

## PRÓLOGO

Durante la última década se ha intensificado el uso de algunos términos que, por lo general, reciben una connotación negativa y contraria al adjetivo “democrático” en el lenguaje común, pero también en las discusiones académicas. Aunque palabras como “autoritario”, “dictatorial”, “tiránico” y otras, siempre han estado presentes en los discursos sobre la vida pública —la tentación por calificar de esta manera a los proyectos y personas con las que no estamos de acuerdo es muy grande— en los últimos años, se ha multiplicado la producción académica sobre una aparente tendencia al retroceso democrático<sup>1</sup> y, con ella, la necesidad de emplear los términos con los que calificamos a los regímenes contemporáneos de una manera más rigurosa.

En el presente libro, Massimo Cuono parte de la noción de “poder arbitrario” para afrontar un problema central en la transformación de las democracias contemporáneas: la renuncia a la generalidad del derecho frente a formas modernas de decisionismo, las cuales justifican el abandono de reglas generales y abstractas —diseñadas para salvaguardar principios como la igualdad y la seguridad jurídica— en nombre de la eficacia, la necesidad o la razonabilidad de las decisiones particulares. Para ello, elabora un análisis del concepto de “poder arbitrario” que le permita identi-

---

<sup>1</sup> Croissant y Tomini señalan que una búsqueda bibliométrica de las revistas en el Índice de Citas de Ciencias Sociales (*Social Science Citation Index*) muestra un crecimiento exponencial de los términos “democratic backsliding”, “autocratization” y “democratic deconsolidation” en el periodo de 2010 a 2023. Cfr. Croissant, Aurel, y Tomini, Luca, “Introduction”, en Croissant, Aurel, y Tomini, Luca, (eds.) *The Routledge Handbook of Autocratization*, Londres, Routledge, 2024, p. 27.

ficar las condiciones en las que el poder busca justificarse y actuar desde lo particular: una voluntad, un juicio o un interés que no reconoce más límite que sí mismo.

Su argumento central es que “decidir caso por caso” no se refiere simplemente a una técnica de gobierno, sino que es síntoma de una política liberada de los límites que los criterios generales o compartidos representan para el ejercicio del poder. El poder arbitrario se caracteriza por ser un poder basado en una visión particular de la toma de decisiones colectivas, la cual defiende la excepcionalidad, la “política de lo particular”, así como la eficacia y la rapidez de las decisiones técnicas por encima de las que son adoptadas por los órganos representativos luego de un proceso deliberativo, sustenta y fortalece muchas propuestas para responder a los problemas actuales, desde las que proponen el estado de excepción para combatir al terrorismo o a la delincuencia organizada, hasta aquellas detrás de las teorías que parten de nociones como gobernabilidad, razonabilidad y gobernanza o *governance*.

Sin duda, la rigurosa reconstrucción de los diferentes significados de la noción del poder arbitrario es una característica digna de resaltar de este libro. Sin embargo, a mi parecer, uno de los aportes más interesantes y significativos para la teoría jurídica y política es que el autor somete a evaluación las “razones” con las que se suele defender el ejercicio de un poder particular (¿arbitrario?) por parte de los *órganos jurisdiccionales*, específicamente aquellos que deciden sobre cuestiones de constitucionalidad. Cuono reconoce que una de las manifestaciones más comunes de lo que denomina la “política de lo particular” es aquella en la que se busca justificar el reforzamiento del órgano ejecutivo, de manera que sea libre para resolver una situación excepcional, pero la justificación de lo particular no sólo busca legitimar las decisiones políticas, también sirve para intentar legitimar y justificar las decisiones de los *órganos jurisdiccionales*, en específico aquellos que deciden en materia de constitucionalidad.

El autor advierte que “[l]a confianza excesiva en el recurso de los jueces al control de razonabilidad corre también el riesgo de subestimar que el poder judicial es también un poder y, como

tal, no está exento de la necesidad de imponerle restricciones y límites. La multiplicación de las “justificaciones” a las que se recurre para abonar a su discrecionalidad constituye una ampliación de los márgenes de arbitrio de los órganos jurisdiccionales”.<sup>2</sup> Su anotación remite, inevitablemente, a una de las observaciones más comunes que surgen al momento de acercarnos al estudio de la labor jurisdiccional: que las personas juzgadoras poseen una facultad *discrecional*, *pero no arbitraria*, para interpretar y decidir sobre los casos que llegan a su escritorio. En este libro, el autor orienta la reflexión sobre el poder arbitrario, en especial hacia los argumentos que buscan justificar márgenes de discrecionalidad demasiado amplios en lo que respecta a la labor de las personaz juzgadoras.

