones de inconstitucionalidad que se presentaron para que la figura objeto del presente trabajo fuera derogada de los diversos Códigos de la República.

#### V. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 11/2016

Mención especial requiere el caso de la alienación parental en el Código Civil de Oaxaca, el cual igualmente fue impugnado por la Defensoría de

<sup>17</sup> Cfr. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (ahora Ciudad de México), disponible en el link: <https://cdhdf.org.mx/2017/08/la-cdhdf-reconoce-la-proteccion-de-los-derechos-humanos-a-traves-de-la-derogacion-de-la-mal-denominada-figura-de-alienacion-parental-del-codigo-civil-de-la-ciudad-de-mexico/>, consultado el 27 de febrero de 2018.



los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca, quien demandó ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), la invalidez de los artículos 336 Bis B, en relación con el segundo párrafo del artículo 429 Bis A y 459 fracción IV, del Código Civil para el Estado de Oaxaca, reformados y adicionados mediante Decreto 1380, publicado en el Periódico Oficial de esa entidad el 2 de enero de 2016; que conformó la *Acción de Inconstitucionalidad N° 11/2016*. El accionante, en esencia, alegó que dichos numerales transgredían los derechos de los niños, niñas y adolescentes para expresar su opinión en los procedimientos que los involucren, se soslayaba la obligación de juzgar y legislar con perspectiva de género, asimismo, estimó que dicha incorporación normativa del síndrome de alienación parental, resultaba incompatible con el interés superior del menor.

Por lo que, el 24 de octubre de 2017, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de nueve votos, determinó declarar la invalidez del artículo 336 Bis B, último párrafo, así como de la fracción IV, del numeral 459; de la misma manera pero con una mayoría de ocho votos, se declaró la invalidez del artículo 429 Bis A, párrafo primero en la porción normativa que establecía: *“bajo pena de suspenderse o declararse la pérdida de su ejercicio”*, todos del Código Civil para el Estado de Oaxaca.

Finalmente, se reconoció la validez del artículo 429 Bis A, que señala: *“Quien tenga el cuidado y custodia de los hijos debe procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad; en consecuencia, cada uno de los ascendientes deberá evitar cualquier acto de alienación parental, encaminado a producir en el menor rechazo, rencor, odio, miedo o desprecio hacia el otro progenitor. [...] Se entiende por alienación parental la manipulación o inducción que un progenitor realiza hacia su hijo, mediante la desaprobación o crítica tendiente a producir en el menor rechazo, rencor, odio, miedo o desprecio hacia el otro progenitor.”* Lo anterior, con excepción de la parte declarada inconstitucional, mediante una votación a favor de 6 Ministros.

El pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, atendió esencialmente a los siguientes argumentos:

[...] a fin de brindar un panorama más amplio, la Sala dividió el estudio del asunto en los siguientes apartados: i) Estudio del fenómeno denominado

alienación parental, ii) Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, iii) Estudio de los conceptos de invalidez, el cual dividió en dos bloques principales y así como el estudio de la regularidad constitucional de las normas combatidas.

De esa manera, el Tribunal en Pleno determinó en principio, que la conducta regulada normativamente, no se refería al “síndrome de alienación parental” derivado de la teoría psicológica expuesta por Richard Gardner, sino que el legislador atendió a múltiples referencias teóricas que generan un panorama de mayor amplitud sobre dicha cuestión, no como síndrome, sino como un fenómeno existente y diagnosticable, en el cual se distinguen conductas o acciones de rechazo que un hijo presenta hacia uno de sus padres, así como la utilización del o de los hijos en el conflicto parental de separación, como medio de expresión de odio o de venganza entre los progenitores.

De igual manera, los Ministros indicaron que la conducta legislada en el Código Civil en comento, no reproduce estereotipos de género, ni soslaya la obligación de legislar con perspectiva de género, toda vez que no hace distinción de trato entre los padres o alguno de los familiares que pudiera encuadrarse en la discriminación por razón de género, ya que cualquiera puede figurar como sujeto activo de la conducta.

Por otra parte, se abordó el análisis de la conducta de alienación parental, como un supuesto de violencia familiar, el cual se encuentra regulado en el artículo 336 Bis B, párrafo tercero. Sobre éste el Pleno se pronunció en el sentido de declarar que dicho precepto vulnera los derechos de los menores de edad al estimar que las conductas efectuadas en su contra, producen como resultado la “transformación de su conciencia”, transgrediendo su derecho a ser considerados sujetos con autonomía progresiva; asimismo, dicho resultado conlleva a afectar su derecho a ser escuchado en los procedimientos jurisdiccionales en los que se les involucre, toda vez que al establecer que su conciencia ha sido modificada, se menoscaba intrínsecamente su autonomía induciendo tanto a los operadores judiciales, como a los peritos en psicología a considerar que la opinión del menor se encuentra viciada y por ende, no tomarla suficientemente en cuenta.

De igual forma, estudiando el supuesto de violencia familiar, se avocaron al examen del numeral 429 Bis A de la normatividad en cita, en donde

el Pleno determinó que dicha disposición no vulnera los derechos de los menores, ya que la conducta descrita no contempla la exigencia del resultado de “transformar la conciencia” del menor, ya que la legislación prevé únicamente los actos dirigidos a manipular al menor a fin de provocar en él, sentimientos de desprecio, desaprobación, odio, rencor, miedo o rechazo hacia a alguno de sus padres, lo cual si bien tiene influencia en la psique del menor, no anula su conciencia, por lo tanto la norma combatida fue calificada de constitucional.

En lo relativo al numeral 429 Bis A, última parte, en relación con la fracción IV, del artículo 459, ambos del código combatido, los ministros determinaron que ante el acreditamiento de la conducta de alienación parental, imponen a manera de sanción la suspensión o pérdida de la patria potestad, sin embargo, la Corte en el Pleno, se pronunció en el sentido de declararlos inconstitucionales, toda vez que por una parte, se estimó que condicionar el ejercicio de la patria potestad a una sanción, no constituye un acto de protección reforzada a los derechos de los menores, sino que implícitamente se tolera dicha violencia, lo cual rompe con los estándares convencionales y constitucionales a que ésta constreñido el Estado Mexicano. Mientras que por la otra, transgreden el principio de proporcionalidad pues impone al juzgador una aplicación irrestricta en todos los casos, sin permitirle un margen adecuado para que éste pudiera valorar idóneamente las circunstancias especiales de cada asunto en particular, lo cual puede reflejarse en la violación del derecho de los menores a vivir dentro de una familia, ya que si la conducta desplegada se acredita como alienación parental, el juzgador se vería obligado a decretar la separación del padre que la ejerza y por tanto, impedir de manera natural el mantenimiento de las relaciones afectivas entre éstos. [...] <sup>18</sup>

Durante el análisis expuesto, la SCJN anunció la validez del reconocimiento de la existencia de la alienación parental, como un fenómeno social, perfectamente diagnosticable; en el cual se distinguen conductas o acciones de rechazo que un hijo presenta hacia uno de sus padres, así como la utilización del o de los hijos en el conflicto parental de separación,

<sup>18</sup> Crónicas del Pleno y de las Salas, disponible en el link: [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/sinopsis\\_asuntos\\_destacados/documento/2017-12/TP-241017-NLPH-0011.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/sinopsis_asuntos_destacados/documento/2017-12/TP-241017-NLPH-0011.pdf), consultado el día 22 de septiembre del 2018.

como medio de expresión de odio o de venganza entre los progenitores. Así mismo, sostuvo la necesidad de regular esta conducta, así como unificar criterios en cada una de las Entidades Federativas de nuestro país. En esta misma línea, resalta la siguiente tesis aislada dictada por Tribunales Colegiados de Circuito:

Época: Décima Época

Registro: 2015415

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 47, Octubre de 2017, Tomo IV

Materia(s): Constitucional, Civil

Tesis: II.2o.C.17 C (10a.)

Página: 2599

*“Síndrome de Alienación Parental” En Materia Familiar. Su Tratamiento y Ponderación Judicial Deben Enfocarse sobre los Parámetros de Protección del Interés Superior del Menor y de Equidad de Género.*

*El Síndrome de Alienación Parental fue creado en 1985 por Richard Gardner y en 1987 publicó, en su editorial Creative Therapeutics, el libro “El Síndrome de Alienación Parental y la Diferencia entre Abuso Sexual Infantil Fabricado y Genuino”; en el cual sostiene que ese síndrome fue construido a partir del estudio de una gran cantidad de casos clínicos; sin embargo, jamás lo documentó ni acreditó algún estudio o programa que respondiera a algún protocolo determinado que sustentara las conclusiones, lo que motivó que el citado síndrome no esté reconocido ni avalado por las asociaciones médicas y psicológicas internacionales, ni en los ámbitos académicos y universitarios. De acuerdo con lo anterior, el “Síndrome de Alienación Parental” parte de la perspectiva de la protección del progenitor “víctima” y castiga o sanciona al “alienador”, con medidas que tienden a la “reprogramación” o “desprogramación” del menor, a fin de privilegiar el derecho del padre “víctima”. Como consecuencia, en la materia familiar la alienación parental partió de la premisa equivocada de que, ante la manipulación ejercida por un padre, se sancione al otro padre, privándole de la posibilidad de tener la guarda y custodia o de convivir con el menor de edad, soslayando que él es afectado con el dictado de la medida, ya que la providencia que se dicte es para que el manipulador cese en sus actitudes o conductas y para que el menor readquiera la conciencia de que necesita la presencia de su otro proge-*

*nitor, restableciendo vínculos afectivos y emocionales, para que así pueda tener un sano y equilibrado desarrollo en todas sus facetas. Por ello, es posible concluir que si el “Síndrome de Alienación Parental” no tiene todo sustento científico, aun cuando ha sido retomado por otros autores, torna un concepto que no es idóneo para tomar decisiones en materia de justicia familiar, máxime que su utilización sólo se da en sede judicial, porque no conduce a tratamientos clínicos en materia de psiquiatría o psicología, precisamente, por no estar reconocido como un padecimiento. En consecuencia, la manipulación parental sí existe y produce efectos negativos en la psique del menor que es objeto de dicha manipulación, por lo que el tratamiento y ponderación judicial deben enfocarse sobre los parámetros de protección del interés superior del menor y de equidad de género, esto es, el solo hecho de que exista la manipulación, no conduce a decretar la separación del menor del progenitor que la ejerce, sino a ordenar el tratamiento psicológico o psiquiátrico, según corresponda, al padre que manipula y al menor que es objeto de esa manipulación, pero dado a que la consecuencia, que es el rechazo del menor a ver o convivir con el padre o la madre con la que no vive, puede tener distinta etiología, como la manipulación o la existencia real de maltrato o abuso físico o emocional, por lo que los dictámenes periciales deben encausarse para profundizar y detectar las causas reales del rechazo del infante, pero siempre partiendo de la premisa de que la regla general es de que tiene derecho a convivir con ambos padres para su sano y equilibrado desarrollo físico y emocional, y que la asignación de guarda y custodia y régimen de convivencia debe obedecer al único parámetro de la idoneidad, capacidad y conveniencia, privilegiando en todo momento su bienestar lo que, a su vez, lleva a que no se puedan desacreditar sus afirmaciones en el sentido de que rechace ver o convivir con su padre o madre por razones de abuso o maltrato, sustentándose en la única razón de que existe “Síndrome de Alienación Parental”, sino que lo conducente es que la autoridad judicial, en su caso, ordene la ampliación de los estudios periciales para que determinen las verdaderas causas de ese rechazo.*

*Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito.*

*Amparo en revisión 236/2016. 16 de marzo de 2017. Mayoría de votos. Disidente: Noé Adonai Martínez Berman. Ponente: Juan Carlos Ortega Castro. Secretaria: Sonia Gómez Díaz González.*

*Esta tesis se publicó el viernes 27 de octubre de 2017 a las 10:37 horas en el Semanario Judicial de la Federación.<sup>19</sup>*

<sup>19</sup> Tesis II.o.C.17 (10<sup>a</sup>), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, marzo 2017, registro 2015415, pág. 2599, disponible en el link: [https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epo-](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epo)

## VI. TRATO LEGISLATIVO Y ACCIONES A PRACTICARSE

Resulta claro que de las aseveraciones vertidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la alienación parental existe en diversos grados, sin embargo, es una realidad que al haber declarado inconstitucional la figura y por tanto, la regulación de la misma en los diversos Códigos de la República, la alienación parental hoy en día carece de cualquier regulación y normatividad al respecto, hecho que en la práctica genera una incertidumbre respecto del trato que le deben de dar los juzgadores cuando se encuentren en un caso en donde se presente la misma.

Al respecto, debemos señalar que la omisión legislativa en la alienación parental, existió desde su inclusión al Código Civil, ya que aún y cuando fue contemplada la figura, la misma fue confundida y equiparada con la violencia familiar y se reguló una sanción excesiva para todo el que la practicare. Lo anterior, igualmente lo menciona la autora Laura Rangel cuando cita los estudios de Wessel al señalar:

... se ha distinguido entre las omisiones del legislador, que son las que aluden a las de tipo relativo porque la ley se emitió para reglar una materia específica pero se hizo de forma incompleta al callar algo que debió contener, y las omisiones de ley, que son las absolutas porque, en realidad no se ha regulado la materia respectiva.<sup>20</sup>

Del mismo modo, Carlos Báez Silva, hace referencia al mismo tema cuando hace alusión a las omisiones legislativas, de la siguiente forma:

---

ca=1e3e1800000000&Apendice=1545454545450&Expresion=2015415&Dominio=Rubro,Texto&TA\_TJ=2&Orden=1&Clase=Detalle TesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2015415&Hit=1&IDs=2015415&tipoTesis=&Semanaario=0&tabla=&Referencia=&Tema=, consultado el 19 de septiembre de 2018.

<sup>20</sup> Rangel Hernández, Laura M., *El control de las omisiones legislativas en México. Una invitación a la reflexión*, La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. VIII, Procesos constitucionales orgánicos, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 4, disponible en el link: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2553/26.pdf>, consultado el 14 de septiembre del 2018.

[...] Cuando se hace referencia a la omisión del legislador, por tanto, se pretende indicar que éste “no ha actuado como se esperaba”, que la conducta probable que se esperaba de él no se ha presentado. ¿Qué conducta, empírica y normativamente probable, se esperaba del legislador? Pues, esencialmente, que legisle, que dicte textos normativos con el carácter de leyes. Así, la expresión “omisión del legislador” denota que el facultado para dar o crear la ley no ha ejercido tal facultad, no ha creado alguna ley (o lo ha hecho insuficientemente) cuando era probable que lo hiciera.  
...<sup>21</sup>

De esta forma, resulta claro en la hipótesis que nos ocupa, ha existido una deficiencia técnica por parte de los legisladores, quienes desde su inclusión en los Códigos locales contemplaron la figura de la alienación parental de manera errónea, ya que la equipararon con la violencia familiar y con los parámetros de la violencia sexual, por lo que desvirtuaron el concepto y por tanto su respectiva sanción o en su caso, el trato que le debían dar los juzgadores a aquel que la practicara, supuesto que derivó en que nuestro máximo Tribunal declarara la inconstitucionalidad de los artículos que la contemplaban, ya que aunque reconocieron que la misma existía, consideraron que sus sanciones vulneraban el fin que se perseguirá con su implementación.

En tal sentido, resulta claro que del análisis realizado por nuestro máximo Tribunal, si bien es cierto que determinó que la alienación parental no es un síndrome y que no se puede condicionar el ejercicio de la patria potestad a una sanción ya que esto vulneraría los derechos del menor y por tanto, ocasionaría un menoscabo a su desarrollo y a la sana convivencia que deben tener con sus progenitores, aunado a que sancionar la conducta sería “tolerar la misma”, también lo es, que reconoció que existe dicha figura como “un fenómeno social, perfectamente diagnosticable; en el cual se distinguen conductas o acciones de rechazo que un hijo presenta hacia

---

<sup>21</sup> Báez Silva, Carlos, *La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México*, En busca de las normas ausentes, 2a. ed., Ensayos sobre inconstitucionalidad por omisión, en Miguel Carbonell (Coord.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 16-17, disponible en el link: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2455/10.pdf>, consultado el 4 de octubre del 2018.

uno de sus padres, por injerencia del otro, por lo cual resulta evidente que la utilización del o de los hijos en el conflicto parental de separación, como medio de expresión de odio o de venganza entre los progenitores se da y por tanto, es prioritario fijar una postura al respecto”.

De esta forma, resulta claro también que al haberse pronunciado nuestro máximo Tribunal en el sentido de que existe la “necesidad de regular la conducta, así como unificar criterios en cada una de las Entidades Federativas de nuestro país” en torno a la alienación parental, resulta más que claro que emitió una sugerencia perfectamente válida para que el legislador en el ejercicio de sus funciones, pudiera crear normas que protejan al menor del uso que los progenitores hagan respecto de la alienación parental y en su caso, tomar algunas medidas para prevenirla o mejor dicho tratarla, supuesto que no aconteció por la Asamblea Legislativa de la ahora Ciudad de México ni por ningún otro congreso de las entidades de la República y sólo se limitó a derogar los artículos que fueron impugnados y que lo contemplaban.

En este orden de ideas, una vez que han sido declarados inconstitucionales los artículos que contemplaban la alienación parental, en primer término se debe legislar en cuanto a los límites o protocolos necesarios en los cuales se debería actuar cuando existiera dicha conducta por parte de algún progenitor, toda vez que si es una figura que existe y que se ha reconocido que se da de manera práctica, jurídicamente hablando debe de regularse, máxime que son conductas que afectan a menores de edad y a la familia como núcleo de la sociedad, por lo cual el no hacerlo, limita a los juzgadores a implementar sanciones o medios de protección que son discrecionales al no estar regulados en una norma, dejando en total estado de indefensión a los progenitores y a los menores que la sufren.

En este tenor, los juzgadores al ser aplicadores e interpretadores de las normas, su labor deriva precisamente de lo que ésta les permite hacer, y si bien es cierto que siempre podrán sustentar su resolución en una argumentación basada en conceptos sociales o prácticos no siempre contemplados en una norma, también lo es, que es preciso y necesario que exista una norma eficaz y que pueda adecuarse al caso particular y en caso que la



misma no exista, atendiendo a los criterios ya emitidos anteriormente, tratar de solventar la alineación parental ordenando a las partes terapias con especialistas en el tema para evitarla, quienes deberán remitir los informes respectivos al juzgador para que éste tenga elementos para resolver en su caso.

Así, se concluye que con independencia de buscar los elementos que puedan prevenir la alienación parental, los juzgadores en caso de no existir norma aplicable al caso, pueden y deben de hacerse llegar por medio de especialistas en el tema de elementos para solucionar la problemática cuando se genere y existan menores de edad implicados, debiendo ser al menos en un primer plano con periciales para conocer el origen de la alienación parental y con ello buscar acciones para erradicarla, por lo cual la importancia de los Tribunales en la gestión de conflictos cuando se presenta ésta es trascendental ya que aunque puede parecer subjetiva, en la práctica existen elementos objetivos para solucionarla si se detectan por las periciales respectivas y más aún, si comprendemos que los principios de hermeticidad del orden jurídico y de plenitud hermética, reconocidas en el artículo 18 del Código Civil para el Distrito Federal, facultan a que los Jueces en el supuesto que existiera oscuridad en la ley puedan resolver los conflictos utilizando aquellos elementos que el ordenamiento jurídico prevé, siendo por ello los Tribunales, ejes del orden social en cuanto a la resolución de los conflictos que puedan suscitarse entre los gobernados.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, José Manuel, *Síndrome de Alienación Parental*, 5ª ed., Madrid, Almuzara, S.L., 2006.
- TEJEDOR HUERTA, Asunción, *El Síndrome de Alienación Parental, Una forma de maltrato*, Madrid, EOS, 2006.
- VACCARO, Sonia y BAREA Consuelo, *El Pretendido Síndrome de Alienación Parental, un Instrumento que Perpetúa el Maltrato y la Violencia*, Bilbao, DESCLÉE DE BROUWER, S.A., 2009.

## LIBROS EN LÍNEA

BÁEZ SILVA, Carlos, *La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México*, *En busca de las normas ausentes*, 2a. ed., Ensayos sobre inconstitucionalidad por omisión, en Miguel Carbonell (Coord.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2455/10.pdf>

BOLAÑOS, Iñaki, *El Síndrome de Alienación Parental*. Descripción y Abordajes Psico-Legales, Psicopatología Clínica, Legal y Forense, [en línea], Madrid, Vol. 2, No. 3, 2002, Disponible en: [http://eoeipsabi.educa.aragon.es/descargas/G\\_Recursos\\_orientacion/g\\_4\\_orientacion\\_familiar/g\\_4.3.separacion/2.5.SAP\\_abordaje\\_psico-legal.pdf](http://eoeipsabi.educa.aragon.es/descargas/G_Recursos_orientacion/g_4_orientacion_familiar/g_4.3.separacion/2.5.SAP_abordaje_psico-legal.pdf)

GARDNER, R. A., *Introductory Comments on the PAS: Excepted from Gardner, R. A. (1998). The Parental Alienation Syndrome, Second Edition*”, Cresskill, N. J., Creative Therapeutics, Inc., 1998 [ref. de 9-XI-2006], disponible en el link [http://www.rgardner.com/refs/pas\\_peerreviewarticles.html](http://www.rgardner.com/refs/pas_peerreviewarticles.html).

