





ISSN 2618-4893

CUADERNO DE DERECHO COMPARADO

DIRECTOR

JOSÉ DANIEL CESANO

NÚMERO 5 AÑO 2022





Esta obra está bajo una Licencia
Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional

*Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos
aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores
y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Editorial,
la Institución, el Director ni del Comité Editorial.*

IJ International Legal Group

Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 - PB,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina
CP: 1048
TE: +54 011 5276-8001

Impreso en Argentina
Derechos reservados por la Ley N° 11.723

ÍNDICE

DERECHO EXTRANJERO Y ARGUMENTACIÓN JUDICIAL: UNA PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO COMPARADO	
José Daniel Cesano.....	9
TEORÍAS DE LA UNIÓN Y GARANTÍA DE MOTIVACIÓN	
Guillermo Funes.....	23
EL SISTEMA INGLÉS DE DETERMINACIÓN DE LA PENA	
Guillermo Funes.....	55
CONSENSOS Y CONTROVERSIAS SOBRE LA ENTIDAD Y VALOR DE LOS TRASPLANTES LEGALES UNA REVISIÓN ACORDE CON LOS TIEMPOS	
María del Carmen Piña.....	83
LA CONVERGENCIA DECIMONÓNICA HACIA EL REFORMISMO PENITENCIARIO	
TEORÍAS Y PRÁCTICAS DE UN PARADIGMA PENOLÓGICO IMPULSADO EN PARALELO EN EUROPA Y ESTADOS UNIDOS	
Carolina Prado.....	121
PERSPECTIVAS Y RETOS DEL DERECHO COMPARADO EN LA ACTUALIDAD:	
DIALOGOS CON IGNACIO AYMERICH OJEA	
José Daniel Cesano Dr. Ignacio Aymerich Ojea.....	147



STAFF

Director:

José Daniel Cesano

Secretario del Instituto:

Diego Peretti Avila

Secretario de Redacción:

Christian G. Sommer

Comité Científico:

Adriana S. Dreyzin

Thomas Duve

Zlata Drnas De Clément

Carlos Julio Lascano

Horacio Roitman

Marcelo Urbano Salerno

Miembros Titulares del Instituto:

Dra. María Del C. Piña

Dr. Christian G. Sommer

Dra. Carolina Prado

Dr. Diego Peretti Ávila

Ab. Fernando Miguel Comuñez

Esp. Guillermo Funes

Ab. Andrès Alveroni

Ab. Leonor Gimelfarb

Ab. Matías Manuel Mansilla

Gustavo Alberto Arocena
Leonor Grimelfarb Marcelino
D. Barrera Liberani
Carolina Fernanda Carranza
Ana Lombardi

Miembros Correspondientes del Instituto:

Dr. Ignacio Aymerich Ojea (Valencia)
Dr. John Cartwright (Oxford)
Dr. Massimo Donini (Modena E Reggio Emilia)
Dr. Lucio Pegoraro (Bologna)
Dr. Alessandro Somma (Ferrara)
Dr. Santiago Muñoz Machado (Madrid)
Dr. Gonzalo Gonzalez Rodriguez Mourullo (Madrid)
Dra. Valentina Faggiani (Granada)
Dr. Gianmaria Ajani (Turin)
Dra. Esther Arroyo Amayuelas (Barcelona)

DERECHO EXTRANJERO Y ARGUMENTACIÓN JUDICIAL: UNA PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO COMPARADO*

José Daniel Cesano**

Resumen: El objeto de este artículo es analizar cómo utilizan algunos tribunales el argumento comparativo. Con este propósito, luego de conceptualizar esta forma argumental, se analiza desde la perspectiva de la microcomparación las exigencias para que dicho argumento pueda tender a la pretensión de corrección en el sentido de que la deliberación sobre los resultados de la comparación sirva para una mejor interpretación del derecho positivo aplicable.

Palabras clave: Derecho comparado - argumento comparativo - teoría de la argumentación

Abstract: *The purpose of this article is to analyze how some courts use the comparative argument. For this purpose, after conceptualizing this argument form, the requirements for said argument to tend to the claim of correctness in the sense that the deliberation on the results of the comparison serve for a better interpretation of the applicable positive law are analyzed from the perspective of the micro-comparison.*

Keywords: *Comparative law - comparative argument - theory of argumentation*

* Reconstrucción de la exposición del autor en el marco de las sesiones ordinarias del Instituto de Derecho Comparado "Dr. Enrique Martínez Paz", de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el día 23/4/2022.

** Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Director del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Vice director del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Contacto: danielcesano@gmail.com

Es muy frecuente que, como parte de la argumentación en algunas sentencias judiciales de nuestro país, se empleen referencias a la doctrina extranjera.

Este trabajo pretende analizar estos usos, valorando su pertinencia y sus características; para lo cual visualizaremos el asunto desde el prisma del Derecho comparado. Esto exige que, de antemano, formulemos una aclaración: en nuestra opinión, y como ya lo hemos dicho en investigaciones anteriores, no debe identificarse Derecho comparado con derecho extranjero (o la doctrina autoral o judicial sobre él desenvuelta)¹; de allí que consideremos que el análisis que proponemos - que parte de esta diferenciación - es apropiado para valorar el empleo de esta forma argumentativa.

Tomaremos para ello un ejemplo proveniente de un fallo dictado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Tucumán.

El fallo analiza la posibilidad de responsabilizar penalmente a un sujeto a quien se le atribuye un homicidio con dolo eventual en grado de tentativa.

El hecho objeto de juzgamiento fue el siguiente: “el 19 de Septiembre de 2007, a horas 10:10 aproximadamente, se llevó a cabo una manifestación organizada por empleados de la Dirección Provincial de Vialidad a la que asistieron 300 personas (...). Se encontraron en el taller de Vialidad (...), y marcharon hasta el edificio del Sindicato de Vialidad (...), con intención de reclamar por el funcionamiento del gremio del que eran afiliados y pedir una Asamblea Extraordinaria. Al llegar a las inmediaciones de la sede gremial, fueron sorprendidos por un grupo de personas integrados por Directivos del Sindicato y otros veinte desconocidos (...), entre los que se identificó a [los acusados] (...) M. R. L. A.A. y S. G. T.T. (...), quienes comenzaron a agredir a los manifestantes. En un momento, M. L. R. A. realizó disparos, primero al aire y luego en dirección a la multitud, impactando en la región mentoniana de R. F. P. y provocando posteriormente su fallecimiento, mientras que S. G. T.T., representándose la posibilidad de provocar la muerte de algún manifestante y siéndole indiferente, realizó un disparo con un arma de fuego en forma

¹ Al respecto, CESANO, José Daniel, *Derecho penal comparado. Una aproximación metodológica*, Ediciones Brujas, Córdoba, 2017, p. 28: “El objeto del derecho comparado no debe identificarse con el estudio del derecho extranjero; el conocimiento de éste es condición para aquél; sin embargo no lo agota. La razón de esta afirmación es sencilla: estudiar un derecho extranjero no significa necesariamente realizar una comparación jurídica. Para que ésta se verifique es imprescindible que se realicen específicas reflexiones comparativas sobre el problema al que se dedica el trabajo”.

directa a la multitud, no logrando impactar a ninguna persona por circunstancias ajenas a su voluntad”. El tribunal oral condenó a S. G. T.T. por su conducta, subsumiendo la misma en la figura de homicidio con dolo eventual en grado de tentativa. El decisorio fue impugnado y la Corte provincial confirmó el mismo, argumentando, en lo que a este aspecto se refiere lo siguiente: “La doctrina que propone el recurrente es la que sostiene que la tentativa sólo admite dolo directo, y que no resulta admisible su configuración con dolo eventual (...). Pues bien, adscribo a la doctrina opuesta, que admite el dolo eventual en la tentativa. Tal postura es receptada, entre otros autores, por Welzel, quien expresó que ‘la tentativa es la decisión de llevar a efecto un crimen o simple delito, mediante acción que constituye un principio de delito. En la tentativa el tipo objetivo no está completo. Por el contrario, el tipo subjetivo debe darse íntegramente, y por cierto del mismo modo como tiene que aparecer en un delito consumado. Si, por eso, para la consumación es suficiente el dolo eventual, entonces también es suficiente para la tentativa’ (Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, Parte General, pág. 262, 11ª edición, Ed. Jurídica de Chile, 1970). Jakobs también adscribe a esta doctrina: ‘el tipo objetivo no está completo en la tentativa; el tipo subjetivo, por el contrario debe darse plenamente, con el mismo contenido y en la misma forma que es necesario para la punición por el delito doloso consumado. Si para la consumación basta el dolo eventual, también lo será así para la tentativa. La ley no llama dolo al aspecto subjetivo, sino representación, porque para determinar el comienzo de la tentativa no hay que atender sólo a que el autor entienda que el tipo se va a realizar, sino también a cómo va a llevarse a cabo. La premeditación, la reflexión o la planificación no hacen falta para la tentativa’ (Jakobs, Günther, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquín Cuello Contreras, José L. González de Murillo [...], pág. 866, 2ª edición, corregida, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1997).”

Luego el fallo hace sí, una nueva cita, ésta vez de tres autores argentinos (Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia) en donde los mismos efectúan un análisis del artículo 42 del Código penal argentino, a partir de cánones interpretativos históricos y dogmáticos; y el voto epiloga con una nueva cita, en este caso de Enrique Bacigalupo, en la que este jurista afirma que: “(...) ‘...si para la consumación es suficiente con el dolo eventual, también lo será para la tentativa ([...] Derecho Penal, Parte General, 2ª edición, Hammurabi, 2012, pág. 472) (...)”.

Estos constituyen todos los argumentos con que el fallo da respuesta a la controversia planteada.

Lo primero que queremos señalar es qué se entiende como *argumento comparativo*². En la teoría del derecho, Alexy lo caracteriza de la siguiente manera: en “los argumentos comparativos se toma como referencia, en lugar de un estado de cosas jurídico anterior, uno de otra sociedad. La forma de argumento recién mencionada [en alusión al argumento histórico] puede transformarse, mediante una pequeña modificación, en una de tipo comparativo. Una forma tal de argumento comparativo incluye, precisamente como en la del argumento histórico, además de numerosas premisas empíricas, al menos una premisa normativa”³. Se trata, como expresa Tarello, de un argumento autoritativo o *ab exemplo*⁴.

Esclarecido lo anterior debemos analizar cómo ha empleado el fallo que nos ocupa esta forma argumental.

Conforme lo explicitamos, el decisorio apeló a tres opiniones procedentes del derecho extranjero; concretamente: dos autores alemanes - Hans Welzel y Günther Jakobs - y uno, Enrique Bacigalupo, que si bien es argentino por nacimiento y formación inicial (se graduó y obtuvo su primer doctorado en la Universidad de Buenos Aires, integrando el grupo de discípulos que formó Luis Jiménez de Asúa en el Instituto de Derecho Penal de aquella casa de estudios), luego la concluyó en Alemania, radicándose, desde hace años, en España. Esta última contextualización la consideramos necesaria porque la obra mencionada por el magistrado ponente fue redactada - en la edición que cita- tomando en cuenta la legislación española, tal cual lo comenta el propio autor en el prólogo a la segunda edición⁵.

² Señala CLÉRICO, Laura, *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018, p. 192, que las “teorías de la argumentación jurídica le dedicaron apenas unas líneas” a este tipo de argumentos. De la misma opinión, TARELLO, Giovanni, *La interpretación de la Ley*, Palestra Editores, Lima, 2013, p. 336, nota 75, quien expresa: “La literatura específica sobre el argumento es poco reciente y no es interesante”.

³ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1997, pp. 230/231.

⁴ TARELLO, *La interpretación...*, op. cit., p. 336.

⁵ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª edición totalmente renovada y ampliada, Ed. Hammurabi, Bs. As., p. 5: “La sanción del nuevo Código Penal español ha sido, en realidad, el pretexto para renovar totalmente el contenido teórico de este libro. Los años transcurridos desde su primera edición fueron ricos en ideas innovadoras” que requerían ser consideradas en una nueva edición.

¿Cuál fue el sentido con la que el juez de primer votó citó la opinión de estos autores?

Existen dos alternativas: o el magistrado empleó la doctrina extranjera teniendo como *ratio* “buscar en los elementos del Derecho extranjero fundamentos para la afirmación de una decisión o una elección interpretativa”⁶; o, por el contrario, sólo se valió de ella como una mera referencia erudita; con lo cual, evidentemente, su peso argumentativo se ve totalmente devaluado; resultando superflua o meramente decorativa. Esta última posibilidad la descartamos porque la lectura del fallo muestra aproximaciones a otros criterios interpretativos – a través de la cita de autores locales, a los que también nos referiremos brevemente más adelante – lo que evidencia, al unirlo al argumento comparativo, un serio esfuerzo por motivar la solución del caso.

Colocados, entonces, frente a la primera alternativa, estimamos que tal uso únicamente puede efectuarse previo análisis de compatibilidad de la doctrina extranjera que se utiliza con nuestro sistema; lo cual supone un trabajo de derecho comparado. Este examen previo supone un estudio de microcomparación, esto es: entre instituciones jurídicas afines en órdenes jurídicos diferentes⁷.

Adelantamos que, realizado este examen, en nuestra opinión, el uso de la argumentación comparativa por parte del fallo no fue adecuado; por lo menos a partir de la perspectiva del método comparado tal como lo concebimos.

Sabemos, a partir de Rodolfo Sacco⁸, que el comparatista debe analizar más que las normas jurídicas los diversos *formantes* (*formanti*) del sistema; entre los cuales se encuentran - y, desde luego, ésta es sólo una enunciación - los *formantes legales, doctrinales y jurisprudenciales*⁹.

⁶ PEGORARO, Lucio, *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de derecho constitucional comparado*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2017, p. 310.

⁷ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos – MORAIS CARVALHO, Jorge, *Introducción al Derecho comparado*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018, p. 27. Por el contrario, según estos autores (p. 26) la macrocomparación “se lleva a cabo por la comparación entre sistemas jurídicos considerados en su globalidad”.

⁸ SACCO, R., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, coll. “Études juridiques comparatives”, Economica, Paris, 1991; Sacco, R.: “Legal formants: A dynamic approach to comparative law”, in *American Journal of Comparative Law*, 1991, vol. 39, núm. 1, (Installment 1 of 2) p. 1-34, (Installment 2 of 2), p. 343-401.

⁹ Al respecto, GAMBARO, Antonio - SACCO, Rodolfo, *Sistemi giuridici comparati*, en Rodolfo SACCO (Director) *Trattato di Diritto Comparato*, UTET Giuridica, terza edizione, Milano, 2015, p. 5.

Destacados comparatistas – cuyas opiniones compartimos – señalan distintos aspectos que son de interés para la evaluación de este aspecto de la fundamentación del fallo. En ellos nos detendremos a continuación.

Por una parte resulta un fenómeno observable la posible existencia de contradicciones entre alguno de los formantes. Es decir, como lo sostiene Alfredo Ferrante, siguiendo las enseñanzas de Sacco, los formantes “no necesariamente serán coherentes entre sí y se podrán disociar, separar, diferenciar, tanto dentro del contexto nacional de referencia como en el contexto comparativo entre uno o varios ordenamientos. En ese sentido, deberá realizarse un estudio de coherencia entre los formantes que permitirá valorar el grado de disociación entre ellos”¹⁰. De darse ese caso – como sucedería, V.gr. si se verificara una contradicción entre el formante legal y el doctrinal – el comparatista deberá inventariarlas a todas; más nunca realizar una interpretación propia¹¹. En el caso analizado tal heterogeneidad no se verifica, lo cual facilita la tarea que realizamos; aunque es bueno tenerla presente porque habrá situaciones en donde tal conflicto si ocurre.

El otro aspecto que es necesario mencionar – éste sí visible en la temática que aquí desarrollamos – se refiere a que, en las tareas de microcomparación, las soluciones jurídicas pertenecientes a dos sistemas diferentes no pueden considerarse iguales, cuando uno de los formantes - aunque sea solo *uno* de ellos - sea *diverso*. Por lo tanto, la comparación no puede prescindir de análisis jurídicos que procedan distinguiendo, es decir, disociando, los diversos formantes. Este procedimiento también permitirá medir las distancias entre un formante y otro. La comparación ofrece precisamente esta contribución al conocimiento del sistema único del que se trata¹². Por esta razón, la importación de una doctrina extranjera “no puede depender exclusivamente de su mérito intrínseco - o sea, si al interprete le parece una solución conveniente, justa o razonable - sino que, además, debe tenerse en cuenta si dicha doctrina (...) resulta compatible con el texto (...) [legal] que está siendo interpretado”¹³.

¹⁰ FERRANTE, Alfredo, “Trasplante y formante: Hermanos, pero no gemelos. Hacia una mejor comprensión de la metodología en la comparación jurídica”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, p. 176.

¹¹ CESANO, *Derecho penal...*, op. cit., p. 48.

¹² GAMBARO - SACCO, *Sistemi...*, op. cit., p. 4.

¹³ RIVERA, Julio César (h.), “El uso del derecho comparado en la interpretación constitucional”, en Julio César RIVERA (h.) - José Sebastián ELÍAS - Lucas Sebastián Grosman - Santiago Legarre (Directores), *Tratado de los Derechos Constitucionales*, T° I, Ed.

Clarificados estos aspectos cabe entonces preguntarnos: ¿Qué dicen los *formantes legales* sobre los cuales trabajaron Welzel, Jakobs y Bacigalupo?

El Código penal alemán dispone en su parágrafo 22: “Intenta un hecho penal quien de acuerdo con su representación del hecho se dispone inmediatamente la realización del tipo”¹⁴. La doctrina alemana, con bastante consenso, ha interpretado este texto señalando que dar principio inmediato “es iniciar una actividad que, sin más eslabones intermedios, debe desembocar en la realización del tipo. La cuestión de si se está o no en ese caso, debe decidirse atendiendo al plan del autor, o sea, según la proximidad de la acción al hecho, tomando como base la representación que el autor tuviese en cuanto al camino y al modo de realización de su voluntad de cometerlo”¹⁵. Indudablemente, cuando la ley habla de representación se refiere a la que corresponda al tipo subjetivo de la figura concreta; de suerte tal que, sí la figura consumada admite el dolo eventual éste también bastará para satisfacer el tipo subjetivo del delito tentado¹⁶.

Abeledo Perrot, Bs. As., 2014, p. 205. Este tema no es nuevo y lo han planteado destacados integrantes de la cultura jurídica de Córdoba que se formaron en el ámbito del viejo Instituto de Derecho Comparado de nuestra Universidad en sus tiempos inaugurales. En efecto, Ernesto Roque Gavier, ya en 1941, nos advertía sobre los peligros de “(...) dejarnos seducir por los puntos de vista enunciados por la doctrina extranjera, cuya aplicación será sólo posible si previamente se llega a adquirir la convicción de su compatibilidad con los principios que regulan nuestro ordenamiento jurídico. La sola comprobación de las agudas discrepancias que dividen a la doctrina - discrepancias que, sin duda alguna, se deben en gran parte a las distintas posiciones doctrinarias, pero a veces también a las exigencias impuestas a los autores por las respectivas leyes positivas -, nos revela que es preciso mantener celosamente la posición dogmática, para hacer obra útil y bien cimentada” (Cfr. GAVIER, Ernesto Roque, *Aplicación de la ley penal y concurso de leyes*, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1941, pp. 34/35). Años más tarde, Ricardo C. Núñez, en la misma sintonía expresaba: “cada derecho positivo tiene, en mayor o menor medida, particularidades que constituyen bases indefectibles a los efectos de su (...) realización y que proporcionan, precisamente, la medida de la admisibilidad de ciertas tesis doctrinarias que se encuentran en las obras extranjeras” (Cfr. NÚÑEZ, Ricardo C., “Prólogo”, en Edmund MEZGER, *Derecho penal. Libro de estudio*. Parte General, DIN Editora, Bs. As., 1989, p. 7). Con relación al clima intelectual que se vivía en el viejo Instituto de Derecho Comparado, cfr. CESANO, José Daniel, Enrique Martínez Paz y el Instituto de Derecho Comparado: un espacio de sociabilidad en la formación de la cultura jurídica de Córdoba, Ed. Lerner, 2018.

¹⁴ LÓPEZ DÍAZ, Claudia (Traductora), *Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

¹⁵ JESCHECK, Hans - Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 4ª edición completamente corregida y ampliada, Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares, Granada, 1993, p. 467.

¹⁶ Así lo reconoce ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo II. Especiales for-*

Por su parte, el Código penal español, en la edición de la obra de Bacigalupo que utilizara el vocal ponente – esto es: según la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre de 1995 –, conceptualiza a la tentativa, en su artículo 16, apartado 1º, de la siguiente manera: “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”¹⁷. También respecto de esta norma existe bastante consenso doctrinario y jurisprudencial¹⁸ en relación a que, en la tentativa *acabada* (a la que se refiere el apartado 1º del artículo 16) “el dolo (...) se corresponde con el dolo del delito consumado”¹⁹; motivo por el cual si la vertiente subjetiva del tipo perfecto es compatible con el dolo eventual, tampoco aquí se verificará inconveniente para atribuir, a ese título, responsabilidad a quien comenzó la ejecución del hecho.

mas de aparición del delito. Traducción y notas de Diego - Manuel Luzón Peña (Director), José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Civitas - Thomson Reuters, 2014, p. 453. De la misma opinión, FRISTER, Helmut, *Derecho penal. Parte general*, Traducción de la 4ª edición alemana de Marcelo A. Sancinetti, Bs. As. Ed. Hammurabi, 2016, p. 472, quien expresa: “La decisión al hecho tiene que abrazar, al igual que el dolo en el delito consumado, todas las circunstancias del tipo objetivo. Sólo se requiere una forma de dolo determinada si ella es exigida especialmente en el respectivo tipo delictivo. En los demás casos, es suficiente, aun en caso de tentativa (...) con que el autor reconozca el acontecer típico como posible consecuencia colateral de las acciones que planea realizar.”

¹⁷ Este texto se mantuvo en la reforma al Código Penal efectuada por la Ley Orgánica N°1/2015, de 30 de marzo; alcanzando las modificaciones en este instituto únicamente a los apartados 2º y 3º.

¹⁸ Así lo reconoce LUZÓN PEÑA, Diego - Manuel, *Derecho penal. Parte general*, 3ª edición, Ed. B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2016, p. 409 y nota 19. Allí el autor recuerda diversos fallos que van en esta dirección: Tribunal Supremo 7/3/1981, Aranzadi 1228; 30/1/1982, Aranzadi 187; 17/6/1982, Aranzadi 3543; 20/9/1989, Aranzadi 12345; etcétera.

¹⁹ PÉREZ ALONSO, Esteban (Coordinador), *Derecho penal. Parte general*, Ed. B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2022, p. 323. En el mismo sentido: MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 5ª edición, Ed. Reppertor S.L., Barcelona, 1998: “(...) el tipo subjetivo de la tentativa acabada ha de ser el mismo del delito consumado. Puesto que la tentativa acabada requiere la ejecución de todos los actos necesarios para la consumación, la voluntad de ejecutar tales actos efectivamente manifestada puede y debe equivaler a la voluntad de consumación. Si el dolo supone la voluntad y conocimiento de la realización de la conducta descrita en el tipo a conciencia de su peligrosidad específica de injusto, la tentativa acabada requiere el mismo dolo que el delito consumado, porque exige la voluntad y conocimiento de realización de la misma conducta”. Idéntica postura, LUZÓN PEÑA, op. cit, pp. 408/409.

Nos detengamos ahora en nuestro texto legal. Sabemos que el artículo 42 del Código penal dispone: “El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44”.

A diferencia de lo que sucede con las fórmulas legislativas recién escritas, el código argentino, define la faz subjetiva a partir de específicas características que debe tener el delito tentado – “*fin de*”, dice la ley –, adjudicando, además, un atributo que no tienen los códigos alemán y español, al incluir la expresión “*determinado*”. Y esta estructura lingüística peculiar no debe entenderse como una adición inmotivada; con lo cual, el intérprete debe buscarle un sentido. La dogmática nacional – en sus orígenes y durante bastante tiempo – fue uniforme respecto a que, estas características, hacían sólo compatible con la tentativa, la forma del dolo directo (de primer y segundo grado), en el sentido de “dolo determinado”. Núñez, apelando al canon literal, lo dice en forma muy clara: “con arreglo al lenguaje castellano y a la comprensión corriente, no trata de cometer un delito, el que se limita a menospreciar su ocurrencia, pues quien procede de esta manera, acepta no cometer el delito, lo que es incompatible con el fin de cometerlo requerido por el art. 42”²⁰.

Sin embargo, con la *recepción* por parte de nuestra doctrina de las concepciones provenientes del finalismo alemán²¹, comenzó a discutirse aquí, especialmente a partir de la década de los setenta del siglo pasado, la posibilidad de que el dolo eventual – si la figura concreta lo admite – abasteciera el tipo subjetivo de la figura tentada. Esta conexión (de la *doctrina finalista* con el inicio del posicionamiento a favor de la compatibilidad de la tentativa con el dolo eventual) es reconocida por diversos autores argentinos²². Y de hecho, si nos detenemos a observar los argumentos empleados por estos autores, veremos que el mismo

²⁰ NÚÑEZ, Ricardo C., *Las disposiciones generales del Código Penal*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1988, p. 166 y nota 338.

²¹ Sobre la recepción del finalismo en la Argentina, cfr. BACIGALUPO, Enrique, “Welzel y la generación argentina del finalismo”, en Hans Joachim HIRSCH - José CEREZO MIR - Edgardo Alberto DONNA, *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, pp. 15/45.

²² Lo hicieron así: NÚÑEZ, *Las disposiciones...*, op. cit., p. 166, nota 338; VIDAL, Humberto S., *Derecho penal argentino, Parte general*, Ed Advocatus, Córdoba, 1992, p. 350 y nota 15; recientemente, DE LA RÚA, Jorge – TARDITTI, Aída, *Derecho penal. Parte general*, T° 2, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2015, p. 262 y notas 39 y 40. Todos los autores ilustran esta apreciación a partir de la cita de profusa y pertinente doctrina alemana y vernácula (ésta última comulgando con el horizonte teórico de la doctrina finalista).

no está desvinculado del posicionamiento analítico que asumen. Concretamente Zaffaroni, desde sus primeros desarrollos dogmáticos, sostuvo que la tentativa constituye un delito imperfecto, no encontrando ninguna dificultad en afirmar que en la tentativa “falta una parte de la tipicidad objetiva y está perfecta la subjetiva”²³; afirmación que - continúa este autor - resultaba problemática para las teorías causalistas, porque en ellas el dolo no está en la tipicidad sino en la culpabilidad²⁴; por lo cual - dirá, tiempo después - para esta concepción (causalismo) sólo hay dos alternativas: “o sostener que la tentativa (como delito incompleto) es un caso de culpabilidad sin tipicidad, o afirmar que la misma (como delito independiente) tiene al dolo como elemento subjetivo del tipo”²⁵. Como corolario de este posicionamiento teórico, Zaffaroni termina argumentando que, como la tentativa no es un delito independiente, el dolo del conato es el dolo del delito consumado; consecuentemente “el tipo penal que admita el dolo eventual, también lo admitirá cuando se amplíe con la fórmula de la tentativa”²⁶.

Hagamos un alto antes de continuar. La argumentación anterior, en rigor, *no se hace cargo de la intelección de la ley vigente* (art. 42 CP); constituyendo, más bien, una *construcción* que parte no sólo de presupuestos legislativos diversos al nuestro (la legislación alemana) sino, además, de discusiones, de alto contenido teórico, desenvueltos en aquel ámbito académico (el germano), que son trasladadas por el jurista argentino a nuestro medio²⁷. Desde luego que nada tiene de objetable una tal recepción. De hecho, este un fenómeno que atraviesa no sólo la historia cultural de la ciencia jurídico penal local sino que también se produjo en otros países de la región, cuál es el caso, por ejemplo, de Chile²⁸. Y en nuestro país, a partir de la primera edición (en 1940) del *Derecho penal argentino* de Sebastián Soler, se advierte, junto a la recepción de otras tradiciones - V.gr. de autores provenientes de la Escuela Técnico Jurídico italiana - la introducción de las elaboraciones de Beling (cuya traducción al

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Teoría del delito*, Ed. Ediar, Bs. As., 1973, p. 677.

²⁴ ZAFFARONI, *Teoría...*, op.cit., p. 677.

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, Tº IV, Ed. Ediar, Bs. As., 1982, p. 435.

²⁶ ZAFFARONI, *Tratado...*, Tº IV, op. cit., pp. 435/436.

²⁷ Ver, a título ejemplificativo, ZAFFARONI, *Tratado...*, Tº IV, op. cit., p. 435, en donde el autor argentino hace referencia al debate entre Mezger, Welzel, Niese y Gallas.

²⁸ Al respecto, cfr. MATUS ACUÑA, Jean Pierre, *Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Penal Chilena. Recepción de la dogmática alemana en Chile desde 1940 hasta hoy*, Editorial Académica Española, Saarbrücken, 2012.

español realizaría, años más tarde, el propio Soler)²⁹. Sin embargo, también es bueno recordar que quizá deba distinguirse entre teorizar sobre una institución jurídica en general que hacer un estudio dogmático de las reglas que rigen aquel concepto en un determinado derecho positivo. En este último sentido, para la concepción clásica,

la tarea de la dogmática consiste en dar cuenta de cómo es el derecho de una comunidad y ello requiere la interpretación y exposición sistemática de las normas que ha formulado el legislador penal. A su vez, esta tarea es conceptualmente diferente del análisis de cómo debe ser un determinado sistema penal ideal. (...) Para la concepción clásica, la base del conocimiento científico del derecho penal es la existencia de normas penales – y sus correlativos deberes y obligaciones – que pueden ser identificadas de manera objetiva y neutral. De otro modo, el fundamento de los enunciados dogmáticos sería sólo una expresión de puntos de vista, de actitudes subjetivas y preferencias personales de cada uno de los juristas³⁰.

Ambos enfoques son ciertamente diferentes y de hecho, los desarrollos de Zaffaroni que acabamos de transcribir se aproximan más al primer tipo de indagación³¹.

²⁹ Sobre estos aspectos, cfr. CESANO, José Daniel, *Élites, redes intelectuales y recepción en la cultura jurídico penal de Córdoba (1900 - 1950)*, Ediciones del Copista, Biblioteca Jurídica, Córdoba, 2011, p. 57 y siguientes.

³⁰ Según la caracterizan MANRIQUE, María Laura - NAVARRO, Pablo E. - PERALTA, José M., “La ley penal y la autoridad de la dogmática”, *Revus* [Online], 31 | 2017. URL: <http://journals.openedition.org/revus/3760>; DOI: <https://doi.org/10.4000/revus.3760>. Accedido: 18/6/2022. Estos autores distinguen entre lo que denominan dogmática clásica - a la cual nos referimos en el texto - de la “dogmática contemporánea”; perspectiva, esta última, que asume que las decisiones del legislador no agotan el contenido relevante de lo que dispone el derecho penal y que la dogmática cumple una indispensable función normativa identificando normas y soluciones que se pueden invocar – con independencia de que ellas hayan sido recogidas por el legislador penal – para justificar decisiones. Dos aclaraciones deben realizarse, en nuestra opinión, respecto de esta segunda categoría (dogmática contemporánea): a) que como lo reconocen los propios autores de este valioso trabajo, la denominada dogmática clásica no abandona cierta función crítica en relación al derecho vigente, lo que, sin embargo, no la conduce a legitimar un poder creador autónomo de normas de su parte; y b) que aun tratándose de reglas para interpretar definiciones estipulativas (V.gr. concepto de desistimiento) éstas - en nuestra opinión - siempre deben tener un carácter restrictivo, de modo tal que no se podría realizar construcciones extensivas, como de hecho sucede con la compatibilidad del dolo eventual en los casos de tentativa.

³¹ Tal como lo demuestran algunos pasajes de la obra de Zaffaroni (*Tratado...*, Tº IV,

Volviendo al sentido de la expresiones legales de nuestro artículo 42, pensamos que, por su literalidad, “la fórmula vigente contiene una estructuración restrictiva que requiere del dolo directo por razones de política criminal, porque [la tentativa siempre] implica un anticipo de la punibilidad a un estadio anterior al de la consumación y, por ello, es razonable que contenga una mayor exigencia en el tipo subjetivo. En otras legislaciones [tal como la alemana y la española], la identidad es plausible porque las fórmulas carecen de una exigencia semejante la que trasunta el Código nacional con la expresa referencia al ‘fin’ de cometer un delito determinado como elemento limitador de la punibilidad”³².

Por estas razones, entendemos que el empleo en el fallo que analizamos de aquellas citas (Welzel, Jakobs, Bacigalupo) no fue correcto como un modo argumental comparativo, al menos a partir de lo que el Derecho comparado nos exige y, en todo caso, desde la perspectiva conceptual que trae Alexy (volveremos más adelante sobre otros posibles perfiles de este argumento).

Pero también dijimos que el decisorio que comentamos fundó su parecer en una argumentación proveniente de tres autores argentinos – Zaffaroni, Alagia y Slokar –, texto que sí se hace cargo de las señaladas particularidades de la fórmula legal que nos rige; y con lo cual – más allá de la opinión personal que nos puede deparar (lo que es insumo de otra investigación distinta a ésta), indudablemente sí responde a un auténtico análisis, a través de los cánones pertinentes, del ordenamiento positivo aplicable al caso. Sintéticamente, la opinión de estos autores, se funda en dos métodos confluyentes: el histórico y el sistemático. Según el primero, cuando el legislador – concretamente la comisión del Senado – introdujo la expresión “determinado” optó por “excluir las tentativas de delitos contra la vida y la integridad física cometidas con dolo de ímpetu de la fórmula del art. 42 y de sus consecuencias penales”³³, receptando parcialmente la tesis carrariana que, a su vez, también se diera (aunque finalmente rechazando la postura del Maestro de Pisa) en la comisión en la discusión del *código*

op. cit., p. 435) que venimos mencionando, como cuando, al criticar la posición del causalismo alude a un “desplazamiento dentro de los estratos analíticos” o a un “total desquicio que esa tesis [en referencia al causalismo] introduce en el esquema analítico”.

³² DE LA RÚA, Jorge – TARDITTI, Aída, *Derecho penal. Parte general*, T° 2, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2015, p. 263. Los agregados entre corchetes nos corresponden.

³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Ediar, Bs. As., 2000, p. 788.

Zanardelli. Por su parte, el argumento dogmático “se halla en la tipificación del abuso de armas en los arts. 104 y 105 del CP, pues disparar un arma contra una persona no puede ser en nada diferente que intentar matar o intentar lesionar, y la agresión con toda arma no puede tener otro sentido que el de intentar lesionar o matar a alguien”³⁴. Cuando el fallo apela a estas formas argumentales, efectivamente realiza una interpretación dogmática de nuestra ley (en el sentido clásico) porque ha parado mientes en la especificidad del derecho positivo y no ha pretendido extender sin más opiniones provenientes de formantes doctrinales extranjeros, desenvuelto a partir de formantes legales distintos al nuestro, como sí sucede con las descontextualizadas opiniones de los otros autores (Welzel, Jakobs y Bacigalupo), con los que, también se intenta fundar el posicionamiento del voto.

Cuanto venimos exponiendo no significa desvalorar el uso del argumento comparativo. Por el contrario, sólo hemos intentado mostrar cómo funcionó en el caso analizado; al mismo tiempo que poner de resalto los cuidados que debieran tenerse para su empleo. Pareciera que en el fallo, esta forma argumental, cumplió una función de saturación de otros cánones (el histórico y el sistemático)³⁵; es decir estuvo orientado más bien a lograr una pretensión de racionalidad; sin embargo, al haberse omitido las exigencias que derivan de la microcomparación, no es posible considerarlo desde la perspectiva de la pretensión de corrección en el sentido de que la deliberación sobre los resultados de la comparación hayan servido para una mejor interpretación del derecho positivo aplicable³⁶; lo cual requiere, de manera preliminar, un atento examen en orden a los formantes del o los derechos extranjeros que pretendan aplicarse; en la medida que la eficacia de esta función depende de que la doctrina foránea se hubiese desarrollado sobre componentes (formantes) que se asemejen, en lo esencial, con nuestro ordenamiento.

³⁴ ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, *Derecho penal...*, op. cit., p. 789.

³⁵ Expresa ALEXI, *Teoría...*, op. cit., p. 236, que la “exigencia de la saturación asegura la racionalidad del uso de los cánones”.