Los primeros tres capítulos de este libro desarrollan los diferentes significados de la palabra *arbitrario* en relación con el ejercicio del poder. Éste puede ser *irracional*, o libre de las ataduras de la razón; *ilegal* o libre de los impedimentos impuestos por disposiciones generales; y *discriminatorio* porque es libre de decidir según su propia visión y juicio de un problema determinado. El cuarto capítulo parte de estos tres significados (discriminación, ilegalidad e irracionalidad) para analizar los argumentos con los que se podría buscar defender —y algunas corrientes jurídicas efectivamente lo hacen— que las personas juzgadoras se aparten de la generalidad de la norma para ejercer un poder particular.

En el caso del poder arbitrario como poder que *discrimina*, se puede intentar justificar la particularidad de la decisión respecto del *contenido* de la norma. En esta línea de argumentación sería razonable que exista un trato distinto del que establece la norma para asegurar el principio de igualdad material y superar los obstáculos que enfrentan grupos históricamente excluidos y oprimidos. El poder arbitrario como poder *ilegal* es concerniente a la *forma* de la norma, ya que justifica la inaplicación de una norma por parte de las personas juzgadoras en un caso concreto. Por último, el autor identifica una relación entre el poder arbitrario como poder *irracional* con las justificaciones del proceso jurisdiccional

---

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 110.

que proponen las teorías neoconstitucionalistas y las implicaciones cognitivistas de algunos de sus postulados desde un punto de vista ético. Con frecuencia se adoptan posturas de este tipo cuando se presenta alguna situación excepcional que justifica (según quienes proponen como solución) el hecho de flexibilizar o eliminar dichos límites para permitir que el poder resuelva situaciones particulares, confiando en su capacidad y juicio para solventarlos.

Cuono observa que las preocupaciones de quienes creen que los márgenes de acción excesivos preparan el camino para los abusos de poder tienen menor aceptación en la actualidad que aquellas que advierten contra los riesgos de la aplicación de normas rígidas e incapaces de resolver los problemas concretos y particulares que se presentan. La advertencia vale para las teorías neoconstitucionalistas o principialistas como para otras que, con acercamientos teóricos diferentes, adoptan la defensa de un modelo “de lo *particular*” para la función jurisdiccional si es que este órgano puede contribuir a la realización de ciertos valores que justifican su actuar libre de ataduras. Detrás de la defensa del modelo teórico que se funda sobre los valores de lo *universal* se encuentra, por el contrario, la desconfianza por el ejercicio del poder y la consecuente necesidad de limitarlo.

En las reflexiones conclusivas, el autor refrenda su convencimiento por la defensa de ciertos valores universales frente a la “política de lo particular” que caracterizan al constitucionalismo, como expresión más reciente del paradigma del “gobierno de las leyes” frente al “gobierno de los hombres”. Si bien reconoce que las disposiciones normativas, así como las decisiones políticas y judiciales son adoptadas por seres humanos —y eso necesariamente incluye e implica márgenes de arbitrio que ninguna ley general o regla racional puede erradicar—, sostiene que esto no debilita las razones para defender el paradigma universal, que entiende como “una barrera a las decisiones tomadas caso por caso por el gobernante sin límites y sin restricciones, incluso si se admiten y conceden todas las advertencias ilustradas”<sup>3</sup> en el volumen.

---

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 136.

*Decidir caso por caso* fue escrito originalmente en italiano y publicado en 2014 por la prestigiosa editorial Marcial Pons. Muchas de las referencias, como artículos constitucionales, proyectos de ley, o los significados de ciertas palabras en el diccionario, están pensados para un público italiano y son de hace poco más de una década. Sin embargo, el tema que afronta es de suma relevancia para cualquier sistema jurídico y político. Recientemente, el autor reiteró la importancia por reflexionar sobre estos modelos alternativos para pensar los problemas jurídicos y políticos contemporáneos. Incluso, subraya que “ante reformas constitucionales que ponen en cuestión la estructura misma de todo el sistema —como en el caso de algunas involuciones en curso en países de Europa del Este— podríamos invocar interpretaciones sistemáticas para denunciar la inconsistencia entre normas constitucionales, pero el problema persiste [y] se complica aún más si ampliamos la mirada a la interpretación constitucional”.<sup>4</sup>

En México, el interés por estas reflexiones se ha renovado a partir de la reforma constitucional al Poder Judicial de 2024. La presente traducción, publicada ahora por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, responde a la necesidad de profundizar en lo que solemos llamar poder arbitrario, de conocer las coordenadas en las que se discute la arbitrariedad, los argumentos de quienes buscan justificarla, y de reflexionar sobre la posibilidad del ejercicio del poder arbitrario no sólo por parte de los órganos ejecutivos (y legislativos), sino también por los jurisdiccionales.

Paulina BARRERA ROSALES  
*Ciudad de México, primavera de 2025*

---

<sup>4</sup> Cuono, Massimo, “Il malgoverno della legge. Il lavoro sporco dell’avvocato del diavolo” en Calvo, Roberto (ed.), *La ragione e il buon gusto sono passeggeri, Studi in onore di Ermanno Vitale*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2024, p. 68.