RANGEL HERNÁNDEZ, Laura M., *El control de las omisiones legislativas en México*. Una invitación a la reflexión, La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. VIII, Procesos constitucionales orgánicos, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2553/26.pdf>.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 23a edición, Barcelona, España, 2014, disponible en el link: <https://dle.rae.es/?id=Xx-q1Q5A>, consultado el día 11 de septiembre del 2018.

STANLEY, Jablonski, *Síndrome: un concepto en evolución*. ACIMED [en línea]. 1995, vol.3, n.1, pp. 30-38. ISSN 1024-9435, disponible en: [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1024-94351995000100006](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1024-94351995000100006).

## CÓDIGOS, SEMANARIOS Y OTROS SITIOS EN LÍNEA

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, disponible en:

<https://cdhdf.org.mx/2017/08/la-cdhdf-reconoce-la-proteccion-de-los-derechos-humanos-a-traves-de-la-derogacion-de-la-mal-denominada-figura-de-alienacion-parental-del-codigo-civil-de-la-ciudad-de-mexico/>

- Crónicas del pleno y de las salas, disponible en el link: [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/sinopsis\\_asuntos\\_destacados/documento/2017-12/TP-241017-NLPH-0011.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/sinopsis_asuntos_destacados/documento/2017-12/TP-241017-NLPH-0011.pdf).
- Gaceta Oficial de la Ciudad de México, publicada el 4 de agosto de 2017, disponible en: [http://data.consejeria.cdmx.gob.mx/portal\\_old/uploads/gacetas/37de4769c776616bfdb182dc53f08ba7.pdf](http://data.consejeria.cdmx.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/37de4769c776616bfdb182dc53f08ba7.pdf)
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, marzo 2017, Tesis II.o.C.17 (10ª), disponible en el link: [https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e18000000000&Apendice=1545454545450&Expresion=2015415&Dominio=Rubro,Texto&TA\\_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2015415&Hit=1&IDs=2015415&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=&Referencia=&Tema=.](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e18000000000&Apendice=1545454545450&Expresion=2015415&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2015415&Hit=1&IDs=2015415&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=&Referencia=&Tema=)
- Senado de la República, disponible en: [http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/2/2017-08-16-1/assets/documentos/PA\\_PRD\\_Alienacion\\_Parental.pdf](http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/2/2017-08-16-1/assets/documentos/PA_PRD_Alienacion_Parental.pdf), consultado el 1 de marzo del 2018.

# INSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES EN MATERIA DE INVERSIÓN

Carlos H. REYES DÍAZ\*

## I. INTRODUCCIÓN

Las controversias Inversionista-Estado o ISDS en inglés, son cada vez más comunes en el mundo. La UNCTAD reconoce hasta octubre de 2019, 983 casos presentados, de los cuales 647 están concluidos, 332 están pendientes de resolución y de 4 casos no se tiene conocimiento<sup>1</sup>. La base de datos de la UNCTAD agrupa los casos de diversos tribunales internacionales, como el CIADI del Banco Mundial, la Corte Permanente de Arbitraje, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), la Corte de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), entre otras. De todos estos, el Centro del Banco Mundial es el que más demandas ha recibido (615), seguido por la Corte Permanente de Arbitraje (154), la Corte de la Cámara de Comercio de Estocolmo (49) y la Corte de la Cámara de Comercio Internacional, de París (17).<sup>2</sup>

Todas estas instituciones no son esencialmente tribunales sino centros administradores de arbitrajes, instituciones que cuentan con procedimientos por los cuales se constituyen tribunales arbitrales, que serán los que resuelvan las controversias en última instancia. Estos centros están respaldados por instituciones de prestigio internacional y le dan certidumbre y credibilidad a los arbitrajes que administran. Esto no significa en ninguna forma que sean infalibles, por el contrario, en este momento la UNCTAD, la UNCTAD y el CIADI están en un proceso de reforma de estos mecanismos desde el ámbito multilateral, así como la Unión Europea lo hace desde la perspectiva regional; estas reformas propuestas derivan de

---

\* Profesor de la Facultad de Derecho y miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas, de la UNAM.

<sup>1</sup> Ver: UNCTAD, en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (consultado el 15 de octubre de 2019).

<sup>2</sup> Ídem.

las debilidades que tanto inversionistas como Estados han hecho evidentes en las más de tres décadas de controversias frecuentes de este tipo, desde 1987 con la controversia entre AAPL vs. Sri Lanka, que se decidió el 27 de junio de 1990.<sup>3</sup>

En 2018, México se convirtió en Estado Contratante del CIADI, con lo que sus controversias en esta materia serán resueltas por la vía del mecanismo original y no por el complementario, como había sido desde la suscripción del TLCAN y aplicación del Capítulo XI del mismo.<sup>4</sup>

Una de las debilidades de estos arbitrajes consiste precisamente en el carácter ad hoc de los tribunales. Esto será tratado en este texto, así como las razones por las cuales esta falta de institucionalidad ha puesto en riesgo la eficiencia de los arbitrajes inversionista-Estado. Al mismo tiempo, se presentarán las alternativas de reforma del mecanismo, que actualmente se están negociando en el contexto multilateral y regional.

Una razón muy importante para fortalecer estos mecanismos, de acuerdo con la opinión de la Unión Europea y sus Estados miembros, es que “la inversión extranjera directa constituye un elemento importante a la hora de impulsar el desarrollo y alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible y que, en consecuencia, es importante sentar las bases más sólidas para la solución de controversias en materia de inversiones a medio-largo plazo (...).”<sup>5</sup>

Las discusiones en el marco de las Naciones Unidas, en la UNCTAD (en el WIR15 capítulo 4, pág. 120) acordaron que la pregunta no era si se debería o no reformar el mecanismo actual de protección de inversiones, sino en qué medida hacerlo.<sup>6</sup> Es ahora cuando se presenta la oportunidad

<sup>3</sup> La decisión, en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf> (consultada el 15 de octubre de 2019).

<sup>4</sup> México lo suscribió el 27 de julio de 2018 y entró en vigor a partir del 26 de agosto del mismo año, de conformidad con el artículo 68(2) del Convenio CIADI. Con ello, México se convirtió en el Estado 154 en ratificarlo desde 1966.

<sup>5</sup> Documento presentado por la Unión Europea y sus Estados miembros al Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, el 18 de enero de 2019. Disponible en: [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/february/tradoc\\_157682.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/february/tradoc_157682.pdf) (consultado el 19 de noviembre de 2019).

<sup>6</sup> Mohamadieh, Kinda, *The Future of Investor-State Dispute Settlement Deliberated*

y la coyuntura internacional para plantear la reforma y todo parece indicar que se llegará a este acuerdo pronto.

## II. TRIBUNALES AD HOC

El mundo y su contexto reciente, particularmente desde hace tres décadas aproximadamente, ha evidenciado la multiplicación de tribunales internacionales, o lo que Petrova<sup>7</sup> refiere como la “jurisdiccionalización” o “judicialización” internacional. Este fenómeno, de acuerdo con la autora,<sup>8</sup> es el resultado de algunos factores, como:

- (1) la “globalización” y la “regionalización” de la economía mundial,
- (2) la “expansión” del derecho internacional en nuevos ámbitos de regulación normativa,
- (3) la importancia creciente de los actores no estatales en la esfera de las relaciones internacionales, y
- (4) la relativización del carácter consensual de la justicia internacional.

Agregaría a estos factores la gran cantidad de tratados comerciales y de inversión, cada uno de ellos con mecanismos especiales de solución de controversias, precisamente tribunales ad hoc ante la falta de institucionalización multilateral de estos mecanismos.

Los arbitrajes generalmente se conocen como tribunales ad hoc, esto significa que están creados con un fin específico y desaparecen al cumplir con este fin, y también porque no tienen el carácter de tribunales o cortes nacionales, no son jueces quienes resuelven, ni se aplican necesariamente reglas procesales nacionales. El arbitraje surge precisamente con este carácter para agilizar los procedimientos, al someterse una controversia a una instancia que tendrá la tarea de crearse para resolverla y desaparecer inmediatamente después.

---

at UNCITRAL: Unveiling a Dichotomy between Reforming and Consolidating the Current Regime. South Centre Investment Policy Brief No. 16, March 2019. En: [www.southcentre.int](http://www.southcentre.int)

<sup>7</sup> Petrova Georgieva, Virdzhiniya, *Los principios comunes a los tribunales internacionales*, UNAM-IIJ, México, 2018, p. 25.

<sup>8</sup> *Ibid*, p. 36.

Si bien los árbitros no son jueces, sí los eligen las partes o los designan los centros administradores de arbitrajes por su conocimiento y/o experiencia sobre el tema de la litis. En principio podría decirse que no se requiere de la experiencia jurisdiccional ya que los centros administradores se encargan de proveer todo el aparato cuasi jurisdiccional para que los árbitros se centren en el fondo del conflicto y en aportar una solución conforme a la materia técnica de la controversia, o conforme a derecho o a la equidad, según sea su mandato.<sup>9</sup>

Uno de los problemas conceptuales del arbitraje consiste en la insistente comparación que se hace del mismo con los tribunales y cortes nacionales, tanto por lo que respecta al funcionamiento como para su efectividad y generalmente con el objetivo de deslegitimar al arbitraje. La recurrente crítica es que los árbitros no tienen vocación jurisdiccional, sino que realizan su labor como algo excepcional en su vida y que precisamente ello demerita la administración de justicia que se busca en cualquier litigio.

Sin embargo, considero que se intenta desesperadamente privilegiar la actividad cuasi jurisdiccional y se pierde de vista la voluntad de las partes para depositar su conflicto en manos de terceros imparciales. Sin mencionar si la controversia se ha de resolver *ex aequo et bono*, en cuyo caso hace menos falta un juez. Las comparaciones son poco acertadas para definir la eficiencia del arbitraje y ello no quiere decir que no sea relevante el análisis pulcro y satisfactorio de los casos, sino que el análisis de esta figura tiene que centrarse en las acciones que sólo le corresponden al arbitraje como figura independiente.

El arbitraje, entonces, siempre ha estado rodeado de una atmósfera de dudas debido a esta comparación, como si siempre estuviera en deuda respecto de la labor jurisdiccional o si fuera la aspiración última del arbitraje convertirse en lo que los jueces son ahora, como si estos jueces fueran infalibles a causa de su preparación. Los jueces también enfrentan retos, como la carga excesiva de casos que tienen que resolver, lo que demerita su

---

<sup>9</sup> El Convenio CIADI establece esta posibilidad en el artículo 42 (3), que dispone: “(3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*.”

capacidad crítica y análisis exhaustivo de todos los casos a su cargo, además de que, en jurisdicciones deficientes, quienes resuelven son los secretarios del juzgado y no los jueces mismos.