³⁶ CLÉRICO, *Derechos...*, op. cit., p. 196.



TEORÍAS DE LA UNIÓN Y GARANTÍA DE MOTIVACIÓN

Guillermo Funes*

Resumen: El acto de individualización de la pena cuenta con un componente innegable de discrecionalidad; en atención a ello la motivación que por caso ensaye el juzgador se erigirá en una verdadera garantía pues permite llevar adelante un control enderezado a evitar la arbitrariedad. Ahora bien, el análisis que aquí se propone fincará en atender a las particularidades que de la mentada relación (discrecionalidad-motivación) se aprecian en las teorías alemanas de la unión, para enjuiciar si se aproximan al ideario de comprender al acto de mensura como vinculado con el derecho.

Palabras clave: Arbitrariedad, Discrecionalidad, motivación y control.

Abstract: *The act of individualization of the sentence has an undeniable component of discretion; in response to this, the motivation that the judge rehearses in each case will be established as a true guarantee since it will allow carrying out a control aimed at avoiding arbitrariness. Now, the analysis proposed here will focus on the particularities of the aforementioned relationship (discretion-motivation) that can be seen in the German theories of the union, to judge whether they approach the ideology of understanding the act of measurement as linked with the right.*

Keywords: *Arbitrariness, discretion, motivation and control*

* Abogado. Notario. Doctorando en Derecho por la Universidad Austral. Especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura (UCC). Especialista en Problemas de Prueba (Universidad de Castilla La Mancha, España). Docente por concurso de Derecho Penal Parte Especial (UCC). Miembro Titular del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Funcionario de la Relatoria Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Contacto: guillefu3@gmail.com.

I. Introducción: La discrecionalidad del acto de individualización de la pena

1. A modo de advertencia preliminar conviene destacar que, a poco que uno se aproxima al estudio del derecho relativo a la individualización judicial de la pena se da uno cuenta que se está en presencia de un campo en donde la arbitrariedad se erige como una constante amenaza. Así, por ejemplo, Zaffaroni lo llama el capítulo más interesante de la *psicología judicial*, en tanto que Nowakowski asegura que aquí las consideraciones teóricas no juegan ningún papel importante, siendo sustituidas por valoraciones generales que, en una amplia medida, dependen de *consideraciones morales*¹. Las notas anteriores se deben, en parte, a la incapacidad de alejarse de ciertos dogmas imperantes en la materia, y también al hecho de que si a la misma la comparamos con otros sectores de la dogmática jurídico penal se advertirá que no ha merecido una atención suficiente². Conviene ilustrar un tanto el derrotero de esta rama del derecho penal para evidenciar lo anotado precedentemente.

2. Así, valioso resulta anotar que el estado de situación anterior a la Revolución Francesa podía caracterizarse como de un *desmesurado arbitrio judicial*, el que se veía favorecido por el hecho de que la ley no contenía una clasificación, ni siquiera una enumeración de las circunstancias atenuantes o agravantes de los hechos, dejándolos al cuidado absoluto del juez en cada caso particular.

Tal estado de situación iba a cambiar decisivamente con el advenimiento de la Revolución Francesa y el movimiento codificador, pues su ideario se valió de dos pilares centrales para sepultar al antiguo régimen: el *sistema de penas fijas*, en donde era la ley –única fuente del derecho–, la encargada de fijar de antemano la clase y cantidad de pena, y en segundo lugar, la construcción de un *modelo de juez* al cual le estaba completamente vedada la posibilidad de individualizar la pena en el caso concreto. Otra razón de peso coadyuvo a diseñar y cimentar el modelo propuesto: el primitivo entendimiento del *principio de*

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. T. V. Ed. Ediar. p. 270.

² La determinación o individualización de la pena es el acto o procedimiento mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito, adecuando la pena abstractamente determinada por la ley al delito cometido por el autor. Para ello, el juzgador pondera la infracción, el ilícito culpable, y lo transforma en una medida de pena determinada. D' ALESSIO y DIVITO, *Código Penal. Comentado y Anotado. Parte General*, Ed. La Ley. Sep. 2005. P. 421 y ss.

igualdad, entendido este de la manera que sigue: *si todos los ciudadanos son iguales ante la ley deben responder por el mismo hecho con idéntica pena*. Esta concepción -como puede adelantárselo-, iba a condicionar, junto con el resto de los factores expuestos, la dogmática del derecho de la mensura de la pena, así como la proporcionalidad entre el delito y la sanción.

Ahora bien, pasado el tiempo se inició un período en el que casi todas las leyes se preocuparon de sentar principios para la cuantificación penal creando sistemas más o menos flexibles, uno de los cuales -adelanto- será objeto aquí de análisis.

3. Ahora bien, este breve derrotero descriptivo nos permite sumergirnos adecuadamente a aquello que apuntaba Ziffer con agudeza de que la historia del derecho de la individualización judicial de la pena se ha debatido siempre entre dos valores: la *seguridad jurídica* por un lado -representada por el sistema de penas fijas-, y la *idea de justicia*, la que rechaza esquematismos y coloca en el centro de la escena a la persona y su dignidad, por lo que pena justa *sólo es aquella que se adecua a las particularidades del caso concreto*³.

4. Una verdadera revolución se dio en la materia con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, pues fue a partir de allí que se asiste a un creciente *juridización* de esta rama del derecho. Contribuyeron a ello una serie de factores, entre los cuales cabe destacar: en primer lugar, la *ampliación de la procedencia del recurso de casación*; en segundo, el surgimiento de un *ámbito científico* dedicado a esta cuestión; y en tercer término, la tendencia general a someter a un extensivo control las injerencias estatales en la esfera individual⁴.

Merced al cúmulo de cuestiones anotadas, se pasó de considerar a la mencionada actividad como discrecionalidad sin matices, a concebirla como una *decisión discrecional vinculada al derecho*, o de acuerdo a otra posición, como de *aplicación pura (reglada) del derecho*.

Así, los partidarios de la primera postura dirán que la medición judicial de la pena es una decisión discrecional, pero y esto es importante, se ha ido *llenado y delimitado crecientemente con reglas jurídicas*. En este sentido, fue Warda quien dedicó esfuerzos a poner de relieve las vinculaciones jurídicas

³ ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2013, p. 27

⁴ MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl Heinz, ZIPF, Heinz *Derecho Penal. Parte General*, Astrea, Capital Federal 1995, t. 2. p.793.

del juez en el ejercicio de su arbitrio, y en este sentido resaltó dos notas relevantes, primero, que arbitrio judicial *no significa libertad absoluta*, y segundo, que el mismo no debe considerarse un derecho del juez, por el contrario, se trata de una verdadera *obligación*⁵. Desde la mencionada postura se sostiene también que el juez se encuentra *vinculado* a las decisiones y comprensiones valorativas subyacentes en las *normas*, a los *principios superiores* del ordenamiento, y en especial, a los *principios constitucionales*, por lo que en suma se haya vinculada no sólo a los fines del Derecho Penal, sino también a limitaciones que derivan de un Derecho Penal inmerso en un Estado Social y Democrático del Derecho⁶.

Quienes consideran o estiman a esta tarea como *aplicación del derecho*, con reglas jurídicas en parte escritas y en parte no escritas y en donde jugarán un papel relevante los conceptos jurídicos indeterminados y la realización de ponderaciones valorativas las que, si bien resultan la parte menos desarrollada hasta el momento del derecho son parte integrante de toda su aplicación, no sólo de la mensura de la sanción⁷.

II. Control de la discrecionalidad a través de la motivación

1. El concepto *arbitrio judicial* para caracterizar esta tarea permite sostener dos órdenes de cuestiones relevantes a nuestros fines cuales son, primero, que la decisión del juez *no necesita estar expresamente fundada*, y la segunda, que el juzgador dentro de los límites que le trazan los marcos penales *no tiene que dar cuenta a nadie de su concreta decisión*⁸. Esta concepción -fuertemente arrai-

⁵ Haag, Karl, *Rationale Strafzumessung*, Köln. Berlin. Bonn. München, Carl Heymanns. citado por DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, p. 272.

⁶ Haag, Karl, "Rationale....", *ob.cit.* p. 18, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *ob. cit.* p 272.

⁷ MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *ob.cit.* p. 795.

⁸ Enrolados en esta última concepción encontramos autores como Silva Sánchez quien sostiene que *El juez se haya vinculado* (el resaltado es nuestro) *a principios escritos y otros no escritos, lo que impide calificar su actuación en la individualización de la pena como "discrecional"*. A lo sumo -prosigue el autor- *se trataría, en palabras de la doctrina alemana, de una discrecionalidad jurídicamente vinculada (...); al contrario se trata de una auténtica aplicación del derecho...*. SILVA SANCHEZ, Jesús María, *La revisión en casación de la individualización judicial de la pena*, CGPJ, Revista del Poder Judicial, núm. 6, junio 1987.

⁹ ZIFFER, Patricia, *ob.cit.* p.27 y ss. En sintonía con la anterior se encuentra, entre otros,

gada en la práctica judicial merced a ese concepto y a la noción de que los marcos penales resultan, sin mas, *marcos de libertad*-, resulta censurable por cuanto de ella se desprende la admisión intolerable de que las concretas razones de la imposición de pena pueden quedar ocultas en la persona del juzgador, olvidando así que en el momento en donde se individualiza la pena se asiste a la máxima inferencia estatal sobre la vida y libertad de una persona.

Ahora bien, si aceptamos que el juzgador cuenta con discrecionalidad al momento de mensurar la pena, ello tiene como evidente contrapartida la obligación de *motivar* las razones de esa concreción judicial. La misma se nos muestra indispensable en esta rama del derecho pues no es posible enjuiciar (controlar) la corrección de la medida definitiva de la pena, su resultado final, ya que para hacerlo eficazmente se hace necesario reconstruir el *camino* que ha llevado a esa medida¹⁰.

La motivación es, precisamente, la que evita la *arbitrariedad*, ya que el mostrar a las partes cuál es el fundamento fáctico, jurídico y sobre todo *racional* de la decisión adoptada, posibilita la impugnación –también razonada– mediante los remedios procesales pertinentes¹¹. La motivación de la sentencia en la mensura de la sanción no es una exigencia de forma, sino un *imperativo de racionalidad de la sentencia*¹².

Todo lo anterior viene a confirmar aquello de que el derecho es hoy una “*práctica argumentativa*”. Concebirlo de esa manera implica de suyo otorgar confianza a la razón práctica, única capaz de *dar argumentos o razones justificatorias de aquello que decide y procurar que ello convenza a la razón de los destinatarios*¹³. Es que, y a diferencia de cuanto ocurría en el Estado de Derecho Legal, en el marco del Estado de Derecho Constitucional la labor del jurista se cumple por medio de la argumentación.

Zaffaroni al sostener *pocas cosas son más deprimentes que revisar las consideraciones cuantificadoras de las sentencias de nuestros tribunales, cuando las hay, lo que pocas veces sucede, salvo que por tales se entienda una mera fórmula judicial*, ob. cit. p. 272.

¹⁰ MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, ob. cit. p.796.

¹¹ CASTELLO NICÁS, Nuria, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos* (art. 66.1 del Código Penal, Comares, Granada 2007, p. 19, quien resalta que bajo el nuevo paradigma con la motivación se pretende que el juez argumente a posteriori que la decisión previamente tomada está dentro de las posibilidades que le ley permite.

¹² DEMETRIO CRESPO, Eduardo, ob. cit. p. 277

¹³ VIGO, Rodolfo. *Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo coincidencias y diferencias*. Educa, Buenos Aires, 2015, p. 211.

2. La motivación se ha erigido en un poderoso instrumento que *cualitativamente* sirve como criterio efectivo de control de la discrecionalidad judicial¹⁴. Este control permitirá también examinar el *alcance* (en más o en menos) de la discrecionalidad judicial, y en función de ello, advertir si su ejercicio deviene o no en arbitrario. Una decisión será arbitraria, no porque en línea de principio no hay razones a su favor, sino porque quien la ha tomado no tiene razones para justificarla¹⁵.

III. Objetivo del presente

Recapitulando entonces, el acto de individualización de la pena cuenta con un componente innegable de discrecionalidad o arbitrio; en vista de ello, la motivación que por caso ensaye el juzgador al llevar adelante ese acto se erigirá en una verdadera garantía o herramienta que permitirá su control, para evitar así su arbitrariedad.

Sentado lo anterior, el análisis que aquí se propone fincará en delinear los límites, contornos o particularidades que de la mentada relación (discrecionalidad-motivación) se aprecian en las teorías alemanas de determinación de la pena, ello para enjuiciar si se aproximan o no al ideario de comprender al acto de mensura como vinculado con el derecho, tal y como lo demandan las posiciones actuales.

Las conclusiones que de allí puedan extraerse, no pasarán desapercibidas para nuestro medio, pues nuestro sistema de determinación de la pena presenta grandes similitudes con el germano, cuestión ésta que, por otra parte-, les permitiera a los mentados ensayos teóricos contar con gran predicamento en nuestro medio. Para llevar adelante esa tarea, en primer lugar ,se reseñará el contenido central de cada una de ellas, para luego evaluarlas a la luz de ciertos baremos propios de la aludida garantía de la motivación (así, por ejemplo, qué tipo de motivación proponen -psicologista, racionalista, material o formal-, si

¹⁴ SEGURA ORTEGA, M., *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*, Madrid, 2006, citado por ALISTE SANTOS, Tomás Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011, p. 160

¹⁵ IGARTUA SALAVARRÍA, J, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial*, Revista Vasca de la Administración Pública, núm. 46, 1996, p.98. citado por Aliste Santos, *ob. cit.*, p. 160.

atienden o no a su extensión que atendiendo a su naturaleza aquí se demanda, si satisfacen las funciones que a la misma se le asignan, etc.).

IV. Sistema Alemán de Determinación de la Pena

1. El sistema alemán de determinación de la pena se encuentra previsto, principalmente, en el parágrafo 46 del Código Penal Alemán (StGB). En su primer párrafo se establecen criterios generales de medición, se toma como fundamento a la culpabilidad del autor y, en segundo lugar, los efectos que cabe esperar tenga la pena para la vida futura del reo en sociedad (clausula preventivo especial).

A su turno, el segundo párrafo señala que el tribunal debe ponderar de forma recíproca las circunstancias favorables o adversas al autor, y seguidamente indica una serie de criterios que el juzgador debe tener en cuenta especialmente a esos fines, a saber: los motivos y fines del reo, la intención que se manifiesta en el hecho, la voluntad empleada en él, el grado de infracción al deber, el modo de ejecución y los efectos culpables del hecho, la vida anterior del reo, sus circunstancias personales y económicas, así como su comportamiento después del hecho, especialmente sus esfuerzos por reparar el daño causado.

Por último, el tercer párrafo determina que no podrán ser tenidas en cuenta aquellas circunstancias que conforman el tipo penal del caso. Se trata del principio de prohibición de doble valoración.

2. El sistema alemán ofrece *simples criterios* de determinación de la pena, no brinda reglas como, por ejemplo, el español en su artículo 66. No existen circunstancias en sentido propio en la Parte General, ellas se encuentran en la Parte Especial de la mano de los diferentes delitos a los que pueden aplicarse; se trata de causas nominadas (tipos cualificados), o innominadas (ejemplos regla o indicativos, especialmente graves o menos graves).

Se asiste a una enumeración no cerrada de supuestos que no resultan de aplicación obligatoria para el Juez; por lo que al acogerse únicamente unos ejemplos indicativos se hace necesario un análisis global del injusto y de la cul-

pabilidad para determinar su estimación o no¹⁶. Presentan una doble ambivalencia, por un lado, pueden operar tanto a favor, como en contra del imputado, y por el otro, pueden hacer aparecer en diferente luz el grado de culpabilidad, como los requisitos de prevención especial.

Ahora bien, el parágrafo 46, en su primer párrafo contiene un claro reconocimiento del legislador a favor de dos fines de la pena (culpabilidad y prevención especial) y -sostienen algunos autores-, también realizó una declaración acerca de su importancia. Tampoco surge de allí, un criterio o regla para resolver cómo hay que fijar la pena en caso de que la gravedad de la culpabilidad y las necesidades de prevención, recomienden penas distintas; es decir, se está ante las llamadas antinomias de las teorías de la pena¹⁷. Esta última cuestión será abordada especialmente aquí.

Teorías de la unión

Estas teorías surgen en Alemania, ya que el derecho penal vigente en ese país¹⁸ le impone al juez que llegue a una relación equilibrada que procure armonizar y conciliar los diferentes fines de la pena¹⁹ (culpabilidad, prevención general positiva y negativa, o prevención especial positiva); también comparten el hecho de que parten de la ponderación de la culpabilidad como fundamento de la pena (tal y como lo manda el ordenamiento germano) y se diferencian por el modo en como este primer resultado puede variar merced a consideraciones preventivas²⁰. Más que esfuerzos de tipo teórico -se sostiene en doctrina- se erigen en instrumentos de tipo metodológico que tienen por finalidad de conciliar fines antinómicos²¹. Se resalta, como otra nota característica, el

¹⁶ SALINERO ALONSO, Carmen, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y art. 66 del Código Penal*, Comares, p. 11 y ss.

¹⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Comares, Granada, diciembre, 2002, p. 944 y ss.

¹⁸ 46, I, StGB. 1. La culpabilidad del autor constituye el fundamento para la fijación de la pena. 2. Deben considerarse las consecuencias que son de esperar de la pena para la vida futura del autor en la sociedad.

¹⁹ ZIFFER, Patricia, "Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena", en *Determinación Judicial de la Pena, Del Puerto*, Buenos Aires, 1993, p. 92.

²⁰ ZIFFER, Patricia S, *Lineamientos...* p. 48

²¹ ZIFFER, P, *Lineamientos...*, p. 46.

gran predicamento con el que cuentan, lo que radica en su indudable flexibilidad y por el hecho de que, a primera vista, todos los fines de la pena son atendidos, en una aparente convivencia pacífica²².

También conviene puntualizar que, la doctrina mayoritaria de aquel país entiende que el punto de partida de la individualización de la pena debe ser la consideración de sus fines, pues sólo atendiendo a ellos como norte se podrá precisar qué hechos son relevantes para ello y en su caso cómo deben ser valorados. El argumento para sostenerlo, de manera central, finca en el entendimiento de que la pena no se justifica sólo como una respuesta justa frente al ilícito culpable ya que tiene que cumplir también fines de prevención²³.

En lo que sigue se analizarán las mismas.

VI. La teoría del Espacio de Juego (*Spielraumtheorie*).

Elaborada por la jurisprudencia alemana y adoptada por el Tribunal Supremo de aquel país²⁴ es aún hoy la teoría dominante en la materia. La misma parte de la siguiente premisa inicial: no resulta posible determinar en un punto concreto del marco penal la gravedad de la culpabilidad (no existe objetivamente una sola pena adecuada a la culpabilidad para un hecho concreto), una pena adecuada a esta admite *un marco* llamado, precisamente, de *culpabilidad*, el mismo se encuentra constituido en su límite inferior por una pena ya adecuada

²² ZIFFER, P, *Lineamientos...*, p. 47

²³ ZIFFER, Patricia, *Consideraciones acerca...* p. 91. La destacada autora sostiene que, la pena debe cumplir al mismo tiempo, funciones de prevención. En ella se debe manifestar la defensa del ordenamiento jurídico, el mantenimiento de la norma como esquema de orientación del contacto social (prevención general positiva). Debe tener como objetivo, asimismo, la intimidación de autores potenciales (prevención general negativa), al igual que el mejoramiento del autor concreto, evitar que reincida o, en caso de que ninguna de estas dos metas prometa resultados, separarlo de la sociedad (prevención especial).

²⁴ *La pena adecuada a la culpabilidad no puede ser exactamente determinada. Existe un espacio de juego, que está delimitado por arriba por la pena ya adecuada a la culpabilidad y por abajo por la pena todavía adecuada a la culpabilidad. el juez no puede sobrepasar el límite superior. No está autorizado a imponer una pena tan severa en cuanto al tipo y cantidad que no sea ya, según su apreciación, adecuada a la culpabilidad. el juez puede sin embargo decidir según su criterio, en qué medida debe aplicar la pena dentro del espacio de juego* BGHSt BD.7, 1954, pp. 28 y ss, esp.p.32;20, 264;24, 133; 27-3; DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *ob. cit.*, p. 188 y ss.

a la culpabilidad, y en su segmento superior por una pena *todavía* acorde con ella, que no puede rebasarse. Dentro de ese marco, o como el mismo nombre de la teoría lo indica, existe un *espacio de juego*, en donde el juez determina la pena atendiendo a las consideraciones preventivas (general o especial).

Si bien en un primer momento se prioriza la finalidad retributiva de la pena, se deja espacio para la atención de fines preventivos, pero sólo en el interior de ese espacio de juego o marco de culpabilidad. En relación a estos últimos se ha sostenido que, si bien esta teoría admite o concede un papel a estos fines preventivos en el marco adecuado a la culpabilidad ello no quiere decir que justifique cualquier decisión tomada en consideración o en torno a ellos²⁵. Todas las cantidades de pena ubicadas en el interior del marco resultan adecuadas a la culpabilidad.

El mencionado marco de culpabilidad es un *paso o fase* intermedia en el camino para determinar la pena final, que debe ser una pena puntual, y a la cual se arriba ponderados fines preventivos, los que pueden conducir o no al agotamiento del tan mentado marco de culpabilidad. De acuerdo a ello, la idea o concepto de *espacio de juego* sólo tiene relevancia en la primera de las fases mencionadas (Bruns); esta distinción o aclaración tiene importancia y conduce a no confundir este marco de culpabilidad con el marco de revisabilidad de la discreción judicial.

En este se sostiene que...*el Tribunal Supremo Alemán no usa la pena del marco de culpabilidad (...) en el sentido de la teoría del espacio de juego para determinar las fronteras entre el arbitrio judicial y el marco que comprende la revisabilidad del mismo, motivo por el cual la teoría del espacio de juego no puede hacerse valer en la pregunta por la revisabilidad de la pena puntual definitiva*²⁶.

Así, y en aquellos casos en donde no concurra la necesidad de atender a fines preventivos generales o especiales, la pena se determinará atendiendo al *principio de mínima intervención*, por lo que se fijará en la frontera o límite inferior del mentado marco de culpabilidad.

Resulta interesante detenerse al respecto en aquello que afirmara Dreher: *la ley no está en condiciones de dar un parámetro unitario de valoración por lo*

²⁵ Demetrio Crespo se pregunta si los fines preventivo generales pueden hacerse valer a costa del autor, y sostiene que de acuerdo a Neumann ellos constituyen puntos de vista adecuados o ajenos a la individualización de la pena, puede responderse en cualquiera de los dos sentidos, *ob. cit.*, p. 194.

²⁶ DEMETRIO CRESPO, E, *ob.cit.*, p. 191 y ss.

que esta valoración es patrimonio del juez independiente, la determinación de la pena es un acto creativo del juez.

Consideraciones

a. A esta teoría se le reconocen los siguientes méritos. En primer lugar, el haber realizado contribuciones en orden a superar las antinomias entre los fines de la pena. En este sentido, y si bien no logra hacerlo de manera definitiva, proporciona criterios para superar aquella denominada básica, es decir, la que involucra el binomio *culpabilidad – prevención*, y garantiza un ámbito en donde los fines de prevención general y especial serán ponderados.

En segundo lugar, y esto es particularmente importante para nuestros fines, se sostiene que aportó *racionalidad y transparencia* a la tarea de mensurar la pena, pues facilita un doble control, primero, el que lleva adelante el tribunal de mérito, y en segundo lugar, el realizado por el tribunal revisor, tarea esta que se lleva adelante merced a una *argumentación motivada*, que finca en primer término en los límites de la pena adecuada al suceso a analizar, y en segundo lugar, y ya dentro de ese espacio, argumenta también en función de los fines de prevención general o especial. Este proceder –se señala– obstaculiza que se lleve adelante una individualización meramente intuitiva y por ello mismo, incontrolable.

En tercer lugar, se asiste a cierta depuración del concepto de culpabilidad ya que no se incluyen en su seno consideraciones de tipo preventivo, se habla así de *culpabilidad por el acto individual*²⁷.

b. Si bien con mucho predicamento se la califica de impracticable, insegura e incorrecta, y superficial. Veamos.

Así, se sostiene que adolece de un problema lógico central cual es que, si no resulta posible determinar una pena única adecuada a la culpabilidad, tampoco lo será fijar dos que sí lo sean: una ubicada en el límite superior y otra en el inferior. En razón de lo apuntado, se cuestiona la *inseguridad* que introduce, y lo *impracticable* que le resulta al juez dividir en tres magnitudes una pena adecuada a la culpabilidad, esto es, una máxima, otra mínima y la intermedia, esto es, la real y correspondiente al hecho²⁸.

²⁷ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *ob.cit.*, p. 190 y ss.

²⁸ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *ob.cit.*, p. 195 y ss. En esta línea también ZIFFER,

Este marco de culpabilidad estaría constituido por barreras *fluidas* el que, y a diferencia del marco penal típico (fijamente determinado), cuenta con límites difusos o flexibles, pues depende de la *conciencia jurídica de la comunidad estatal en cada momento*²⁹.

No brinda factores para determinar la gravedad de los hechos delictivos, es decir, *no promueve un acercamiento con la noción de castigo justo* por lo que se la califica, como lo adelantáramos, de superficial. Estipula que el valor justicia es importante, pero no dice cómo arribar a sentencias justas³⁰. Sus críticos entienden que esta teoría sugiere falsamente que un análisis más detallado no resulta necesario, pues la pena es determinada por la noción de prevención³¹.

Posturas como la de Dreher que considera a la sentencia como un *acto de creación social*, significaron, en suma, que la elaboración de los criterios se dejase a la discreción del juzgador. Al respecto dos cuestiones, la primera, que ella desconoce, como lo hemos visto, que el acto de determinación de la pena es, esencialmente, aplicación del derecho³²; y en segundo términos que, si bien ello resulta intelectualmente honesto pues da cuenta de la ausencia de criterios o guías para que el juzgador mensure la pena, lo cierto es que resulta desproporcionado que se invirtiera tanta energía en construir una teoría del delito tan sofisticada y que la determinación de la pena se entregue a la mera discrecionalidad del juzgador.

De otro costado, se sostiene que la noción marco de culpabilidad no resulta separable de la noción de *ámbito de discrecionalidad judicial*, se trataría

Patricia S, *Consideraciones ...*, p. 92.

²⁹ Al respecto apunta Zipf que, la extensión del marco penal típico esta fijamente determinada, al estar asentada en su raíz la convicción del pueblo. La extensión del marco de la culpabilidad tiene por el contrario fronteras flexibles, y tiene que tenerlas, porque depende de la convicción jurídica de la comunidad estatal en permanente flujo, *Die Strafmabrevison*, p. 80, citado por DEMETRIO CRESOP, Eduardo, *ob.cit.*, p. 196.

³⁰ HÖRNLE, Tatjana, *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Fabián J. Di Placido, Buenos Aires, 2003, p. 33.

³¹ HÖRNLE, Tatjana, *ob. cit.*, p. 34.

³² ZIFFER, Patricia nos dirá que, la teoría del ámbito de juego ha llevado a afirmar que, *en el campo de la determinación de la pena, la ley no está en condiciones de dar un parámetro unitario de valoración, por lo cual esta valoración es patrimonio del juez independiente, la determinación de la pena es un acto creativo del juez. Sin embargo -enfatisa la autora-, esto desconoce el carácter esencial de aplicación del derecho que tiene el acto de determinación de la pena, convirtiéndolo en una especie de elección más o menos intuitiva y, fundamentalmente, cuya corrección no puede ser puesta en tela de juicio dentro de ciertos límites, Lineamientos...* ,p. 53.

– en suma, de los mismos o, de nociones íntimamente relacionadas. Su única función –al decir de Hassemer– es dejar en claro que, de momento no es posible explicitar y controlar los pasos de la determinación de la pena³³.

Se resalta, asimismo, que la mencionada teoría tiene un *origen procesal* relacionado con el recurso de casación. En este sentido se expresa que los tribunales de casación son conscientes de la dificultad que les representa a los tribunales de juicio determinar un monto concreto de pena (*quantum*). Atendiendo a ello se alega que, en sede de recurso sólo resultarán admisibles las penas que se encuentren dentro de lo *razonable* (sólo es posible la revisión del monto cuando existe una desproporción evidente e intolerable). En suma, cuanto ha sucedido aquí es que se ha *distorsionado* esa mera contemplación de tipo procesal, y se apoyó en ella la misma existencia de un marco de culpabilidad³⁴.

La prevención resulta determinante y decisiva para individualizar la pena pero puede darse el caso de que ella no resulte necesaria, como por ejemplo, frente a un autor socializado o, que en su caso no presta su conformidad al tratamiento. En este sentido, la versión más corriente de la teoría del espacio de juego demandará que, en los casos ordinarios la pena debería ser la que se encuentra en el límite más bajo del mencionado ámbito, considerando lo anterior la noción de *ámbito* se convertiría en superflua en los casos ordinarios³⁵.

También se destaca la ausencia de *explicitación* del marco de culpabilidad, lo que responde no sólo a la imposibilidad de fijarlo, sino también al hecho de que resultaría injustificable fijar la pena en su máximo cuando no concurren necesidades preventivas. Como lo hace notar Ziffer, esta ausencia trae aparejada nuevamente la idea de discrecionalidad y también la de ausencia de controles racionales.

³³ ZIFFER, Patricia S, *Lineamientos...*, p. 53.

³⁴ ZIFFER, Patricia S, *Lineamientos*, p. 50. En idéntica línea se ubica HÖRNLE al señalar *...confiar en un ámbito de juego, obviamente tiene sentido desde la perspectiva de la corte de apelación. No sería posible que la corte de apelación revea todas las decisiones tomadas por las cortes inferiores. Por razones prácticas, los jueces que entienden en las apelaciones tienen que cerciorarse de que la revisión en esta área no sea demasiado detallada. De otra manera, estarían sobrepasados por los recursos de apelación. Por lo tanto, uno no puede criticar al BGH por desarrollar la doctrina del ámbito de juego. No podrían llegar a ser más específicos respecto de la "pena correcta". El problema de halla, en parte, en la literatura lega, que, durante mucho tiempo, no hizo mucho más que reproducir la teoría del ámbito de juego (...) aquí, los principios de la corte de apelación son, necesariamente, demasiado vagos...*, *ob. cit.*, p. 34 y ss.

³⁵ HÖRNLE, Tatjana, *ob.cit.*, p. 34.

La *indeterminación de los conceptos jurídicos empleados*. Así, no existen parámetros objetivos para saber cuándo nos encontramos ante una pena ya adecuada a la culpabilidad o en su defecto ante una todavía adecuada a ella. Idéntica consideración cabe efectuar en torno a la medida de pena que permitiría cristalizar fines preventivos.

De otro costado y en relación a la posibilidad de aumentar las penas por razones preventivas, dos grupos de críticas. La primera, radica en el hecho de que el juzgador para hacerlo acudirá a argumentos que fincan en creencias subjetivas e intuiciones personales (creencias personales científicamente infundadas en relación a la disuasión), que se erigen en estándares problemáticos para las decisiones legales, pues se trata en suma de argumentos de corte inseguros carentes de base empírica suficiente. En segundo lugar, y ya en sede de argumentos más bien clásicos a la hora de cuestionar ello, se sostiene que resulta injusto emplear al delincuente dándole una pena mayor para la disuasión de otros³⁶.

Teoría de la Pena exacta o puntual (Punktstraftheorie)

Esta posición teórica fue la dominante, junto con la teoría del espacio de juego, hasta la década de los sesenta del siglo XX. La misma niega la existencia de un marco de libertad o de culpabilidad y sostiene, por el contrario, que la pena adecuada a la culpabilidad sólo puede ser una, la que es siempre (culpabilidad como medida fija y determinada) una medida fija y determinada. La pena correcta -se sostiene-, sólo podrá ser una; en el caso concreto resulta posible calcular exactamente cuál es la pena que corresponde a la culpabilidad del autor. Ahora bien, existen dificultades para conocer esa pena única adecuada a la culpabilidad, pues de acuerdo a esta concepción esta última es un fenómeno *metafísico*. En atención a ella se acepta que pueden existir divergencias dentro de ciertos márgenes en torno a la pena aplicable en el caso concreto, lo que se debe a la limitación del conocimiento humano sobre el problema de la culpabilidad³⁷.

³⁶ HÖRNLE, Tatjana, *ob.cit.*, p. 28 y ss.

³⁷ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *ob. cit.*, p. 187

En relación al punto, el principal exponente de esta corriente teórica, Arthur Kaufmann, sostenía la existencia de una única pena justa para cada hecho delictivo, y que ella se correspondía con la culpabilidad del sujeto, la que se encontraría condicionada, a su vez, históricamente. Para el mencionado autor debían, sin embargo, realizarse precisiones en torno a la culpabilidad como fenómeno metafísico. Así, debía distinguirse entre *conocimiento metafísico y estado u objeto metafísico*, y así apuntaba que, si bien existía una imposibilidad de conocer la culpabilidad exacta que se correspondía con el injusto cometido –conocimiento metafísico–, sí resultaría posible alcanzar precisiones en torno a la pena que corresponde aplicar en el caso (pena judicial), es decir, como estado u objeto metafísico³⁸.

Esta teoría adopta, una concepción bilateral del principio de culpabilidad, pues en primer lugar demanda que la pena compense la culpabilidad por el hecho, y en segundo término, sostiene un vínculo necesario y absoluto entre injusto culpable y pena, de manera tal que siempre ante un injusto culpable debe aplicarse pena, por lo que se rechaza la idea de que ello resulta así cuando lo aconsejen necesidades preventivas³⁹.

Resulta claro que, si bien pretende diferenciarse de la teoría del espacio de juego termina pareciéndose mucho a ella⁴⁰, aserto que se muestra claro a poco que se repara en los siguientes puntos. Primero, ambas teorías parten de concepciones retributivas, y sostienen que el acto de mensura practicado por el juzgador *descubre* la pena adecuada a la culpabilidad, ya sea esta exacta o un abanico de ellas, en el marco de un proceso de constatación, no atendiendo así que en realidad se asiste a un *acto valorativo* (o de atribución) practicado según pautas de tipo normativo.

³⁸ BASO, Gonzalo J, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2019, p. 127.

³⁹ BASO, Gonzalo J, *ob. cit.* p. 128.

⁴⁰ Ziffer nos hace notar que ello queda en evidencia, por ejemplo, en Jescheck quien sostiene al respecto: *El acto de individualización de la pena debe entenderse (...) de forma que el juez parte de la pena adecuada a la culpabilidad según su parecer (pena puntual) y la modifica en favor de los otros fines penales, mediante combinación de las diversas posibilidades de sanción. En esa actividad sólo puede apartarse de su punto de arranque mientras que la pena siga manteniendo con su fundamento una relación interna que sea aceptada como tal por la comunidad jurídica (individualización de la pena como acto de configuración social), Lineamientos...*, p. 51

En segundo término, ambos modelos terminan mensurando la pena en función de criterios propios del injusto culpable, en el supuesto de que no concurren en el caso concreto factores preventivos.⁴¹ En tercer lugar, esta teoría procura diferenciarse de la teoría del ámbito de juego, al no valorar aspectos relacionados con la prevención especial o general -ello como consecuencia lógica de su aserto relativo a que a la culpabilidad solo puede ser una única pena fija, por ello no pueden valorarse dentro de ella, circunstancias que le son ajenas-⁴², lo cierto es que, tal y como lo hace notar Ziffer ambas posiciones terminan acercándose, pues en la literatura alemana se desprenden aserciones como la siguiente de parte de su partidarios: si bien el juzgador parte de una pena adecuada a la culpabilidad según *su* parecer – lo que configuraría la llamada pena puntual- puede modificar la misma en favor de otros fines penales, siempre cuando no se aparte y continúe manteniendo con su fundamento una relación interna que sea aceptada por la comunidad jurídica (individualización como acto de configuración social)⁴³.

Consideraciones

Se le cuestiona partir de un punto de vista incorrecto, pues no se trataría de una mera imposibilidad de conocer la pena adecuada a la culpabilidad, sino más bien de que esta noción (que bajo este prisma, adquiere una concepción metafísica) no puede conducir a un punto exacto dentro del marco penal. Su consideración o estimación de que existe una sola pena correcta supone, un acto heroico de conocimiento que nadie está en condiciones de realizar, y aun en el caso de que fuese factible, tampoco legitimaría la pena estatal⁴⁴. Asi-

⁴¹ BASO, Gonzalo J, *ob.cit.*, p. 134 y ss.

⁴² BASO, Gonzalo J, *ob.cit.*, p. 128 y ss.

⁴³ ZIFFER, Patricia, *Lineamientos...*, p. 51.

⁴⁴ ZIFFER, Patricia S, *Lineamientos...*, p. 55. Ilustrativo en este sentido resulta Roxin cuando apunta que *lo que es merecido no es algo escrito con precisión en el firmamento de un concepto metafísico de la culpabilidad, que incluso con ayuda de un telescopio sería difícil de leer; sino el resultado de un proceso psicosociológico valorativo mudable, de una valoración de la comunidad que desde un principio no puede determinarse en relación con la magnitud penal de un modo exacto, sino que solo posee realidad empírica en el ámbito de un cierto margen de libertad*, ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1981, p. 97.

mismo, el paradigma de que la culpabilidad es una noción inconmensurable olvida la naturaleza *normativa* del tópico en estudio; es que nada impide que, a una culpabilidad que presente ciertas características se le atribuya o se predique, racionalmente, una pena determinada⁴⁵.

Por lo demás, también se le cuestiona la adopción de la ya mencionada concepción bilateral del principio de culpabilidad, ello en el entendimiento de que la pena es una institución humana creada con el fin de proteger a la sociedad, merced a lo cual no puede ser impuesta si no concurren necesidades preventivas⁴⁶.

Finalmente cabe destacar que esta teoría supone, como lo sostiene Demetrio Crespo, un inmovilismo político criminal. Así, este autor entiende que su mismo presupuesto teórico resulta incorrecto, es decir, que la culpabilidad pueda en algún caso conducir a un punto exacto dentro del marco penal típico, y al respecto apunta con agudeza:

...no es que exista una magnitud penal que se corresponda con exactitud al grado de culpabilidad y que, por nuestras limitaciones, no podamos verla con claridad; sino que tal magnitud no existe en absoluto. Se rechaza, por lo tanto, un concepto metafísico de la culpabilidad que sea capaz de decir en cada caso qué pena corresponde exactamente a lo “merecido” por el autor, ya que el problema de la determinación de la pena es puramente terrenal que tiene por objeto asegurar el orden social pacífico⁴⁷

Teoría del Acto de Gestación social

Esta teoría fue elaborada por Dreher, quien parte del siguiente problema fundamental de tipo filosófico: existe o no una pena única o absoluta adecuada a la culpabilidad, es decir, o ella existe, pero las limitaciones del conocimiento humano impiden conocerla, o ello no existe.

El citado autor comparte argumentos tanto de la teoría de espacio de juego como de la pena puntual; pues por un lado adhiere a la idea de que no existe una única pena adecuada a la culpabilidad, en tanto que por el otro postula

⁴⁵ ZIFFER, Patricia S, *ob.cit*, p. 31.

⁴⁶ ROXIN, Claus, *ob.cit*, p.189.

⁴⁷ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *ob.cit*, p. 188.

que el juez debe adherir, finalmente, a una determinada pena pues no puede permanecer en el mencionado ámbito de juego. La pena, finalmente, debe ser adecuada a la culpabilidad conforme con la *conciencia de la comunidad jurídica*.

Se trata -de acuerdo a su cultivador-, de una tercera posición en la materia y por ello distinta a las mencionadas, en donde la pena justa se determinará a partir de un acto creador (*personal*) del juzgador que *configura* socialmente la pena final imponible. La pena -se sostiene bajo esta óptica-, es un fenómeno social creado por las personas y para ellas⁴⁸.

Dos ejes centrales siguiendo a Baso. El primero, la *vinculación de la pena legal con la culpabilidad*. La pena se vincula con la culpabilidad. El juzgador se encuentra vinculado a las valoraciones que realizara el legislador, por lo que tiene que imponer una de las penas legalmente previstas en abstracto, ya que el legislador ha previsto los concretos contenidos de injusto y de culpabilidad que se corresponden con las distintas configuraciones fácticas que en un determinado tipo penal pueden ocurrir: la pena legal mínima se corresponde con el hecho típico de menor gravedad que pueda concebirse; la máxima a la inversa, y la pena aritmética media al hecho de gravedad media, no al de mayor comisión en la práctica. Se trata de la llamada *escala de gravedad continua*. Al juez le corresponde realizar un *juicio de valoración social*, para el cual tomará en consideración el principio de culpabilidad y las referencias del marco penal abstracto, y en donde la pena que se imponga conduzca a la reparación de la perturbación general en la paz jurídica. En esta concepción destaca el carácter mutable que presenta, tanto la noción de culpabilidad, como de la pena asociada a ella (recuérdese que la pena se determina en función de ella).

El segundo eje destaca la noción del marco penal como escala de gravedad continua, y la necesidad de que el juzgador configure la pena según las valoraciones que ya efectuó el legislador.

Existe para sus partidarios un verdadero cambio de enfoque, pues ya no se trata que el juzgador *encuentre* la pena que procura determinar, no, se trata de un acto *personal de gestación, de configuración o de creación del juez*, quien tiene que determinar la pena en el interior de un marco penal y para lo cual toma en consideración las pautas valorativas del ordenamiento jurídico y lo lleva adelante en el marco de la estructura social de su ámbito de competencia.

⁴⁸ BASO, Gonzalo J, *ob.cit.*, p. 137, nota 226, y p. 142, nota 249.

El producto de ese acto de gestación, la sentencia, se erigiría como un acto de valoración de tipo social en donde la pena se fija en atención a criterios que proporciona la *tradición*, como su *encaje con la comunidad*. Para evitar la arbitrariedad en esta tarea, el juzgador tiene que actuar de acuerdo, en primer lugar, con las valoraciones contenidas en el marco penal abstracto, y en segundo término con la tradición (también variable), la que indica que penas resultan adecuadas a determinados delitos, y que incluye la forma de actuación de los jueces al aplicar el derecho, las prácticas de los abogados y de los fiscales, y en tercer lugar, su encaje en la comunidad social. Ese acto tiene que ser comprensible y aceptable tanto para la comunidad jurídica, y en la medida de lo posible también, para el mismo imputado⁴⁹.

Pese a todos los recaudos apuntados -se sostiene- siempre existirá un núcleo de irracionalidad pues el juzgador recurrirá a valoraciones que se encontraban por fuera del marco penal típico.

Se trata de un acto *personal* del juzgador (entendido como que se encomienda a una persona), cuya tarea es determinar o concretar el punto en el que se debe ubicar el suceso en tratamiento en el interior de la escala legal que le ha brindado el legislador. Pese a ello no se autoriza que en su determinación elabore una escala valorativa diferente de la que le proporciona el legislador (la que sería fruto de la tradición, pues merced a ella el juzgador va elaborando su propia escala de valoración), no, la mensura judicial debe hacerse en función de criterios jurídicos que se encuentran ya en el ordenamiento. En este sentido apunta Baso⁵⁰ que, para Dreher la función del legislador y del juez *no resultan esencialmente divergentes: ambos desempeñan actos sociales eminentemente valorativos y configuradores de la norma, correspondiendo al legislador la parte inicial y al juzgador la parte final del proceso de configuración –respectando los criterios legislativamente fijados.*

Se aprecia una observancia estricta del juez a la escala penal brindada por el legislador. La ley, entonces, no sólo proporciona un límite sino también una escala de valoración a aplicar en el caso concreto.

Para esta teoría no hay penas absolutas que prescindan del *contexto histórico* en el que se imponen, esto es, que sean independientes del sistema jurídico penal vigente en un determinado tiempo lugar (en especial es de sus marcos

⁴⁹ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *ob. cit.*, p. 198.

⁵⁰ BASO, Gonzalo J, *ob. cit.*, p. 140.

típicos). Atento a ello si la pena determinada judicialmente (pena judicial) se inserta en un determinado marco legal, forzosamente debe revestir el carácter relativo y condicionada históricamente⁵¹.

El principal medio para garantizar una configuración judicial del derecho que no resulta arbitraria, y que a la vez que se muestre como idónea para lograr una aplicación uniforme y una revisión de igual naturaleza, resulta de recurrir a las propias valoraciones objetivas contenidas en la misma escala penal abstracta⁵².

Consideraciones

En primer lugar, suele señalarse en doctrina que esta teoría no se diferencia de la llamada pena puntual o exacta, es donde el juez debe establecer la pena en el caso concreto una pena que debe ser correcta a juicio de la comunidad jurídica. Aquella semejanza resulta clara a poco que se repara en la siguiente cuestión: en la teoría del espacio de juego, el juez en la fase intermedia de determinación de la pena, en la individualización conforme con la culpabilidad, puede permanecer en el mentado espacio de penas adecuadas a la culpabilidad, cosa que no ocurre ni en esta teoría, ni en la llamada pena puntual⁵³.

Otorga relevancia a las *valoraciones sociales* en el proceso de gestación de la pena (vrg., tradición, contexto), ello relativiza un tanto la sujeción del juez a la ley, pues debe concretar la pena merced a valoraciones sociales y a su propia labor interpretativa, por lo que no se asiste a una tarea de subsunción de tipo mecánica. La mencionada consideración permite apreciar que en la determinación de la pena judicial se asiste a un proceso en el que se realizan de forma simultánea tanto actos de *aplicación del derecho, como de configuración del mismo*, merced a lo cual resulta claro que no se asiste a un mero proceso en donde se constata la pena a aplicar, sino más bien a un acto creativo o de atribución. Esta doble naturaleza (en especial la dimensión de configuración social) le otorga un amplio margen de libertad valorativa al juzgador (ejercicio personal), pese a lo cual esta tarea no puede concebirse como de un poder ab-

⁵¹ BASO, Gonzalo J, *ob. cit.*, p. 143.

⁵² BASO, Gonzalo J, *ob. cit.*, p. 143, nota 250.

⁵³ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *ob. cit.*, p. 199. Véase también Baso, Gonzalo J, *ob. cit.*, p. 143 y ss.

soluta por parte del juez de instancia, por lo que se fomenta una ampliación del control en sede de recurso⁵⁴.

Este doble proceso -aplicación, configuración-, tiene que ser susceptible de *comunicación intersubjetiva* y de revisión por parte de los tribunales superiores la que, entiende el autor, debe ampliarse.⁵⁵

De otro costado, también se le ha criticado recurrir a criterios difusos como por ejemplo la *convicción jurídica de la población* para determinar la pena correcta.

Asimismo, la escala de gravedad continua o progresiva es un intento de solución del problema del punto de ingreso a la escala penal de que se trata. Para así ubicarlos, el juzgador tendrá que identificar cuáles fueron los casos que el legislador pensó para cada tipo de segmento, para después compararlos con el que tiene que juzgar. Se trata, en definitiva, de bucear en la voluntad del legislador. Esta noción -apunta Ziffer- tiene el mérito de rechazar la noción de discrecionalidad del juez y ver en los marcos penales un parámetro de todas las formas posibles que puede llegar a adoptar un delito, lo que resulta de una importancia decisiva⁵⁶.

Teoría del valor relativo o de posición (Stellenwerttheorie)

Esta teoría surge como una respuesta al desafío que plantea el texto del párrafo 46 del StGB alemán. Como lo hemos visto, la aludida norma exige para

⁵⁴ En relación al punto señala ZIFFER que, *el juez puede -y debe- reflejar las valoraciones sociales en la elección de la pena dentro del marco penal. Esto, en realidad, más que significar que el juez puede fijar la pena utilizando como criterio sus opiniones personales, hace referencia a un fenómeno mucho más trivial en materia de interpretación: frente a un acto valorativo, nadie puede sustraerse a su propio contexto. Y si la ley permite esto es, en todo caso, porque carecería de todo sentido prohibirlo, en la medida en que es inevitable que el juez decida desde su propia perspectiva. El marco dentro del cual se mueve el juez está estructurado a partir de los principios constitucionales, por las relaciones de los tipos penales entre sí, y por las valoraciones que les subyacen, pero esto es sumamente flexible, y la conclusión final será eminentemente valorativa, Lineamientos...*, p. 38.

⁵⁵ BASO, Gonzalo J, *ob.cit.*, p. 145

⁵⁶ ZIFFER, Patricia S, *Lineamientos...*, p. 37. Sin perjuicio de lo anotado en el texto, la mencionada autora aclara que no resulta posible ver a los marcos penales en el trasfondo de una acción legislativa única, pues con el transcurso del tiempo se producen modificaciones en la valoración de las conductas reflejadas en los tipos penales, ya sea que se los comience a considerar como más graves o más leves. Ver en este sentido Baso, Gonzalo J, *ob cit.*, p. 138, nota 230.

individualizar la pena tomar en consideración tanto la culpabilidad, como la prevención especial criterios que, eventualmente, pueden resultar antinómicos. En atención a ello esta teoría propugna establecer un sistema interpretativo coherente con esa pretensión legal.

Así entiende que, del texto, el sentido y la ley, de la aludida norma se desprende que el proceso de mensura debe dividirse en dos niveles. En el primero, el juez convierte el ilícito culpable en un determinado *quantum* de pena, y también determina su duración y gravedad (hipotéticamente privativa de la libertad y de cumplimiento efectivo). Recién en el segundo entrarán en consideración los fines de prevención (general o especial); y en donde se establecerá qué tipo de pena se impondrá y su modo de cumplimiento. Se sostiene entonces que sólo se podrán seguir fines preventivos una vez que se ha determinado qué tipo de pena cumplirá el autor⁵⁷

La idea es determinar el valor o el peso de cada uno de los fines de la pena en las diferentes etapas del proceso de individualización de la pena. En esta inteligencia entonces, en primer lugar, la pena se graduará en función de criterios retributivos, sin que tengan cabida criterios de prevención. La medida de la culpabilidad será proporcional a la gravedad del ilícito, y quedará fijada (la culpabilidad) en un determinado punto del marco penal. En la segunda etapa del proceso de determinación entrarán en juego las consideraciones preventivas, y estarán ausentes las de tipo retributivo. Aquí se toman las decisiones relacionadas con la *clase* de pena y su *modo* de ejecución.

Tal y como surge claro de lo expuesto, la decisión relacionada con el *monto* de la pena es la primera que debe tomarse, y ella es *sólo* la expresión de la gravedad del ilícito culpable. Esta elección tiene prioridad sobre la siguiente. Se considera que la individualización de la pena es la cuantificación de la culpabilidad en unidades de pena, y la unidad a utilizar es la pena de prisión.

Consideraciones

En primer lugar, se destaca su incompatibilidad con el texto del mismo párrafo 46 del código penal alemán al que -recordemos-, procura dotar de una

⁵⁷ ZIFFER, Patricia S, *Consideraciones...*, p. 95.

interpretación coherente, pues la doctrina de aquel país hace notar que, en la fijación del monto de la pena también deben atenderse a *las consecuencias para la vida futura del autor*. En sintonía con ello, Roxin agrega que la misma también se encuentra en pugna con los antecedentes legislativos de la norma bajo estudio. En segundo término, no establece por qué la elección de la pena de prisión como unidad de pena.

A su turno, también se le cuestiona que no brinda razones decisivas en orden a justificar por qué en la elección de la clase y modo de ejecución solo entran en consideración los fines de prevención y no la culpabilidad, esta también desempeña su papel en la elección de la clase de pena, y a su turno la prevención especial también tiene importancia en la duración de la pena⁵⁸. En definitiva, se trata de vasos comunicantes, difícil tratarlos como compartimentos estancos.

En sintonía con lo precedentemente expuesto se encuentra Roxin quien postula que, de acuerdo al tenor literal de la norma, la culpabilidad es sólo el fundamento de la determinación de la pena, lo que significa que los restantes criterios preventivos entrarán en consideración. A más de ello apunta agudamente también que, difícilmente puedan tenerse en cuenta los efectos de la determinación de la pena para la vida futura del reo en sociedad si previamente ellos no fueron tomados en consideración al determinarse el monto de la pena. A ello agrega que, el segundo párrafo del parágrafo 46 del StGB alemán menciona determinadas circunstancias que sólo tienen sentido desde la faz de las necesidades preventivas y que aluden a la determinación de la pena contenida en el 46.1°. Finalmente ensaya una objeción de corte teleológico, cual es la dificultad de distribuir culpabilidad y prevención en diferentes fases.

A su turno, Dolcini ensaya dos agudas observaciones a esa teoría. En primer lugar, cuestiona aquellos argumentos que propician la exclusión de las consideraciones preventivo especiales en la individualización judicial de la pena, pues considera que en la *praxis* el juzgador sí está en condiciones de comprobar si una determinada pena conducirá a una mayor desocialización. En segundo término y siempre mirando a la prevención especial, cuestiona su lógica interna; es que, por un lado, entiende que el juicio de pronóstico orientado a la prevención especial es demasiado inseguro como para reducir la pena; pero después recurre al mismo al individualizar la misma en sentido amplio y justificar la renuncia total a la ejecución de la pena⁵⁹.

⁵⁸ ZIFFER, Patricia S, *Consideraciones...*, p. 95.

⁵⁹ Vale la pena destacar que desde la doctrina española se sostiene que este modelo no

VI. Conclusiones

1. Argumentación en función de los fines de la pena e impacto en las funciones de la motivación

Si las teorías de la unión se erigieron, o fueron pensadas como *herramientas metodológicas* que procuran guiar u orientar al juzgador en la tarea de mensurar la pena, resulta claro de la exposición precedente que no logran satisfacer el mencionado propósito. Es que, al adscribirse a una la concepción de que la individualización de la pena no se relaciona con la teoría del delito, sino más bien con las teorías de la pena, entienden que para realizar la concreta mensura debe atenderse de forma primordial y directa a los diferentes fines que a la misma se le asignan.

A la luz de ello, resulta claro que el juzgador acudirá de manera primordial a una motivación centrada en los diferentes *fines de la pena*, esto es, a *principios político criminales generales* (retribución, prevención general o prevención especial), concretamente, a cómo ellos deben conciliarse para alcanzar una solución armónica que, además, los contemple a todos (evidente en este punto resulta el modo de proceder que propone la teoría del espacio de juego), relegando, y esto es importante, a un segundo plano a los concretos elementos del hecho que por caso corresponda mensurar. Esta argumentación se mantiene en el plano de los *principios* mencionados, y tiene el defecto de carecer de un sistema de *reglas* que posibiliten una traducción siquiera aproximada en conclusiones cuantitativas⁶⁰.

Este proceder centrado en principios y no en reglas, ni criterios, impacta decisivamente en las *funciones* que a la garantía de la motivación se le asignan de ordinario, y más concretamente en la llamada función *endoprocesal* (es decir, aquella que permite el control de la resolución al tribunal de instancia superior, al mismo sentenciante y a las partes-), y dentro de esta última, al co-

resulta compatible con el sistema español ya que en este la prevención especial constituye un criterio fundamental de IJP en sentido estricto que tiene su anclaje normativo en el art. 25.2 de la Constitución de aquel país. DEMETRIO CRESPO, Eduardo, ob.cit, p. 201

⁶⁰ SILVA SANCHEZ, Jesús M, *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*, *Indret: Revista para el análisis del derecho*, núm.2, 2007, p. 3. Sostiene Silva que el mismo carece de una orientación suficiente a la hora de decidir sobre las diferencias de pena en años de duración, por lo que termina llevando adelante razonamientos defectuosos, pobres, mutables y en algunos supuestos arbitrarios.

nocimiento efectivo que de esas razones puedan tener las partes para llevar adelante el control que por caso procuren, y muy especialmente el imputado. Ilustrativo en este sentido resulta, por ejemplo, observar cuanto ocurre en la *teoría del espacio de juego*, en donde el diálogo que en sede de control se efectúa se da exclusivamente entre el tribunal de casación y el tribunal de mérito, prescindiendo así de toda consideración a las partes del proceso.

En sintonía con lo precedentemente expuesto se encuentra el hecho de que muchos de estos conceptos elaborados miran más al juzgador que a las partes del proceso o, en otros términos, al procurar guiar sus pasos se relega así la atención y los intereses de los restantes involucrados. Esta cuestión se nos muestra con toda evidencia en el tan citado *marco de culpabilidad* el que resulta inocuo para el imputado, lo que queda en evidencia no sólo con el lugar u orden que el mismo ocupa, esto es, previo al marco final; sino también en la ausencia de toda demanda de explicitación al respecto. Su clara distinción con el llamado marco de revisabilidad, es otra prueba evidente de cuanto aquí se pretende ilustrar.

En resumen, se atiende *parcialmente a la función endoprocésal* de la motivación, pues se coloca el foco de atención sólo en el control que el mismo sentenciante efectuará de la motivación que por caso deba ensayar.

2. Conceptos jurídicos indeterminados

Como segundo punto de análisis advierto que se recurre en exceso a *conceptos jurídicos indeterminados*, de tipo *dudoso*, lo que impacta fuertemente en las áreas que aquí concitan nuestra atención. Destaca, por ejemplo, aquello de la pena *ya* adecuada a la culpabilidad, o *todavía* acorde con ella la que, como lo hemos visto, se corresponde con una noción de la teoría del ámbito de juego⁶¹; o la *fluidez de esos marcos*, los que dependen de la *conciencia de la comunidad estatal*, o la *culpabilidad conforme con la conciencia de la comunidad jurídica*, etc.

De acuerdo a la doctrina administrativista, los conceptos jurídicos indeterminados obligan al operador a encontrar *una única solución justa*, aunque

⁶¹ ZIFFER, Patricia, *Consideraciones...* p. 93. Al respecto apuntará Ziffer que no existe parámetro concreto de tipo objetivo que permita intuir cuándo estamos en presencia de ello. Esa nota de imprecisión también puede predicarse -destaca la autora- de los términos culpabilidad como de los fines preventivos empleados.

al mismo tiempo en la concreción del concepto según las circunstancias particulares del caso, se les otorgue cierto margen de apreciación.

Ahora bien, todo concepto jurídico indeterminado presenta tres zonas diferenciadas: el núcleo del concepto, o zona de certeza positiva (Begriffkern); una zona de sombra o de incertidumbre, o halo del concepto (Begriffhof), situado entre las zonas de certeza positiva y negativa; y finalmente, una zona de certeza negativa. La admisión o exclusión del concepto sólo es segura en las zonas de certeza; en la zona de incertidumbre, por el contrario, reina la inseguridad⁶².

El problema, tal y como podrá adelantarle el auditorio es que los conceptos aquí empleados cuentan con una extensa zona de sombra o incertidumbre, lo que impacta en el control que por caso se intente. Así, la tan mentada búsqueda e imposición de una *pena justa* se problematizará y quedará sometida a un *doble* orden de apreciaciones subjetivas, esto es, tanto la practicada por el tribunal de mérito al concretar esos juicios, como también de la aquellos encargados de controlar esa concreción: el tribunal de casación. Atento al marco expuesto, no puede extrañar que se concluyera que en supuestos dudosos -como los aquí tenemos entre manos- se tienda a aceptar que *toda decisión razonable es jurídicamente correcta*⁶³, lo que trae sus problemas en cuanto a lo que aquí importa.

El tema es que, no puede estimarse igualmente correcta, por ejemplo, tanto una pena ya adecuada a la culpabilidad, como también una todavía conforme con ella, pues sostenerlo sin más sería sostener que hay varias penas correctas desde el punto de vista de una pena adecuada a la culpabilidad *lo que presupone que sea correcto formular juicios de valor diferentes para autores que son igualmente reprochables*⁶⁴, lo que no resulta acertado.

3. Motivación como explicación: su vinculación la tesis psicológica de la argumentación

En las teorías expuestas se advierte una preocupación constante en *explicar* la naturaleza del acto de determinación de la pena, esto es, de dar cuenta de las

⁶² GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Colex, Madrid, 1990, p. 41 y ss.

⁶³ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *ob. cit.*, p. 42.

⁶⁴ ZIFFER, Patricia, *Lineamientos...*, p. 55.

razones o motivos que conducen a la acción, en el caso, las razones que motivan al juzgador a imponer una determinada sanción o pena. Repárese así en aquellas notas concepciones que refieren que el mencionado acto es un acto creador del juez o en donde la pena se fijará en atención a los criterios que propone tanto la tradición, como su encaje con la comunidad; o que en esta tarea no se puede prescindir del contexto.

Amén del acierto o no de esta cuestión, ello evidencia que se asiste aquí a una concepción de la motivación como *explicación*. Esta última, es bueno destacar, tiene la particularidad de permitir averiguar las razones que conducen a la decisión (con una mirada retrospectiva a la cadena causal que da lugar al fallo, y ello con independencia de cualquier juicio valorativo relacionado con la corrección de las mismas)⁶⁵. Esta concepción, tiene su origen en la tesis psicologista de la motivación judicial la que -recuerdo-, no tiene en cuenta la distinción entre *contexto de descubrimiento*, propio de la decisión judicial, y el *contexto de justificación*, ámbito este de la motivación judicial, que es lo que a nosotros aquí nos interesa.

Resumo entonces, se atiende más a como se ha llegado a la decisión, pero no a como ella se justifica. Resulta claro que esta concepción no resulta satisfactoria para dar respuesta a lo que jurídicamente se entiende por motivación, la que se asemeja a *justificación*⁶⁶.

Resulta evidente que la aludida mirada -motivación como explicación- impactará también en la función endoprocesal de la motivación, ya mencionada. Es que, es sabido que las partes y en especial el imputado, se convencerán del acierto de la resolución merced a las *razones* que por caso el tribunal ensaye, y no en las causas que se invoquen en su sustento. Idéntica consideración cabe efectuar en orden al eventual control que se lleve adelante por parte de los tribunales de casación⁶⁷.

En este sentido apuntará Silva Sánchez que el específico deber de motivación en la mensura de la pena *...no es explicación del fallo sino argumentación*

⁶⁵ IGARTUA SALAVERRIA, *ob. cit.*, p. 145.

⁶⁶ ALISTE SANTOS, Tomás Javier, *ob. cit.*, p. 239.

⁶⁷ En idéntico sentido ALISTE SANTOS, Tomás Javier, *ob.cit.* p. 240 quien refiere que, la función extraprocesal de la motivación deja por los suelos la tesis psicologista, entendiéndose que las partes se convencerán, en el mejor de los casos, o se persuaden, en la mayoría, atendiendo a la solidez de las razones expresadas por el tribunal y no al proceso mental de gestación de las mismas que poco puede importar a las partes y a los tribunales superiores que atiendan a una hipotética impugnación.

de las razones del mismo que haga posible una contra argumentación en vía de recurso⁶⁸.

4. Motivación formal

Esta participación en la tesis psicológica de la motivación impactará decisivamente en otros puntos vinculados con ello. Así, y si bien estas teorías no propician una *motivación de tipo o corte formal*, esto es, una en donde la exigencia de fundamentación de la decisión sea de tipo puramente formal, prescripta por el derecho positivo, y en donde el control de la discrecionalidad en la materia será de simple ajuste a la legalidad-, lo cierto es que al propiciar una argumentación que mira directamente a los fines de la pena y no a factores o circunstancias concretas, desatiende o no alienta argumentación de tipo material, esto es, una que garantiza el ejercicio racional de la potestad jurisdiccional la que, a diferencia de la anterior, no se agota en legalidad, sino que la trasciende al exigir un control efectivo de la *racionalidad* a través de la motivación⁶⁹.

Claro está que otro impacto del temperamento reinante se dará en torno a los especiales estándares o exigencias que se sostiene desde la doctrina y jurisprudencia resultan de aplicación en esta materia. Concretamente, aludo al baremo de *motivación reforzada o razonabilidad reforzada*, el que advierte virtualidad cuando, primero, la decisión que adoptará el tribunal de juicio lo será en virtud de facultades discrecionales reconocidas y, en segundo lugar, cuando más grave se la decisión que el tribunal debe adoptar para la dignidad de la persona humana⁷⁰. El mismo refiere a la *especial diligencia* que debe observarse en torno a la garantía de la motivación, lo que obsta al recurso a determinadas expedientes, como por ejemplo una motivación de tipo implícita.

⁶⁸ SILVA SANCHEZ, Jesús María, *¿Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código Penal*, La Ley 1998, tomo 4, D-198, p. 1451.

⁶⁹ ALISTE SANTOS, Tomás Javier, *ob. cit.*, p. 161.

⁷⁰ SANCHEZ OSTIZ, Pablo, *Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, p. 193.

5. *El derecho como práctica argumentativa*

Tanto la teoría del espacio de juego, como de la pena puntual propician en palabras de Patricia Ziffer que la pena que se procura imponer es una entidad o algo que se *descubre*, es decir, se alude a un proceder que destapa lo que antes se encontraba tapado o cubierto⁷¹. Particularmente ilustrativo de ello será aquella concepción de la culpabilidad como fenómeno metafísico. Ello desatiende, entre otras cosas, que el derecho actual es una práctica argumentativa, merced a la cual hoy se sostiene que se trata el acto de mensura como un acto de atribución de valoración que demanda del jurista práctico, precisamente, el ejercicio de la argumentación.

Así, la mencionada autora nos dirá que, esas notas

no convierte (n) a la determinación de la pena en un acto arbitrario o con un último remanente irracional (...) sino que esta característica en última instancia, es compartida por todo concepto jurídico. Aun aquellos que aparentemente son más exactos suelen plantear serias dificultades interpretativas, y la subsunción de un hecho en ellos sólo es posible por medio de la argumentación...⁷².

6. *El impacto de la tradición en la teoría del acto de gestación social*

La teoría del acto de gestación social trae en consideración un factor que hasta el momento no había sido atendido por las anteriores teorías aunque el mismo bien podía estimarse implícito: *la tradición*. Reparar en ella -entendemos-, nos ayudará a comprender aquello de que los jueces determinan la pena conforme a determinados criterios que proporciona la misma, o que será esta la que indicará qué penas resultan adecuadas a determinados delitos.

⁷¹ Descubrir será en su segunda acepción: destapar lo que está tapado o cubierto; en tanto que en su tercera es hallar lo que estaba ignorado o escondido. *Diccionario de la lengua española*. Vigésimo tercera edición, 2014, Edición del tricentenario, Espasa, T. 1, p. 752.

⁷² ZIFFER, Patricia S, *Lineamientos...*, p. 55.

En efecto, la tradición cuenta con tres elementos: el pasado (por sobre las generaciones el derecho graba y preserva un ensamble de creencias, valores, mitos y rituales); presencia dotada de autoridad (sólo entra en la tradición aquella parte del pasado que está dotada de autoridad en el presente, esto es, que es significativa) y por último la transmisión, pues la tradición depende de una continuidad real o imaginaria entre el pasado y el futuro⁷³. De todos ellos nos interesa fundamentalmente el último de los mencionados, y dentro de este a su vez, uno de los diferentes modos en que se transmite la tradición *la práctica jurídica*⁷⁴, pues la uniformidad que se aprecia en determinados ámbitos o cuestiones relacionadas con la determinación de la pena en la argumentación de los jueces (montos o *quantums* punitivos, circunstancias, etc.) evidencia la presencia de prácticas no escritas que se transmiten de generación en generación mediante, fundamentalmente, la experiencia.

Ahora bien, resulta claro también que, si bien esa concepción nos ayuda a comprender la naturaleza del acto de determinación de la pena, su ontología, no resulta igualmente útil para justificar la pena.

Otro indudable impacto que tiene la tradición en esta materia se advierte en otro de los modos en que la tradición se transmite, esto es, en los precedentes. Esa vinculación se aprecia cuando se repara en que los tribunales de justicia para determinar la pena recurren para justificarla a sus *fin*es en el entendimiento de que se trata de una materia que guarda relación con los fines de la pena y no con la teoría del delito.

Ese modo de proceder *limitante* y *encarnado* en la magistratura recuerda el concepto de Gadamer de *la historia del efecto* (Wirkungsgeschichte) que indica que *uno nunca puede interpretar sin verse afectado por la tradición de interpretaciones previas y los sucesivos prejuicios referidos al objeto*, por lo que se

⁷³ TONTTI, Jarkko, *Tradición, interpretación y derecho*, quien sigue en ello al profesor Krygier, p. 119 y ss.

⁷⁴ TONTTI, Jarkko, de acuerdo a este autor son cinco los modos en cómo ella se transmite: la dogmática jurídica, precedentes, prácticas jurídicas, legislación y educación jurídica. Los cinco modos -nos dirá este autor- son inherentemente actividades interpretativas, lo que es una consecuencia inevitable del ser-en- el mundo-del Ser como interpretativa de una manera primordial. Asimismo, también dirá en cuanto a los precedentes de los tribunales y otros funcionarios encargados de aplicar el derecho [que] son también interpretaciones del pasado jurídico y de aplicaciones de este pasado al presente. Sin embargo -nos dirá- el pasado no es únicamente la colección oficialmente aceptada de fuentes jurídicas sino toda la tradición jurídica incluida la práctica jurídica y el continuo conocimiento profesional tácito. *Ob. cit.* P. 120

sostiene que, la historia del efecto de la tradición se proyecta sobre los jueces, y de esta manera, limitan sus elecciones interpretativas⁷⁵, cuestión que entiendo se presenta particularmente aquí, pues de otra manera no se explica esa tendencia a fundamentar de acuerdo a los valores expuestos.

7. Impacto en la concepción actual de determinación de la pena como decisión jurídicamente vinculada

Luce claro del cúmulo de notas puestas aquí de resalto, que las mencionadas teorías no proporcionan la seguridad deseada, por lo que se alejan del paradigma que hoy nos proponemos alcanzar, esto es, el acto de mensura como una decisión jurídicamente vinculada la que -como lo hemos visto- implica que el juzgador deba guiarse, principalmente, a través de *reglas*, tanto generales, como especiales, y que la legalidad de la sentencia cuando sea cuestionada será revisada en ese punto⁷⁶.

⁷⁵ TONTTI, Jarkko, ob.cit, p. 120.

⁷⁶ JESCHECK, P. 939.



EL SISTEMA INGLÉS DE DETERMINACIÓN DE LA PENA

Guillermo Funes*

Resumen: El presente trabajo propone un estudio descriptivo del sistema inglés de determinación de la pena (*sentencing*). En esa inteligencia, se coloca el acento en sus antecedentes y también en la filosofía que lo inspira en la actualidad. También son objeto de análisis sus fuentes, estructura y la obligación legal de dar razones para individualizar la pena.

Palabras clave: *sentencing* inglés. Antecedentes-fuentes-estructura y motivación.

Abstract: *This paper proposes a descriptive study of the English sentencing system. In that intelligence, the accent is placed on his background and also on the philosophy that inspires him today. Its sources, structure and the legal obligation to give reasons to individualize the sentence are also subject to analysis.*

Keywords: *English sentencing. Background-sources-structure and motivation.*

* Abogado. Notario. Doctorando en Derecho por la Universidad Austral. Especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura (UCC). Especialista en Problemas de Prueba (Universidad de Castilla La Mancha, España). Docente por concurso de Derecho Penal Parte Especial (UCC). Miembro Titular del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Funcionario de la Relatoría Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Contacto: guillefu3@gmail.com.

I. La teoría del *Just desert*

De manera previa a sumergirnos al análisis de nuestro objeto de interés, conviene brindar el marco teórico dentro del cual el sistema inglés de determinación de la pena se encuentra inmerso. Así, el mismo se desarrolla dentro del llamado movimiento *neoproporcionalista*, de origen anglosajón y escandinavo, que surge en un contexto de oposición teórica a una praxis judicial orientada a la prevención especial, y es fruto también de la decepción que supusieron las prácticas resocializadoras. El mismo, implica el abandono de esta última como función exclusiva del derecho penal, y la recuperación, a su vez, de un sistema tradicional de tipo garantista, y un retorno a los principios liberales de corte clásico, como la previsibilidad, la seguridad jurídica, igualdad y estricta proporcionalidad¹.

Dentro de este movimiento haremos una breve referencia a la teoría del *just desert*, en español *merecimiento* o *justo merecido*, que tiene a su principal exponente en el profesor de la Universidad de Cambridge, Andrew Von Hirsch², quien tuviera una decisiva influencia en el derecho inglés, más concretamente, en la promulgación de la *Criminal Justice Act* del año 1991, la que estableció por primera vez en aquel país los principios generales que deben guiar las condenas, los que se basan en la idea de proporcionalidad, es decir, en que *la severidad de la pena debe ser proporcional a la gravedad del delito*³.