La disputa conceptual por la que se insiste en no llamarles tribunales a los arbitrajes y, por el contrario, inventarles nombres como el de “paneles” por ejemplo, se utilizan para delimitar las fronteras y no confundir las figuras. Con el tiempo y el arraigo del arbitraje en el mundo cada vez se confunden menos ambas instituciones, pero al mismo tiempo se arraiga más el interés por desvirtuar la labor arbitral, quizá con la intención nacionalista de fortalecer nuevamente a los tribunales locales ahora que los arbitrajes inversionista-Estado han garantizado cuantiosos montos económicos a los inversionistas en perjuicio de los Estados y se ha puesto en entredicho la facultad regulatoria estatal ante las amenazas arbitrales (*regulatory chill*, como se verá más adelante).

Con esto, los tribunales ad-hoc resuelven las disputas entre inversionistas y Estados y es por ello que se les considera que desaparecen al resolver la controversia, lo que no debe de entenderse que es el CIADI, la Corte Permanente, o la LCIA los que desaparecen, pues como ya se dijo antes estos son sólo los centros que administran los arbitrajes y no los tribunales mismos. La institucionalidad de los centros tiene que analizarse desde una óptica distinta, ahora lo que busca resolverse es la posibilidad de institucionalizar también a los arbitrajes.

Como lo explica Petrova, “En los sistemas jurídicos nacionales existe una organización jerarquizada de normas e instituciones. No obstante, en el ámbito internacional no hay una clara jerarquía normativa y/o institucional. Las normas internacionales y las instituciones jurisdiccionales que las aplican e interpretan se sitúan todas en el mismo nivel.”<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Petrova, *op. cit.*, p. 67.



### III. CRÍTICA A LOS ARBITRAJES AD HOC

Quizá la principal crítica a estos arbitrajes consiste en la falta de predictibilidad de sus decisiones. Es plenamente sabido que los precedentes arbitrales de este tipo carecen de fuerza vinculante respecto de controversias subsecuentes. Las decisiones, criterios, opiniones, interpretaciones que hacen los tribunales no pueden ser citados en otros casos como argumentos concluyentes, a riesgo de incurrir en extralimitación de sus atribuciones. La razón de esto consiste en que cada caso se construye con hechos distintos, ninguno es idéntico a otro, ni siquiera cuando hay controversias similares en tiempo y lugar. Aplicar criterios iguales a casos no idénticos puede provocar fallas de fondo.

En lo que concierne al precedente, en palabras de *Jerome Frank*, “un caso significa sólo lo que un juez en un caso posterior dice que significa (*Frank*, 1949, pág. 274)”.<sup>11</sup> Lo que falta a este concepto es que no puede aplicarse de igual forma a los precedentes de los tribunales ad hoc, ya que esta opinión fue diseñada para jueces nacionales. La falta de legitimación de los arbitrajes para generar precedentes es una de sus debilidades más conocidas y en donde radica precisamente su crítica.

A esto se agrega que la falta de jurisprudencia internacional puede provocar que dos casos con hechos casi idénticos se resuelvan de manera distinta entre sí. Baste recordar los casos de *CME v. República Checa*<sup>12</sup> y el de *Lauder v. República Checa*,<sup>13</sup> los que, basándose en hechos prácticamente idénticos, ambos tribunales resolvieron la protección y seguridad plenas de la inversión bajo criterios completamente distintos. Mientras el tribunal de *CME* resolvió que el Estado receptor está obligado a asegurar que ni por

---

<sup>11</sup> MacCormick, D. Neil y Summers, Robert. S., *La Interpretación del Precedente. Un Estudio Comparativo*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2016, p. 470.

<sup>12</sup> *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL*, Final Award March 14, 2003. En: <https://www.italaw.com/cases/281> (consultado el 3 de noviembre de 2019).

<sup>13</sup> *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, Final Award*, September 3, 2001. (consultado el 3 de noviembre de 2019).

alguna reforma de sus leyes, ni por acciones administrativas, puede acordarse la devaluación o retiro de la protección y seguridad de la inversión, el tribunal de Lauder decidió que el único deber del Estado era garantizar al inversionista el acceso a su sistema judicial, y con ello se garantiza la protección y seguridad de la inversión.

Ante situaciones como estas podría decirse que en un sistema institucional (como el de la OMC), la jurisprudencia podría perfectamente determinar el precedente y replicarlo en casos similares, no como en estas decisiones anteriores que sólo ponen en duda la legitimidad del análisis y la integridad de estos procedimientos.

Algo que se critica con regularidad respecto de estos tribunales es la falta de mecanismos adecuados para impugnar las decisiones arbitrales. Las impugnaciones que buscan anular los laudos se centran en aspectos procesales y no en el fondo de la controversia, además de que las causas de impugnación son diseños herméticos muy difíciles de vulnerar, ya que requieren de circunstancias tan graves de violación que difícilmente se cumplen.

No obstante lo anterior, varias decisiones arbitrales del CIADI han sido anuladas por vía de procedimientos nacionales de nulidad debido a errores procesales, como *Metalclad v. México* (2001) BCSC 664 que fue anulada por Canadá, *Rusia v. Veteran Petroleum Limited et al*, Hague District Court C/09/477160, C/09/477162, C/09/481619, del 20 de abril de 2016, anulada por Países Bajos, *Swissborough Diamond Mines (Pty) Limited v. Reino de Lesotho* (2018) SGCA 81 anulada por Singapur, *RosInvestCo v. Rusia*, anulado por la Corte de Apelaciones de Suecia (2013) Caso No. T10060-10, y *Griffin v. Polonia* (2018) EWCH 409 anulado por el Reino Unido.<sup>14</sup>

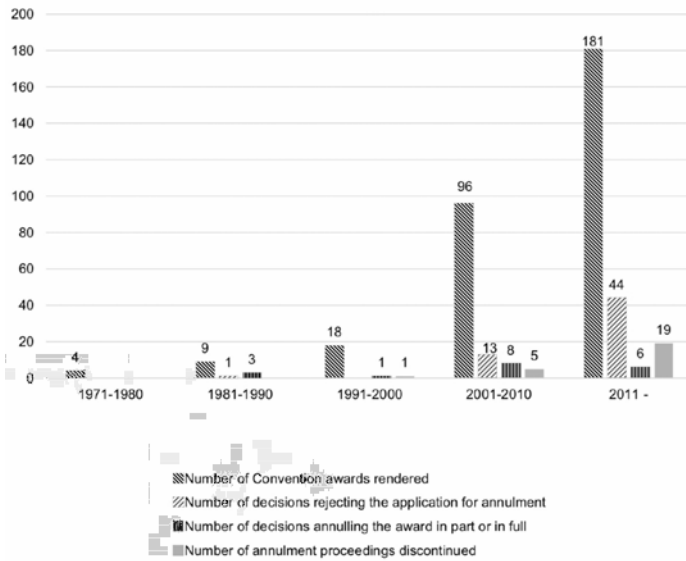
Con todo ello, en la actualidad muy pocas controversias se anulan de manera parcial o total, como puede verse en el siguiente diagrama del CIADI, a junio de 2019.

<sup>14</sup> ISDS Academic Forum on ISDS Working Group Four Incorrectness of ISDS Decisions. En: [https://www.cids.ch/images/Documents/Academic-Forum/4\\_Incorrectness\\_of\\_ISDS\\_Decisions\\_-\\_WG4.pdf](https://www.cids.ch/images/Documents/Academic-Forum/4_Incorrectness_of_ISDS_Decisions_-_WG4.pdf).

## 1966 — 2019 Statistics

### Annulment Proceedings under the ICSID Convention – Outcomes

Chart 12: Awards Rendered and Outcomes in Annulment Proceedings under the ICSID Convention, by Decade



La lectura de esta gráfica no puede entenderse en el sentido del buen funcionamiento de los arbitrajes, debido a que pocos se impugnan. La queja recurrente es que las causas de impugnación y la forma en la que los comités de impugnación las analizan, están diseñadas para avalar lo resuelto por los arbitrajes. Es precisamente por ello que varias de las propuestas de reforma de estos mecanismos, en los tres foros actuales CIADI, UNCTAD y UNCITRAL, están encaminadas a la reforma en este tema, aunque todavía hay diferencias en cuanto al alcance y la forma de hacerlo.

En el año 2004, el CIADI propuso la creación de un mecanismo de apelación internacional para los arbitrajes ISDS pero no consiguió el apoyo necesario por parte de la comunidad internacional. La idea consistía

en ampliar el ámbito de revisión que actualmente tienen los procedimientos de anulación, que consisten esencialmente en la revisión de errores de hecho o de derecho, así como fallas procesales que dejen en estado de indefensión a las partes, que son por las cuales se puede interponer este procedimiento de conformidad con el artículo 52 del Convenio CIADI.

Por otra parte, la idea de un centro de apelación respondía a la necesidad de nombrar árbitros permanentes, no ocasionales como ahora sucede, de tal manera que los tribunales estuvieran constituidos por nacionales de los Estados Contratantes del Convenio CIADI, además de otros representantes estatales.<sup>15</sup>

Los costos de estos procedimientos se han elevado de manera sensible desde los primeros en la década de los noventa hasta los actuales. De acuerdo con datos de la UNCTAD el promedio de montos reclamados por los inversionistas es de USD 1.3 billones de dólares, y la media es de USD 118 mdd, en tanto que las indemnizaciones que han tenido que pagarse en casos en los que el inversionista ha ganado promedian USD 504 mdd con una media de USD 20 mdd.<sup>16</sup>

#### IV. ARBITRAJES INVERSIONISTA-ESTADO

Cuando se trata de arbitraje es indispensable distinguir que hay procedimientos diferentes para controversias Estado-Estado, como también particular-particular, que son las más tradicionales incluso desde el siglo XIX. A estos tipos de controversias se agregan las controversias inversionista-Estado, en gran medida popularizadas desde la década de los noventa del siglo pasado, aunque puede encontrarse antecedente de ellas también en el siglo XIX con la controversia sobre el Canal de Suez, por ejemplo.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Crf. Developments and reform of investor-state dispute settlement. June 2017. En: <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/a93bd1d4/developments-and-reform-of-investor-state-dispute-settlement#section8> (consultado el 3 de noviembre de 2019. La traducción es propia).

<sup>16</sup> Mohamadieh, Kinda, *op. cit.* p. 2.

<sup>17</sup> Jason Webb Yackee, “Suez Canal Company vs. Egypt (1864)”, *The Journal of World Investment and Trade*, Volume 17, Issue 3, June 2, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1163/22119000-01703003>

Con independencia de las diferencias entre estos tres procedimientos arbitrales, en la esencia de los mismos existen principios comunes como el de autonomía de la voluntad de las partes, la facultad de presentar y desahogar pruebas, de fundamentación y motivación de las decisiones, entre muchos más que buscan garantizar el debido proceso.