Tradicionalmente, el ideario de la retribución se encuentra vinculado con la idea de venganza y también con ciertas posiciones reaccionarias; atendiendo a esa carga o nociones relacionadas, sus cultivadores vincularon esa idea con las de *merecimiento* o *justo merecido* (*just desert*). Cabe destacar también que, se recurrió a esta última noción por el hecho de que *merecimiento* se relaciona

¹ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho*. Indret, 403, Barcelona, enero 2007. Cabe señalar que la mencionada no puede considerarse como una teoría absoluta de la pena, por cuanto la propuesta retributiva que lleva adelante, se ve acompañada, aunque en un segundo plano, de la prevención general negativa o pena disuasoria (*deterrence*).

² Se considera que Andrew Von Hirsch es el escritor más representativo de la moderna tradición retribucionista y quien más se ha esforzado por llevar esta filosofía a formulaciones prácticas en las reformas penales. Se trata del autor clave en este tema, pues su obra ejerció una notable influencia en las propuestas penales que se llevaron adelante en Estados Unidos y también en los restantes países de habla inglesa.

³ VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y Castigar*, Trotta, Madrid, 1993, p. 23.

con los derechos individuales, con la búsqueda de una pena que se dirige o impone al culpable por aquello que ha hecho y no una que, razonando utilitariamente o de forma consecuencial, impone un castigo para utilidad de la sociedad. La idea que guía esta concepción bien puede resumirse en una sencilla idea central: *la severidad del castigo debe ser conmensurada con la seriedad del daño*.

Ahora bien, Von Hirsch considera que llegan a nosotros dos teorías sustentadas en el tan mentado merecimiento de castigo. La primera -de raíz kantiana-, recurría a esa noción para rectificar una *ventaja injusta* que había obtenido el delincuente al llevar adelante el acto ilícito, en tanto que la segunda, lo identifica con nociones como *censura o desaprobación* de daños dañosos o incorrectos. Si bien inicialmente el mencionado autor adoptó parcialmente la primera posición, luego la abandonó por cuando entendió, entre otros defectos, que no brindaba facilidades para determinar el *quantum* de la pena, lo que se estimaba crucial dentro de un contexto de críticas a la discrecionalidad estatal en la materia. A la luz de ello, se inclinó por la segunda la que, a la par de permitir una vinculación más estrecha con la noción de proporcionalidad, consideraba que el individuo castigado es responsable de su comportamiento por ser un agente moral capaz de comprensión, y no un sujeto con deficiencias o anormalidades. Al castigar una conducta con mayor severidad que otras, el castigo *expresa* un mensaje relativo a cuáles son las conductas más reprochables. La prevención entonces, está excluida de las nociones relevantes para determinar el castigo⁴.

Cabe señalar también que, Von Hirsch considera que quien infringe el derecho de los demás merece ser culpado por su conducta y, por ello, puede ser sometido a un sufrimiento, única forma de expresar reprobación moral y cuantificar, con cierta exactitud, esa reprobación. Valioso resulta apuntar también que el destacado autor adoptó de Hart una idea central: distinguir dos aspectos de la justificación del castigo. Un primero, relacionado con su justificación general, y un segundo (*allocation of punishment*) en donde se analiza la justificación de la concreta pena impuesta. Reparo ello, pues uno de los objetivos centrales del *just desert* es precisamente, por un lado, justificar filosóficamente

⁴ ZYSMAN QUIRÓS, Diego, *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos*. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 37 y ss.

tanto la existencia como la necesidad de imponer penas, y por el otro, y esto es lo importante, guiar a los legisladores y a los jueces en la praxis de su imposición.

Así dirá Von Hirsch que

...la idea de la proporcionalidad suministra a los jueces una cierta guía, que otras teorías distintas raramente le ofrecen, lo que los políticos y jueces necesitan de una teoría de la pena es que les ayude a graduar los castigos – a decidir si este tipo de ofensa debiera ser castigada menos o más que esta otra, y cuánto más o menos-. La proporcionalidad por lo menos suministra respuestas parciales: la severidad de las penas debe ser graduada de acuerdo con la gravedad de los delitos...⁵.

Otra idea central que vale la pena destacar, finca en atender a que el castigo se relaciona con la comisión de un daño o hecho incorrecto (*wrongdoing*), es decir, se asiste a un hecho pasado, tangible y de conocimiento cierto. Se remarca esta nota pues resulta de utilidad para distinguirla de otras concepciones (prevención general negativa o rehabilitación) que, al mirar al futuro, tienen por miras evitar la comisión de hechos delictivos. La severidad de la pena medirse en función de la pena merecida (reprobación por el hecho delictivo), para arribar a esta última debe atenderse a los siguientes criterios centrales: la gravedad del hecho (daño causado) y la culpabilidad del autor (baremo dentro del cual se encuentran: la intencionalidad, culpa, e imprudencia, y también las eximentes parciales: miedo insuperable y actuación disminuida).

II. Orígenes del sistema inglés de *guidelines*

1. Los jueces ingleses no asumieron un rol moderno en el proceso de *sentencing* hasta la mitad del siglo XIX. El temprano *common law* no les permitía ningún tipo de discrecionalidad formal en casos de delitos graves (*felony cases*), pero contaban con una casi ilimitada en delitos menores.

⁵ VON HIRSCH, Andrew, *ob.cit.*, p. 24.

A principios del siglo XIX la pena estándar para los delitos graves era la pena de muerte. La severidad del sistema fue mitigada en algún grado, pero de una manera caprichosa, por los desarrollos que desarrollaremos seguidamente y que dieron los primeros pasos para establecer la *discrecionalidad judicial*, característica central del proceso de *sentencing* inglés.

El primero de ellos fue la elaboración del concepto *benefit of clergy* (beneficio del clero), por medio del cual una categoría de delincuentes condenados por delitos graves, tenían derecho a ser liberados demostrando alfabetización, más concretamente, tenían que recitar un verso (*neck verse*) que la gran mayoría aprendían de oído.

Cabe destacar también que, a principios del siglo XIX, concretamente entre los años 1825 y 1840 se estableció una nueva estructura del sistema penal y también las bases del moderno rol de la judicatura en el *sentencing process*. En este sentido vale la pena destacar tres tópicos: en primer lugar, el parlamento y el debate público en general, colocaron el foco de atención en la reducción y en la abolición de la pena de muerte. El segundo, finca en que la pena alternativa que estaba reemplazando a la pena de muerte, el transporte obligatorio (*mandatory transportation*), estaba en sí misma en las últimas etapas de su existencia⁶. El tercer aspecto notable de este período finca en que la opinión informada de ese tiempo se oponía al establecimiento de la discreción judicial como el centro de estructura del *sentencing*. Así, la *criminal law commissioners* que trabajó durante cincuenta años en la elaboración de un proyecto de código penal, con una coherente y racional estructura de penas, no se veía atraída por la idea de ampliar la discrecionalidad judicial.

Ahora bien, el establecimiento de esta última (*discreción judicial*) llegó casi por accidente. Muchas de las primeras leyes que se fueron dictando para reemplazar la pena de muerte por un término de transportación, no hicieron ninguna previsión para la determinación de su tiempo, por lo que este tema se fue dejando a la discrecionalidad de los jueces. En algunos casos, los estatutos originales promulgaron previsiones requiriendo la transportación por un período fijo de tiempo, pero ello después fue modificado para permitir la discreción judicial.

⁶ Este último fue consagrado en 1679 y reconocido en la *Habeas Corpus Act*. Cabe destacar también que fue establecida especialmente en la *Transportation Act* de 1717. Estos transportes se detuvieron en 1776 a causa de la pérdida de las colonias de Norteamérica, pero después continuaron en Australia por 75 años más. THOMAS, D.A, *Sentencing in England*, Marylan Law Review, Volume 42, Issue 1, Article 8, p.108 y ss

Para mediados del siglo XIX las bases del moderno sistema de sentencing estaban establecidas. La discrecionalidad judicial fue establecida en todas las áreas, menos para los delitos más graves, y un rango de penas máximas, originariamente establecidas como términos de transportación, fueron convertidos en trabajos forzados (*penal servitude*). A pesar de su falta de racionalidad en la materia, estas características estuvieron presentes en la *Consolidation Acts* de 1861, la que constituyó el núcleo central del sistema criminal inglés por sesenta años, hasta que comenzó el período de reformas del año 1960.

De otro costado, cabe señalar que la última parte del siglo XIX vio dos desarrollos principales. El primero de ellos, relacionado con el control. Durante este período el debate de la estructura del *sentencing* puso el acento en los problemas relacionados con el mismo, más concretamente, con las disparidades que se advertían en las sentencias dictadas por los jueces (*controlling sentencing disparities*). Para controlar la discrecionalidad en la materia se previeron diferentes ideas: el establecimiento de comisiones de *sentencing*; el desarrollo de convenciones para procesos formales e informales de consulta entre los jueces; conferencias relacionadas con el tema; sistemas de control por medio del recurso de apelación (*appellate review*); y también rudimentarias *guidelines* basadas en estadísticas.

Asimismo, es dable destacar también que en este período de tiempo fue publicado el primer libro de texto sistemático relacionado con el *sentencing*: *principles of punishment* del autor E.W. Cox.

Vale la pena subrayar en este derrotero que, con el cambio de siglo la *appellate review*, se erigió como un medio para asegurar la medida y consistencia, y se convirtió en la idea más atractiva de esta temática, tanto para la judicatura como para la política. La misma fue establecida en 1907, pero su real impacto se vería varias décadas después.

2. El segundo desarrollo que caracteriza este período finca en el ideal de la rehabilitación (*rehabilitative ideal*). Desde 1870 en adelante, el libro de estatutos inglés (*English statute book*) empezó a reflejar la idea de que los delincuentes debían reformarse con el entrenamiento (*training*), o tenían que ser detenidos para la protección de la sociedad. El impacto de este ideario tuvo lugar en 1907 con el dictado de la *Probation of Offenders act* y con la *prevention of crime act* de 1908 que creó, por ejemplo, los conceptos de detención preventiva para de-

lincuentes habituales (*preventive detention of habitual offenders*). Asimismo, es dable destacar también que, el ideal de la rehabilitación se vio reflejado en diferentes tipos de sentencia como, por ejemplo, la *probation*.

El resultado de toda esta evolución judicial y legislativa finca en el hecho de que se ofrecía al juzgador una opción entre una sentencia punitiva que refleje los concetos de merecimiento (*desert*), u otra que mirara hacia adelante, descansando en una evaluación de las necesidades del imputado⁷.

3. El sistema anterior a las *sentencing guidelines: Appellate review of sentences*. Se trató de una de las características más importantes del sistema inglés de determinación de la pena (*sentencing*), especialmente aquellas que tuvieron lugar en las denominadas *Crown Courts*. El trabajo de estas últimas -además de corregir errores de los tribunales de juicio, restringiendo su excesiva severidad-, fue proveer los llamados *cases law of sentencing*, que sirvieron como un sistema de directrices (*guidelines*) dirigidos a los jueces de primera instancia. Este sistema (*appellate review*) si bien no disminuyó la importancia de la discrecionalidad judicial en la materia se erigió en un verdadero foro en donde se elevaban preguntas relacionadas con el tema -vinculadas principalmente con principios-, que contribuyeron a brindar cierta consistencia al desarrollo del *sentencing* para los delincuentes de los delitos más graves. Cabe señalar que las decisiones de las *courts* cubrían un amplio abanico de temas. Así, cuestiones relacionadas con principios generales de la materia; otras relacionadas con los poderes particulares de los jueces en este tema (*particular sentencing powers*); o del *sentencing* relativo a diferentes delincuentes (perturbados mentalmente, peligrosos).

Un tópico importante se vinculaba con la *duración* de las penas de cierto tipo de delitos. Así, las decisiones de las *courts of appeal* que estaban dirigidas a los tribunales de juicio, se erigirían en una suerte de indicación útil de aquello que se consideraban apropiado para cierto tipo de delitos⁸.

Existieron ciertos límites al desarrollo de los *sentencing principles* en el sistema de la *appellate review*. El primero de ellos fincó en que sólo el imputado

⁷ THOMAS, D.A, *ob. cit.*, p. 108 y ss.

⁸ Un ejemplo de este tipo de *sentencing guidelines* tuvo lugar en 1980 ante la preocupación del continuo incremento de la población carcelaria, ello condujo al *Lord Chief Justice* a indicar que debían reducirse las sentencias convencionalmente impuestas para cierto tipo de delitos no violentos

(*offender*) podía apelar, y la corte de apelación no podía imponer una sentencia más severa que aquella dictada por el tribunal de juicio. La gran mayoría de las apelaciones se dirigían contra las penas de prisión. Por esta razón los llamados *case law of sentencing*, eran ricos en temas relacionados con este tipo de penas (vrg., aquellas relacionadas con la duración apropiada de las penas para una determinada categoría de delito; la necesidad de establecer relaciones apropiadas entre las penas impuestas a los co-imputados) y tuvieron un desarrollo más bien pobre aquellas otras que no implicaban una privación de la libertad (*noncustodial*). La restricción relacionada con el hecho de que sólo podía apelar el imputado era objeto de severas críticas por parte de la doctrina de aquel país, pues se consideraba que la manera de que se desarrollaran *case law of sentencing* no sólo era que cubrieran un amplio espectro de materias, sino también permitir que la fiscalía también pudiese apelar este tipo de decisiones alegando que ellas eran demasiado favorables a los imputados.

La segunda limitación fue la ausencia de un adecuado sistema de reportes (*reporting*) de decisiones relacionadas con el tema. El sistema era dejado a la iniciativa privada.

A su turno, la tercera obedeció a una cuestión temporaria, y fue el resultado de la continua preocupación por la población carcelaria; concretamente, se permitieran apelaciones cuando no había una razón real para impugnar una sentencia, aún en casos en que el juez de instancia se había esforzado para seguir las directrices desarrolladas por las cortes de apelación. Merced a lo expuesto, en ocasiones, las cortes solían ver su rol más como una junta de libertad condicional (*parol board*), es decir, de un organismo que basaba sus decisiones en el comportamiento del recurrente en prisión, en lugar de poner la atención en precisar si la condena impuesta era o no correcta⁹.

4. Antecedentes próximos y la actualidad. Ahora bien, en la segunda mitad del siglo XIX, en Inglaterra existía un amplio debate en torno a la necesidad de contar con una estructura más firme de *sentencing*, así algunos presionaban, por ejemplo, con la codificación penal. En este período, marcado por una gran disparidad en la materia, destaca como un peldaño significativo la *Alverstone Memorandum* de 1901 que dio lugar al *memorandum of normal punishments* que preveía penas iguales para seis categorías de delitos.

⁹ THOMAS, D.A., *ob. cit.*, p. 97 y ss.

El próximo paso en la materia tuvo lugar tres cuartos de siglo después, y vino de la mano de la experiencia judicial, más concretamente con los *guideline judgments*. El pionero fue el juez Lawton quien en dos juicios de abuso sexual tramitados ante la corte de apelación a mediados de los años setenta resolvió ir más allá del delito en particular y propuso penas iguales para diferentes variedades o clases de ese mismo delito. Esta iniciativa fue tomada por el *Lord Chief Justice*, Lord Lane, quien empezó a pronunciar *guideline judgments* como una manera de alentar la consistencia en la materia. Así, cabe destacar que las primeras que dictó se encontraban relacionadas con delitos vinculados con drogas y también por muertes ocasionadas por conducciones peligrosas. Esta iniciativa tropezó con la falta de personal para llevar adelante los llamados *guideline judgments*, por lo que durante los 80 y los 90 fueron infrecuentes.

Ahora bien, el primer puntapié para la creación de un organismo especializado en la materia, más concretamente, un *Sentencing Council*, tuvo lugar en 1982. Ello vino de la mano del reconocimiento de que el dictado de *guidelines* cumplía una función de política pública.

La *White Paper Custody, Care and Justice* del año 1991 (base de la *Criminal Justice Act*, de 1991), la que, entre otras salientes cuestiones intentó imponer como fundamento del castigo el *just desert*¹⁰.

La *crimes act* de 1997 reintrodujo penas mínimas obligatorias para cierta clase de delitos cometidos por reincidentes. En el año 1994 se sancionó la *Criminal Justice and public order*, que establecía por ley una reducción fija del 30 % en aquellos casos en que tuvieran lugar negociaciones de culpabilidad entre el acusador y el imputado; cabe señalar que, con anterioridad a ella, sólo tenían un reconocimiento jurisprudencial.

Un paso decisivo en la materia se dio en los años 1999 y 2003 con las creaciones de *Sentencing Advisory Panel* (SAP) y el *Sentencing Guidelines Council* (SGC) respectivamente. El primero, era un órgano consultivo independiente conformado por un presidente y diez miembros (entre ellos jueces, académicos y expertos en materia carcelaria), que tenía por función aconsejar a las *court*

¹⁰ La misma modificó el marco de penalidades, cambió el sistema de multas y dio firme ingreso a las *community sanctions* como una alternativa entre estas últimas y la prisión. ZYSMAN QUIRÓS, Diego, "Sistemas Penales Comparados y Determinación de la Pena en Europa", p. 148 y ss. *Determinación de la Pena y ejecución de la Pena. Compendio de doctrinas*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación. Infojus.

of appeal en relación a la determinación de la pena o *sentencing*¹¹. En tanto que el segundo era un organismo especializado encargado de producir directrices (*guidelines*) mediante principios generales que resultan vinculantes para los tribunales. Si bien cumplían funciones diferentes (consejo y elaboración), sus tareas se encontraban vinculadas de forma estrecha.

Cabe señalar que los consejos del SAP eran producto de investigaciones y discusiones sobre el tema, que posteriormente eran informadas a las *court of appeal* y sometidas al SGC el que, basándose en ellas diseña las directrices, las que resultaban obligatorias para los jueces una vez que resultan definitivas. La primera, fue dictada poco después de la creación de SGC, en el año 2004 y con posterioridad vinieron otras relacionadas con delitos que de ordinario debían atender las *magistrates courts* y la *Crown court*.

Cabe señalar también que, a raíz de la preocupación por el crecimiento de la población carcelaria en Inglaterra y Gales, el gobierno de ese país encomendó a un grupo el estudio que examinara las ventajas y desventajas de un *trabajo marco de sentencing estructurado*. Ello dio origen al reporte de la *sentencing commission group* que elaboró las recomendaciones que dieron base al sistema actual de *sentencing* de ese país. Con la promulgación de la *Coroners and Justice act* del año 2009, el mentado sistema entró en una nueva era debido a que implementó cambios importantes para su desarrollo, entre ellos destaca, primero, el *deber* de las cortes de seguir las *guidelines* (sección 125 de la aludida acta) y, en segundo lugar, que los dos órganos mencionados precedentemente fueron reemplazados por uno solo, el *Sentencing Council of England and Wales* compuesto de catorce (14) miembros, en su mayoría magistrados¹².

III. Cortes y delitos

A pesar de que en Inglaterra y Gales aún permanecen algunos delitos del derecho consuetudinario (*common law*), la gran mayoría son creados por estatutos (*statutory*), que prevén penas máximas. Ahora bien, a los fines de llevar

¹¹ Es similar a las comisiones de expertos de Estados Unidos.

¹² ASHWORTH, Andrew, ROBERTS, Julian, "The origins and nature of the sentencing guidelines in England and Wales", p. 3 y ss, *Sentencing Guidelines. Exploring the English model*, Edited by Andrew Ashorth y Julian Roberts, Oxford University Press, 2013, p. 1 y ss.

adelante los juicios, la *Criminal Law Act* del año 1977, divide a los delitos en tres categorías, a saber: a) delitos susceptibles de ser juzgados solo en acusación; b) delitos susceptibles de ser juzgados solo sumariamente y c) delitos que serán juzgados de todos modos. Cabe señalar que los delitos más graves (vrg., homicidios, violaciones) ingresan en la primera categoría y se llevan adelante ante las llamadas *Crown Courts*; aquellos que revisten menor gravedad, son juzgados sumariamente y están reservados a los *magistrates courts*; en la tercera categoría generalmente se encuentran robos, hurtos y fraudes¹³

IV. Fuentes del *sentencing* inglés¹⁴

1. Fuentes formales

Las principales fuentes del sistema inglés de determinación de la pena (*sentencing*) son: la legislación, las *sentencing guidelines* definitivas y las decisiones judiciales. También se considera una fuente formal, aunque ubicada un peldaño por debajo, a la doctrina autorral¹⁵.

a. Legislación

Los estatutos aprobados por el Parlamento del Reino Unido se erigen en una suerte de marco de trabajo del derecho inglés del *sentencing*. Los mismos prevén, casi siempre, una pena máxima para cada delito. La legislación también establece los términos de las ordenes que un tribunal penal puede dictar después de una sentencia de condena, y usualmente, imponen restricciones en relación a ellas. La legislación también limita los poderes de los *magistrates courts* y prevé qué casos de esta materia serán remitidos a las *Crown Courts*.

¹³ ASHWORTH, Andrew, *Sentencing and Criminal Justice*, Law in Context, Cambridge University Press, Fifth Edición, 2010, p. 1 y ss

¹⁴ En este apartado se seguirá de manera central al profesor Andrew ASHWORTH, en su obra ya citada, p. 24 a 50.

¹⁵ Suele destacarse en este sentido la labor del profesor de Cambridge, D.A Thomas. ASHWORTH, Andrew, *Sentencing...*, p. 24.

Todas estas previsiones son objeto de interpretación por parte de los tribunales y, algunos de los casos que van en apelación plantean puntos especiales relacionados con la interpretación estatutaria (vrg., acerca del grado de los poderes de los tribunales). Cabe señalar que el rol de la legislación en Inglaterra ha sido doble, por un lado, otorgar poderes, y por el otro, proporcionar límites externos a su uso.

En el último tiempo se han dictado numerosas leyes relacionadas con esta materia; así cabe mencionar para ilustrar el punto las siguientes: la *criminal justice act* del año 2003, *the domestic violence, crime and victims act* de 2004, *the serious organized crime and police act* de 2005, *the violent crime reduction act* de 2006, *the serious crime act* de 2007, *the criminal justice and immigration act* de 2008, *the coroners and justice act* de 2009, entre otros.

En la actualidad se advierte un incremento en la legislación en áreas que con anterioridad se dejaban a la discreción judicial. Así, por ejemplo, la sección. 269, del capítulo 21 de la *criminal act* del año 2003, en donde no sólo se establece el mandato de imponer una pena de por vida a los homicidas, sino que también establece varios puntos de partida que los jueces deben observar al establecer el plazo mínimo a cumplir en el caso particular. Otros casos de cuanto se pretende ilustrar, se aprecian en el llamado *sentencing law*, por ejemplo, cuando se prescribe un mínimo de siete años de prisión para la reincidencia de determinada clase de delitos relacionados con drogas, o un mínimo de tres años, ante el tercer caso de violencia doméstica¹⁶.

b. Las *guidelines* definitivas

A la par del incremento de legislación relacionada con el punto, otro de los mayores desarrollos en la materia se da con el crecimiento de las *guidelines*. Actualmente se cuenta con ellas para los delitos más frecuentes y también para la mayor parte de las decisiones de las *Crown Court*.

La esencia de las *guidelines*, es proveer diferentes rangos de penas para los diferentes niveles de gravedad de cada tipo de delito, e indicar en cada uno de

¹⁶ Sin embargo, ambos mínimos pueden ser objeto de reducciones (vrg., un veinte por ciento en casos de confesión *-pleading guilty-*); también se deja a la discreción judicial imponer una pena menor, cuando de las circunstancias particulares del caso resulte injusto aplicar el mentado mínimo legal.

esos rangos un punto de inicio común. El objetivo de esta técnica es *estructurar la discreción judicial*, es decir, no dejarla de lado sino más bien brindarle al juez un marco de trabajo dentro del cual ubique la ofensa que tenga entre manos, después refleje los hechos del caso (factores agravantes y atenuantes), y finalmente, colocarla en el rango correcto.

Se sostiene que existen razones constitucionales para introducir el mencionado trabajo marco. Así, se alega que el *sentencing* es muy significativo para el público, para el ofendido y también para el imputado. Si bien es absolutamente correcto sostener que el estado de derecho (*rule of law*) debe regir en la mayor medida posible, dictar sentencia siempre requerirá un elemento de juicio, el mismo debe ejercerse dentro de ese marco de principios y *guidelines* establecidos de antemano para que las decisiones de los jueces sean consistentes en su enfoque y los resultados sean razonables y predecibles.

Si bien será una cuestión que será abordada más abajo, cabe señalar aquí que cada una de las directrices definitivas plantea el proceso que cada juez debe seguir al momento de llevar adelante esta tarea, se trata de una secuencia de decisiones que deben servir como base para llevar adelante esta tarea (*Guidelines as process*). Los siete pasos principales son los siguientes:

1. identificar el punto de partida apropiado,
2. considerar las características agravantes relevantes.
3. considerar los factores atenuantes relevantes y personales de mitigación.
4. considerar cualquier reducción por alguna declaración de culpabilidad (*guilty plea*)
5. considerar hacer una orden auxiliar (*consider making an ancillary order*).
6. considerar el principio de la totalidad
7. Dar razones si la sentencia se encuentra fuera del rango del caso

c. Las decisiones judiciales

Desde que fueron creadas las cortes de apelación en el año 1907 fue posible que el imputado apelara la pena (*sentence*). Con anterioridad las cortes tenían el poder de incrementar la pena en una apelación, pero esa facultad fue abolida en el año 1966. Sin embargo, desde el año 1988 es posible que el fiscal general apele una sentencia impuesta por las *Crown court* cuando piensa que ella es

indebidamente indulgente, lo que tiene lugar en unos cien (100) casos por año. En estos casos, si la corte lo considera adecuado, puede aumentar las penas ¹⁷. El importante desarrollo de la jurisprudencia relacionada con el *sentencing* no hubiese sido posible sin los reportes regulares de las decisiones de apelación (*appellate decisions*). Cabe citar al respecto la *Criminal Law review* de 1954, *the principles of sentencing* de David Thomas del año 1970¹⁸, y las publicaciones de las *Criminal Appeal Reports* que comenzaron en el año 1979 editadas también por Thomas, las que se encuentran enteramente dedicadas a este tema. También cabe citar la enciclopedia *Current sentencing practice* que provee a los jueces una fuente que trata la mayoría de los temas relacionados con el *sentencing*.

Ahora bien, los *principios* relacionados con esta materia que fueron creados judicialmente, y se desarrollaron de acuerdo a la tradición del *common law*, caso por caso. Desde un principio, las cortes de apelación establecieron una serie de principios, como, por ejemplo, que el máximo de la pena prevista estatutariamente estuviera reservado para el caso más grave; que la corte solo podrá cambiar una sentencia si era incorrecta, y en referencia a los recursos del procurador general, que sólo se aumentará una pena cuando ella se encuentre fuera de los límites apropiados de la discreción del juez en casos similares.

Atento al incremento de estos reportes, resulta útil distinguir siete tipos de juicios de apelación (*appellate judgment*) porque tienen diferente valor como precedentes.

Decisions by a full court

Estas convocatorias a los cinco jueces de las cortes de apelación son extrañas y tienen lugar cuando se plantea la necesidad de resolver un asunto o, una cuestión que involucra un principio y sobre la cual hay precedentes contradic-

¹⁷ Son extremadamente raras las apelaciones a la casa de los Lores (período 1970-2000), pese a lo cual el aumento de legislación relacionada con el tema las ha incrementado. En cualquier caso, las cortes de apelación continúan siendo el tribunal final de apelación en la mayoría de los casos.

¹⁸ Libro este de gran influencia, toda vez que creo la atmósfera adecuada para que se vislumbrara que estos principios relacionados con el *sentencing* tenían que ser estudiados con más seriedad y como un grupo más interconectado-

torios. Esta decisión es autoritativa y vinculante. Ejemplo: mínimo del tiempo de prisión de aquellas personas condenadas por homicidio.

Guideline judgments

Revisten particular importancia como precedentes y pertenecen al período anterior a las *guidelines* definitivas del año 2004. Se trata de un solo juicio que sienta parámetros generales para tratar diferentes variaciones de un cierto tipo de delito; considera, asimismo, los principales factores agravantes y atenuantes y sugiere determinados puntos de partida. La autoridad de este tipo de juicios provenía del hecho de que eran elaborados por el *Lord Chief Justice* quien procuraba vincular con ellas a la actuación de los tribunales inferiores. Estrictamente, se podría argumentar que se trata de masivos *obiter dicta*, ya que las consideraciones que allí se realizan no son esenciales para la resolución del caso. Pese a ello, fueron pensados y aceptados como vinculantes.

Guidance judgments

Cabe recordar que con la creación del *sentencing advisory panel*, las Cortes de Apelación perdieron el poder para dar *guideline judgments*. Ahora bien, esa restricción fue suprimida en el año 2003 y no tuvo reemplazo por lo que los poderes de las cortes de apelación para crear *guidelines* fueron restaurados. En efecto, lo que las Cortes de apelación han hecho es emitir una serie de juicios que tienen como objetivo erigirse como guías, sin ser directrices como tales. Su carácter vinculante es para sus propios casos.

Statutory interpretation

A medida que aumenta el crecimiento legislativo en la materia, las Cortes de Apelación son llamadas a interpretar sus previsiones de forma cada vez más frecuente. Un ejemplo de ello se dio con el *Proceeds of Crime Act 2002*, que establecía un complejo esquema para confiscar los activos de los delincuentes.

Otro ejemplo, se aprecia en la *criminal justice act* de 2003, en materia de deducción de tiempo en prisión preventiva.

Línea de decisiones establecidas (settled lines of decisions)

Aunque las decisiones individuales de los tribunales de apelación sobre la duración o el tipo de sentencia pueden no considerarse autoritativas, lo cierto es que cuando existe una línea de decisiones sobre un principio, la misma puede adquirir autoridad. Ejemplos de esta jurisprudencia constante (*jurisprudence constance*): “no debe aplicarse una pena financiera sólo porque el delincuente sea capaz de pagarla”; “ajustar la duración de las penas privativas de libertad cuando los delincuentes se encuentren enfermos”, etc.

Policy decisions

Ocasionalmente las cortes de apelación realizan pronunciamientos de política general relacionada con el *sentencing*, usualmente se refieren al empleo de la pena de prisión para determinadas categorías de delincuentes¹⁹. Los mismos se encuentran enderezados a cambiar determinadas prácticas y, por lo tanto, a obligar a jueces y magistrados en determinadas áreas; pese a ello se sostiene que es difícil saber cuál es su efecto concreto.

Attorney general's references

La sección 36 de la *Criminal Justice Act* del año 1988, como lo hemos visto, brinda al fiscal general el poder de apelar una sentencia a los Tribunales de Apelación sobre la base de que ella resulta *indebidamente indulgente*. Este tribunal puede incrementar la pena impuesta si decide que ello es apropiado, pero sólo si juzga que se ha alcanzado el aludido estándar y no cuando se trata de una pena *simplemente indulgente*. Como se lo adelantara, se realizan más

¹⁹ Por ejemplo, Lord Lane CJ lo hizo en el precedente *Begum Bibi* (1980) en donde urgió a los jueces para que dieran sentencias cortas a los delitos menos graves.

de cien revisiones al año y los casos más frecuentemente apelados son aquellos relacionados con hechos de robo, muertes por conducción y violaciones.

Magistrates courts

Hasta el momento hemos visto que los casos más significativos son competencia de los Crown Courts, pero sucede que cerca del noventa por ciento de los casos penales o criminales en Inglaterra y Gales quedan en las manos de este tipo de tribunales. Muchos de estos casos son llevados a juicio de manera sumaria y tienen una multa como pena máxima, pese a lo cual hay casos de delitos menores (*summary offences*) en los que la pena de prisión es usada frecuentemente (robos menores, manejar encontrándose descualificado para hacerlo, etc.).

Desde al año 1980 existen *sentencing guidelines* informales para estos tribunales cuando tienen que tratar delitos relacionados con automóviles (*motoring offences*) y también para otros delitos comunes. Ellas no tienen la fuerza de la ley.

En la actualidad y después de un extendido estudio y consulta, en el año 2008 el SGC dictó las *magistrates' court sentencing guidelines* que cubren los delitos más frecuentes.

2. Fuentes informales de la práctica del sentencing

Las fuentes formales del *sentencing*, como lo hemos visto, proveen un trabajo marco (*framework*) que permite tomar este tipo de decisiones al brindar reglas, principios y estándares. Pese a ello, resulta claro que en muchos casos se deja en manos de los tribunales una flexibilidad considerable, por lo que se asiste nuevamente aquí al tema de la discrecionalidad. Ilustrativo en lo referente al punto resulta lo expresado, hace tiempo ya, por el *Lord Chief Justice*, Lord Lane, quien refirió que: *el sentencing consiste en tratar de conciliar un número hechos totalmente inconciliables*²⁰. Al respecto cabe señalar que el profesor de Oxford, Andrew Ashworth, sostiene que debe tenerse cuidado con esta concepción,

²⁰ *Sentencing consists in trying to reconcile a number of totally irreconcilable facts*

pues esa expresión *omite destacar la relevancia de los principios para la evaluación de esos hechos*. Este autor, por el contrario, considera que el *sentencing* involucra *aplicar reglas y principios a esos hechos*.

Ahora bien, si bien en la actualidad se aprecia una verdadera propagación de las *sentencing guidelines*, pues cubren la mayoría de los delitos, se piensa que sería ingenuo sostener que ello reducirá la discrecionalidad, por lo que también se erigen en fuentes importantes del *sentencing*: el trabajo de otros actores del sistema penal (el trabajo de los fiscales, de la policía, de los oficiales de *probation*), y también el complejo de actitudes y creencias de los mismos jueces, en un área marcada, como lo hemos visto, por la discrecionalidad. En relación a estas últimas pueden citarse:

Puntos de vista relacionados con los hechos del caso.

Puntos de vista relacionados con los principios del *sentencing*.

Relacionados con la gravedad del delito

Relativos a los objetivos, eficacia y severidad relativa de los diferentes tipos de sentencia

Relativos a los principios generales del *sentencing*

Relacionados al peso relativo de los factores agravantes y atenuantes.

Puntos de vista relacionados con el delito y el castigo.

Puntos de vista relacionados con los objetivos del castigo.

Causas del delito

Sobre la función de los tribunales al dictar sentencia.

Características demográficas de los jueces.

Edad.

Clase social

Ocupación

Antecedentes urbanos o rurales.

Raza

Género

Religión

Afiliación política.

Vale la pena destacar que la judicatura de Inglaterra y Gales tiende a defender un ejercicio amplio de la discrecional en el *sentencing*, argumentando que este es un arte y no una ciencia que es, esencialmente, un ejercicio de juicio (*exercise of judgment*) más que una cuestión de aplicar reglas o directrices. Este

argumento es cuestionado desde la doctrina destacando que, finalmente, los jueces con más experiencia han reconocido y abrazado los desarrollos del *sentencing*. Cabe señalar que, desde otra posición se sostiene que el *sentencing* tiene que reducirse a un grupo estable de reglas que permitan una pequeña o nula discreción, este temperamento conduce a otro tipo de argumentos, a saber: hasta donde debe ir la legislación en esta materia, es decir, cuanto detalle deben tener las *guidelines*.

V. Estructura de las *guidelines* inglesas²¹

A diferencia del sistema de *guidelines* norteamericano creado de una sola vez, el inglés es el resultado de un trabajo continuo y por partes, ya que las directrices se fueron creando para determinados delitos o grupos de ellos en particular. Esta decisión se compone, esencialmente, de dos pasos.

1. Primer paso

El primer paso de la metodología de las *guidelines* requiere que el tribunal haga *encajar* el caso sometido a juzgamiento en una de las tres categorías de gravedad, que reflejan gradaciones de daño y culpabilidad. Así, la primera categoría demandará un caso caracterizado por su gravedad y por una culpabilidad acrecentada. Permitirá ubicar un caso en la segunda, cuando se esté en presencia de cualquiera de las siguientes opciones: o un gran daño, o una culpabilidad elevada; en tanto que la tercera estará reservada para casos de mayor levedad y un bajo nivel de culpabilidad.

En este primer paso las *guidelines* proveen una lista exhaustiva de factores que los jueces tienen que usar para determinar en cuál de las tres categorías mencionadas se ubica el delito que tienen entre manos. La importancia de estos factores, radica en que permitirán ubicar el delito en alguna de las categorías aludidas, lo que tendrá una influencia decisiva en la severidad de la pena. Este primer paso incluye factores agravantes previstos legalmente (*statutory*)- (ej.,

²¹ En este punto se seguirá fundamentalmente el trabajo obra de los autores AS-HWORTH, Andrew, ROBERTS, Julian, "The origins and nature...", p. 6 y ss.

obrar por odio), como también otras importantes circunstancias que afectan el nivel de daño creado por el delito (ej., haber buscado deliberadamente una víctima vulnerable). Los factores que indicarán una culpabilidad menor son: un rol subordinado del delincuente, un alto grado de provocación y ausencia de premeditación.

Cabe señalar que, la exhaustiva naturaleza de la lista de este primer paso significa que los jueces se encuentran restringidos a considerar los factores establecidos.

2. Segundo paso

El segundo paso requiere que el Tribunal *calibre* el daño y la culpabilidad, y para hacerlo recurrirá a listas de factores relacionados con la gravedad del delito, la culpabilidad y atenuantes personales. Estas circunstancias o factores proporcionarán el *contexto del delito y del autor*, a diferencia de los factores del primer paso que brindan los elementos principales del delito. En este segundo paso el tribunal deberá procurar ubicar finalmente el ilícito, para ello utilizará la clasificación de las sentencias que hemos visto precedentemente y también los llamados *starting points*, o puntos de inicio, asociados a cada categoría.

Los factores agravantes de este segundo paso son; cometer el delito encontrándose bajo fianza, bajo la influencia de drogas, o con abuso de confianza. Los factores que indican un menor nivel de gravedad incluyen: la ausencia de condenas previas, o el hecho de que se trate de un incidente aislado. Bajo el título *mitigación personal* se encuentran otros factores como el arrepentimiento, el hecho de que el delincuente sea la persona encargada del cuidado de otra persona (siempre que sea única y principal), tuviera un buen carácter, o una conducta ejemplar.

La lista de factores de este segundo paso no es exhaustiva, a diferencia de aquellos que se ubican en el primero, razón por la cual los tribunales pueden considerar otros factores que no se encuentren incluidos en las listas provistas por las *guidelines* y reflejarlos en la pena finalmente impuesta.

3. Pasos adicionales

A más de los expuestos, la metodología de los *sentencing* incluye nueve pasos adicionales, que son los siguientes:

El paso tres ordena a los jueces tomar en consideración las previsiones de la *serious organized crime and police act* del año 2005. La misma permite a los tribunales reducir las penas en casos de que los delincuentes hayan ayudado, u ofrezcan a ayudar a la fiscalía o a la policía. Cualquier reducción que aquí tenga lugar es independiente de la llamada *guilty plea* (que se verá *infra*) aunque el fundamento utilitario en ambos casos es el mismo.

El paso cuatro trata, precisamente, de las reducciones de pena por *guilty plea*. Así, la sección 144 de la *criminal justice act* del año 2003, requiere que los tribunales tomen en consideración la etapa en la que se presentó la declaración de culpabilidad, así como también las circunstancias en que la misma tuvo lugar²².

El quinto paso demanda que los tribunales tengan en cuenta el criterio que se encuentra en el capítulo quinto de la *criminal justice act* de 2003, si fuera necesario imponer una pena larga en casos de delincuentes peligrosos.

El sexto paso aborda el llamado *principio de totalidad*. El mismo resulta de relevancia cuando los tribunales están juzgado a un delincuente por más de un delito, o cuando el mismo se encuentra cumpliendo una sentencia. Este principio requiere que los tribunales se aseguren que la *sentencia total* que se impondrá sea justa y proporcionada al comportamiento del delincuente²³.

El séptimo paso les recuerda a los jueces que deberían considerar ordenar una orden auxiliar (*ancillary orders*) (vrg. descalificación para conducir para cualquier persona que utilice un vehículo con propósitos delictivos).

El octavo paso, se encuentra previsto en la sección 174 de la *Criminal Justice Act* del año 2003. La misma, impone a los jueces la obligación de dar las razones y explicar, para beneficio del imputado y de otros, los efectos o el resultado de la sentencia. Al respecto es dable destacar que *the legal aid sentencing*

²² Al respecto cabe señalar que el SGC emitió una *guideline* definitiva y revisada relacionada con las reducciones por *guilty plea* en 2007. La misma estuvo en vigencia hasta que el *sentencing council* emitió una nueva *guideline* a la sección 120 (3) of the *Coroners and Justice act* de 2003. ASHWORTH, Andrew, ROBERTS, Julian, *ob.cit.*, p. 9.

²³ En el año 2012 el *sentencing council* emitió una *guideline* recordando la aplicación de este principio.

and punishment of offenders act de 2012 revisó las previsiones del mencionado instrumento y requirió que los tribunales enuncien sus razones en un lenguaje ordinario, común y general.

El noveno paso les ordena (*directs*) a los jueces tomar en consideración en la sentencia final cualquier tiempo que los imputados hubiesen pasado en prisión preventiva, o bajo fianza (secciones 240 y 240 A de la CJA).

4. Resumen de la metodología de las guidelines

A la luz de lo expuesto, resulta claro que las *sentencing guidelines* promueven la consistencia en esta materia, pues requieren a los tribunales que sigan paso a paso la metodología establecida en cada directriz de cada delito específico. En efecto, la racionalidad se dará si todos los tribunales siguen la misma metodología, lo que conducirá a una mayor coherencia y equidad²⁴.

VI. La obligación de dar razones para sentenciar²⁵

1. En Inglaterra se sostiene que es un principio fundamental, que deriva de la justicia natural, que aquellas personas que tienen que tomar decisiones brinden las razones de ello, obligación que adquiere vigor cuando la decisión afecta a la libertad de un individuo. Por ello, en este caso, es decir en las decisiones tomadas en materia de *sentencing* o individualización de la pena, ello resulta incuestionable.

Este deber se ha visto reforzado en la actualidad por el Convenio Europeo de Derechos Humanos del año 1998, que en su artículo sexto prevé el derecho a un juicio justo, lo que incluye la decisión en materia de individualización de la pena (*sentencing decisión*).

Asimismo, se pone el acento de manera especial en que tanto los imputados como el público en general tienen el derecho a conocer las razones de la sentencia impuesta. Se entiende también que satisfacer este deber de dar razones puede conducir, no sólo a que las decisiones sean más consideradas y

²⁴ ASHWORTH, Andrew, ROBERTS, Julian, *ob.cit.*, p. 9.

²⁵ ASHWORTH, Andrew, *ob.cit.*, p. 370.

acordes con los principios legales que informan la materia; sino también permitir a los tribunales evaluar mejor la idoneidad de las sentencias impugnadas.

Andrew Ashworth se pregunta qué cuenta o debe entenderse como un motivo o razón en el *sentencing*, a lo que responde que es claro que no resultan suficientes por sí solas protestas morales relacionadas con el crimen del caso, tales como: “*terrible y brutal ataque*”, o “*que el ataque es uno de los peores de su clase*”. Sentado ello, el mencionado autor sostiene que, para erigirse en una razón los jueces deben *vincular* el caso que tienen entre manos con los principios de *sentencing* relacionados con ese delito y también con otros principios generales de esta materia.

La idea de dar razones tiene que desarrollarse cuidadosamente. Así, por ejemplo, el Consejo brindó las siguientes recomendaciones relacionadas con la coherencia que debe observarse en esta materia, a saber:

E.1. Las cortes deben formular concretas razones al momento de sentenciar. En particular tienen que dar razones específicas cuando se imponen de penas privativas de la libertad. Donde existan orientaciones o puntos de partida (starting points), se recomienda que los tribunales den las razones cuando la sentencia se aparte del rango indicado por la sentencia.

E.2. Lo que cuenta como una razón es una motivación que relaciona la pena con el rango normal de pena para el tipo de delito y los fundamentos de la sentencia.

En sintonía con lo expuesto se encuentra la sección 174 (1) de la *Criminal Justice Act*, que trata, precisamente, del deber de dar razones y de explicar el efecto de las sentencias. Así, la misma establece:

... Todo tribunal que dicte sentencia en contra de un delincuente:

a) Debe declarar en audiencia pública, en lenguaje ordinario y en términos generales sus razones para decidir la pena.

b) Debe explicarle al delincuente en un lenguaje ordinario:

(i) Los efectos de la sentencia

(ii) Cuando se requiera que el delincuente cumpla cualquier orden del tribunal que forme parte de la sentencia, los efectos de no cumplir con la mencionada orden.

(iii) *Cualquier poder de la corte, a solicitud del infractor o sobre cualquier otra persona, para variar o revisar cualquier orden que forme parte de la sentencia.*

(iv) *Cuando la sentencia consista o incluya una multa, los efectos de no pagarla.*

La subsección 2 establece que también deben darse las razones por las cuales se pasa de un umbral adecuado de pena; o por qué la ofensa es considerada demasiado seria para una sola fianza o una sentencia comunitaria. La aludida sección, también agrega el requerimiento de dar explicaciones cuando los tribunales reducen la pena por una declaración de culpabilidad (*guilty plea*), y también cuando las circunstancias atenuantes o agravantes tienen una particular importancia en el *sentencing*.

En la mayoría de los casos de *sentencing* existen pautas o directrices relevantes. Por la sección 172 (1) (a) los tribunales deben tener en cuenta esas directrices y por la sección 174 (2) (a) se requiere que los mismos expongan las razones para decidirse por una sentencia de otro tipo, o fuera del rango indicado por las directrices. Las previsiones de las *Coroners and Justice Bill* de 2009 alteraron este requerimiento, de modo que se espera que los tribunales sigan las pautas aplicables, a menos que el tribunal esté convencido de que sería contrario al interés de la justicia hacerlo.

Detrás de estos deberes, aparece una emergente obligación en los jueces cual es, ser más explícitos acerca de los cálculos que los conducen a una pena en particular, obligación que se vincula principalmente con las sentencias privativas de libertad (pero no sólo a ellas). En este sentido la *guideline* relacionada con casos de agravantes raciales establece que los tribunales deben decir públicamente cual habría sido la pena apropiada para el delito sin la agravante racial, dejando en claro qué se agregó en atención a esa agravante. En similar línea se encuentra la *guideline* de declaración de culpabilidad (*guilty plea*), la que establece que el tribunal deberá indicar cual habría sido la pena sino hubiera tenido lugar la reducción como resultado de la aludida declaración de culpabilidad.

En la actualidad queda por ver si las obligaciones de este tipo se hacen más detalladas. Al respecto, Ashworth sostiene que las mencionadas obligaciones se erigen en pasos significativos para la transparencia del *sentencing*, lo

que redundan en un beneficio para el público, los abogados y para los tribunales de apelación.

2. Como lo hemos visto a lo largo del presente, uno de los tópicos más relevantes en materia de *sentencing* es la discrecionalidad. Una de las miradas constitucionales relevantes relacionadas con este tema radica en la constante tensión entre, por un lado, la flexibilidad que deben tener los jueces para adaptarse al caso y, por el otro, el estado de derecho (*rule of law*) el que en este ámbito significa que las decisiones de los jueces deben tomarse con estándares establecidos de antemano.

Sostiene Asworth,²⁶ que una cosa es estar de acuerdo con dejarles a los jueces discrecionalidad para que ajusten la sentencia a la combinación particular de los hechos particulares del caso, y otra muy distinta sugerir que ellos deberían ser libres para elegir qué fundamentos adoptar en los casos sometidos a juzgamiento. La libertad para seleccionar entre varios fundamentos racionales es una libertad para determinar la política, y no una libertad para responder a una inusual combinación de factores. Se trata más de una licencia que permite que los jueces persigan sus propias filosofías penales, que un estímulo para responder con sensibilidad a los hechos de cada caso.

Generalmente se sostiene que existen dos caminos alternativos relacionados con el problema de la justificación de la sentencia. El primero (i), consiste en señalar que existe un solo fundamento racional; en tanto que el segundo (ii), permite que los jueces realicen una elección bastante libre entre varios. La primera posición es objeto de críticas por su rigidez, especialmente atendiendo a lo amplio que resultan tanto la gama de delitos, como de delincuentes. Por el contrario, la segunda resulta más realista y es preferida por los jueces y los magistrados, pues permite un balanceo de fundamentos. Así, por ejemplo, la Suprema Corte de Victoria expresa aquello que piensan muchos jueces del *sentencing* al sostener que, *este último resulta una síntesis instintiva (instinctive synthesis) de los diferentes factores que involucran el proceso punitivo*. Esta segunda posición es criticada por la doctrina especializada de Inglaterra, pues se la califica de inespecífica, a lo que se agrega que es por todos conocido que la mayor fuente de disparidad en el *sentencing* es la diferencia de filosofías penales entre los jueces y magistrados, por lo que no brinda ningún tipo de peso a los valores del *rule of law*.

²⁶ ASHWORTH, Andrew, *ob.cit.*, p. 76 y ss.

Existe una tercera posibilidad, práctica y consistente con la *rule of law* (iii), cual es, declarar a esta cuestión una razón primordial (*primary rationale*) y disponer que otros objetivos puedan tener prioridad en otros grupos de casos. Este punto de vista, se encuentra vigente en Suecia desde 1989 con el merecimiento (*desert*) o la proporcionalidad como la razón principal, en tanto que los otros objetivos tienen prioridad en cierto tipo de casos. Este también fue la aproximación de la *Criminal Justice Act* de 1991, la que recibió la aprobación del Consejo de Europa en sus recomendaciones relacionadas con la consistencia del *sentencing*, las que:

A.1. En donde los principios constitucionales y las tradiciones lo permitan, los legisladores, u otras autoridades competentes, deben hacer un esfuerzo para dar las razones del *sentencing*.

A.2. Cuando sea necesario, y en particular cuando las diferentes razones puedan estar en conflicto, se deben brindar las indicaciones para establecer prioridades en la aplicación de los fundamentos en la imposición de penas.

A.3. Cuando sea posible, y en especial para cierta clase de delitos y de delincuentes (*offenders*), debe manifestarse la justificación principal

Pese a ello el gobierno británico pareció haber descartado lo expuesto pues, el esquema del Acta de 1991 fue abandonado en el año 2003, que adoptó la peor “mezcla” en el *sentencing* (*pick and mix sentencing*). Así, la sección 142 de la *Criminal Justice Act* del año 2003 establece que:

Cualquier tribunal que tenga que tratar con un delincuente mayor de 18 años, en relación a su ofensa debe tener en cuenta los siguientes propósitos del sentencing: a) el castigo de los delincuentes; b) la reducción del delito (incluyendo la reducción por disuasión); c) la reforma y readaptación de los delincuentes; d) la protección del público; e) la reparación que los delincuentes realicen a las personas que afectaron con sus delitos.

Cabe señalar que, esta disposición es criticada por la doctrina inglesa, pues se la considera una verdadera invitación a la inconsistencia. Es que, demanda a los jueces que tomen en consideración diferentes propósitos y que después le otorguen prioridad a uno. Una aproximación como la expuesta, ha tomado fuerza en países como Nueva Zelanda y Australia. Pese a ello, parece que los

efectos de la s. 142 se ven limitados por otras provisiones legales de la misma acta (que el *sentencing guideline council* ha previsto como piedra de toque en materia de *sentencing*), en particular las de la sección 143 que establecen que el juzgador debe partir (*must start*) en esta tarea de la *seriedad o gravedad del delito*.



CONSENSOS Y CONTROVERSIAS SOBRE LA ENTIDAD Y VALOR DE LOS TRASPLANTES LEGALES UNA REVISIÓN ACORDE CON LOS TIEMPOS

María del Carmen Piña*

Resumen: En este ensayo, la autora efectúa relevamiento de literatura elaborada sobre trasplantes jurídicos. Reconstruye datos históricos del fenómeno y proyección actual. Exhibe sensibilidad semántica, multiplicidad de vocablos y conceptos creados y utilizados a través del tiempo. Desde el Derecho Comparado, analiza temas difíciles y controvertidos: la circulación del derecho y dependencia de la trayectoria.

Indaga causas de los trasplantes institucionales y razones que motivan su estudio por la Economía. Explicita tesis de autores avocados al campo investigativo. Enuncia tipologías. Refiere elaboración de Blanco Contreras, quien analiza estudiosos que desde economía y derecho efectúan aportes de fortaleza argumental y utilidad práctica.

Palabras clave: trasplantes jurídicos, dependencia de la trayectoria, economía, clasificaciones, valores.

Abstract: *In this essay, the author reviews literature on legal transplants. She reconstructs historical data on the phenomenon and its current projection. She shows semantic sensitivity and multiplicity of words and concepts created and*

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, (UNC). Diplomada en D. Comparado, (U. Atila Josep en Sèged, Hungría). Becaria en Seminario de D. Comparado, (U. de Lodz, Polonia y Bordeaux, Francia). Prof. de D. Comparado en Especialidades, Maestrías y Carrera de Doctorado (UNC, UCC y U. Siglo21). Miembro del Instituto de D. Comparado de la Academia Nac. de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ex Juez de la Sala VI de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba. Co Dir. de la carrera Interinstitucional de D. Laboral (UNC, UCC y U. del Litoral) Dir. Seminario de Metodología de la Investigación de la UNC, Argentina. Contacto: mcpina@hotmail.com.ar

used through time. From Comparative Law, she analyzes difficult and controversial issues: the circulation of law and path dependence. She investigates causes of institutional transplants and reasons for their study by Economics. She explains thesis of authors devoted to the research field. She spells out typologies. She refers to the elaboration of Blanco Contreras, who analyzes scholars who, from Economics and Law, make contributions of argumentative strength and practical usefulness.

Keywords: legal transplants, path dependence, economics, classifications, values.

I. Introducción

“Adiós a la razón” es el título de la obra de Paul Feyerabend donde afirma que la ciencia es una tradición entre muchas. Que la realidad es muy vasta, muy amplia, y la ciencia es uno de los tantos criterios de interpretación de esa realidad cuyo desconocimiento –esto ya venía desde Karl Popper– es ilimitado. Y en otro lado dice: “...existe una realidad que permite diversos enfoques; entre ellos, el científico”. O sea que aquí no se está frente a un relativista diciendo que la realidad no existe, o que no se puede conocer, sino que “permite diversos enfoques” (dada su amplitud) y que ninguno de ellos debe reclamar el monopolio interpretativo. El arte, la literatura, la metafísica, la religión, no son lo ficticio frente a lo “fáctico” (la ciencia) sino que son diversos intentos –la ciencia es uno más– de lanzar redes para captar algunos peces en ese océano de realidad desconocida –otra de sus analogías¹.

Quien confrontara la intelectualidad de su tiempo al escribir la obra “*Contra el método*”², Feyerabend afirma que la ciencia coexiste con otras formas de pensamiento sobre la realidad que tienen el mismo estatus, hasta tal punto que en ocasiones los mitos, las cosmogonías y las especulaciones metafísicas proporcionan mejores explicaciones que las propias teorías científicas y Wallerstein señala que ésta padece los mismos defectos que los científicos atribuyeron a la teología, a la filosofía y a la sabiduría popular: ideológica, subjetiva y poco fiable.

¹ ZANOTTI, GABRIEL, *CRISIS DE LA RAZÓN Y CRISIS DE LA DEMOCRACIA*, Febrero, Nro. 370, 2008, Universidad del Cema Buenos Aires, Argentina, p. 37

² FEYERABEND, PAUL, *TRATADO CONTRA EL MÉTODO. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, Editorial Tecnos S.A., 1986, Madrid.

A partir de este contexto, han surgido las posturas relativistas y nihilistas que niegan las verdades universales, porque una sociedad en la que el conocimiento es cada vez más complejo y especializado se pregunta cuáles son los criterios que existen para validar las afirmaciones científicas. Wallerstein afirma que suele apelarse al criterio de autoridad creíble o prestigiosa para validar el conocimiento científico. Pareciera en última instancia, que el argumento de autoridad sigue siendo el más importante en la convalidación del saber (revistas especializadas, instituciones, personalidades, etc.).

De este modo, la aceptación o no de un enunciado depende en última instancia de una decisión de una autoridad creíble, que bien podría ser un gran número de expertos que se han capacitado en instituciones prestigiosas que los avalan y que a su vez han sido evaluadas por otras instituciones (autoridades) que les reconocen su suficiencia y objetividad.

De lo dicho se podía convenir que esta idea guarda cierto parecido con la propuesta de Kuhn de la comunidad científica. Desde Bacon se ha considerado que los científicos actúan desinteresadamente a diferencia del filósofo, el teólogo y los portadores de la sabiduría popular; las normas sobre el desinterés ha jugado un papel protagónico en la institucionalización de la ciencia moderna pues remite de alguna manera a la honestidad del investigador y a la objetividad del resultado.

Hoy, sin embargo, es verificable que esta última aseveración ha sido puesta en jaque.

En el título que me ocupa y preocupa, porque hasta ahora no he referido mi inquietud con claridad, quizás quepa la pregunta: ¿recurrir a la noción de conocimiento científico podría en la actualidad ser útil para validar teorías en torno a lo que se entiende por *trasplantes jurídicos*? ¿O más bien, convendría utilizar el recurso de autoridad, aunque este último exhiba rispideces y en su caso, fuertes agresiones entre los contrincantes que van en su construcción, llevando el análisis a las antípodas?³

Entre los estudiosos que se ocupan del Derecho Comparado, desde siempre uno de los temas más controvertidos y difíciles ha sido aquel dedicado a la

³ BOBBIO, NORBERTO, *El problema del positivismo jurídico*, Ed. Eudeba. Bs.As. 1965, p. 12, cit. por GONZÁLEZ DE LA VEGA, C. y PIÑA, M. DEL C., "Activismo judicial, valores y posmodernidad", en M. LACOMBE CAMARGO y N. PEREIRA SILVA (Coord.), II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO, Universidad Federal de Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil, 2018, p. 1.

circulación del derecho. Y del tema elegido se ocupan los juristas, iusfilósofos y políticos a través del tiempo. No habría posibilidades de corroborar con certeza esta cuestión, pero sobre lo que no habría duda, es que la discusión inherente a los trasplantes jurídicos, tan neurálgica al Derecho Comparado, continúa siendo materia farragosa y de profundas controversias entre los estudiosos.

Quizás no fuera mala idea identificar un punto de partida y para ello luce atractiva la propuesta de “lanzar redes para captar algunos peces en ese océano de realidad controversial que circunda a los trasplantes jurídicos”.⁴

De lo que hasta ahora se conoce, emergen algunas coincidencias, pero la realidad en este espacio conceptual exhibe alta complejidad. Tentar una taxonomía sobre la materia, e interrogarse *ab initio* sobre la viabilidad de definir qué son los trasplantes jurídicos, también podría constituir un paso idóneo hacia el análisis ambicioso por parte de quien hoy procura recrear este espacio. Pretender una propuesta tendiente a aclarar el sentido de las palabras con las que algunos estudiosos definen este fenómeno es un gran desafío.

Poner límite a la ambición es un acto razonable y en ese cometido se identifican en el estado del arte los vocablos “*Transposition*”, “*legal borrowing*”, “*migration*”, “*legal tourism*”, “*cross fertilization*”, “*diálogo*”, entre otros⁵. La enunciación precedente conlleva la imperiosa necesidad de aclarar algunos aspectos semióticos de la cuestión.

Como es sabido, hay quien dice que «*the transplanting of legal rules is socially easy*»⁶. Otros en cambio, como P. Legrand, en su famoso artículo titulado “The Impossibility of Legal Transplants”, niega totalmente (refutando presupuestos positivísticos) la posibilidad de trasplantes, anclándose sobre todo en el rol disuasivo de la cultura. Esta, a diferencia de la norma, no puede ser “comprensiblemente” trasplantada. De hecho, en contextos diferentes, cualquier ley será siempre una ley distinta⁷. Se ha afirmado que la comparación entre las leyes de las jurisdicciones nacionales seguirá siendo superficial, a menos que

⁴ FEYERABEND, P. *Philosophica Papers*, vol. I, caps. 6 y 11, 1981, cit. por ZANOTTI, GABRIEL, *CRISIS DE LA RAZÓN Y CRISIS DE LA DEMOCRACIA*, Febrero, Nro. 370, 2008, Universidad del Cema Buenos Aires, Argentina, p. 37.

⁵ PEGORARO, LUCIO, “Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado”, en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos*, Editorial Tirant lo Blanch, 2013, México, p. 35.

⁶ WATSON, ALAN, *Legal Transplants*, 2d ed., University of Georgia Press, 1993, p. 95.

⁷ LEGRAND, P., *The Impossibility of Legal Transplants*, en *Maastricht journ. eur. and comp. law*, n. 4, 1997, p.111 ss., cit por PEGORARO, LUCIO, *op. Cit.* p. 35.

se busque apreciar esas leyes en los contextos de sus culturas locales, y la comparación entre las leyes de sus culturas seguirá siendo superficial a menos que se comprenda que la ley no es ajena a otras artes culturales, sino que es muy parecida a ellos.

Así también se ha dicho que vincular la ley con otros fenómenos sociales y culturales de un país específico sería imposible. Y el debate se extiende –incluso en este caso de posiciones distintas– sobre las relaciones entre cultura y cultura jurídica, casi siempre dudando que la primera pueda ser objeto de trasplantes. Para aquellos que aceptan la posibilidad de los trasplantes, es frecuentemente usada la metáfora del jardín, definida por D.E. Cooper como: “*una característica que, en un jardín, es relevante para una determinada apreciación puede, en otro jardín, ser irrelevante o relevante para una apreciación muy diferente*”⁸.

En el campo del Derecho Comparado, Cooper enfatiza en la necesidad de tener en cuenta los contextos, no solo jurídicos, hacia los cuales el trasplante opera. Particularmente atentos a dichas implicaciones debiesen ser los constitucionalistas, llamados –tal vez mucho más que los civilistas– a valorar las cualidades del terreno donde operan los trasplantes (en términos de cultura jurídica y también de la cultura en general)⁹. Se verifica que para Legrand, el análisis comparativo es “diferencial”, y se desenvuelve a partir de la aceptación de la idea que «el derecho conoce sólo la diversidad» y que los ordenamientos jurídicos, estudiados como “tradiciones”, son en sí mismos “incommensurables”¹⁰.

En crítica a Watson, G. Watt escribe en su artículo, “Comparison as deep appreciation”¹¹ que atiende con gran diligencia a las culturas legales y las historias legales y el lenguaje legal, pero su método y alcance de participación im-

⁸ COOPER, D. E., *A Philosophy of Gardens*, Clarendon Press, Oxford, 2006, p. 57, cit. por PEGORARO, LUCIO, *op. Cit.* p. 36.

⁹ COOPER, D. E., *A Philosophy of Gardens*, Clarendon Press, Oxford, 2006, p. 57, cit. por PEGORARO, LUCIO, *op. Cit.* p. 36.

¹⁰ LEGRAND, P., *L'analyse différentielle des juriscultures*. Y además, acerca de los riesgos del *legal borrowing*, ROSENKRANTZ, C.F. “Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, “Contra préstamos y otros usos no autorizados del derecho extranjero”, cit. por PEGORARO, LUCIO, *op. Cit.* p. 36.

¹¹ WATT, G., “Comparison as deep appreciation”, in P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2012, p. 87, cit. por PEGORARO, LUCIO, *op. Cit.* p. 36.

plica una confianza indebida en nuestra capacidad para separar lo que está etiquetado como “legal” de lo que no está etiquetado como “legal”. Y cuestionando a B. Grossfeld, dice que la única forma sensata de tratar el Derecho Comparado es como “la comparación de culturas jurídicas”. Y que habría hecho bien en omitir la palabra “legal”.

Pegoraro exhibe el amplio y difuminado abanico de uso lingüístico del vocablo: *position*, *borrowing*, *migration*, y hasta *legal tourism* y menciona también el uso de “injerto” y *cross fertilization*¹². Se habla además de “diálogo”, ya sea con relación al formante dinámico por excelencia –por lo menos en gran parte de occidente– (la ley), y el sujeto que la produce (el legislador), sea sobre todo para indicar la circulación de ideas entre cortes y tribunales¹³. Pero también “diálogo” la doctrina comparada, y existe además un dialogo transversal y recíproco inter-formantes, es decir entre legisladores, jueces y doctrina. *Transplant*, *transposition*, *migration*, y también *legal tourism* (aunque más coloquial) evocan axiologías taxonómicas, la idea de dominación, de superioridad, de unidireccionalidad.

Los términos *Cross fertilization* y “diálogo” permiten pensar en situaciones paritarias, de intercambio recíproco. Por esto, se critica el uso de la palabra “diálogo” para designar la influencia recíproca entre las Cortes¹⁴; en realidad, se verifica que existen algunas Cortes que se consideran “importantes” que manifiestan parsimonia, discriminación y una cierta soberbia en el uso de la jurisprudencia extranjera.

Enseña Pegoraro que en el plano terminológico, en su significado estricto, el vocablo más usado – “trasplante” – presupone primero una “explantación”, y en un sentido estricto sólo se da en caso de migraciones. La doctrina ha ampliado el sentido del término, prescindiendo del fenómeno de la extirpación del cuerpo originario¹⁵.

Hoy en día, por otro lado, casi nunca se verifican migraciones de pueblos a otros territorios, tales que lleguen a cancelar todo el derecho preexistente. En clave *macro*, no pasa nunca que una migración tenga como consecuencia

¹² PEGORARO, LUCIO, *op. Cit.* p. 35 y ss.

¹³ PEGORARO, LUCIO, *op. Cit.* p. 34.

¹⁴ PEGORARO, LUCIO, *op. Cit.* p. p. 34.

¹⁵ U. MATTEL, “Comparative Law and Critical Legal Studies”, en M. Reimann, M. Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford U.P., New York, 2006, p. 827 s., cit. por PEGORARO, LUCIO, *op. Cit.* p. 38.

la superposición de una *entera* organización constitucional (aunque sí ahora en vastas áreas del planeta, son difundidos fenómenos de cancelación de culturas jurídicas autóctonas a causa de colonizaciones económicas y culturales, sino a nivel estatal). Pero el trasplante puede registrarse a nivel *micro*, en relación con institutos singulares o valores o principios. Tal el caso de una visión particular de igualdad hombre-mujer dentro de una comunidad de emigrantes, que llevan consigo sus derechos propios, reconocidos o aceptados como “estatuto personal” de la comunidad misma¹⁶.

Otros juristas usan el vocablo “injerto” para designar la «transposición de lexemas de otras lenguas especialmente en el léxico jurídico y entonces transformados de artefactos técnicos a artefactos jurídicos», es decir cuando «un término, transferido de un lenguaje, en el caso extra-jurídico, a un lenguaje especial, en el caso jurídico, después de un cierto tiempo se integra en el contexto y se transforma en lexema jurídico»¹⁷.

Siempre desde una perspectiva definitoria, otro vocablo usado a menudo – “*cross-fertilization*” – suena como un término enfático si se refiere al formante normativo, siempre y cuando se discuta de la importación de elementos de ordenamientos de familias culturalmente diferentes, e incluso a veces, si la tabla de valores es compartida como en el derecho occidental. El fenómeno hoy es bastante unidireccional, en el sentido de que generalmente son los ordenamientos con base tradicional u “orientales” los que imitan al Occidente y los ordenamientos “menos desarrollados” imitan a los ordenamientos *leader*. Pegoraro descrea de la corrección en el uso del término “*cross-fertilization*” cuando se habla de circulación de soluciones normativas fuera de áreas limitadas, incluso más pequeñas que las familias jurídicas¹⁸. Sin embargo, es útil considerar si esto vale también en el ámbito doctrinal y jurisprudencial. Considera necesario en este punto, formular algunas precisiones: una tiene que ver con los sujetos que “dialogan” (constituyentes y legisladores, doctrina, jueces); una segunda concierne a las causas que justifican la circulación del derecho (¿imposición? ¿prestigio?); la última respecto a la posición institucional

¹⁶ PEGORARO, LUCIO, *op. Cit.* p. 38.

¹⁷ La metáfora – explican los autores – es copiada de la implantología dental y de la técnica para compatibilizar los materiales utilizables. ANTONIOLLI, G.A. BENACCHIO, R. TONIATTI (eds), *Le nuove frontiere della comparazione*, Ed. Un. Degli studi di Trento, Trento, 2012, p.140 y nota 39, cit. por PEGORARO, LUCIO, *op. Cit.* p. 37.

¹⁸ PEGORARO, LUCIO, *op. Cit.* p. 38.

de los sujetos implicados: en el caso de las Cortes, una cosa es importar el derecho por libre elección, otra es valerse del derecho extranjero porque se debe. Según Gustav Radbruch, “*las ciencias que tienen que ocuparse de su propia metodología, son ciencias enfermas*”¹⁹ refieren los comparatistas alemanes, en cuanto estiman que aunque pueda resultar acertado, este diagnóstico no se aplica al Derecho Comparado moderno. Afirman que a los comparatistas de todo el mundo, les tiene sin cuidado su método, ya que se ven a sí mismos como practicantes de una ciencia en estado experimental. Que son muy pocos los textos sistemáticos que se han escrito en torno a los métodos del Derecho Comparado y que por ello, no observan la enfermedad señalada por Radbruch. Lo mismo afirman acerca del Derecho Comparado según lo han practicado legisladores durante mucho tiempo²⁰. Estos últimos, notables manipuladores de los trasplantes jurídicos.

Desde que las grandes codificaciones europeas se instituyeron, las encuestas críticas y comparativas han precedido los decretos nacionales y las regulaciones internacionales de todos los tipos. Al resultar exitosos estos procedimientos, no hubo lugar para preocupaciones metodológicas. Y lo mismo puede decirse respecto al Derecho Comparado moderno como método crítico de la ciencia del derecho, según la define y practica Rabel, aunque en este caso, las razones son diferentes. No es de esperar que una disciplina en formación tan reciente cuente con un conjunto aceptado de principios metodológicos.

Reafirman además que, aún hoy, el método adecuado debe determinarse mediante un proceso gradual de ensayo y error. Los comparatistas han aprendido de la experiencia que de antemano no es posible definir un método por menorizado y que lo que más puede hacerse, es tomar un método a manera de hipótesis y probar su utilidad y aplicabilidad contra los resultados que se obtienen de su aplicación práctica²¹.

Otros juristas han escrito que el Derecho Comparado no es simplemente un método, sino una ciencia con su propia competencia distintiva. Pero no existe acuerdo respecto a qué es la competencia y el debate sobre si el Derecho Comparado es un método o una ciencia, ya que se ha tornado en un debate sobre el lenguaje.

¹⁹ RADBRUCH GUSTAV, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 12ª. Ed., 1969, p. 253.

²⁰ KONRAD ZWEIGERT y HEIN KÖTZ, *Introducción al Derecho Comparado*, Colección Estudios Jurídicos, Oxford University Press, México, 2002, p. 37.

²¹ KONRAD ZWEIGERT y HEIN KÖTZ, *op. Cit.* p. 37.

Las teorías respecto que el Derecho Comparado es una ciencia parecen ahora carecer de sustento sostiene Watson²². Refiere que una propuesta más prometedora ha sido sostener que se incluye más de una disciplina en el término Derecho Comparado y cita a Lambert, quien formulara una división de tres pliegos: Derecho Comparado descriptivo, Historia comparada del Derecho y Legislación Comparada²³.

II. *Legal transplants*, porque las leyes no son buenas

Esa es una afirmación verificable, en muchos ámbitos de la realidad. En algunos países (Argentina en la lista) se percibe que los productos jurídicos no son buenos. En la medida que no aportan solución a los problemas que enfrenta la sociedad, se espera que quien ostenta el poder normativo, no goce de gran legitimidad²⁴. Esto se ve exacerbado por la escasa o casi nula capacitación jurídica, y más aún, sobre el potencial impacto económico que tendrían estas normas en caso que fuesen promulgadas, por lo que el legislador nacional tenderá a buscar legitimidad en los productos jurídicos foráneos y su impacto será aún mayor cuando el país del que se tomara prestado goza de hegemonía. Es posible inferir que habrá “productos nacionales” con baja calidad o poco valorados o “productos extranjeros” que se perciben como valiosos y de calidad (normas, figuras doctrinales o fórmulas jurisprudenciales). En este contexto se suscita el interrogante de si se deben importar estos productos o si basta la producción nacional. La historia reciente indica que se preferirá la importación jurídica (circulación de modelos), lo que se implementa a través de los fenómenos denominados *legal transplants*.

Se observa en algunos casos que entre los sistemas existe homogeneidad (convergencia jurídica) en las propuestas dirigidas a solucionar los inconve-

²² WATSON, ALAN, “Legal transplants: An approach to Comparative law” 1-9, 1974. Reprinted with permission of the University Press of Virginia.

²³ SOMMA, A., *Introducción al Derecho Comparado*, Universidad Carlos III de Madrid, España, 2015, p.157.