En este trabajo, el análisis se centra en los arbitrajes inversionista-Estado que desde hace por lo menos tres décadas han puesto nuevamente en entredicho las deficiencias operativas por una razón concreta. En los arbitrajes entre Estados no fue nunca natural que una jurisdicción estatal resolviera las disputas porque los Estados no suelen someterse a jurisdicciones de sus pares. En arbitrajes entre particulares la situación es menos compleja porque se trata de intereses privados y no están involucrados principios de orden público, lo que hace que las jurisdicciones nacionales sólo revisen en sus procedimientos de homologación el apego a derechos procesales y a que no se hayan vulnerado garantías jurídicas indispensables en procesos jurisdiccionales.

En los arbitrajes inversionista-Estado la situación es diferente por cuanto no está claro si se trata de arbitrajes en el marco del derecho público o del privado, ya que cuentan con características de ambos.<sup>18</sup> Pero lo que importa respecto de estas características es que sin importar el tipo de arbitraje de que se trate, así como de la jurisdicción o centro que revise la pertinencia jurídica de los laudos, siempre hay instancias encargadas de garantizar que estos procesos cumplan con las formalidades esenciales. En los arbitrajes estatales, como el del Fondo Piadoso de las Californias (1902), fue la Corte Permanente de Arbitraje la que resolvió, en tanto que, para el arbitraje de la Isla Clipperton, fue el Rey Víctor Manuel de Italia quien resolvió el laudo en 1903, con el apoyo institucional que un jefe de estado tiene a su disposición, por mencionar sólo un par de ejemplos.

En las controversias entre particulares, tribunales como los de la Corte de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) de París, proporcionan

---

<sup>18</sup> Más sobre este tema, en: Douglas, Zachary, Pauwelyn, Joost and Viñuales, E. Jorge. *The Foundations of International Investment Law. Bringing Theory into Practice*. Oxford University Press, UK, 2014.

todos los elementos procesales e institucionales pertinentes, además de los procedimientos nacionales para el reconocimiento, homologación y ejecución de laudos en los tribunales estatales.

En los arbitrajes inversionista-Estado hay diferencias. La mayoría de estas controversias las resuelven tribunales en el marco del CIADI, como ya se mencionó con anterioridad, y las demás instituciones como la Corte de la ICC o la Corte Permanente de Arbitraje cuentan con las condiciones necesarias para garantizar el debido proceso en cada caso. Sin embargo, a diferencia de los arbitrajes privados, los arbitrajes ISDS no requieren de homologación por los tribunales nacionales, al menos no como regla general, esto derivado del carácter de entera fe y crédito que se le debe a ellos. Así lo dispone el Artículo 54 del Convenio CIADI:<sup>19</sup>

#### “Artículo 54

(1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo *como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado*. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales *reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.*”

Esta disposición es indispensable para que el Estado se abstenga de aplicar trabas u obstáculos legales que demeriten la fuerza obligatoria de los tribunales internacionales, como lo podría hacer el juicio de amparo en México. Las únicas medidas que pueden interponerse para anular los laudos de este tipo son los que establece el mismo Convenio CIADI, en su artículo 52 y que consisten en:

- (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
- (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
- (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;

---

<sup>19</sup> Convenio de Washington de 1965. En: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf> (citado el 2 de noviembre de 2019).

- (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o
- (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

Fuera de estas circunstancias concretas, los laudos CIADI son inmunes a los procedimientos nacionales, lo que les da fuerza y certeza, incluso en casos en los que los Estados decidan no cumplir con los laudos del CIADI existe lo que se ha denominado “temor reverencial al Banco Mundial”, ya que siempre será una atribución del Banco cerrar la llave de préstamos internacionales a quienes no cumplen con los laudos de su Centro, algo que los Estados consideran antes de incumplirlos. Con todo esto, la crítica principal a estos mecanismos de nulidad es que ninguna de las causas de anulación atiende a deficiencias en el análisis de fondo y resolución del conflicto, sino sólo a cuestiones procesales.

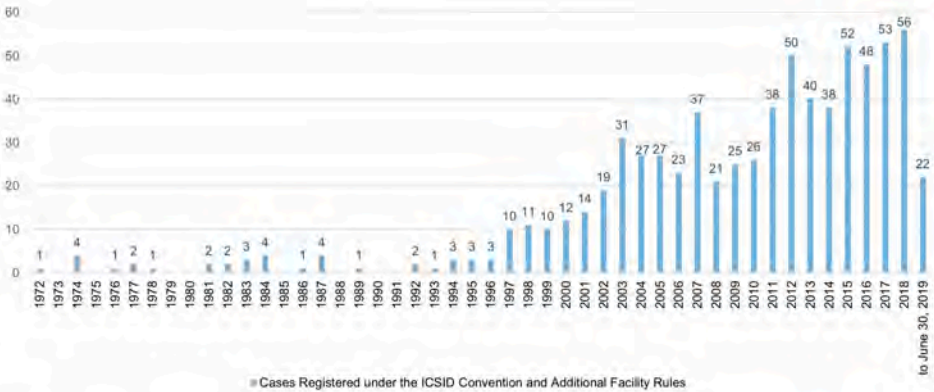
Los arbitrajes ISDS están diseñados para equilibrar los derechos de inversionistas privados en países ajenos a los suyos, al otorgarles posibilidades de defensa adecuada derivada de factores políticos, sociales, de corrupción, autoritarismo y demás conocidos como “riesgos políticos”. En tales circunstancias, sería poco deseable para un inversionista someterse a las instancias nacionales del país que ha decidido amenazar su estabilidad física o jurídica. Para estos casos, los arbitrajes son una opción objetiva, imparcial e internacional para defenderse.

El CIADI es el tribunal que más controversias registra y resuelve en el mundo, y así lo muestra el diagrama siguiente, de acuerdo con la propia página del CIADI con cifras a junio de 2019.

## 1966 – 2019 Statistics

### Cases Registered by ICSID under the ICSID Convention and Additional Facility Rules

Chart 1: Total Number of ICSID Cases Registered, by Calendar Year

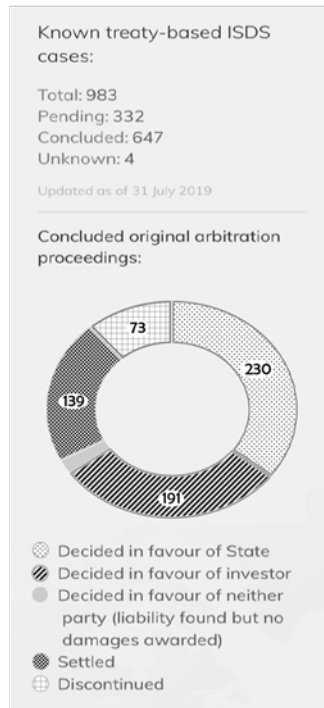


As of June 30, 2019, ICSID had registered 728 cases under the ICSID Convention and Additional Facility Rules.

Por su parte, la UNCTAD cuenta con una de las bases de datos más confiables en materia de solución de controversias de inversión en la actualidad, que agrupa no sólo las controversias del CIADI sino las de los tribunales más importantes. Conformando a datos de esta Conferencia de las Naciones Unidas, las controversias resueltas hasta julio de 2019<sup>20</sup> se cuentan como se muestra en el siguiente diagrama:

<sup>20</sup> Ver: Página de la UNCTAD. En: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (consultada el 2 de noviembre de 2019).





Por mucho, este mecanismo es el que tiene más controversias resueltas en la actualidad, comparado con las 590 disputas iniciadas en el tribunal comercial de la OMC con 350 que se han resuelto,<sup>21</sup> lo que resulta de mayor impacto si se toma en cuenta el poco tiempo que el CIADI tiene de resolver conflictos, prácticamente desde finales de la década de los ochenta del siglo pasado, aunque el mecanismo se estableció desde la década de los sesenta.

La experiencia de los arbitrajes ISDS se ha transformado de ser un mecanismo para proteger a los inversionistas ante violaciones por riesgo político, a ser ahora un sistema que pone en riesgo la labor jurídica y regulatoria estatal, pues los Estados se sienten amenazados por los inversionistas, quienes pueden demandar por montos multimillonarios ante la adecuación de leyes o la implementación de políticas públicas. Se ha dicho

<sup>21</sup> Ver: Página de la OMC, en: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/dispu\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_s.htm) (consultado el 2 de noviembre de 2019).

pues, que aquel riesgo político del siglo XX se ha transformado hoy en lo que algunos llaman “política de riesgo” o “*regulatory chill*”<sup>22</sup> para el Estado.

Esto se refleja de manera más concreta porque en particular, el arbitraje entre inversionistas y Estados está siendo cuestionado, entre otras razones, por:<sup>23</sup>

- a) Desplazar las decisiones adjudicatarias a nivel interno y el derecho y las instituciones nacionales;
- b) Operar en contra de los intereses de los Estados en vías de desarrollo;
- c) Crear las condiciones para un enfriamiento regulatorio (*regulatory chill*);
- d) Establecer una asimetría esencial en la protección jurídica;
- e) Crear una categoría exclusiva de solución de controversias internacionales para los inversores extranjeros;
- f) Permitir laudos monetarios muy onerosos para los inversores que se ven negativamente afectados por la conducta soberana;
- g) Omitir las salvaguardias institucionales frente a conflictos de intereses; y
- h) Crear otras formas de injusticia en el proceso de arbitraje.

La controversia de Philip Morris vs. Uruguay<sup>24</sup> fue en particular la que prendió las alarmas de que los Estados estaban en serio riesgo de perder su capacidad regulatoria en temas que pueden considerarse como objetivos legítimos de interés social como salud, seguridad, medio ambiente y otros. En este caso, el derecho a la salud de las personas por el consumo del tabaco fue la causa de una demanda por parte de la industria tabacalera más importante del mundo, la que demandó a Uruguay por la cantidad de veinticinco millones de dólares estadounidenses por diversas violaciones a derechos de inversión.

---

<sup>22</sup> Más sobre este tema, en: Tienhaara, K., *Regulatory Chill and the Threat of Arbitration*, in Brown, C. and Miles, K. (eds), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge: CUP, 2011.

<sup>23</sup> Investment Treaty News. En: <https://www.iisd.org/itn/es/2019/04/23/phase-2-of-the-uncitral-isds-review-why-other-matters-really-matter-jane-kelsey-david-schneiderman-gus-van-harten-2/> (consultado el 2 de noviembre de 2019).

<sup>24</sup> Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. (Las demandantes) y República Oriental del Uruguay (la demandada). Caso CIA-DI N.º ARB/10/7. En: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7595.pdf> (consultado el 2 de noviembre de 2019).

El argumento que despertó la inquietud internacional fue que una empresa amenazara a un país como consecuencia de haber adoptado medidas jurídicas para dar cumplimiento a un tratado multilateral de la Organización Mundial de la Salud y con ello disminuir los efectos nocivos de la salud en los fumadores. Haciendo a un lado los argumentos de derecho que al final le dieron la razón a Uruguay, no sin una batalla legal muy polémica y de la opinión disidente del árbitro *Gary Born*,<sup>25</sup> lo que dejó muchas dudas fue el hecho de que un Estado pudiera ver comprometida su atribución natural de adecuar su orden jurídico por una aparente violación de derechos de inversión. Este hecho marcó un antes y un después en el principio de autodeterminación, ya que ante una posible deficiencia en la defensa, o bien ante una subjetiva interpretación de un tribunal arbitral respecto de los hechos de una controversia, los Estados estarían a partir de ahora amenazados de que sus medidas legales o regulatorias pudieran motivar demandas internacionales. A esto es lo que se le conoce como “*regulatory chill*”.

El tribunal del caso *Philip Morris v. Uruguay*<sup>26</sup> resolvió de la siguiente manera:

(pár. 419) “...La manera en la que un gobierno exige que los reconocidos riesgos para la salud de los productos, tales como el tabaco, sean comunicados a las personas en riesgo, es una cuestión de política pública que debe librarse a la apreciación del regulador.”

Es verdad que otros tribunales han cerrado filas entorno a proteger esta facultad originaria del Estado, como lo sostuvo también el caso de *Eli Lilly v. Canadá* de 2017,<sup>27</sup> pero la percepción internacional, especialmente desde la perspectiva estatal sigue siendo de cautela ante la adecuación jurídica

<sup>25</sup> La que puede encontrarse en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7596.pdf> (consultada el 2 de noviembre de 2019).

<sup>26</sup> *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. (Las demandantes) Y República Oriental del Uruguay (La demandada)* (Caso CIADI N.º ARB/10/7), del 8 de julio de 2016.

<sup>27</sup> La decisión *Eli Lilly v. Canadá*, otorga al Estado amplias facultades para regular este tipo de objetivos legítimos. Caso: UNCT/14/2, Cfr. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8546.pdf> (consultada el 2 de noviembre de 2019).

que deriva de la actualización natural que debe de tener el derecho en circunstancias ordinarias, como consecuencia del cambio social.

En concreto, la decisión de *Eli Lilly v. Canadá* resolvió que no le corresponde a los tribunales arbitrales del Capítulo XI del TLCAN cuestionar las opciones de política pública de las Partes de este Tratado, o si alguna de ellas es la mejor para el caso concreto. Así lo dijo el tribunal:

“423...the Tribunal finds that Respondent has asserted a legitimate public policy justification for the promise doctrine. In particular, Respondent has explained that enforcing promises contained in the disclosure helps ensure that “the public receives its end of the patent bargain” (particularly but not solely in connection with “new use” and “selection” patents) and that it “encourages accuracy while discouraging overstatement in patent disclosures”.584 *The Tribunal need not opine on whether the promise doctrine is the only, or the best, means of achieving these objectives.* The relevant point is that, in the Tribunal’s view, the promise doctrine is rationally connected to these legitimate policy goals.

424... The Tribunal finds that Claimant provided no persuasive evidence showing that this rule is unpredictable or incoherent. To the contrary, it is a bright line rule that sets a clear date by which patentees must prove utility.

426... *it is not the role of a NAFTA Chapter Eleven tribunal to question the policy choices of a NAFTA Party.*

El respaldo que se les ha otorgado a los Estados respecto de sus facultades para diseñar, implementar y ejecutar políticas públicas ha tenido buena recepción por la comunidad internacional gracias al argumento de que los Estados las adoptan porque persiguen objetivos legítimos de interés general. Sin embargo, es igualmente importante tomar en consideración que los países tienen grandes diferencias jurídicas e institucionales que hacen imposible pensar que todas las políticas públicas se adoptan con criterios uniformes. De este modo, la política de seguridad en Sierra Leona no puede ser la misma que en Suecia, o en México. El traje a la medida que constituye la política pública obedece a necesidades completamente distintas, aunque en todos los casos se trate del mismo objetivo legítimo como el de seguridad pública.

## V. PROPUESTAS DE REFORMAS EN UNCITRAL Y UNCTAD

En ambos foros se están llevando en este momento reuniones frecuentes en las que se han presentado propuestas de diversos países en torno a la institucionalización de los arbitrajes, y aunque todavía no hay acuerdos definitivos, la negociación cada vez se encamina más a resolver los problemas actuales y dotar de certeza a estos mecanismos arbitrales.

En la reforma que coordina la UNCITRAL<sup>28, 29</sup> se han recogido algunas propuestas sobre este tema. Países como Sudáfrica prefieren la utilización de los tribunales y cortes nacionales, en tanto que otros buscan el agotamiento necesario de las instancias nacionales.

Brasil, al igual que Sudáfrica proponen la solución de controversias Estado-Estado (SSDS). En tanto que por momentos también la Unión Europea lo hace, aunque de manera conjunta con los arbitrajes inversionista-Estado (ISDS).

Las propuestas de China y de Marruecos consisten en crear un mecanismo de apelación independiente pero no abandonar el sistema inversionista-Estado, una propuesta que aparenta ser compatible con el tribunal de primera instancia que propone la Unión Europea.

Sin embargo, en la propuesta de julio de 2019<sup>30</sup> países como Marruecos, Tailandia, Costa Rica, Turquía, Corea, Sudáfrica, Bahrein, Chile, y los miembros de la Unión Europea, proponen varias alternativas multilaterales: la creación de un centro de asesoramiento, la creación de un mecanismo independiente de revisión o apelación, la creación de un tribunal permanente de primera instancia y de apelación en materia de inversión, con jueces de tiempo completo, procedimientos más eficientes para su nombramiento y requisitos de ética.

---

<sup>28</sup> En: <https://isds.bilaterals.org/?uncitral-and-isds-reform&lang=es> (consultado el 3 de noviembre de 2019).

<sup>29</sup> Naciones Unidas. Asamblea General. Documento A/CN.9/WG.III/WP.166, del 30 de julio de 2019.

<sup>30</sup> Ídem.

Marruecos además pone énfasis en la creación de un mecanismo de control de calidad para los laudos antes de que sean definitivos, un procedimiento de examen previo de los laudos (por las partes o por un órgano independiente), como el que se aplica en los arbitrajes de la Corte de la Cámara de Comercio Internacional.

La UNCTAD<sup>31</sup> por su parte, comenzó el proceso de reformas en 2013 cuando publicó el Informe Mundial de Inversiones (World Investment Report, WIR13), en el cual algunos de los retos sensibles que estaban en el debate sobre el funcionamiento de los arbitrajes ISDS, se hicieron evidentes para iniciar las discusiones hacia la reforma. Los retos fueron siete, eran legitimidad, transparencia, planificación de nacionalidad, consistencia de decisiones arbitrales, decisiones erróneas, independencia de los árbitros e imparcialidad, y riesgos financieros.<sup>32</sup> Fue a partir de estos retos que se presentaron las opciones de reforma en este foro.

## VI. SISTEMA MULTILATERAL PARA LA PROTECCIÓN DE INVERSIONES

Los primeros esfuerzos para la creación de un tribunal permanente se dieron a finales del siglo pasado, en el marco de la OCDE, con la creación de un Acuerdo Multilateral de Inversiones.

El Acuerdo Multilateral de Inversiones fue la apuesta de la OCDE para unificar todos los acuerdos dispersos y darle solidez a una materia que para finales de la década de los noventa, era ya la de mayor auge dentro de las relaciones económicas internacionales. El camino finalmente se frustró, pero creo que es importante destacar algunos aspectos.

El proyecto de la OCDE, como ya se dijo, consistía en evitar que tanta dispersión de acuerdos pudiera convertirse en una amenaza para inversionistas de todo el orbe. Por desgracia no hay uniformidad en todos los países

---

<sup>31</sup> Página web de la UNCTAD. En: [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d3\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d3_en.pdf)

<sup>32</sup> *Ibidem*. The seven ISDS challenges set out in UNCTAD's 2013 World Investment Report (WIR13) include: legitimacy, transparency, nationality planning, consistency of arbitral decisions, erroneous decisions, arbitrators' independence and impartiality, and financial stakes.

respecto de aquellas amenazas que vulneran los derechos de inversión y, aunque los inversionistas saben de estos países con situación de riesgo mayor, deciden correr el riesgo gracias a la existencia de estos acuerdos bilaterales pues les garantizan la posibilidad de litigar sus controversias en tribunales arbitrales internacionales y no solamente en las instancias nacionales.

Así se explicaba en el inicio de las negociaciones:<sup>33</sup>

“This agreement is needed to respond to the dramatic growth and transformation of foreign direct investment (FDI) which has been spurred by widespread liberalisation and increasing competition for investment capital. Foreign investors still encounter investment barriers, discriminatory treatment and uncertainties. OECD governments and the European Communities, the business community and labour are urging new multilateral rules which set high standards and a balanced and equitable framework for dealing with investment issues.”

El objetivo de las negociaciones que comenzaron en mayo de 1995 en la OCDE, era construir un acuerdo con mayores estándares de liberalización de inversiones, de protección de las mismas y el fortalecimiento de un foro de solución de controversias efectivo. Se buscaba complementar al sistema multilateral de comercio, no convertirse en un foro alterno. El objetivo era terminar las negociaciones para la reunión Ministerial de 1997, lo que no pudo lograrse.

La primera limitación que presentó este acuerdo multilateral fue que estaba diseñado para los miembros de la OCDE y para los miembros de la entonces Comunidad Europea especialmente, aunque dejaba la puerta abierta a no miembros, sujeto a un proceso de negociación. (SG/PRESS/(95)65, 27 de septiembre de 1995).

Las negociaciones de este Acuerdo se suspendieron en el año 1998 debido a protestas. El Acuerdo debía de suscribirse tanto por la OCDE como por la OMC. Algunas de las principales críticas que recibió esta propuesta fueron las siguientes.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Ver: <http://www1.oecd.org/daf/mai/htm/cmitcime95.htm> (consultado el 2 de noviembre de 2019).

<sup>34</sup> Zdenek Drabek, World Trade Organization, En: Staff Working Paper ERAD-

1. Existe poca claridad respecto de lo que se considera “interés nacional”, que varía de país en país, respecto de las inversiones que llegan a su territorio; algo que se defiende desde el derecho nacional;
2. El temor a la pérdida de soberanía, a la pérdida de control de las autoridades gubernamentales sobre las inversiones extranjeras, debido también a la globalización que en ese entonces se percibía como en auge;
3. La diversidad de objetivos políticos de los gobiernos, que incluyen prioridades nacionales diversas que se determinan por aspectos demográficos, poder económico, protección de valores culturales, entre otros;
4. La percepción de los gobiernos era que los acuerdos bilaterales eran más fáciles de negociar que los acuerdos multilaterales. Una negociación larga puede generar incertidumbre y pérdidas para los inversionistas;
5. Los países entonces denominados “menos desarrollados” consideraban como riesgo que las negociaciones estuvieran dominadas por temas predominantes de la agenda de los países desarrollados y quedaran fuera otros como transferencia de tecnología;
6. Las negociaciones sobre inversión son distintas de las de comercio, pues en este tema todos los países son importadores y exportadores, en tanto que en el tema de inversiones, los inversionistas son casi siempre de países desarrollados;

Entre las variadas teorías sobre los argumentos, calificados en ocasiones como desinformados o ingenuos, se llegó a decir que algunos países menos desarrollados estaban en contra del Acuerdo Multilateral sobre Inversiones más como una postura táctica, que por otra razón de fondo.