²⁴ MONATERI, PIER GIUSEPPE, *The weak law: Contaminations and Legal Cultures*, en: *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. XIII, 2003, p. 575 y ss., cit por. SAAVEDRA-VELAZCO, R. E., *El método y el rol de la Comparación Jurídica Observaciones en torno a su impacto en la mutación y en la adaptación jurídica*, Advocatus, N° 025, 2011, p.194.

nientes que se detectan en la sociedad, pero hay construcciones que se exhiben como económicamente deseables porque facilitan la interpretación y la aplicación por parte del operador jurídico a cargo de tales labores (creando así los incentivos necesarios). En otros casos, las propuestas serán heterogéneas y la elección de un producto importado se complica, porque los costos económicos no son fácilmente cuantificables.

Es fácil advertir que la creación normativa resulta costosa, tanto *ex ante* como *ex post*. Los trasplantes jurídicos tienden a minimizar los costos *ex ante*, pero es sumamente complicado que se defina -sin contarse con estudios previos- si podrá minimizarlos *ex post*. La elección entre alternativas jurídicas no necesariamente importa que estas sean indistintas e incluso, es posible que los problemas que conlleva determinada opción supere el estrecho margen de lo económico²⁵.

En Argentina, a través de toda su historia legislativa y judicial y en la mayoría de los ámbitos del derecho, tanto público como privado, la incorporación de reglas e instituciones jurídicas de origen extranjero al ordenamiento legal, ha constituido una práctica sumamente común. Ahora bien, pese a la entidad del fenómeno señalado, la fuente doctrinaria no ha referido un desarrollo acorde.

A pesar de la gran relevancia habida en nuestro país, la originación de normas jurídicas y el desarrollo de la jurisprudencia, el denominado fenómeno de la “*trasplatación legal*” no ha generado interés en la doctrina nativa y hasta la actualidad es escaso el abordaje por parte de los juristas locales²⁶.

La labor del profesional de derecho en un sistema como el argentino (con similitudes notables al peruano)²⁷ podría ser sumamente complicada, porque tendrá que estudiar sistemas foráneos para conocer cuáles son las alternativas cercanas y tratar de justificar la adopción de una u otra regla. Sin embargo, el inconveniente no queda limitado a eso, ya que se deberá hacer frente a grupos de interés al interior de su sistema y de organismos fuera de las fronteras estatales.

²⁵ SAAVEDRA-VELAZCO, R. E, *op. Cit.* p. 195.

²⁶ ROSENKRANTZ, C. F., *En contra de los «préstamos» y de otros usos «no autoritativos» del derecho extranjero*, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 6, N° 1, 71-95, 2005, cit. por URBANO SONZINI ASTUDILLO, *Trasplantes jurídicos: un debate enriquecedor Legal Transplants: an Enriching Debate*, Cuadernos Universitarios. Publicaciones Académicas de la Universidad Católica de Salta (Argentina), núm. 10, 2017, p.50.

²⁷ SAAVEDRA-VELAZCO, R. E, *op. Cit.* p. 195.

*Esta autora adhiere a la idea postulada.

La comparación jurídica refiere el jurista peruano, tiene como propósito afrontar todas las temáticas aludidas. Y ante esta constatación, prevé la utilidad que tiene el estudio de este método para una sociedad -en su caso la peruana- y de modo categórico confirma en este ámbito la debilidad y falta de legitimidad de su sistema jurídico. A su favor resalta la tendencia generalizada del legislador a la importación masiva de normas legales, figuras doctrinales y fórmulas jurisprudenciales, datos que facilitan la labor de quienes promueven el desarrollo de la comparación jurídica*. Señala que el sentido de tal ventaja se encuentra en que pone en evidencia la necesidad de prestar atención a la opinión de juristas extranjeros ya que son ellos los que pueden explicar la función que tales productos jurídicos importados cumplían en el sistema de origen, así como aportar una pauta sobre el modo en que son interpretados y aplicados²⁸.

Imposible obviar que la comparación jurídica no ha perforado en todos los sistemas y que son varios los motivos que explican este defecto. Se menciona la ausencia de un lenguaje propio, sumado a la multiplicidad de perspectivas empleadas por quienes hacen comparación jurídica, (sea como método de análisis jurídico o como rama del derecho) lo que ha constituido un obstáculo para quien muestra interés en impulsar su difusión.

La comparación jurídica tiene gran utilidad para la comprensión y la desarrollo del derecho patrio, en especial cuando el sistema (o cultura jurídica) involucrado resulta débil o si se muestra particularmente permeable a fenómenos de importación jurídica. La aplicación de la comparación jurídica también requiere sumo cuidado y un esfuerzo superior al de otras aproximaciones al derecho. Ese esfuerzo se manifiesta en la atención que el estudioso deberá dispensar a las diversas metodologías que se reconducen a la comparación jurídica, las que no siempre son diferenciadas y más aún, acerca de la experticia con la que tendrá que evaluar los sistemas jurídicos bajo estudio.

El incremento de las dificultades se vuelve exponencial cuando en las cátedras universitarias el profesor aborda la ardua tarea de exhibir las ventajas para el estudio ajustado del derecho nacional que ofrece un método como la comparación jurídica, en especial cuando se advierte desde hace décadas, que el legislador es un prolífico-pero no exitoso- importador. A este operador jurídico se le aplica aquello de que estudiar un derecho no significa admirar cie-

²⁸ SAAVEDRA-VELAZCO, R. E, *op. Cit.* p. 196.

gamente lo que le distingue del derecho nacional, ni adherirse a las tendencias o técnicas pretendidamente modernas, que aquél brinda o concibe. Parafraseando a Niboyet, “*El comparatista no tiene por misión el transformarse en un importador de cargamentos jurídicos. Después de haber sacado del estudio de ciertos derechos extranjeros un provecho cultural, debe ponerse en guardia, al contrario, contra la fácil tentación de tomar el derecho de los demás, tal como lo encuentra hecho, en vez de crearlo por sí mismo*”²⁹. Se conoce que la necesidad de estudiar los derechos extranjeros, sobre todo aquellos más próximos al del país de origen, constituye una realidad para la doctrina si quiere cumplir una función esencial que le está asignada: la de guiar a la jurisprudencia en el desarrollo y el perfeccionamiento del derecho.

La recepción de las instituciones legales extranjeras no es cuestión de nacionalidad, sino de utilidad y necesidad. Nadie se molestaría en adquirir una cosa del exterior cuando en casa tiene una igual o de mejor calidad. Siempre que se proponga adoptar una solución de origen extranjero que se reputa como mejor, conviene plantearse dos preguntas: primera, si ha resultado satisfactoria en su país de origen y segunda, si funcionará en el país donde se propone su implantación³⁰.

Otro obstáculo a señalar estriba en que no hay estudios idóneos ni suficientes que instruyan sobre el método a emplearse para arremeter una empresa de la magnitud que implica la mejora del derecho nacional.

Al resultar ineludible el enfoque del Derecho Comparado en cualquier abordaje jurídico, conviene tener como un punto de partida, útil a la comparación jurídica, el encuadrar en algunas pocas categorías la gran multiplicidad de sistemas jurídicos. El sentido de una clasificación es ordenar la información, procesarla y luego transmitirla de manera coherente, ya que todo ello daría la posibilidad de focalizar la atención sólo en los elementos que se encuentran como definitorios de un sistema jurídico dado. De este modo, la taxonomía que se proponga podrá ayudar a predecir cómo y porqué se producen los cambios o mutaciones jurídicas en determinado sistema, sea pro-

²⁹ Curso- Taller la Aplicación del Derecho Comparado en Investigación Legislativa. https://www.academia.edu/29823681/CURSO_TALLER_LA_APLICACION%20DEL_DERECHO_COMPARADO_EN_INVESTIGACION%20LEGISLATIVA

³⁰ Curso- Taller la Aplicación del Derecho Comparado en Investigación Legislativa. https://www.academia.edu/29823681/CURSO_TALLER_LA_APLICACION%20DEL_DERECHO_COMPARADO_EN_INVESTIGACION%20LEGISLATIVA

ducto de su interrelación con sistemas semejantes o sea con sistemas del todo distintos.

III. De qué hablamos cuando hablamos de trasplantes

Un enfoque realista demuestra que los sistemas jurídicos no surgen ni existen aisladamente. Por el contrario, la mutua y recíproca influencia que unos ejercen sobre otros contribuye en gran medida a su formación, desarrollo y caracterización. Esa es la razón por la que los ordenamientos jurídicos de los distintos países se influyen y afectan permanentemente entre sí a través del intercambio de experiencias, ideas y modelos, lo que por lo general termina por cambiarlos y modificarlos en su contenido y configuración.

Es en el sentido indicado que el estudio de los llamados “*trasplantes legales*”, también denominados “*préstamos legales*” en el marco del Derecho Comparado, se orienta principalmente a entender y explicar la compleja dinámica que presentan estos procesos de transferencia entre jurisdicciones³¹. Los investigadores han definido el término trasplante legal, de un modo genérico, como el proceso mediante el cual leyes, reglas e instituciones jurídicas originadas y desarrolladas en el marco de un determinado sistema legal, son luego adoptadas e implementadas en otro distinto, ya sea de manera voluntaria o por imposición externa.

Estos procesos pueden darse de modos muy diversos y diferir notablemente entre sí en cuanto a su materia y su extensión. En relación a la primera, los préstamos legales pueden darse en el ámbito del derecho público, tanto como en el del derecho privado. Respecto a su alcance, los aludidos pueden consistir en la incorporación de una determinada norma o institución referida a una temática específica, o por el contrario, en la recepción de un sistema legal extranjero completo. De lo expuesto se observa que los países podrían dividirse entre aquellos que se comportan en el mundo jurídico como “exportadores netos de derecho”, por un lado y aquellos que resultan ser “importadores netos de derecho” por el otro. Y es posible identificar un tercer grupo con los que actúan simultáneamente como “importadores” y “exportadores” de normas jurídicas.

³¹ PEGORARO, LUCIO, *op. Cit.* p. 37 y ss.

Es útil la reconstrucción de este espacio donde se detecta que el lugar que ocupa un país en esta taxonomía, varía a través del tiempo y del ámbito jurídico de que se trate. Los ejemplos que exhibe la historia son muy significativos.

Señala Sonzini Astudillo que en la doctrina internacional los conceptos “trasplante” y “préstamo” por lo general se usan de manera unívoca e indistinta³². Para lograr una mayor claridad expositiva, utiliza la terminología de Rosenkrantz y al efecto llama propiamente trasplante a la incorporación de derecho extranjero realizada a través de medios legislativos, esto es, mediante su adopción legal. Reserva la denominación de “préstamos” para las introducciones realizadas por la decisión de un tribunal local de usar en una sentencia derecho de origen extranjero por considerar que cabe otorgar al mismo cierta autoridad también en el ambiente local, aun cuando no haya sido formalmente incorporado a la legislación del país importador³³.

IV. ¿Descubre la Economía el fenómeno de los trasplantes?

Recientemente la Nueva Economía Institucional en adelante (NEI) comenzó a plantearse la utilidad de los trasplantes institucionales como medio para promover el crecimiento económico. Observaron que estos trasplantes, en general, fallaban debido al problema del denominado *path dependence* (*dependencia de la trayectoria*), que provocaba el choque de la institución formal trasplantada con las instituciones informales de la sociedad receptora.

Blanco Contreras, en un profundo y valioso estudio sobre este fenómeno se pregunta si estos trasplantes institucionales son algo nuevo, o constituyen un fenómeno importado de otra disciplina y alude a su origen, bajo una visión enteramente jurídica del tema relevando* los trabajos de los principales juristas avocados al estudio de esta materia, en especial, en el campo del Derecho Comparado³⁴. En sus inicios, la NEI no prestó atención a los trasplantes insti-

³² SONZINI ASTUDILLO, *op. Cit.* p. 50.

³³ SONZINI ASTUDILLO, *op. Cit.* p. 51.

*Esta autora ha tomado de la jurista española contenidos significativos de dicho artículo, por considerarlo novedoso y útil para la expansión de las ideas tan lúcidamente expuestas allí.

³⁴ BLANCO CONTRERAS, SARA, *Los trasplantes institucionales en el campo del derecho. Una nueva perspectiva para la nueva economía institucional*, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, Iberian Journal of the History of Economic Thought, Vol. 3, Núm. 2, 170-

tucionales ni a sus posibles limitaciones causadas por factores sociales o intereses políticos. Al observar como fracasaban los intentos de generar crecimiento por parte de algunos países y organizaciones internacionales, economistas de diversas latitudes comenzaron a analizar la posibilidad de que, realizando una reforma en esos países a través de *trasplantes*, se pudiera conseguir su despegue económico. Sin embargo, casi no existen estudios en el campo de la economía, ni en particular de la NEI, que analicen este fenómeno. Cabe destacar el notable desconocimiento que existe entre los estudiosos de esta disciplina respecto a que en el campo del derecho, sobre todo en el Derecho Comparado, existe numerosa literatura al respecto.

Son diversos los economistas vinculados a la NEI que han analizado extensamente³⁵, las causas del crecimiento económico y este organismo cree que las razones que explican el crecimiento no son los factores geográficos o la acumulación de capital porque esos factores son el crecimiento mismo. Para esta disciplina, la principal causa del crecimiento económico son las instituciones con que cuente cada país. De este modo, la teoría expuesta es claramente compatible con la idea de que un trasplante institucional puede generar crecimiento económico. Es posible observar que este ha sido uno de los objetivos de algunas agencias internacionales, como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional (FMI), a la hora de conceder préstamos condicionados a la adopción, por medio de trasplantes, de normas o instituciones consideradas “buenas” por la comunidad internacional. Estos programas de desarrollo basados en reformas legales han fallado una y otra vez, lo que supone que el trasplante institucional no ha funcionado.

Frente a esa afirmación, la jurista española inquiere si resulta imposible el trasplante de normas de un ordenamiento jurídico a otro, ¿o que son otras las razones por las que el trasplante falla? Al responder señala que sobre todo en el campo del Derecho Comparado aparecen numerosos autores que han desarrollado teorías sobre esta materia e incluso han hecho estudios de casos. Y su aporte inestimable consiste en una propuesta reconstructiva de esta literatura sobre trasplantes desde la perspectiva del derecho. Queda expuesta así la necesidad ineludible de efectuar la tarea interdisciplinar a la que aludiera Samuel³⁶.

187, 2016.

³⁵ “Lo que sí han analizado, y de forma extensa, diversos economistas relacionados con la NEI como Daron Acemoglu, James Robinson o Mancur Olson, son las causas del crecimiento económico”, BLANCO CONTRERAS, *op. Cit.* p. 170/171.

³⁶ SAMUEL G., *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oxford and

En la ardua y fructífera tarea de explicitar las teorías relevadas, Blanco Contreras refiere que los diferentes resultados de estas investigaciones jurídicas sobre trasplantes, que se remontan a la década del 70 del siglo pasado, exhiben dos posturas tradicionales que ha habido en la literatura sobre la difusión del derecho.

Algunos autores señala, han encontrado numerosos casos en los que un determinado trasplante ha funcionado y ejemplifica con el historiador del derecho Alan Watson, quien aboga por los trasplantes como principal forma de desarrollo del derecho en el mundo. Menciona también al académico Mathias M. Siems, quien incluso asegura que hay casos en los que la norma trasplantada ha funcionado mejor en el país receptor que en el de origen.

Hay otra línea de estudiosos para quienes el trasplante es imposible o falla debido en la gran mayoría de los casos, a que la cultura de la sociedad en la que se trasplanta la regla no es la misma que la de la sociedad del país donde esta regla se originó. Aquí entra en acción el llamado *path dependence*, que refiere el camino que a través del tiempo van creando las instituciones informales –tradiciones, creencias, valores, mitos, de una determinada sociedad y a la dificultad de desviarse de esa huella una vez marcada. Es por eso que cuando se intenta trasplantar una institución formal a una sociedad con instituciones informales no compatibles, hay alta probabilidad que el trasplante fracase.

Pierre Legrand defiende fuertemente la posición expuesta y para él, los trasplantes son imposibles. Un comparatista de la entidad de Otto Kahn-Freund, entre otros, comparte parcialmente esta línea de pensamiento. Según la terminología usada por la jurista Margit Cohn, a los defensores de los trasplantes se les identifica como *transferists* o “transferistas” y a sus detractores como *culturalists* o “culturalistas”.

A Montesquieu se lo menciona como ejemplo de culturalista histórico, quien ya en el siglo XVIII veía muy complicado el traslado de normas de un sistema legal a otro. En cuanto a esta última mención, vale confrontarla con un texto de Gino Gorla en cuanto señala que: en cada sistema de derecho hay ciertas materias que no se prestan a la comparación, en razón de particularidades de la vida social, económica o política de los países tratados. El campo de la comparación no es por tanto ilimitado. De todos modos, la materia de la

Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014.

comparación no tiene en sí misma una gran importancia. Es igualmente válido para la cantidad de sistemas que podemos proponernos comparar. Sin embargo, no pueden hacerse comparaciones a tontas y a locas si lo que queremos obtener son buenos resultados.

Expresa que el clásico ejemplo de comparaciones ilusorias se encuentra en las disgresiones accidentales de Montesquieu, cuando se pierde en los campos exóticos. Por más pintoresco y divertido que ellos puedan ser, es claro que no podemos atender a empresas de esa naturaleza que conducen a conclusiones de cualquier valor. Siempre es posible, por ejemplo, comparar el derecho de los antiguos pueblos de oriente con el derecho moderno de los pueblos europeos, pero como Pollock lo observa, una comparación de esta naturaleza, *“no puede conducir a nada sino a ridículas y peligrosas confusiones”*³⁷.

Hace algunas décadas tuvo lugar un resurgimiento del interés práctico y académico relativo a la reforma legal y a la armonización como parte de la integración europea, los programas de ajuste estructural en los países en vías de desarrollo y la reconstrucción de los países en transición de Europa del este. En fecha más reciente, este creciente interés se vincula con el fenómeno de la globalización, que ha estimulado los trasplantes legales al hacer que sea más común tomar prestadas prácticas o instituciones de otro país. Sin embargo y a pesar de que es reciente el interés para los neoinstitucionalistas* los trasplantes de normas han existido siempre en la historia de la humanidad. Autores como Watson, afirman que los trasplantes son el medio principal por el que las leyes han ido evolucionando en el mundo³⁸.

Ya en la Grecia clásica, con motivo del característico interés de los pensadores griegos, asiduamente fue empleado el estudio de modelos jurídicos foráneos para su posterior aplicación en la polis y aquí es donde aparecen las primeras investigaciones comparativas.

³⁷ GINO GORLA, DIRITTO COMPARATO, Giuffrè, 1963.

*El neoinstitucionalismo (New institutionalism) es una teoría enfocada en el estudio económico y sociológico de las instituciones, entendidas como los espacios donde los diferentes actores sociales desenvuelven sus prácticas (mercado, club social, partidos políticos, iglesias, sociedades de fomento, escuela, policía, etc.) Esta corriente es, ante todo, un enfoque de estudio que analiza la forma como evolucionan las instituciones, entendidas como las normas que limitan la conducta de los individuos, y su necesidad de cambio.

³⁸ Escribe Marc Ancel que desde la antigüedad se ha pensado siempre que el conocimiento de los derechos extranjeros era de primordial importancia para el legislador, ANCEL, MARC, *Utilité et Méthodes du Droit Comparé*. Editions Ides et Calendes, Neuchatel, 1971

Licurgo en Esparta y Solón en Atenas, viajaron por el mundo entonces conocido para conocer las instituciones antes de legislar e incluso los *decemvirs* encargados de redactar la Ley de las XII Tablas se habrían informado de leyes extranjeras, particularmente leyes griegas, cuya influencia es visible en la primera legislación escrita de Roma. Todavía se cita a Platón en cuya obra *Las Leyes* hace la comparación y a Aristóteles, quien discutió las constituciones existentes, principalmente la de Cartago. En el Imperio Romano en cambio, no se verifican ejemplos de especulaciones respecto del Derecho Comparado.

Será necesario esperar el siglo XVIII y especialmente *L'Esprit des Lois* (1748) para encontrar un recurso sistemático a las enseñanzas sacadas de otras legislaciones. El mismo Montesquieu tiene el mérito de comprender la palabra *loi* en su sentido físico, lo que conduce a investigar las relaciones existentes entre fenómenos jurídicos, históricos, políticos y aun climáticos. En este título, se ha podido ver en él al primero de los comparatistas³⁹.

Los estudios jurídicos sobre trasplantes han sido fundamentalmente académicos y recientemente existe también una línea de investigación práctica que examina su éxito o fracaso en casos concretos. Advierte Blanco Contreras sobre imprecisión del concepto de “éxito” en la literatura pero, en general se puede afirmar que un trasplante ha funcionado si la norma importada sobrevive un periodo considerable en el país receptor. Se trata por cierto de una definición estrecha, que no permite medir la eficacia. Para lograr ese cometido, propone definir el concepto de “*trasplante institucional*” desde un punto de vista jurídico y menciona lo que se ha dicho en el campo de la economía en relación a este fenómeno, incluyendo algunos estudios sobre la relación entre estas reformas legales a través de trasplantes y el crecimiento económico.

V. Trasplante institucional

La adjudicación terminológica de “trasplante legal” o “trasplante jurídico” pertenece Alan Watson en su libro *Legal transplants: An Approach to Comparative Law* de 1974. Y este es el motivo por el que la definición comúnmente usada por el mundo académico es la de Watson (1974): “*el traslado o transferencia*

³⁹ ANCEL, MARC, *Utilité et Méthodes du Droit Comparé*. Editions Ides et Calendes, Neuchatel, 1971, p. 10, 12.

de una regla o sistema legal de un país a otro o de un pueblo a otro”. Se verifica que aunque Watson perteneciera disciplinariamente a la Historia del Derecho, el estudio de los trasplantes institucionales ha sido incumbencia casi exclusiva de la disciplina del Derecho Comparado, la rama del derecho que intenta explicar los cambios jurídicos y la difusión del derecho, comparando los diversos sistemas legales que existen.

Esta última expresión de la jurista española alusiva a los sistemas legales, exhibe una visión francamente eurocéntrica del Derecho Comparado. También convendría destacar que la pertenencia disciplinar de Watson, lo identifica con una determinada concepción del derecho, dato que no es menor y que debiera estar presente al tiempo de analizarlo en confrontación con Legrand, su agresivo contrincante en la determinación del sentido y alcance de la noción *trasplantes jurídicos*. Es atinada la mención a Rodolfo Sacco⁴⁰ al decir “el Derecho comparado examina la forma en la que las instituciones legales se conectan, diversifican y trasplantan de un país a otro” ya que sus ideas conectan con algunas similitudes conceptuales al reconocido como padre de los trasplantes. También la rama denominada Derecho y Economía o Análisis Económico del Derecho ha analizado esta problemática desde el punto de vista de sus efectos económicos.

Blanco Contreras refiere que los comparatistas han estudiado los trasplantes que se han producido en la historia, remontándose incluso al Código de Hammurabi del siglo XVII A.C, lo que demuestra que no es algo nuevo como plantea la NEI, sino que, a lo largo de la historia, los países se han prestado leyes, normas o prácticas. En el caso de las conquistas y el colonialismo, el trasplante fue impuesto por los gobernantes a los pueblos conquistados o colonizados. En otras ocasiones, la adopción de una determinada norma o concepto jurídico ha sido buscada voluntariamente por el país receptor⁴¹.

⁴⁰ SACCO, RODOLFO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, The American Journal of Comparative Law, American Society of Comparative Law, vol. 49, 1991, p. 388, cit. por BLANCO CONTRERAS, Sara, *op. Cit.* p. 172

⁴¹ BLANCO CONTRERAS, SARA, *op. Cit.* p. 172

VI. Los trasplantes institucionales en la economía

Es prolífica la literatura que aborda el impacto de las instituciones en el crecimiento económico sostenido, y notables de la NEI, como el Premio Nobel Douglass North, han investigado este tema. Por tal constatación, esta entidad es una de las ramas de la economía que se ha planteado recientemente la utilidad de los trasplantes institucionales como medio para promover el desarrollo económico, aunque son escasos los trabajos que analizan concretamente la relación entre esas dos variables. La posibilidad de que los trasplantes de instituciones exitosas promuevan el crecimiento del país receptor, parte de la hipótesis postulada por los neoinstitucionalistas que unas buenas instituciones generan crecimiento económico. Entre estas “buenas instituciones” surgen por ejemplo, las que limitan la acción del gobierno, evitan la corrupción, moderan los impuestos, protegen los derechos de propiedad o garantizan el cumplimiento de los contratos. La importancia de un “buen gobierno” es un argumento muy arraigado en la literatura sobre las causas del crecimiento económico.

Todas estas investigaciones sugieren que una mejora en el marco institucional y en la forma de gobernar de ciertos países podría mejorar su desempeño económico. Por estas constataciones, a finales del siglo XX se utilizaron los trasplantes institucionales para cambiar economías planificadas a sistemas de libre mercado y así fomentar la inversión extranjera, uno de los principales motores del crecimiento económico de un país. En la década de los años 90 del siglo pasado proliferaron los proyectos de derecho y desarrollo que utilizaban las reformas o trasplantes de instituciones como una herramienta para llevar la democracia y el crecimiento económico a los países más atrasados.

Son escasos los estudios relativos a la relación entre trasplantes institucionales y crecimiento económico. Entre esos se destacan los economistas Daniel Berkowitz y Jean-Françoise Richard y la jurista Katharina Pistor, quienes han llevado a cabo estudios empíricos sobre el impacto de los trasplantes de normas en el desarrollo económico. La expresión “*efecto trasplante*” aparece citada por ellos tres⁴² quienes la utilizan para referir a lo que ocurre cuando la nueva ley

⁴² BERKOWITZ, DANIEL; PISTOR, KATHARINA y RICHARD, JEAN-FRANÇOISE, *Economic Development, Legality, and the Transplant Effect*, *European Economic Review*, vol. 47, 165-195, 2003, cit. por BLANCO CONTRERAS, SARA, *op. Cit.* p. 173.

no se adapta a las condiciones locales. En esta situación, los ciudadanos del país receptor no están familiarizados con la norma trasplantada y es posible predecir que en la práctica no la usarán.

Se afirma que los intermediarios tendrán más dificultades a la hora de desarrollar la ley de acuerdo con la demanda y, por eso, el trasplante realizado será menos efectivo. Hablar del “efecto trasplante” es lo mismo que hablar del *path dependence* o “*dependencia de la trayectoria*”. Su análisis econométrico muestra que el “efecto trasplante” tiene un impacto indirecto en el desarrollo económico a través de su efecto directo negativo en la legalidad, es decir, en la efectividad de las instituciones.

Las conclusiones referidas demuestran sin dudar la notable experticia de quienes las han formulado: estudiosos comprometidos con el conocimiento interdisciplinario, única manera válida de predicar un dato cierto y útil para clarificar campos desconocidos, controversiales y promover desarrollos futuros. Éstos autores sostienen que para que una reforma institucional sea efectiva, se deben escoger normas o instituciones cuyo significado pueda entenderse por las personas a las que van dirigidas, para que la puedan usar. Sugieren para ello dos alternativas: o bien que los préstamos se hagan entre países con una herencia legal parecida –aquí entran en juego las distintas familias legales–, o bien que se invierta en informar y preparar a la población antes de que la nueva ley sea adoptada. La familiaridad actúa como un factor que incrementa la receptividad del trasplante.

A la afirmación precedente puede cuestionarse la referencia a “familias legales”, ya que generalmente se menciona esta terminología en alusión a la clasificación propuesta por René David, hoy en cierta forma, periclitada⁴³.

En relación al denominado “efecto trasplante”, los autores indicados afirman con agudeza que se está produciendo en el mundo un fenómeno de convergencia de leyes, la manera en la que funcionan las instituciones y su efectividad difiere sustancialmente de un sistema a otro. Con esta plataforma argumental y luego de un extenso análisis empírico, concluyen que una reforma legal solo producirá los efectos deseados si las leyes importadas se adaptan a las condiciones locales.

⁴³ MATTEI, UGO, *Three patterns of law: taxonomy and change in the world's legal systems*. en *American Journal of Comparative law*, vol xlv, num.1 1997, p. 12, cit. por SAAVEDRA VELAZCO, en MARIA DEL C. PIÑA, *Nuevas teorías y otros valores en el Derecho Comparado*, CUADERNO DE DERECHO COMPARADO, TOMO III – 2020, José Daniel Cesano (Dir), IJ Editores, Argentina, p. 177.

Thrainn Eggertsson, economista, mencionado entre los pocos abogados al estudio del éxito o fracaso de los trasplantes en general, señala que, para ser eficaces, las nuevas tecnologías de producción deben apoyarse en lo que él denomina “*tecnologías sociales*”. Al efecto ha escrito: “*la política institucional es el arte de impulsar la aparición de tecnologías sociales mediante la creación de nuevas instituciones o la reforma de las existentes*”⁴⁴. Y resalta que una de las razones más nombradas del fracaso de los trasplantes de normas es la relativa al comportamiento de la élite política o el grupo que ostenta el poder en el país receptor. La conclusión de este autor, demarca un dato prácticamente sin precedentes. Abre una puerta hacia una nueva exploración investigativa. Las preguntas en este caso podrían ser, ¿hasta dónde se podría verificar la influencia de esa elite política o del grupo que ostenta el poder? ¿Con qué herramientas metodológicas se debería trabajar para clarificar esta hipótesis?

VII. Trasplantes institucionales en el campo del derecho. *Los transferistas*

En el ámbito del derecho propiamente dicho, no pueden obviarse los desarrollos ocurridos en el campo de la Economía. Ello así, porque una vez más, la omisión de estos estudios, presupondría generar un importante vacío o incompletitud de conocimientos con una plataforma fáctica incompleta para el análisis del fenómeno que nos convoca.

La literatura jurídica en el campo de los trasplantes institucionales, identifica dos posturas básicas. Por un lado están los defensores de este tipo de reforma legal, a los que Margit Cohn llamará “transferistas”, como Alan Watson o William Ewald. Y, por el otro, los autores más escépticos. Sea porque sostienen que el trasplante es imposible, afirmación que acuñara Pierre Legrand, o porque aseveran que es difícil que estos préstamos de leyes sean exitosos pues entienden que la ley es básicamente una creación social y que esa es la razón por la cual aparece vinculada a un determinado contexto socioeconómico. Se ejemplifica esta última postura con mención de las tesis de Otto Kahn-Freund, Esin Örüçü y Thrainn Eggertsson que constituyen el ejemplo de quienes se

⁴⁴ EGGERTSSON, THRAINN, ¿Por Qué Fracasen a Menudo los Trasplantes Institucionales? *Re-vista Asturiana de Economía*, 2005, 32, 9-21, cit. por BLANCO CONTRERAS, SARA, *op. Cit.* p. 174.

les denominaría “culturalistas”, según la terminología usada por Cohn, que es la más extendida en la literatura.

Kahn-Freund concita a Montesquieu, quien en su libro *Esprit de Lois* trataba este tema con la célebre frase: “*las leyes políticas y civiles de cada nación deberían estar tan hechas a medida de las personas para las que son elaboradas que sería pura casualidad si las leyes de una nación pudieran satisfacer las necesidades de otra*”⁴⁵.

Para el jurista francés, sólo en casos excepcionales las instituciones de un país pueden ser válidas para otro. Según este iniciador comparatista, las leyes están estrechamente unidas a su entorno. Sostiene que el “espíritu de las leyes” está conformado por un grupo de factores y cita: el clima, la religión, las leyes, las costumbres, las tradiciones o las máximas del gobierno. Por las razones apuntadas se afirma que Montesquieu era “culturalista”.

Quien ha sido reconocido en este espacio de discusión como el mayor defensor de los trasplantes es Alan Watson. Sus trabajos se centran en la historia del derecho occidental y, más concretamente, en el Derecho Romano. Su principal tesis es que los trasplantes han sido el instrumento más importante para la construcción y transformación del derecho en el mundo. Esta teoría fue muy innovadora porque iba en contra de un supuesto generalmente aceptado por el pensamiento jurídico: que la ley cambia en respuesta a fuerzas externas a ella y que, tal y como dice la llamada “teoría del espejo”, la ley no es autónoma sino que refleja las relaciones de la sociedad, el funcionamiento del mercado o la ideología política. Para los defensores de esta “teoría del espejo”, como Savigny, Hegel o Marx, la economía y la sociedad, entre otros factores, moldean la ley⁴⁶.

Watson en cambio afirma que la ley está aislada y no depende del cambio social, político o económico. Este jurista cree que las instituciones pueden ser transportadas fácilmente de una sociedad a otra y para demostrarlo, proporciona numerosos ejemplos de trasplantes históricos exitosos de normas e incluso de sistemas jurídicos enteros, tal el caso del trasplante del Derecho Romano a numerosos países del continente europeo.

⁴⁵ MONTESQUIEU, 1758.

⁴⁶ EWALD, WILLIAM, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, The American Journal of Comparative Law. American Society of Comparative Law, autumn, vol. 43 (4), 489-510, 1995, <http://www.jstor.org/stable/840604> cit. por BLANCO CONTRERAS, SARA, *op. Cit.* p. 175.

Al erudito escocés se le imputa no especificar qué criterio sigue para denominar “exitoso” a un trasplante. La exportación e importación de normas es posible por la autonomía del derecho frente a los contextos sociales que regula. En su obra el jurista explica que las normas de Derecho Romano fueron trasplantadas en bloque a la mayoría de países de Europa debido a su gran prestigio. Dice, no obstante, que para saber si es conveniente el trasplante, se debe hacer un análisis de cada caso. Esta última proposición choca con el perfil seguido en su libro, donde defiende a ultranza los trasplantes y el aislamiento de las normas y no contempla la posibilidad de que alguno pueda fracasar por estar una ley demasiado ligada a la sociedad en la que se ha dictado. Resulta innegable que el Derecho Romano se trasplantase, pero esa constatación no conlleva la afirmación de que todo el derecho es trasplantable.

Al tilde de comparatista fuertemente controvertido con que la jurista española atribuye a Watson, podría replicarse que el ponderado *padre de los trasplantes* y tal como Kelsen lo hizo, hubiera dado razones hasta el final, acordes a la concepción de derecho de la que parte y desde allí, quizás se derivara otra conclusión.

Resulta atinado a esta altura continuar la convocatoria con las ideas de William Ewald, un seguidor del trabajo de Watson, quien cree que su teoría del cambio jurídico se ha malinterpretado e intenta clarificarla. Señala que la interpretación errónea de las palabras de Watson es debida a que se ha prestado poca atención a la estructura lógica de su argumento. Este autor, perteneciente a la disciplina de Filosofía del Derecho, imprime el término “Jurisprudencia comparada” para referirse al nuevo estilo de análisis del Derecho Comparado que se crea a partir de los aportes de Watson. Entiende Ewald⁴⁷ que en la argumentación de Watson conviven dos teorías, a las que apoda “Watson fuerte” y “Watson débil”. Considera que una es más agresiva y más extrema y por eso debe ser descartada, mientras que la otra luce más cautelosa y flexible y aconseja quedarse con la segunda.

Dilucida que Watson no descarta que haya relación entre derecho y sociedad sino que se trata de una relación tan compleja que debe ser estudiada caso por caso. Con agudeza subraya que las investigaciones de Watson se centran casi exclusivamente en el Derecho Privado de Europa occidental por lo que sus conclusiones no pueden ser extrapoladas a la ley en general. Para

⁴⁷ EWALD, WILLIAM, *op. Cit.*

Ewald, Watson consigue destruir la teoría tradicional del espejo pero no proporciona su propia teoría sobre el derecho y la sociedad.

VIII. Pierre Legrand, el enemigo de los transferistas

A Pierre Legrand se lo identifica como el mayor crítico de las teorías de Watson y los “transferistas”. Con fuerte espíritu crítico hacia el jurista francés, se ha dicho que en su artículo, “*The Impossibility of Legal Transplants*”, se burla de los argumentos de Watson y expone una teoría calificada por algunos como un tanto débil, que acaba con dos afirmaciones que pueden aparecer incompatibles: que es imposible trasplantar las normas y que, debido al nexo entre las normas y la cultura en que se aplican e interpretan, lo que se trasplanta es sólo el texto de la norma, no su significado.