Esta teoría se sostenía en algo que también se consideró un error de esta negociación, el momento histórico, ya que la OMC estaba recién creada y había resultado de la Ronda más larga del GATT que duró ocho años, la de Uruguay. Se decía que los países menos desarrollados jugaron la carta en contra del AMI para ver si con ello obtenían mejores condiciones en las negociaciones del Acuerdo de Agricultura y el de Textiles, ambos en el marco de la OMC.

---

98-05June, 1998PRIVATE disponible en: [https://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/pera9805.doc](https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/pera9805.doc) (consultado el 2 de noviembre de 2019).



En resumidas cuentas, Canadá, Estados Unidos, Australia y Francia fueron los opositores más fervientes contra el Acuerdo, y aunque hubo algunos esfuerzos posteriores para revivirlo, como en el marco de la Ronda del Milenio de la OMC, la que dicho de paso tuvo dos episodios dramáticos, las protestas de Seattle en 1999 y las de Cancún en 2003, el momento globalifóbico terminó por sepultar en definitiva las negociaciones del AMI.

Hoy que se vive el momento más polémico de los acuerdos bilaterales y regionales de inversión, es cuando vuelve a surgir la alternativa multilateral, aunque con muchas alternativas concretas.

Esta propuesta multilateral tendría como consecuencia la creación de un tribunal internacional común, de la misma forma en la que se planteó e institucionalizó el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, pero ahora desde la perspectiva de las inversiones.

## VII. TRIBUNAL PERMANENTE EUROPEO

El Tratado de Lisboa de 2007, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, dispuso en su artículo 207 que la inversión extranjera directa es competencia de la UE y no sería más responsabilidad de los Estados miembros, y que eventualmente los tratados celebrados por los Estados serían reemplazados, lo que finalmente sucedió el 24 de octubre de 2019.<sup>35</sup>

Los primeros esfuerzos europeos para consolidar un sistema multilateral de inversiones comenzaron en 2014, con una consulta pública sobre protección de inversiones, a iniciativa de la Comisión Europea y en la que participó el Parlamento Europeo, gobiernos de algunos Miembros, y la sociedad civil, en el marco de las negociaciones para el tratado comercial con Estados Unidos (TTIP).

El proyecto para la creación de la Corte Multilateral de Inversiones de presentó en diciembre de 2016 y con ello se abrió un nuevo capítulo de protección regional de inversiones que al día de hoy se percibe como el más ambicioso y posible.

<sup>35</sup> Ver: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business\\_economy\\_euro/banking\\_and\\_finance/documents/191024-bilateral-investment-treaties\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/191024-bilateral-investment-treaties_en.pdf)

En la actualidad, como ya se dijo, tanto el CIADI (desde 2016, en el marco de su 50 aniversario<sup>36</sup>), como la UNCITRAL (a partir de 2017) y la UNCTAD (2013<sup>37</sup>) están debatiendo, entre otras propuestas, el tema de la creación de un tribunal de apelaciones para los arbitrajes ISDS aunque sin resultados claros hasta ahora. Además de estos foros, y con propuestas regionales, aunque con expectativas multilaterales, la Unión Europea ha tomado algunas medidas relativas a estos temas entre las que destaca la creación de un tribunal permanente de inversiones para resolver las controversias derivadas de los tratados comerciales con Canadá (CETA),<sup>38</sup> con Singapur, con Vietnam y con México (en la renegociación del TLCUEM).

Para la Unión Europea es importante la creación de un tribunal permanente en esta materia porque sus Estados Miembros han negociado aproximadamente 1,400 tratados de inversión de los más de 3,200 en la actualidad; es decir, casi la mitad de los tratados de inversión vigentes.

La Unión Europea comenzó con los trabajos para la creación de una Corte Multilateral de Inversiones desde 2015, sobre la base de ciertos principios básicos, mismos que se aplicarán a sus tratados comerciales, y que son:<sup>39</sup>

1. Tener un tribunal de primera instancia;
2. Tener una corte de apelaciones;
3. Tener jueces permanentes, altamente calificados, apegados a estándares éticos estrictos, y con un secretariado exclusivo;

---

<sup>36</sup> Aunque no fue sino hasta agosto de 2018 cuando se hizo público el primer documento de trabajo.

<sup>37</sup> UNCTAD IIA Issues Note, No. 2, June 2013. Disponible en: [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf) (consultado el 19 de noviembre de 2019).

<sup>38</sup> Comprehensive Economic and Trade Agreement, firmado el 30 de octubre de 2016. En 2017 Bélgica solicitó la opinión del TJUE sobre la compatibilidad del mecanismo con el derecho de la UE, y el TJUE resolvió el 30 de abril de 2019 que el Tribunal del CETA está en consonancia con el derecho de la UE. por lo que su puesta en marcha se encuentra suspendida y sus efectos aún no muestran su eficiencia.

<sup>39</sup> Ver: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1608> (consultado el 5 de noviembre de 2019. Disponible sólo en inglés).

4. Ser un órgano permanente;
5. Que trabaje de manera transparente;
6. Que resuelva controversias que surjan de tratados de inversión actuales y futuros;
7. Actuar exclusivamente cuando el tratado permita de manera explícita al inversionista demandar al Estado;
8. Que no cree nuevas posibilidades para que el inversionista demande al Estado;
9. Evitar que las partes en controversia elijan a los jueces que resuelvan en cada caso;
10. Establecer un mecanismo efectivo de cumplimiento de decisiones, y
11. Estar disponible para todos los países que quieran adherirse.

El 22 de marzo del año 2018, la Comisionada Comercial de la Unión Europea justificó en su discurso la reforma al sistema actual de tribunales ad hoc y de la creación de esta Corte Multilateral, en un foro ante la Secretaria General del CIADI, *Meg Kinnear* y de la Secretaria de la UNCTRAL, *Anna Joubin Bret*, además de 400 delegados de más de 90 países, en los siguientes términos:

“Los Estados en el mundo han identificado problemas en el sistema actual. La Unión Europea cree que la manera en la que podemos afrontar estas preocupaciones es a través de una reforma sistémica, con la creación de un órgano permanente de solución de controversias –una corte multilateral de inversiones–.”<sup>40</sup>

Agregó, además, respecto de los acuerdos que se han negociado o se encuentran en negociación con Canadá, Singapur, Vietnam y México, que se trata de Acuerdos cruciales para la reforma del sistema multilateral de inversiones, ya que esta corte permanente, que contenga un mecanismo de apelación y jueces permanentes, eliminará las preocupaciones éticas del

---

<sup>40</sup> “States all over the world have identified problems with the current system. The EU believes that systemic reform is how we can address these concerns, with the creation of a permanent body to resolve disputes – a multilateral investment court”. En: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1943> (consultado el 4 de noviembre de 2019).

sistema actual y resolverá el problema de los costos y la duración excesivos de los procesos.<sup>41</sup>

Además de los principios establecidos en 2015, se agregaron algunos adicionales en el documento presentado en enero de 2019<sup>42</sup>, en donde también se complementan algunos mencionados en 2015. Así, por ejemplo, el tribunal de primera instancia tendría su propio reglamento y analizaría hechos y argumentos de derecho, incluso de los casos devueltos por la instancia de apelación.

La apelación analizaría sólo los errores de derecho y errores manifiestos de apreciación de los hechos, y estaría impedida de revisar los hechos “de novo”. Los árbitros podrían desempeñar tareas académicas adicionales a su cargo pero ninguna otra, en el entendido de que serían nombrados de tiempo completo.

La propuesta europea incluye mecanismos Estado-Estado (SSDS), como alternativa a los mecanismos ISDS, no sustitutivos de ellos. En un tribunal permanente de esta naturaleza, podrían estar sujetas de revisión controversias de diversos tratados bilaterales de inversión, no sólo para el ámbito de la Unión Europea, sino que pudiera servir como un mecanismo multilateral que sirviera a muchos tratados vigentes en el mundo, y los mecanismos de impugnación nacionales seguirían excluidos, aunque se le daría a los Estados parte de dichos tratados la facultad interpretativa.

Ante esta propuesta y en la medida en que muchos tratados de inversión remitieran a su jurisdicción, se podría generar una competencia directa con mecanismos como los del actual CIADI, aunque existe también la posibilidad de que funcionaran ambos como mecanismos complementarios, si es que se acepta la jurisdicción del tribunal permanente como segunda instancia de los arbitrajes ad hoc del CIADI y de los demás que continuarían funcionando bajo este mismo esquema.

Para la Unión Europea, el mecanismo permanente es la base de una estructura que pondría fin a la gran cantidad de problemas actuales de los tribunales ad hoc. Sin embargo, para un tribunal permanente de este tipo

<sup>41</sup> Ídem.

<sup>42</sup> Ver: Nota 5 Supra.

deberían incorporarse normas flexibles que permitieran también resolver controversias SSDS además de las ISDS; o bien, que fuera útil sólo como segunda instancia, entre otras.

Un tribunal permanente podría resolver algunos de los problemas actuales de los tribunales ad hoc, de la siguiente forma, a juicio de la propuesta europea de 2019:<sup>43</sup>

1. Previsibilidad y coherencia. Lo que los europeos denominan “colegialidad continua”, como la que tienen actualmente la Corte Internacional de Justicia o el Tribunal de Justicia europeo (TJUE), con precedentes no sólo referenciales, sino una jurisprudencia congruente. Con esto se eliminarían las llamadas reclamaciones “aventureras” que presentan las partes con la esperanza de que un criterio de un tribunal no se repita en otro, tal como sucede en la actualidad.
2. Corrección. Una instancia de apelación que no sólo revise nulidades excepcionales como las actuales, sino que pueda revisar errores procesales y de hecho, disminuiría las críticas a la actuación arbitral y acercaría el análisis a uno similar al que realizan actualmente los tribunales y cortes nacionales.
3. Relación con otros tribunales. Un mecanismo permanente podría generar vasos comunicantes con tribunales nacionales, así como reconocer precedentes de otros tribunales como el de la OMC. El diálogo interjurisprudencial es cada día una exigencia más recurrente, aunque se trate de ámbitos de competencia distinta.
4. Evitar el doble mandato de los árbitros. La propuesta europea explica que los actuales árbitros ad hoc realizan su tarea como una labor excepcional a sus actividades cotidianas. Un tribunal permanente los emplearía de tiempo completo y con ello se evitaría que fueran abogados de parte y árbitros de manera intermitente, algo que si bien puede no generar necesariamente conflictos de interés, sí podría provocar suspicacias que ponen en riesgo la legitimidad de los arbitrajes actuales.
5. Conocimiento especializado. Un tribunal permanente, dice la propuesta, fortalecería el conocimiento de los árbitros respecto del derecho internacional público del que se nutren estos procedimientos. En la actualidad,

---

<sup>43</sup> Ídem.

los árbitros tienen limitaciones sobre esta materia, precisamente porque su labor es eventual, no permanente. El conocimiento de esta materia fortalecería la labor jurisdiccional y repercutiría en mejores decisiones.