Está en total desacuerdo con la posición de Watson que considera que las normas están aisladas de la sociedad. Legrand sostiene que sí están íntimamente ligadas a la sociedad en la que nacen y no pueden ser separadas de ella, por lo que es imposible que transiten de un ordenamiento jurídico a otro. Afirma que para que se dé un trasplante que tenga sentido, la regla completa, entendida como la suma de su texto y su significado, debe ser trasladada de una cultura a otra y atento que el significado de la regla está atado a una cultura específica, le es difícil concebir que esto pueda pasar. Dice que cuando una norma se importa, adquiere un significado local que hace que la propia regla cambie y como el significado no es transplantable, la norma tampoco lo es.

Legrand califica de “simplista, superficial y engañosa”⁴⁸ la postura de Watson y sus seguidores. Para el comparatista francés, el derecho no debe ser separado de los contextos en los que surge ya que son los que dan sentido y legitimidad a las normas.

Blanco Contreras denuncia que Legrand peca, al igual que Watson, de demasiado radical en sus postulados. Esta imputación, razona, es porque entre el todo y la nada, el siempre y el nunca, hay un punto intermedio. Intenta reformular la posición de Legrand bajo el presupuesto de que éste se acercaría

⁴⁸ LEGRAND, PIERRE, *The Impossibility of legal transplants*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol. 4 (2), 111-124, 1997, cit. por BLANCO CONTRERAS, SARA, *op. Cit.* p. 176.

más a la realidad si dijera que algunas leyes son difícilmente separables de los contextos en los que se aplican y, por tanto, al trasplantarlas no surtirán el efecto deseado, mientras que otras sí son susceptibles de ser trasplantadas con éxito.

Watson contesta a estos ataques en otro artículo, catalogado como más flexible y realista, donde procura aclarar los argumentos esgrimidos en su libro de 1974.

Según la jurista española, Watson ridiculiza las ideas de su crítico más feroz diciendo, entre otras cosas, que sus palabras parecen importantes pero carecen de sustancia. Denuncia que Legrand en su artículo utiliza palabras muy cultas y un lenguaje tremendamente enrevesado para luego no decir prácticamente nada.

Más importante aún, la tesis de los “trasplantes legales” descarta la existencia de fenómenos cualitativamente diferenciados y los contenidos concretos de experiencias y valores. Es una idea relacionada con la búsqueda de patrones cuya axiomatización requiere la imposición sobre experiencias efectivamente dispares del derecho de una unidad racional *a priori*.

La tesis de trasplantes legales carece de vocación crítica. Aquellos que la defienden, crean un falso consenso que puede sólo establecerse mediante referencia exclusiva a los elementos formalizados del objeto. El argumento de los trasplantes legales está precariamente basado en analogías mecánicas.

La ley es parte del aparato simbólico a través del cual las comunidades enteras intentan entenderse mejor a sí mismas. Los estudios legales comparados pueden mejorar nuestra comprensión de otros pueblos al arrojar luz sobre cómo entienden su ley. Pero, a menos que el comparatista pueda aprender a pensar en la ley como un fenómeno culturalmente situado y aceptar que la ley vive de manera profunda dentro de una cultura específica –y por tanto contingente– el discurso, la comparación, se convierten rápidamente en una aventura sin sentido.

Por su parte, Watson⁴⁹ declara estar de acuerdo con Legrand en que la norma, una vez trasplantada, pasa a ser distinta de la que era en su país de origen. Esta idea será compartida por la mayoría de los autores.

Watson hace explícito que su punto de mayor disenso respecto a la Tesis de Legrand es que éste niega la historia del Derecho Comparado, *porque si algo*

⁴⁹ BLANCO CONTRERAS, SARA, *op. Cit.* p. 176.

ya se ha hecho es porque se puede hacer. Este es el hecho más indiscutible que pone de manifiesto. Y por ello, este autor cree que los trasplantes institucionales son inevitables y que están tan vivos como en los tiempos de Hammurabi⁵⁰. En el referido artículo, Watson aboga por la idea de un solo Código de Derecho Civil para toda la Unión Europea. Legrand, acorde a su postura, se manifiesta abiertamente en contra de esta idea.

El derrotero enuncia luego a la jurista Esin Örüçü⁵¹ quien abona este espacio discursivo en cuanto señala que, *“aún en el caso de trasplantes exitosos, las instituciones sufren una contaminación debida al nuevo entorno y, por lo tanto, pasan a ser instituciones o conceptos distintos”*.

Otto Kahn-Freund es otro “culturalista” detractor de los trabajos de Watson y sus seguidores. Sin embargo, en su célebre obra donde expone sobre el uso y el abuso del Derecho Comparado⁵², no se perfila tan extremista como Legrand.

Kahn-Freund⁵³ entiende como lógico que los encargados de elaborar las leyes busquen ideas en el exterior con uno de los siguientes propósitos: 1. para preparar una unificación internacional del derecho, como en el caso de la entrada de un país en la Unión Europea; 2. para dotar de eficacia legal a un cambio social que ya ha ocurrido, por ejemplo la reforma de la ley del divorcio, 3. o para promover un cambio social en el país receptor, por ejemplo la supresión de la discriminación racial. Habla de dos tipos de trasplantes: el orgánico (de un riñón), que es difícil y puede acabar con el rechazo del órgano y el mecánico (de un carburador), que es relativamente fácil. Señala que los trasplantes jurídicos no pertenecen a ninguno de estos dos tipos ya que el grado en el que una norma pueda ser transferida dependerá de cada caso en cuestión.

Su tesis principal consiste en que, con el tiempo, los elementos geográficos, económicos, sociales y culturales de la tesis de Montesquieu han perdido importancia, mientras que los factores políticos han ganado notoriedad⁵⁴.

⁵⁰ BLANCO CONTRERAS, SARA, *op. Cit.* p. 177.

⁵¹ Esin Örüçü is graduate of Robert College of Istanbul and a law graduate and doctor in law of the University of Istanbul, started her academic career at U. of Glasgow – School of Law, is Professor Emerita of Comparative Law and Honorary Senior Research Fellow, University of Glasgow; and Professor Emerita of Comparative Law.

⁵² KAHN-FREUND, O. “On Uses and Misuses of Comparative Law.” *The Modern Law Review* 37, no. 1 (1974): 1–27. <http://www.jstor.org/stable/1094713>.

⁵³ KAHN-FREUND, *op. Cit.*

* Así se tituló la conferencia celebrada en la Universidad.

⁵⁴ PIÑA MARIA DEL C., *REFORMAS LABORALES Y DERECHO COMPARADO*. VALO-

En concordancia con lo expresado, emerge de nuevo el recordado comparatista alemán, que huyera de su país natal durante el nazismo para ser acogido y reconocido en Inglaterra (Universidad de Oxford). Sir Otto Kahn Freund, quien alertó respecto a una cuestión sumamente importante y peligrosa: *Sobre el uso y el abuso del derecho comparado**.

Refiere que los países desarrollados –y las clases dominantes de los países en vías de desarrollo– han sufrido un proceso de integración económica, social y cultural pero de diferenciación política. Esto significa que los obstáculos para el trasplante relativos al entorno se han reducido, en gran medida debido al desarrollo de las comunicaciones y, en los últimos tiempos, a la globalización, que hace que las ideas jurídicas se muevan libremente por el mundo. Asegura sin embargo, que aún persiste el obstáculo político, que se traduce en que las diferencias entre los sistemas políticos del mundo pueden ser un impedimento para el éxito de los trasplantes institucionales.

Es lógico que las palabras de este jurista deben interpretarse con suma prudencia, dada la fecha en que fueron expuestas (1974). Hoy, casi cuarenta años después, el contexto internacional ha sufrido grandes cambios. Por tanto, para él, las instituciones son trasplantables, aunque siempre existe el riesgo de rechazo. Por eso, los legisladores deben conocer no solo la ley extranjera, sino también su contexto social y político.

El grado en que las instituciones puedan ser trasplantadas dependerá de su mayor o menor vinculación con la sociedad de esa nación, es decir, habrá que ver hasta qué punto ese país depende del camino que han ido creando las tradiciones, creencias y valores (instituciones informales) de su sociedad; es decir, lo que se conoce como *path dependence* o “dependencia de la trayectoria”. Para este autor, ignorar el contexto constituye un abuso del Derecho Comparado⁵⁵.

Se atribuye a Kahn-Freund acierto en la mayoría de sus afirmaciones, en particular cuando habla de grados de trasplante y de riesgo de rechazo, a las que considera dos de las claves para el estudio de este fenómeno. En cuanto a su tesis de la diferenciación política, se entiende ha quedado obsoleta

RES EN CONFLICTO, Revista de la Facultad, Vol. X • N° 1 • NUEVA SERIE II, Universidad Nacional de Córdoba, 2019, p. 105.

⁵⁵ KAHN-FREUND, *op. Cit.*

Pese al temido obstáculo llamado *path dependence*, afirma que cambiar la cultura social o las creencias y tradiciones locales no es imposible. Ciertos trasplantes de normas o prácticas han logrado superarlo y tener un cierto éxito, aunque de forma muy concreta y localizada. Este es el caso, por ejemplo, de los microcréditos concedidos a mujeres de Bangladesh, que consiguieron reducir la pobreza y le valieron a su creador, Muhammad Yunus, el Premio Nobel de la Paz en 2006.

Desde la sociología emerge ineludible la teoría de Gunther Teubner un teórico del derecho y la sociología agudo en sus reflexiones y originalidad lingüística, quien de modo similar a Kahn-Freund, opina que las instituciones no pueden ser trasladadas fácilmente de un contexto a otro, sino que necesitan ser implantadas y cultivadas en el nuevo entorno. A Teubner se le debe la notable metáfora de los “*Legal Irritants*”, quien utiliza este término para referirse a los préstamos de instituciones, que él considera más irritaciones –o molestias– que trasplantes⁵⁶.

Al analizar el principio de buena fe, que fue trasplantado al derecho contractual británico –y por tanto al derecho común– en 1994 proveniente de los países de la Unión con Derecho Civil, el jurista alemán tacha de engañosa la metáfora del trasplante. Enuncia como razón que esa palabra, “trasplante”, hace parecer que la norma trasplantada se quedará igual, y que sólo hay dos resultados posibles: el rechazo o la integración. Sin embargo, Teubner sostiene que esto no es así y que se trata de una irritación que desencadena una serie de eventos nuevos e inesperados. Tanto el significado como el contexto interno de la norma trasplantada experimentarán un cambio fundamental para adaptarse al nuevo entorno cultural.

Este autor se opone a dos de las teorías más importantes del Derecho Comparado: la de la convergencia y la de la equivalencia funcional. La primera considera que, debido a fenómenos como la globalización, los países tienden a converger hacia estructuras socioeconómicas similares. Esto llevaría consigo también la uniformidad de leyes. La segunda también implica una tendencia hacia la convergencia, dado que las soluciones que se dan en distintos sistemas para los mismos problemas son contempladas como equivalentes.

⁵⁶ TEUBNER, GUNTHER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences*, The Modern Law Review. Blackwell Publishers, January, vol. 61, 1998, 11-32. [file:///D:/Perfil%20Usuario/sbc10/Commadri/Downloads/SSRN-id876950%20\(1\).pdf](file:///D:/Perfil%20Usuario/sbc10/Commadri/Downloads/SSRN-id876950%20(1).pdf) cit. por BLANCO CONTRERAS, SARA, *op. Cit.* p. 178.

Por su parte, Teubner entiende que estos fenómenos, en vez de producir leyes uniformes, contribuyen a la fragmentación de las normas y a la divergencia entre los sistemas. Y que frente a la creencia que la globalización llevaría a una convergencia de los distintos regímenes económicos del mundo, se constata lo contrario. Pese a reconocer una cierta autonomía de las normas, advierte de las consecuencias de arrancar una regla de sus raíces nacionales. Impugna la reducción del debate de los trasplantes a una mera lucha “contexto versus autonomía” y escoge utilizar un término intermedio, “*arreglos legales vinculantes*”, para describir la situación en la que el nexo entre derecho y sociedad es selectivo y sólo existe conexión con determinados fragmentos de la sociedad⁵⁷.

IX. Tipos de trasplantes

Cabe en este contexto y por la actualidad de su contribución destacar el sólido y relevante aporte de William Twining quien escribe a principios del siglo XXI sobre la difusión del derecho en relación a los trasplantes institucionales. Engloba los trasplantes de normas dentro del término “*difusión*” y destaca su conexión con otras ciencias sociales, como la sociología, la antropología o la economía. A diferencia de Watson, cree que el aislamiento de normas es excepcional, y que ello se acredita con la continua interacción entre los distintos sistemas legales que existen.

Twining⁵⁸ distingue tres procesos de difusión del derecho: el instrumentalista, el contextual o expresivo y el ideológico. En este último tipo considera que las reglas y disposiciones están enraizadas con los valores, las creencias, los principios y los intereses políticos de la sociedad. Para este punto de vista, el derecho es resultado de esos valores y tradiciones y por tanto refleja esa sociedad o cultura (*teoría del espejo*). Analiza el modelo estándar de trasplantes y explicita pormenorizadamente sus características principales aunque cree que este modelo simplista está desfasado y que sus generalizaciones son, entre otras cosas, superficiales, engañosas y a veces falsas. Expresa que tal vez este

⁵⁷ TEUBNER, *op. Cit.* p. 17.

⁵⁸ TWINING, WILLIAM, Diffusion of Law: A Global Perspective, *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 36 (49), 2004, 1-45, cit. por BLANCO CONTRERAS, SARA, *op. Cit.* p. 179.

modelo fuera el adecuado para los ejemplos históricos de transferencias de normas, pero la complejidad que exhibe el mundo del siglo XXI impide seguir basando las investigaciones en esos parámetros. Y actualmente los sistemas legales que coexisten tienden a la convergencia ya que se influyen entre sí, complementándose, imitándose, cooperando e incluso fusionándose. Conforme este razonamiento elabora una sólida tabla con variantes respecto al modelo estándar al considerar uno más complejo⁵⁹

Existe consenso sobre la entidad y valor de la obra de Twining para seguir indagando sobre el fenómeno de los trasplantes en el siglo XXI. Y es por la razón apuntada que se han consignado en este trabajo espacios relevados por Blanco Contreras, ya que estos conceptos y contenidos aparecen casi inexplorados en el ámbito de los comparatistas argentinos.

Dentro de esta línea de pensamiento, la jurista Margit Cohn presenta una serie de tipologías de trasplantes. Argumenta que a pesar de la abundante literatura dedicada a este tema, no se ha prestado suficiente atención a la transformación del fenómeno. Los trasplantes ya no son eventos singulares sino que, al ser la realidad de hoy más compleja, se han convertido en una serie de

⁵⁹ TWINING, “considera más importante, es decir, cómo cambian los supuestos del modelo estándar al considerar uno más complejo (Twining, 2004, p.18): - no siempre hay sólo un importador y un exportador. A menudo las fuentes de importación son diversas, como en el caso de Turquía que importó ideas de varios países europeos. - la difusión puede tener lugar entre muchas clases de sistemas y en distintos niveles, no sólo de forma horizontal y a nivel estatal. - la transmisión no tiene por qué ser directa y unidireccional, también hay difusión indirecta e influencias recíprocas. - los trasplantes no siempre requieren una adopción formal de la disposición importada, existe también la llamada “interacción informal”, en la que se recibe una determinada norma a través de una decisión judicial o ejecutiva. También es lo que ocurría cuando una idea era transportada de un sitio a otro por colonizadores, misioneros o mercaderes. - el objeto del trasplante no es únicamente una norma o concepto legal, también pueden trasplantarse procedimientos, estructuras, métodos, prácticas, costumbres e incluso principios. - los agentes no son necesariamente gobiernos, también juegan un papel importante a la hora de importar o exportar Derecho las élites, los comerciantes, los misioneros, los fieles de una determinada religión, los inmigrantes, etc. - no suele haber una fecha oficial de recepción de la norma importada, normalmente los trasplantes son procesos largos y graduales. - no siempre se trasladan las disposiciones de una nación desarrollada a un país con un sistema menos desarrollado. - la norma trasplantada normalmente no mantiene la misma identidad o forma que tenía en el país donante, sino que es objeto de cambios para adaptarla a las condiciones de la nueva sociedad en la que debe ser efectiva. - la regla que se importa raramente llena un vacío o reemplaza enteramente una norma local. Lo normal es que haya un orden preexistente ya sea formal o informal.”, cit. por BLANCO CONTRERAS, SARA, *op. Cit.* p. 179.

eventos en los que multitud de agentes interaccionan entre sí⁶⁰. En coincidencia con Twining afirma que la literatura se ha ido desarrollando alrededor de un modelo simplista de trasplante que ha pasado de moda, y por eso promueve la necesidad de reconsiderar los supuestos de ese modelo para crear uno más complejo en sintonía con el nuevo contexto global.

Las dos principales tipologías de trasplantes de Cohn⁶¹ son por una parte: los tipos de trasplante en base a los mecanismos o formas de adopción, ordenados por el grado de soberanía de facto y que consisten en: la imposición, como en la colonización; el compromiso transnacional, como en el caso de normas de la Unión Europea que tienen efecto directo en los tribunales nacionales; la presión externa, que se da por ejemplo en el caso de condiciones impuestas por las Instituciones Financieras Internacionales a los países que quieran recibir sus préstamos; la generación de prestigio; y la adopción voluntaria. A estos tipos Cohn añade: la “fertilización negativa”, en la que la norma es rechazada; y la innovación. Y por la otra, los tipos en base al resultado del trasplante o a su grado de conformidad con la norma original, que son: la convergencia total, si funciona igual en el país receptor que en el de origen; lo que llama *fine-tuning*, cuando la alteración de la norma es mínima; la trasposición; la adaptación; la “fertilización cruzada”, que ocurre cuando un estímulo externo promueve una evolución dentro del sistema legal receptor; la transformación sustantiva, para ajustar la norma al contexto; la distorsión; la mutación, con la que la norma pierde toda su semejanza con la original pareciéndose sólo en el texto; y el rechazo total.

Otros tipos de trasplante que contempla Cohn son los relativos: al tipo de influencia, que serían: el formal o directo y el informal o indirecto. Los estudiosos coligen en que la pretensión de Cohn con sus clasificaciones consiste en que se aborde el fenómeno del trasplante prestando una mayor atención a su complejidad. La ley es una creación social que evoluciona y el trasplante es una realidad más compleja de lo que se ha venido considerando. Es muy común que entre los sistemas legales afectados exista una interdependencia o una interacción recíproca. Se cree que su trabajo es clarificador y constituye una importante aportación al estudio de los trasplantes institucionales.

⁶⁰ COHN, MARGIT, *Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom*, American Journal of Comparative Law. American Society of Comparative Law, may, vol. 58 (3), 2010, 583-629, cit. por BLANCO CONTRERAS, SARA, *op. Cit.* p. 180.

⁶¹ COHN, MARGIT, *op. Cit.*

Sumamente original es la propuesta de Mathias M. Siems quien estudia los trasplantes cuyo resultado es que la norma funciona mejor en el país receptor que en el de origen, a los que denomina “*Overfitting Legal Transplants*” (*Trasplante legal sobre ajustado*)⁶². En la literatura se había hablado de los trasplantes en los que la norma funciona casi igual de bien en ambos países, de los que son irrelevantes y de los que son perjudiciales para el país receptor, pero hasta la producción de Siems ningún autor se había planteado la posibilidad de que una norma importada funcionara mejor en el país en el que se trasplanta que en el país que la vio nacer. Su razonamiento es que, igual que ciertas ideas o inventos tienen más éxito en otros países que en el país en el que se originaron, los conceptos jurídicos también pueden correr la misma suerte.

Este autor es un gran defensor de los trasplantes en cuanto sostiene que, si las condiciones son favorables, trasplantar instituciones, ya sea de forma voluntaria o involuntaria, puede funcionar mejor que crear una norma de cero. Su tesis, engorrosa al principio, luce convincente en su artículo. Opina además que la competencia entre sistemas legales es una buena herramienta para identificar cuáles son las mejores instituciones para que los demás países puedan tomarlas prestadas.

El pensamiento de Ugo Mattei, sumamente creativo, también cree en la competencia entre ordenamientos jurídicos para lograr la ley más eficiente. Este comparatista abre un nuevo campo al utilizar las herramientas del Derecho Comparado y del Análisis Económico del Derecho para evaluar los trasplantes institucionales desde el punto de vista de la eficiencia económica. Mattei procura inquirir qué trasplantes son adecuados dadas unas determinadas circunstancias y cómo pueden ser llevados a cabo. Para los “*transferistas*”, con Alan Watson a la cabeza, la motivación más común para tomar prestada una determinada norma es su prestigio, que hace que suela ser trasplantada de un sistema más desarrollado a otro menos desarrollado. Y el ejemplo citado es el Código Civil Francés, que fue copiado en numerosos sistemas de Derecho Civil.

⁶² SIEMS, MATHIAS M, *The Curious Case of Overfitting Transplants*, en Adams, Maurice and Heirbaut, Dirk (eds) *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke*. Oxford, Hart Publishing May, 133-146, 2014, cit. por BLANCO CONTRERAS, SARA, *op. Cit.* p. 180.

*Pone el ejemplo de las tarjetas de negocios, originadas principalmente en Inglaterra y Francia, pero mucho más exitosas en Japón.

Mattei define la eficiencia como: “*aquello que evita que se malgasten recursos, lo que hace que un sistema legal funcione mejor reduciendo los costes de transacción, aquello que es considerado mejor por los consumidores*”⁶³. Argumenta que la estructura de las normas puede explicarse como el resultado de un proceso competitivo y por lo tanto los trasplantes también. Cada doctrina utilizada en un sistema legal para resolver un determinado problema forma parte de un “mercado de cultura legal”, que funciona como cualquier otro mercado. La competencia determinará la supervivencia de la doctrina más eficiente. Mattei utiliza el ejemplo del “trust” para ilustrar un caso en el que la competencia ha dado lugar a un trasplante y aboga por comparar las distintas alternativas y elegir siempre la solución más eficiente, aunque reconoce que, en determinadas áreas del derecho, las tradiciones legales son tan fuertes que han desarrollado barreras contra los trasplantes. Se trata de nuevo del problema del *path dependence*.

Es innegable que los postulados de Mattei son de suma importancia. Encontrar la ley más eficiente es vital para conseguir que esa ley pueda ser trasplantada satisfactoriamente a otros países, ya que aumenta considerablemente las probabilidades de éxito.

Dada la proximidad con la dolorosa travesía por la que actualmente marcha Argentina, luce vital enunciar los argumentos elaborados por la profesora Örücü quien sostiene que los trasplantes actuales no pueden calificarse de voluntarios porque, en la mayoría de los casos, se les da a los países un cierto período para adoptar una determinada institución y porque los agentes exportadores son los que manejan toda la situación. Blanco Contreras ejemplifica con el caso de los países que desean unirse a la Unión Europea, por ejemplo. En este sentido, Mamadouh, De Jong y Lalenis⁶⁴ apuntan que, aún hoy, existen trasplantes realizados por coerción, como los que fuerzan a realizar agencias internacionales, como el Banco Mundial y el FMI, para conceder sus préstamos. Para ellos, los trasplantes que forman parte de las condiciones im-

⁶³ MATTEI, UGO, *Efficiency in Legal Transplants: an Essay in Comparative Law and Economics*, International Review of Law and Economics, march, vol. 14 (1), 1994, p. 3-19. http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=ugo_mattei cit. por BLANCO CONTRERAS, SARA, *op. Cit.* p. 181.

⁶⁴ MAMADOUH, VIRGINIE; DE JONG, MARTIN y LALENIS, KONSTANTINOS, *An Introduction to Institutional Transplantation*, Discussion Paper Series, University of Thessaly, march, vol. 9 (13), 2003, p. 273-292, cit. por BLANCO CONTRERAS, SARA, *op. Cit.* p. 182.

puestas por estos organismos para la concesión de ayudas son involuntarios, y los asimilan a los impuestos por los colonizadores en las colonias.

Para Örüçü, las incompatibilidades en los trasplantes llevan en la mayoría de los casos a la creación de sistemas mixtos en los que la cultura legal coexiste con la social. El grado en el cual ambas se mezclen dependerá de diversos factores. El uso por parte de la jurista de metáforas culinarias, “*mixing bowl*”, “*salad bowl*”, “*salad plate*” and “*purée*” muestra los distintos tipos de mezclas posibles⁶⁵. Subraya además que, aún en casos de diferencias aparentemente irreconciliables, los comparatistas pueden construir un puente entre las culturas tradicionales y las normas o estándares que se pretenden trasplantar.

El trabajo de Örüçü es notable y la innovación de su aporte consiste en poner de manifiesto que aún hoy existen trasplantes involuntarios. Sobre esta tesis, la jurista española formula un agudo interrogante y es ¿qué haría falta para saber si un trasplante que un país no realiza voluntariamente puede funcionar alguna vez? Ello así porque si ya es todo un reto que funcione uno buscado por el propio país receptor, que uno involuntario lo consiga, parecería ser hartó complicado.

X. Consideraciones finales

La exposición hasta aquí, siguiendo la invalorable directiva marcada por Blanco Contreras pone al descubierto la cantidad de filias o fobias que ha despertado el campo conocido como de los trasplantes jurídicos. Se ha dicho en tono triunfal que los trasplantes de normas, doctrinas, prácticas o instituciones existen y ello implicaría en lenguaje vulgar, sostener que Pierre Legrand habría perdido la partida al no ser imposible como él argumentaba.

Los innumerables ejemplos de transferencias de leyes e incluso de sistemas legales enteros, ponen de manifiesto el presupuesto de su existencia.

Reducir la literatura jurídica elaborada sobre este campo de estudio a ganadores y perdedores, a más de constituir casi una precariedad argumental, implicaría desconocer el valor y la entidad que tiene el pensamiento del contrincante declarado perdedor, quien se ha mantenido siempre en combate, aún cuando algunas de las armas utilizadas puedan ser calificadas de claros-

⁶⁵ Örüçü, *op. Cit.* p. 182.

curos o imputarse comisivas de contradicciones, falta de justificación, incoherencias, vacíos, etc.

Como señalara Max Weber, un estudio comparativo [debería] no tener como objetivo encontrar “analogías” y “paralelos”, como hacen aquellos absor-tos en la empresa actualmente de moda construyendo esquemas generales de desarrollo. El objetivo debería ser, más bien, precisamente lo opuesto: identi-ficar y definir la individualidad de cada desarrollo, las características que hi-cieron que uno concluyera de una manera tan diferente a la del otro. Hecho esto, se pueden determinar las causas que llevaron a estas diferencias.

En este paradigma negativo como es el derecho, tal la expresión de Gui-bourg, es posible que se pierda una batalla, pero no la guerra.

La mención dentro del texto elaborado en cuanto estar atentos a la concepción del derecho de la que cada autor proviene o comulga, es un dato re-ferencial inestimable y que en algunos contextos discursivos no es tomado en cuenta en su verdadera dimensión.

La farragosa creatividad lingüística, con fuerte carga de diversidad semi-ótica y semántica constitutiva de las palabras utilizadas o conceptos elaborados por la literatura avocada al estudio de los trasplantes jurídicos, exhibe datos originales, creativos, conceptualizaciones útiles, clarificantes, pero no es menos cierto que toda esta actividad ha sido elaborada en lenguaje natural y técnico.

Vale recordar que el lenguaje es la más rica y compleja herramienta de co-municación entre los hombres. No siempre, esa herramienta funciona bien. Una comunicación lingüística puede resultar frustrada: el destinatario de ella puede sentirse perplejo ante el alcance de las expresiones que ha escuchado o leído⁶⁶. La lista de actos que se pueden hacer con las palabras es demostrativa de la prodigiosa riqueza y flexibilidad del lenguaje.

En parte no desdeñable las disputas entre los juristas están contaminadas por falta de claridad acerca de cómo deben tomarse ciertos enunciados que tí-picamente aparecen en la teoría jurídica. Mientras no se ilumine este aspecto del problema, quedará cerrada toda posibilidad de superar los múltiples desa-cuerdos que tales enunciados generan.

Si no tenemos claro cuál es el fondo o la raíz de las discrepancias, será es-téril todo esfuerzo de argumentación racional y las disidencias persistirán,

⁶⁶ CARRIÓ, GENARO, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, cuarta edición, 1990, p. 17.

quizás agravadas. Obtener claridad acerca de esto no es, por cierto, condición suficiente para eliminar el desacuerdo, pero sí condición necesaria⁶⁷.

Puede quedar abierto el debate en cuanto al cumplimiento de la condición necesaria precitada. Sin embargo, la literatura expuesta en este trabajo da cuenta de la comprometida preocupación expresada por los distintos autores al exponer sus tesis atinentes al ámbito de conocimiento desplegado. Quizás pueda afirmarse que la mayoría ha superado el test de claridad⁶⁸.

Las preguntas abiertas serían: ¿los contrincantes hacen explícitos todos sus argumentos? ¿Toman en serio la completitud del argumento del querellado?, ¿habría alguna forma de identificar y mensurar la tasa de ideología que cada una de las posturas reviste?

Solo una fina y profunda reconstrucción de los argumentos expuestos por los autores citados aquí, y superados los obstáculos mencionados, acercaría los resultados a una comprobación de la que se puedan predicar resultados con algún viso de cientificidad.

Traigo al ruedo nuevamente a Feyerabend en cuanto sostiene que la ciencia es una tradición entre muchas y es uno de los tantos criterios de interpretación de esa realidad cuyo desconocimiento es ilimitado. Que existe una realidad que permite diversos enfoques, entre ellos, el científico.

Hasta aquí mi exposición procura relevar algunas imágenes del estado del arte en lo que concierne a los trasplantes legales. Referir una vez más la longevidad de este campo discursivo luce conmovedor cuando hay reminiscencias tan antiguas y actores que en la actualidad repiten conductas similares.

Otra, muy precaria y limitada, está constituida por mi antiguo interés en el abordaje al campo de los trasplantes legales.

La reconducción de los trabajos mencionados en el texto y que me han servido de sustento y de guía, de quienes han efectuado agudas e ilustrativas investigaciones, quizás ayude a transmitir este material en foros universitarios y otros ámbitos donde discurren distintos operadores jurídicos (abogados, legisladores y jueces).

Argentina aún no ha despertado para descubrir los albores del Derecho Comparado. Podría afirmarse que esta importante disciplina está en un letargo. Más aún, en relación al tema aquí analizado, son tan escasos los textos inves-

⁶⁷ CARRIÓ, GENARO, op. Cit. p. 25.

⁶⁸ PIÑA MARIA DEL C., *La ley 26.390 y los claroscuros de su eficacia*, Revista Derecho del Trabajo, Revista mensual de jurisprudencia, doctrina y legislación: Año LXVIII - N° IX - Septiembre 2008.

tigativos, que lucen reverentes los aportes de juristas extranjeros comprometidos con esta rama del derecho y particularmente con la cuestión de los trasplantes legales.

El legislador, gran importador de normas, muchas veces permanece impávido ante esta notable construcción jurídica que en forma limitada he intentado relevar. Pareciera no es casual que esta elección investigativa, se consuma en este tiempo de tragicidad por el que atraviesa Argentina. Cabe por ello hacer sonar el clarín del compromiso frente a las inclemencias.

La literatura elaborada desde la economía, a la que se alude, propicia un determinado modelo de trasplantes legales y exhibe notable fortaleza argumental y resultados verificables. La alusión a los organismos internacionales de crédito y su funcionamiento, son demostrativos de que la realidad supera cualquier ficción. De lo que se trata es de identificar y escoger normas que son consideradas buenas para la economía de los países en los que se originan e implantarlas en países con pobres resultados económicos para mejorar su desempeño.

La expuesta puede catalogarse como una buena hipótesis de trabajo y convertirse en el punto de partida para que economistas se planteen realizar más estudios sobre la utilidad de los trasplantes de instituciones. Se advierte que el principal problema radica en que si estas nuevas instituciones chocan con el contexto social –y político–, la cultura o las tradiciones del país receptor, el trasplante no producirá ningún efecto. Los ciudadanos a los que debe aplicarse la nueva norma –o conjunto de normas– no la cumplirán porque su costumbre es otra. Aquí entra en juego el concepto de *path dependence* o “dependencia de la trayectoria”. Y es que, una vez que en una sociedad se arraigan unas creencias, valores o tradiciones, es difícil salirse del camino que éstos han marcado. No obstante, como apuntan algunos autores, no es imposible.

Al margen de la dura problemática relevada en Argentina, así como su inmadurez respecto del ámbito discursivo, no cabe duda como señala la jurista española, que pese a las décadas de intensas investigaciones, aún no sabemos utilizar los trasplantes como medio para lograr crecimiento. Por eso y parafraseando a Watson, los trasplantes son inevitables –y más aún en la sociedad globalizada de hoy en día–, es necesario realizar muchos más estudios sobre este tema, en nuestro caso, en el campo del derecho o en el de la economía, para llegar a mejores conclusiones que permitan adoptar otras estrategias para aprovechar esta fantástica herramienta.

LA CONVERGENCIA DECIMONÓNICA HACIA EL REFORMISMO PENITENCIARIO. TEORÍAS Y PRÁCTICAS DE UN PARADIGMA PENOLÓGICO IMPULSADO EN PARALELO EN EUROPA Y ESTADOS UNIDOS

Carolina Prado*

Resumen: Tras la primera etapa de afirmación de la pena privativa de libertad como pena por excelencia, durante la segunda mitad del siglo XIX comenzó a germinar un proceso de reformas penales y penitenciarias, en consonancia con un contexto de reformas económicas y políticas que experimentaba el mundo capitalista de la llamada segunda revolución industrial. Este trabajo analiza la singular convergencia de formulaciones teóricas y soluciones prácticas que confluyeron en un nuevo paradigma penal, tanto en los Estados Unidos como en Europa.

Palabras Claves: Reformadores penitenciarios. Nueva Penología. Ideal resocializador. Positivismo criminológico. Reforma penal.

Abstract: *After the first stage of consolidation of the custodial sentence as the punishment par excellence, a process of penal and penitentiary reforms began to germinate during the second half of the 19th century, in line with a context of economic and political reforms that the capitalist world was experiencing of the so-called second industrial revolution. This paper analyzes the singular convergence of theoretical formulations and practical solutions that led to a new penal paradigm, both in the United States and in Europe.*

* Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona, España, Máster Europeo en Derecho Penal y Diploma de Estudios Avanzados por Universidad. Profesora de Derecho Penal – Parte General de la Facultad de Derecho, UNC. Miembro Titular del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Jueza de Cámara del Tribunal Oral Federal N° 1 de Córdoba.

Keywords: *Prison reformers. New Penology. Resocialization. Criminological positivism. Penal reform.*

I. Introducción

Como primera aproximación a los cambios operados en materia penal durante la segunda mitad del siglo XIX, vale decir que una valoración de los debates, teorías y acciones promovidas en aquel período conlleva la ventaja de la perspectiva histórica, ya que cualquier mirada actual hacia el pasado facilita la distancia necesaria para concentrar la atención y el juicio crítico en el territorio de los resultados, antes que en el de las intenciones.

Las primeras manifestaciones, teóricas y prácticas, de reformismo penal decimonónico, que posteriormente —en su expresión más extrema— se materializan en los Estados Unidos de América en lo que ha dado en reconocerse a través de la expresión *New Penology*, no muestran una demarcación histórica precisa, sino gradual, y reconocen fuentes diversas en uno y otro continente.

Es preciso considerar que las condiciones de la sociedad, la economía y la política —luego de experimentar importantes transformaciones en el decurso del siglo XIX hacia el XX— justificaron en su momento la evaluación y revisión de los resultados obtenidos por la institución carcelaria hasta entonces. El hecho de enfrentarse con expresiones como ‘reforma’ o ‘movimientos reformistas’ supone, como primera observación, la admisión de hallarse ante un modelo periclitado de penalidad, al que particulares, agrupaciones civiles o instituciones oficiales comenzaban a observar, desde diferentes ángulos, como objeto de intervención, habida cuenta de la constatación de su fracaso o, cuanto menos, de su estado de crisis. En efecto, un relevamiento del cuadro de situación ofrecido por el funcionamiento de los modelos penitenciarios filadélfico y auburniano, a poco más de medio siglo de su implementación, ofrecían ya diversos argumentos para concluir que las políticas de castigo encarnadas en ambos sistemas no solamente no lograban cumplir sus objetivos iniciales sino que, lejos de ello, derivaban en una suma de efectos no deseados.