6. Duración y costes. Se reducen al no tener que invertir tiempo en la selección de árbitros y en sus eventuales recusaciones. Si se desvincula el pago por el tiempo desempeñado en la labor arbitral, se podrá evitar que los árbitros demoren sus decisiones con el fin de recibir pagos adicionales. Con la reducción de costos se abriría la puerta a reclamaciones de pequeñas y medianas empresas que en la actualidad no tienen acceso a los procedimientos ad hoc.

Es verdad que otros subsistemas internacionales gozan de permanencia desde hace tiempo como los Europeo y Americano de derechos humanos y el de la OMC, de modo que la tendencia va en concordancia con ellos. Sin embargo, no pueden dejar de considerarse los problemas a los que estos tribunales están expuestos con frecuencia. En la actualidad, el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, en especial el Órgano de Apelación, enfrenta serias amenazas que ponen en riesgo su continuidad.

El Órgano de Apelación lo constituyen siete miembros electos por periodos de cuatro años prorrogables por un solo periodo adicional. Sin embargo, derivado de los bloqueos que Estados Unidos ha hecho a los nombramientos recientes, en la actualidad sólo quedan tres miembros. Si se toma en cuenta que cada apelación tiene que ser resuelta por tres miembros, el funcionamiento del mecanismo está en el límite. Adicionalmente, dos de ellos terminan en diciembre de 2019 y el otro en noviembre de 2020.<sup>44</sup> Si no hay nombramientos no podrá haber apelaciones y con ello se le estaría dando un golpe mortal al mecanismo que ha funcionado con alto nivel de eficiencia desde 1995.

Por desgracia, todos los procedimientos de solución de controversias internacionales están expuestos a riesgos políticos de esta o de otra naturaleza y un tribunal permanente de inversiones no está exento, por ello no se puede apostar todo a una propuesta como la europea o cualquier otra

---

<sup>44</sup> Ver: Página de la OMC. En: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/ab\\_members\\_descr\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/ab_members_descr_s.htm) (consultada el 19 de noviembre de 2019).

única alternativa, por atractiva que sea. Es indispensable apostar, eso sí, al fortalecimiento de las instituciones y a la colaboración y al diálogo permanente entre Estados, que es el único garante de éxito en las relaciones internacionales.

## VIII. CONCLUSIÓN

Los tratados de inversión surgieron como una señal recíproca de confianza y de buena fe de los Estados respecto del trato a sus inversionistas y a las inversiones de estos, pero sobre una base conceptual de la cual no existe referente uniforme en las legislaciones locales. Principios como el de trato justo y equitativo, protección y seguridad, y medidas equivalentes a expropiación eran desconocidos en la comunidad internacional al momento de redactar esos tratados, lo que se convirtió en un problema cuando surgieron las primeras controversias.

Los tribunales arbitrales han tenido que hacer frente a este desconocimiento jurídico y sus interpretaciones se han convertido en amenazas reales para la gobernabilidad estatal. Quizá sea extremo, como lo expresó en 2014 *Yannick Jadot*, portavoz del Partido Verde en el Parlamento Europeo, que los arbitrajes ISDS eran un “caballo de Troya masivo utilizado por las corporaciones multinacionales con el fin de cercenar los estándares y regulaciones europeas de políticas desde ambientales, seguridad alimentaria y protección social.”<sup>45</sup>

Lo que ha complicado esta y otras percepciones extremas respecto de estos procedimientos ha sido su falta de institucionalidad. También es cierto que un tribunal o corte permanente en esta materia no podría resolver todos los problemas, y en ello también habría que ser cautos para no depositar toda la esperanza en un mecanismo inexistente del que no se ha probado su eficiencia hasta esta fecha. Sin embargo, varias de las propuestas presentadas buscan resolver de inmediato algunas de las dudas que los arbitrajes ad hoc han despertado en sus años de funcionamiento.

<sup>45</sup> Permanent Court. Richmond University. Evaluating a Permanent Court Solution for International Investment Disputes, 2019. En: <https://lawreview.richmond.edu/files/2019/02/Palombo-532-1.pdf>.

Algunas de las alternativas de reforma de estos mecanismos toman como referencia la labor jurisdiccional nacional, así como a los tribunales internacionales que gozan de esta institucionalización, como la Corte Internacional de Justicia y el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC.

El camino al que se llegue al terminar estos procedimientos de reforma planteados en este momento seguramente tendrá como efecto su mejora, ya que se trata de mecanismos conocidos plenamente por la comunidad internacional y sus debilidades han quedado en evidencia plena después de tantas controversias planteadas en los relativamente pocos años de operatividad.

Dentro de las reformas que se plantean resulta muy claro que muchas de ellas derivan de la falta de institucionalidad de los arbitrajes y es por ello que las propuestas tienen que estar vinculadas especialmente en fortalecer la permanencia del tribunal y en la coherencia de las decisiones, la que va directamente vinculada con el fortalecimiento institucional de estos mecanismos.

Cualquiera que sea el resultado, la protección internacional de las inversiones sigue siendo la mejor opción antes que los tribunales nacionales para garantizar el debido respeto a los derechos de inversión. Mientras la labor jurisdiccional nacional sea tan diversa y la eficiencia de los tribunales y cortes nacionales de muchos países no cumpla con los mínimos estándares de calidad, con altos niveles de corrupción, elevado riesgo político, entre otras, las instancias internacionales, aunque sean arbitrajes ad hoc, seguirán siendo preferibles a aquellos.

## BIBLIOGRAFIA

BREYER, Stephen, *The Court and The World. American Law and The New Global Realities*, Ed. Alfred A. Knopf, USA, 2015.

ICSID IN THE TWENTY-FIRST CENTURY: AN INTERVIEW WITH MEG KINNEAR. 2010. En: [https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=10116&context=facpubs&sei-redir=1&referer=https%253A%252F%252Fscholar.google.com%252Fscholar%253Fhl%253Des%2526as\\_sdt%253D0%25252C5%2526q%253DMeg%252BKinnear%2526btnG%253D#search=%22Meg%20Kinnear%22](https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=10116&context=facpubs&sei-redir=1&referer=https%253A%252F%252Fscholar.google.com%252Fscholar%253Fhl%253Des%2526as_sdt%253D0%25252C5%2526q%253DMeg%252BKinnear%2526btnG%253D#search=%22Meg%20Kinnear%22)



- MACCORMICK, D. Neil y Summers, Robert S, *La Interpretación del Precedente. Un Estudio Comparativo*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 1997, Trad. Ashgate Publishing Limited. México, 2016.
- PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya, *Los principios comunes a los tribunales internacionales*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2018.
- POSNER, Richard A., *Cómo deciden los jueces*, Trad. Victoria Roca Pérez, INACIPE-UBIJUS, Marcial Pons, Madrid, España, 2008.
- United Nations. UNCTAD. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Consistency and related matters. Note by the Secretariat. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-sixth session. Vienna, 29 October–2 November 2018. A/CN.9/WG.III/WP.150, 28 de agosto de 2018. En: [http://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg\\_3/WGIII-36th-session/WP\\_150.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/WGIII-36th-session/WP_150.pdf)

## HEMEROGRAFIA

- ISDS Academic Forum on ISDS Working Group Four Incorrectness of ISDS Decisions. En: [https://www.cids.ch/images/Documents/Academic-Forum/4\\_Incorrectness\\_of\\_ISDS\\_Decisions\\_-\\_WG4.pdf](https://www.cids.ch/images/Documents/Academic-Forum/4_Incorrectness_of_ISDS_Decisions_-_WG4.pdf)
- MOHAMADIEH, Kinda. The Future of Investor-State Dispute Settlement Deliberated at UNCITRAL: *Unveiling a Dichotomy between Reforming and Consolidating the Current Regime*. South Centre. *Investment Policy Brief*. Marzo, 2019. En: [https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2019/03/IPB16\\_The-Future-of-ISDS-Deliberated-at-UNCITRAL\\_EN.pdf](https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2019/03/IPB16_The-Future-of-ISDS-Deliberated-at-UNCITRAL_EN.pdf)
- NAPPERT, Sophie. London European Federation for Investment Law and Arbitration (EFILA). *The 2015 Efila Inaugural Lecture. Escaping From Freedom? The Dilemma of an Improved Isds Mechanism*. Delivered on 26 November 2015. En: <http://www.kkg.pl/wp-content/uploads/2015/12/EFILA-Annual-lecture-Sophie-Nappert.pdf>
- ROBERTS, Anthea, UNCITRAL and ISDS Reforms: Concerns about Consistency, Predictability and Correctness. Junio de 2018. En: <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-concerns-about-consistency-predictability-and-correctness/>

- UNCTAD. IIA ISSUES NOTES. International Investment Agreements. *Taking Stock Of IIA Reform: Recent Developments, Issue 3*, Junio de 2019. En: [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d5\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d5_en.pdf)
- Permanent Court. Richmond University. *Evaluating A Permanent Court Solution For International Investment Disputes*. 2019. En: <https://lawreview.richmond.edu/files/2019/02/Palombo-532-1.pdf>

Estudios Contemporáneos de Teoría y Dogmática  
Jurídica en Iberoamérica, editado por el Instituto de Investigaciones  
Jurídicas y el Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, se terminó  
en el mes de julio de 2020. En su composición tipográfica se utilizaron los tipos  
Baskerville y Copperplate. Tipo de impresión offset, las medidas 17 x 23 cm.

En la presente obra se examina el pensamiento iberoamericano en torno al Derecho, haciendo que nos permita analizar cómo el conocimiento puede ser construido desde una perspectiva contemporánea que sincretice tanto una visión teórica como una visión de la dogmática jurídica.

En este sentido, es un gran placer presentar al público este libro, el cual sin duda constituye una de las obras referentes en el área jurídica, toda vez que en él se reúnen temas de índole teórica y práctica bajo la pluma de algunos de los más importantes juristas, teóricos y filósofos del Derecho, quienes nos comparten estudios referentes a los más relevantes temas en la actualidad.

Algunos de los temas que se analizan son: el derecho y la fuerza; el derecho penal y su análisis económico; fisiología y patologías de la sentencia penal; el pensamiento positivista en la codificación penal; anomia y función pública; apariencias de democracia y la degeneración del poder; justicia constitucional y razón jurídica; el síndrome de la alienación parental; y, controversias internacionales en materia de inversión.

---

UNAM  
POSGRADO  
Derecho