Otro aspecto que contribuyó a dar respaldo a los principios reformadores fue la ascendente influencia con que el paradigma positivista marcó las diferentes esferas de la ciencia de la época. Sus novedades en campos específicos

como la medicina, la criminología, la antropología, la sociología o la psicología, aparecieron en la escena del debate para asumir un papel fundamental en la tarea de legitimar los presupuestos teóricos de un nuevo concepto de criminalidad. Complementariamente, con ellas se incorporó una amplia gama de expertos y especialistas que inauguraron una instancia nueva en la relación entre el poder institucional y el saber científico.

A la par, el cambio penológico comenzó a adquirir impulso y forma a través de la intervención de diversos directores de prisión en el continente europeo y de los denominados ‘reformadores’ en Estados Unidos, cuyas iniciativas lo promueven en gran medida a través de la articulación y gestión de experiencias carcelarias concretas.

Es interesante, así, observar esta convergencia hacia un nuevo modelo penológico que se opera en simultáneo y en paralelo en ambos continentes, a partir de diversos actores y agentes del cambio.

II. Condiciones generales y particulares del cambio

2.1. *Las contradicciones del capitalismo en expansión*

En cuanto al contexto general en el que se inscribieron aquellas novedosas concepciones del castigo, es preciso distinguir entre el panorama que se observaba en los Estados Unidos que, aún en fase de consolidación política, social y territorial a la salida de su guerra civil, constituía un caso ‘experimental’ del modelo capitalista y liberal, y el panorama europeo que, a diferentes velocidades y con estructuras políticas variables según cada país, asumían los cambios de la época, no de golpe, sino en forma de proceso, con marchas revolucionarias y contramarchas restauradoras.

El desarrollo económico capitalista revelaba, en el tránsito del siglo XIX al XX, uno de los signos más propios del sistema, esto es, que su expansión y pujanza, expresado en el plano material de acumulación de riqueza, no se correspondía con un concepto distributivo equivalente en el plano social. Ciertamente que el progreso técnico y los resultados de la macro-economía elevaban el piso de las necesidades y sus satisfacciones en todos los estratos sociales, pero sin relación de proporcionalidad alguna. Las grandes conflagraciones mun-

diales que esperaban a la vuelta del siglo XIX no fueron, por cierto, ajenas a las contradicciones propias del orden capitalista, que pronto encontraría en la revolución rusa la expresión más radical de sus antagonismos.

Por otra parte, e independientemente del agravamiento de las desigualdades sociales, el fenómeno emergente de la migración del campo a la ciudad que, a gran escala, corría aparejado con la expansión del capitalismo, incidió también en las sacudidas experimentadas por el sistema y, en ese escenario, la ‘cuestión social’ comenzó a adquirir su protagonismo. El camino del progreso tropezaba con una concentración y una miseria urbana inéditas, y el programa liberal decimonónico se enfrentaba a las presiones surgidas por la agudización de la lucha de clases, la creación y desarrollo de partidos obreros como el laborista británico o el socialista alemán, y otras manifestaciones de resistencia que activaron el pensamiento y la acción revolucionaria. Incluso un sector tan conservador como el de la Iglesia Católica se manifestó frente a la inestabilidad e injusticia de la época y, aunque en las antípodas de los movimientos revolucionarios, no demoró en formular y difundir su propia ‘doctrina social’. Como este, también otros estudios sobre los costes sociales del capitalismo industrial contribuyeron a alertar a la clase política acerca de la gravedad de la coyuntura histórica.

En el amplio arco que va desde las quiebras de las bolsas norteamericanas y europeas de 1869 y 1873 a las de 1929 y 1931, y a despecho de la expansión capitalista en términos puramente cuantitativos, puede reconocerse por entonces, tanto en el nuevo como en el viejo continente, la acción coincidente de sectores económicos poderosos e influyentes tras la búsqueda de estabilidad y el impulso de reformas políticas, económicas y sociales en una nueva dirección.

El ideario liberal originario —que reflejaba desde su mismo título el libro capital de Adam Smith [1723-1790] *Naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*— es puesto en entredicho en los países más desarrollados: Gran Bretaña, Francia, Alemania, Bélgica o Suiza en Europa y, en cierta medida, Estados Unidos comenzaron a tomar distancia de la ortodoxia del mercado, para buscar salidas de corte intervencionista que se irían plasmando progresivamente en diversas legislaciones. La necesidad de dar equilibrio, por un lado, a los vaivenes del sistema y, por otro, la de neutralizar los reclamos sociales, abrió las puertas a una nueva concepción del Estado al que, en su versión definitiva posterior (después de la segunda guerra mundial), se le encomendaría la tarea de

intervenir como regulador de las fuerzas económicas, en consonancia con una nueva orientación de la economía política, dirigida hacia la planificación a largo plazo y al control de las fases anti-cíclicas.

Al objeto de este estudio, resulta suficiente citar panorámicamente este proceso de reformas, con el objeto de establecer su vínculo con el que tiene lugar en el ámbito de la penalidad.

III. Hacia un nuevo concepto de castigo

3.1. Declive y final de los primeros modelos penitenciarios

Hacia la segunda mitad del siglo XIX, los modelos penitenciarios originarios (el filadélfico, pensilvánico o *solitary confinement*, y el auburniano o *silent confinement*) continuaron inspirando la organización de las prisiones en Estados Unidos. La posibilidad que ofrecía el sistema auburniano de utilización del trabajo de los reclusos confirió preponderancia a las prisiones de este tipo, en tanto que el sistema pensilvánico subsistió solo en la cárcel de Philadelphia Cherry Hill. Por aquella época, sin embargo, muchos de los aspectos que regulaban el confinamiento en ambos sistemas¹ ofrecían un cúmulo de problemas que denotaban su estado de crisis, en particular por la superpoblación carcelaria y por la corrupción y abusos de sus administraciones².

En Europa, el interés que suscitaron ambos modelos penitenciarios puede medirse por la dispar repercusión de uno y otro: en efecto, el sistema filadélfico adquirió gran vigencia en el viejo continente y fue adoptado en Inglaterra (1835), Suecia (1840), Francia (1842), Bélgica y Holanda (1851), entre otros³; el sistema auburniano, en cambio, cuyas ventajas económicas dadas por la re-

¹ La arquitectónica celular, el aislamiento absoluto y permanente de los condenados en celdas individuales, la prohibición de trabajar, la educación religiosa y la disciplina, en el filadélfico, y la reducción del aislamiento celular de absoluto a nocturno, el trabajo colectivo en talleres durante el día, silencio inquebrantable, la educación elemental y la dura disciplina, en el auburniano.

² ROTMAN, EDGARDO; 'The failure of Reform. United States, 1865-1965', en: MORRIS, N./ROTHMAN, D. (Coords.), *The Oxford History of Prison. The practice of punishment in western society*, New York/Oxford: Oxford University Press, 1995,

³ En España sólo tiene recepción en un ensayo efectuado en la Cárcel Modelo de Madrid.

ducción de costos de mantenimiento que posibilitaba el trabajo en reclusión provocaron su veloz expansión en los Estados Unidos, no alcanzó un auge equivalente en Europa, excepto en Suiza y en una prisión de Baviera⁴.

Acaso las diferentes velocidades de expansión económica en uno y otro continente permiten explicar en parte esta situación, dado que la mayor demanda de mano de obra en los Estados Unidos implicaba la necesidad (transitoria) de acudir al trabajo recluso y que este apenas significara una amenaza para los intereses del mercado de trabajo libre⁵.

En resumidas cuentas, la situación de conflicto del contexto social y político en general, y la crisis de los iniciales regímenes penitenciarios en particular, abrieron una instancia de debate y de experimentación que más tarde cristalizaría en un nuevo concepto de penalidad⁶.

Este giro, cuya base denotaba los cambios globales del capitalismo industrial, obtuvo un doble respaldo: el teórico, por la retórica de diversas disciplinas y corrientes de pensamiento que, acordes al paradigma científico de la época, proporcionaban los conceptos y métodos para la legitimación de una nueva penología, y el práctico, por la propia iniciativa de algunos directores de prisión en Europa y por la labor de los reformadores estadounidenses, cuyos criterios empíricos dieron alas al proceso⁷.

3.2. *El nuevo paradigma científico*

El nuevo orden económico-político instaurado por el capitalismo y acelerado por el industrialismo generaba una realidad que no podía ser explicada convenientemente por los sistemas filosóficos de siglos anteriores. El proceso de

⁴ GARRIDO GUZMÁN, LUIS; *Compendio de Ciencia Penitenciaria*, Valencia: Universidad de Valencia, Colección de Estudios, Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, 1976.

⁵ RUSCHE, GEORG/KIRCHHEIMER, OTTO; *Pena y estructura social*, Bogotá: Temis, 1984 (Trad. Emilio García Méndez); MELOSSI, DARÍO/PAVARINI, MASSIMO; *Cárcel y Fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (Siglos XVI-XIX)*, México: Siglo XXI Editores, 1987.

⁶ SANDOVAL HUERTAS, EMIRO; *Penología*, Parte General, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1982, pp. 98-99.

⁷ ASÚA BATARRITA, ADELA; 'Pena Indeterminada', en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XIX, Barcelona: Francisco Seix, 1989, pp. 420-37.

caída del antiguo régimen y la consolidación del modelo social burgués y liberal exigía un nuevo marco interpretativo, cuyos paradigmas —de consenso o de conflicto— se relacionaban o bien con la necesidad de restauración del orden y la estabilidad, o bien con el cuestionamiento del sistema, desde las perspectivas revolucionarias.

En concreto, el empleo de presupuestos conceptuales y metodológicos provenientes del dominio de las ciencias naturales y el nuevo criterio de ‘verdad científica’ (análisis de hechos reales y verificables por la experiencia), permitieron a disciplinas como la antropología y la sociología novedosos abordajes de la cuestión humana y social.

En este sentido, cabe recordar las ideas de ‘orden’ y ‘progreso’ aplicadas por Auguste Comte [1798-1857] al Organismo Social, en el que la idea de cambio quedaba incorporada como parte de él; el ‘organicismo’ y ‘evolucionismo’ de Herbert Spencer [1820-1903], con su marcada connotación liberal ultra-individualista y, por último, las traspolaciones del pensamiento del biólogo Charles Darwin [1808-1882] hacia el campo del comportamiento humano, en lo que se conoce como ‘darwinismo social’⁸.

En el ámbito propio de la penalidad, diversas escuelas y doctrinas ajustaron sus análisis del delito y de la pena a los postulados positivistas⁹. En particular, destacaron los aportes de la Escuela Positiva Italiana, por la radicalidad de sus enunciados y la centralidad de sus autores. Fiel a las exigencias del nuevo paradigma, esta escuela adquirió estatus científico a través de los trabajos de sus reconocidos exponentes: Cesare Lombroso [1835-1909], Enrico Ferri [1856-1929] y Raffaele Garofalo [1851-1934]. El punto de partida de las técnicas del método experimental propio de las ciencias naturales nutría su investigación acerca del fenómeno criminal enfocado en la personalidad del delincuente, sosteniendo entonces que el delito resultaba el producto de un complejo de factores endógenos (biológicos o psicológicos, hereditarios o adquiridos) y externos (sociológicos) al sujeto.

La explicación del delito a través de un orden causal asociado a la naturaleza de su autor, en concreto, a su ‘diversidad’, ‘anomalía’, ‘patología’, o ‘inferioridad’ y, a partir de allí, la sustitución de la noción de responsabilidad moral o

⁸ GINER, SALVADOR; *Historia del pensamiento social*, Barcelona: Ariel, 1999, 9ª edición.

⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS; *Principios de Derecho Penal. La ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990, pp. 59 y ss.

libre albedrío por la de ‘peligrosidad’ del delincuente, operó con consecuencias substanciales. La más evidente fue la distinción categórica entre individuos delincuentes y no delincuentes, en la que estos se asumían a sí mismos como ‘normales’, con la potestad de juzgar a aquellos como ‘distintos’, y de atribuirse una posición de autoridad, como poseedores de la verdad, para resolver el destino de aquellos¹⁰.

De este enfoque se derivaron tres significados específicos: la primacía de la necesidad de la defensa social contra el delito, la confianza absoluta en el concepto de racionalidad científica como instrumento para resolver este problema y, por último, la absolución del orden social como parte implicada en la realidad emergente del delito, toda vez que sus causas habían sido enfocadas en la personalidad del autor.

En cuanto a la preeminencia del concepto de defensa social¹¹, se comprende fácilmente cómo este imperativo se erigía en guía y fuente de legitimidad para todos los dispositivos que luego se lanzarían desde el frente de la nueva política criminal. En cuanto a la potestad científica, resulta igualmente evidente que la pena, como medio para garantizar el propósito de defensa social, abandonase así su originario sesgo retributivo y asumiese, en reemplazo, la forma de juicio acerca de la ‘peligrosidad’ del delincuente. Se propicia la sustitución del derecho penal por un derecho de medidas tendientes a corregir o neutralizar la peligrosidad del infractor.

En este sentido, la confianza en los avances científicos se traducía en la labor atribuida a la medicina, la psiquiatría y la psicología, para dotar de contenido a la nueva pena ‘reeducadora’ que, de este modo, técnicamente habiendo, asumía la forma de ‘tratamiento penitenciario’. Por último, en cuanto al planteamiento etiológico, puede reconocerse la resonancia alcanzada por aquellas teorías, en especial por la versión lombrosiana, que, al aislar la responsabilidad delictiva de cualquier entronque político y social y explicarla exclusivamente en términos de la particularidad biológico-moral del autor¹², se

¹⁰ MIRALLES, TERESA; ‘Patología criminal: aspectos biológicos’ en: BERGALLI, ROBERTO/BUSTOS RAMÍREZ, JUAN (Dres.), *El pensamiento criminológico*, Vol. I, Bogotá: Ed. Temis, 1983, pp. 51; FOUCAULT, MICHEL; *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, España: Siglo XXI, 2000, 12ª edición.

¹¹ El positivismo naturalista italiano, como versión más extrema, propugnaba directa y expresamente el derecho penal de defensa social.

¹² MIRALLES, op.cit.

alzaba como instrumento de legitimación de las políticas de castigo emergentes¹³.

Ahora bien, es sabido que el contraste entre los postulados propios de la Escuela Clásica y los de la Positiva no anuló intentos de 'recomposición', como los de las doctrinas conciliadoras o eclécticas del 'Positivismo Crítico'¹⁴. Al respecto, considerando los principales ejes teóricos del reformismo penal, corresponde citar la propuesta que efectuaba la Escuela Sociológica alemana, en la figura de Franz von Liszt [1851-1919], acerca de la 'pena-fin' en la que, desde la prevención especial y sin rechazar la dogmática jurídico-penal, se atribuía a la sanción penal un objeto variable, singular a cada forma registrada de criminalidad¹⁵.

Ello fue lo que permitió a von Liszt propiciar instrumentos punitivos específicos y congruentes con el fin necesario y viable en cada caso¹⁶. Quizás deba decirse, sin embargo, que la mayor relevancia e influencia internacional ejercida por su doctrina en el nuevo cauce de la política penal provino de la Unión Internacional de Derecho Penal (a la que aquella sirvió de base teórica y programática). En efecto, fundada en 1889 y encabezada por von Liszt, Gerard van Hamel y Adolphe Prins, esta organización desarrolló hasta sus últimas instancias el principio de pena personalizada y diferenciada.

En España, particularmente, la orientación científica del positivismo halló eco en dos vertientes, una de signo más moderado, representada por el correccionalismo ecléctico de inspiración cristiana que profesaban penitenciarios como Concepción Arenal o juristas destacados como Luis Silvela; la otra, más radical, propugnada por el catedrático Pedro Dorado Montero, quien sostenía

¹³ PAVARINI, MASSIMO; *Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, México: Siglo XXI, 1999, 7ª edición, pp. 49-50.

¹⁴ En cuyo marco confluyeron diversas corrientes nacionales, como la de la Tercera Escuela Italiana, representada fundamentalmente por Carnevale y B. Alimena, entre otros, la Tercera Escuela Alemana, que reconoce por figura central a Merkel, y la Escuela Sociológica o de Política Criminal Alemana de von Liszt (JIMÉNEZ DE ASÚA, op.cit. pp. 61-62).

¹⁵ En concreto, corrección para los delincuentes que la necesiten y sean capaces de ella, intimidación para los que no necesiten de corrección, y neutralización para los incorregibles (VON LISZT, FRANZ; *La idea del fin en el derecho penal*, Granada: Ed. Comares, 1995).

¹⁶ FERRAJOLI, LUIGI; *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid: Ed. Trotta, 2001; ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T.I, Buenos Aires: Ed. Ediar, 1980.

un paralelismo de funciones entre la ciencia médica y el derecho penal, en el sentido de que ambas disciplinas debían curar, la primera al enfermo, y la segunda al delincuente¹⁷.

Por fuera de las diversas formulaciones teóricas de esa época, conviene recordar que los trabajos de los positivistas criminológicos italianos fueron prontamente conocidos y difundidos a escala mundial. En los Estados Unidos, la obra fundamental de Lombroso ya se conoce a partir de 1890 (aunque la traducción de sus obras tiene lugar más tarde)¹⁸. No obstante, en paralelo al desarrollo de las investigaciones europeas, surge una importante corriente de estudios norteamericanos, afín a esa línea e impulsada por científicos de la medicina y administradores de prisiones: autores como Charles Caldwell, M. B. Sambson, los hermanos Fowler, Isaac Ray, Richard Dugdale, entre otros¹⁹.

En Latinoamérica, la propagación de la corriente se verifica en Brasil, primer país de la región en publicar un libro como *Criminología y Derecho*, de Clovis Bevilacqua, en 1896, aunque el libro del argentino Luis M. Drago, *Los hombres de presa*, de 1888, se considera la primera obra latinoamericana en esa línea. Ese mismo año se crea la Sociedad de Antropología Jurídica en Buenos Aires, dedicada al estudio de la criminalidad sobre bases positivistas, en tanto que un año más tarde se formaba en Brasil la Asociación Antropológica y de Asistencia Criminal²⁰.

Así es que, tras la huella del positivismo, se inauguraba una prolongada época de primacía de las teorías de prevención especial de la pena, que concebía al delito como “patología” y justificaba la pena en función de la corrección o resocialización²¹.

¹⁷ Esta postura, que parte de supuestos correccionalistas y positivistas, abogó por la substitución del tradicional derecho penal por un derecho de tipo correccional que, renunciando a la función retributiva de la pena, se plantease la protección de los criminales a través de la reforma de su voluntad sobre la base del estudio psicológico (ASÚA BATARRITA, op.cit.; JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS; *Tratado de Derecho Penal*, T. I, Buenos Aires: Ed. Losada, 1964, p. 869).

¹⁸ En efecto, *L'Uomo delinquente*, publicada en 1876, es recién traducida a la lengua inglesa en el año 1911.

¹⁹ PLATT, ANTHONY M.; *Los ‘salvadores del niño’ o la invención de la delincuencia*, México: Siglo XXI, 1997; ZYSMAN QUIRÓS, DIEGO; *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*, Ed. Didot, Buenos Aires, 2012.

²⁰ Datos que han llevado a Rosa Del Olmo a sostener que es muy probable que Argentina haya sido el primer país latinoamericano en receptar esta nueva ciencia (ZYSMAN, op.cit., pp. 152-153).

²¹ RIVERA BEIRAS, INAKI; *El problema de los fundamentos de la intervención jurídico-penal. Las teorías de la pena*, Barcelona: Ed. Signo, 1998, p. 35 y ss.

3.3. *La praxis de los directores de prisiones europeas*

A un tiempo, distintas experiencias penitenciarias basadas en ideas similares se sucedían aisladamente en Europa y cobraban importancia discursiva durante la segunda mitad del siglo XIX²². En efecto, puede afirmarse que las fórmulas que caracterizaron al modelo progresivo nacieron de las prácticas de determinadas prisiones y a instancias de sus directores: Manuel Montesinos y Molina en el presidio de San Agustín de Valencia (España, 1834), George Michael Obermayer, en la prisión del Estado de Múnich (Alemania, 1842), Walter Crofton, en diversas cárceles de Irlanda (1854), sin olvidar los aportes de Alexander Maconochie en la prisión de la colonia de Norfolk Island (Australia, 1840).

Con variantes según cada experiencia penitenciaria²³, la nueva modalidad introducía al condenado en un itinerario penitenciario en el que, desde un estadio de aislamiento absoluto (sistema pensilvánico), era sometido luego a un confinamiento limitado a las horas nocturnas, y en el que las diurnas se dedicaban al trabajo comunitario (sistema auburniano), para, finalmente, al cabo de un período de trabajo fuera del establecimiento, conseguir su salida bajo el régimen de libertad condicional. Este periplo penitenciario funcionaba a partir de continuas evaluaciones sobre la docilidad del penado respecto de las reglas disciplinarias que marcaban la vida en prisión²⁴.

En contraste con el cumplimiento ‘íntegro’ de la condena de los modelos anteriores, el modelo ‘progresivo’ introducía la posibilidad de reducción o acortamiento de la pena a través de la libertad condicional o *parole*. La presunta virtud de este esquema residía entonces en que, mientras que formalmente se promovía la idea de que el condenado debía asumirse como parte activa de un proceso reeducador, en los hechos, a través del énfasis puesto en los estímulos positivos por sobre las medidas netamente represivas, funcionaba también intramuros como recurso disciplinario.

²² Que fueron objeto de consideración en congresos internacionales en la materia (ZYSMAN, op.cit. p. 154).

²³ En rigor, fueron intentos desarrollados sin amparo en grandes desarrollos teóricos y con prescindencia de una regulación legal, en tanto que surgieron antes que las propias leyes que los reconocieron (ibídem).

²⁴ SALILLAS, RAFAEL; *Evolución Penitenciaria en España*, T. I, Madrid: Imprenta Clásica Española; 1918; TÉLLEZ AGUILERA, ABEL; *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y Realidad*, Madrid: Edisofer, 1998.

3.4. La influencia de los peformadores norteamericanos

En Estados Unidos, los cambios propiciados en las prisiones de la época provinieron de la labor de los llamados 'reformadores', expresión con que se identificaba a los diversos movimientos de personas y grupos interesados no solo por los severos problemas de las cárceles en general, sino también por la esclavitud, las secuelas de la guerra civil, la pobreza y marginalidad, el analfabetismo, etc. Los casos más notorios de militancia efectiva e influyente reflejaban el espíritu pragmático y filantrópico de actores procedentes de estratos sociales medios y altos que —en lo que aquí interesa— creyeron en la posibilidad de mejorar el estado de situación de los problemas penitenciarios y que aplicaron a ello su energía, tiempo y dinero.

Hay que decir que, pese a los signos críticos evidenciados por las prisiones y a la situación prácticamente experimental en que se hallaba la pena privativa de libertad por aquella época (dada su reciente institución), no surgía de aquellos círculos ninguna postura crítica a esta política de castigo. Los reformadores procuraron intervenir de manera humanitaria, o paliativa, con la confianza de que su acción podría lograr mejores condiciones de sometimiento²⁵.

De tal modo, si Estados Unidos no tuvo grandes teóricos de la penología, contaba al menos con administradores penales preparados para llevar a la práctica nuevos programas. Entre los más notables preconizadores del plan reformador en los Estados Unidos no puede dejar de mencionarse a Enoch Wines, secretario de la *Prison Association* de Nueva York, a Theodore Dwight, primer decano de la Escuela de Leyes de Columbia, a Zebulon Brockway, superintendente del Reformatorio de Elmira en Nueva York y a Frank Sanborn, secretario de la *Board of Charities* de Massachusetts²⁶.

Entre las labores iniciales que adquirieron mayor repercusión cabe citar el informe sobre los métodos penales de uso en los Estados Unidos que emitieron Wines y Dwight en 1867, a instancias de la *New York Prison Association: Report on the Prisons and Reformatories of the United States and Canada*. Este informe —de unos setenta volúmenes— hizo constar las falencias que aquejaban a las prisiones, concluía que las cárceles estatales no mostraban el objetivo de reforma de los condenados, y formulaba una agenda de reformas.

²⁵ ROTMAN, EDGARDO; 'The failure of Reform. United States, 1865-1965'..., p. 175.

²⁶ PLATT, op.cit., p. 70.

Inspirados en la metodología reformadora proveniente de las experiencias europeas (la de Alexander Maconochie en la colonia inglesa de Norfolk Island en Australia y la de Walter Crofton en Irlanda), estos autores propusieron la adopción de la sentencia indeterminada, en reemplazo del sistema de la pena tasada de antemano, por entonces en vigor.

En línea similar, destaca la labor de Zebulon Brockway, que en 1869 consiguió en Michigan la aprobación de una ley que permitía la libertad condicional o definitiva a las mujeres condenadas por prostitución y confinadas en el establecimiento de corrección de Detroit, en función de su 'regeneración' o de su buena conducta²⁷.

Una idea cabal de la trascendencia de los cambios propiciados en la política del castigo en los Estados Unidos surge de las reformas que, específicamente, tuvieron lugar en el ámbito de la minoridad, a través de la institución de centros reformativos y la creación de la justicia de menores²⁸.

El conjunto de estas experiencias se trasladó a las propuestas que, más tarde, se debatieron en el Congreso Penitenciario de Cincinnati²⁹.

3.5. *El debate en los congresos penitenciarios internacionales*

Según lo reseñado, es interesante observar cómo las influencias cruzadas entre las experiencias norteamericana y europea delinearon el marco general de las nuevas políticas de castigo. Ambas corrientes hallaron cauce decisivo en la sucesión de congresos penitenciarios propiciados en ambos continentes, que alentaron el debate y el tránsito hacia la consagración del modelo progresivo de prisión³⁰.

²⁷ ASÚA BATARRITA, op.cit.

²⁸ Cambios en los que participó el movimiento denominado 'los salvadores del niño', agrupación que incluye a figuras como Brockway, Dwight y Wines, entre otras.

²⁹ En el que participó Brockway, con una ponencia titulada "*The ideal of a True Prison System for a State*", en la que sostenía que el sistema penal en general y penitenciario en particular debía propender a la reforma de las personas condenadas mediante el tratamiento de sus causas criminógenas.

³⁰ Se señala en este sentido que fue el penitenciarismo, a través de los congresos penitenciarios internacionales, el que logró que varias de sus propuestas se convirtieran en ley; en tanto los planteos de juristas y criminólogos de la época, de mayor riqueza y elaboración teórica, apenas influyeron en las legislaciones (ASÚA BATARRITA, op.cit., pp. 422-424; RIVERA BEIRAS, IÑAKI; *La cuestión carcelaria*, Barcelona, Ed. Del Puerto, 2006, p. 114).

En orden a su relevancia, que no a la cronología, debe aludirse al lugar que ocupó el 'Congreso Nacional sobre la Disciplina y Establecimientos de la Reforma' realizado en Cincinnati, en 1870, foro que representó el indiscutible antecedente de los congresos de rango internacional.

En él se debatió una variada agenda de cuestiones (entre otras, religión, educación, posibilidad de reforma de los presos, trabajo penal, abolición de la sentencia corta, etc.) y se emitió una amplia declaración final de principios relacionados, en esencia, a la conveniencia y necesidad de adopción de medidas como el sistema de marcas irlandés (*mark system*), la utilización del trabajo industrial, la formación académica y el apoyo religioso, la mejora de las condiciones sanitarias, etc. Pero, fundamentalmente, en él se vio coronado el ahínco de los reformadores estadounidenses con la conclusión de que la 'regeneración moral de los delincuentes' constituía el fin principal de la pena, declaración con la que se afianzaba la plataforma fundacional para el desarrollo de las nuevas políticas³¹.

En la nutrida serie de congresos de escala nacional, destacaron también, en los Estados Unidos, los de Baltimore (Maryland), San Luis (Missouri), Nueva York, Newports (Rhode Island), y en Europa los primeros, el de Frankfurt, en 1846, y el siguiente en Bruselas, en 1847³².

En el plano internacional, el primer hito se dio en Londres en 1872, el primer congreso con tal carácter, al que le sucedieron luego las convenciones de Estocolmo (1878), Roma (1885), San Petersburgo (1890), París (1895), Bruselas (1900), Budapest (1905) y Washington (1910). La preponderancia del primero estuvo dada, fundamentalmente, por la participación del reformador Wines quien, aunque no obtuvo un eco generalizado, puso el énfasis en la propuesta de establecimiento de la sentencia indeterminada. Este congreso destacó, además, por reafirmar el criterio de que el objeto de la pena es el criminal y no el delito. El sexto (Bruselas), se conoció como el congreso de la 'sentencia inde-

³¹ PAVARINI, MASSIMO; 'Historia de la idea de pena. Entre justicia y utilidad. La Justificación imposible' en: *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, Año 1, Nº 1, Buenos Aires/Santa Fe: UBA, Universidad Nacional del Litoral, 1992, p. 15; PAVARINI, MASSIMO; *Los confines de la cárcel*, Montevideo: Carlos Álvarez Editor, 1995; RIVERA BEIRAS IÑAKI; 'Secuestros institucionales y sistemas punitivo/premiales' en: DOBÓN, JUAN/RIVERA, IÑAKI, *Secuestros Institucionales y Derechos Humanos*; Barcelona: Ed. M. J. Bosch, 1997, pp. 18-20.

³² CADALSO, FERNANDO; *Instituciones penitenciarias y similares en España*, Madrid: José Góngora Impresor, 1922.

terminada, en razón del arduo debate respecto de ese principio (aunque las resoluciones no recogieron su aprobación) y, en su marco, se aceptó el concepto de libertad condicional y el aumento progresivo de la pena para los casos de reincidencia³³.

En España, por su parte, los primeros congresos nacionales tuvieron lugar en Valencia (1909), que debatió sobre arquitectura penitenciaria (con defensa del sistema celular), sobre los sistemas penitenciarios (afirmando la necesidad de aplicar el sistema progresivo y, en especial, de implementar la libertad condicional); en La Coruña (1914), destacado por el tratamiento de temas como el reformatorio de adultos, tribunales para menores, el paso de las obligaciones carcelarias al Estado, así como temas atinentes al régimen penitenciario (personal penitenciario, organización de los centros, castigos corporales a reclusos, etc.); y en Barcelona (1920), en el que tuvo amplia discusión la arquitectura penitenciaria, las colonias agrícolas e industriales y el trabajo penitenciario, así como también el patrocinio de menores y las correspondientes instituciones de menores y adultos³⁴.

IV. La instauración de la etapa readaptadora

4.1. La reforma de las prisiones: el modelo progresivo

Esta confluencia de fuentes teóricas y prácticas acabó por consagrar el propósito preventivo especial de la pena. La finalidad rehabilitadora, que implicaba la noción de que el autor del delito padecía una deficiencia de adaptación al medio social que debía ser corregida, constituyó el puntapié inicial para una posterior avalancha de ideologías 're', en las que la satisfacción del flamante móvil que debía encarnar la prisión se reflejaría en expresiones como 'resocia-

³³ Ibídem; ASÚA BATARRITA, op.cit., pp. 423-424.

³⁴ Tal como lo señala RIVERA BEIRAS (*La cuestión carcelaria...*, pp. 115-119), estas iniciativas tuvieron lugar a raíz de la participación del país en los congresos penitenciarios internacionales, a través de la asistencia de figuras como las de Concepción Arenal, Ramón de La Sagra, Pedro Armengol y Cornet, así como del persistente requerimiento de que se celebraran encuentros similares en España, por parte de autores como Fernando Cadalso. Las agendas y cuestiones debatidas en estos congresos nacionales motivaron más tarde la adopción de medidas legislativas significativas (v. asimismo, CADALSO, op.cit. pp. 833 y ss.).

lización, 'reinserción social', 'readaptación', 'reeducación', 'rehabilitación', etc., de los condenados. Hay que pensar que, con el positivismo, se asignaba a la rehabilitación la doble misión de pena y prevención.

En efecto, durante el predominio del discurso criminológico positivista, las prácticas de prevención del delito se resumían en la reforma individual, con lo que se procuraba evitar la comisión de futuros delitos³⁵. El tema dominante en el manejo de la prisión pasaba a ser la rehabilitación, de modo que la prisión asumía así la función de corrección³⁶.

El nuevo contenido de la pena, en los términos de una 'reforma individual', hallaba también respaldo en el inusitado prestigio de la medicina (ganado sobre la base de sus muchos avances y novedades científicas), lo cual contribuía a acrecentar la seguridad de que sus instrumentos podían ser trasplantados al ámbito de la penalidad, para estructurar y aplicar un modelo terapéutico de rehabilitación de los condenados³⁷.

No puede dejarse de lado que el esquema funcionaba manteniendo a las cárceles y a las políticas de encarcelamiento fuera de la vista y del escrutinio general del público. Competía a los expertos decidir cuándo el condenado se hallaba rehabilitado y podía retornar a la sociedad.

Al auxilio de la medicina se sumaron las contribuciones propias de muchas otras disciplinas —la psiquiatría, la psicología, la pedagogía, la arquitectura, la criminología, etc.— que, en conjunto, plagaron el terreno ejecutivo-penal de los efectos de la interdisciplinariedad y dieron lugar a un discurso y una práctica correccionalistas que Garland llamó el *penal-welfare complex*³⁸. En las

³⁵ HUGHES, GORDON; *Understanding crime prevention. Social control, risk and late modernity*, Buckinham/Philadelphia: Open University Press, 1998.

³⁶ Si bien la idea de reforma o corrección del condenado aparecía contemplada ya en el modelo carcelario anterior, en las primeras experiencias filadélficas, lo cierto es que en él ocupaba un lugar secundario.

³⁷ Los cambios no demoraron en evidenciarse y las intervenciones terapéuticas comenzaron a implantarse como programas obligados en las prisiones. El término 'tratamiento' —hasta entonces con simples connotaciones de gestión administrativa de los presos— se emplearía ya en un sentido propiamente médico (ROTMAN, EDGARDO; "Beyond Punishment" en: DUFF, Antony/GARLAND, David (Eds.), *A reader on Punishment*, Oxford/New York: Oxford University Press, pp. 289).

³⁸ Denominación con la que designó al conjunto de instituciones y estrategias de control del delito desarrollado en el marco del ascenso del Estado de Bienestar, más específicamente en Gran Bretaña, país en el que focaliza su análisis, desde finales del siglo diecinueve y durante la mayor parte del veinte (GARLAND, DAVID; *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Aldershot: Gower, 1987).

amplias facultades que se constituyen para acordar tipologías de presos, diagnósticos y pronósticos con los que cumplen su misión de evaluar la recuperación de los condenados, estos técnicos acabaron por dominar la gestión de las prisiones. El énfasis puesto en el tratamiento y la rehabilitación acrecentó el poder de los administradores carcelarios y proporcionó un útil mecanismo de control dentro de la prisión³⁹.

Instaurado el modelo progresivo por poco más de un siglo, problemas graves, tanto estructurales (como la adopción de las principales doctrinas médicas y del recurso de las clasificaciones técnicas, poco idóneas para un efectivo tratamiento de la delincuencia y, en los hechos, convertidas en instrumento de orden institucional), como coyunturales (la instrumentación de los programas fue por lo general meramente parcial y la experiencia reveló que el personal raramente era competente para la labor) colisionaron finalmente con las expectativas reformadoras⁴⁰. Pero esto ya forma parte de una fase posterior de la penalidad.

4.2. Los postulados de la *new penology*

El auge del ideal rehabilitador de la pena, materializado en la opción de la vía terapéutica, se evidenció en el sometimiento del condenado a un tratamiento que intentaba promover la superación de su estado 'patológico'. En los Estados Unidos fue donde esta opción, a través del estatuto de la sentencia indeterminada, halló su punto de mayor exaltación⁴¹. En efecto, hasta el último tercio del siglo diecinueve imperaba allí el sistema de la sentencia prefijada (*time sentences*), dispuesto por las leyes de determinación de la pena (*sentencing*) que establecían solo el máximo de la penalidad correspondiente a cada delito⁴² y en virtud de las cuales, una vez dictada la sentencia, la condena impuesta venía inmutable, sin otra alternativa que su íntegro cumplimiento⁴³.

³⁹ MATTHEWS, ROGER; *Doing Time. An Introduction to the Sociology of Imprisonment*, Londres: Palgrave, 1999.

⁴⁰ ROTMAN, EDGARDO; "The failure of Reform...", p. 183.

⁴¹ BLUMSTEIN, ALFRED; "American Prisons in a time of crisis" en: GOODSTEIN, Lynne/MACKENZIE, Doris (Ed.), *The american Prison. Issues in Research and Policy*, New York: Plenum Press, 1989, p. 14.

⁴² A diferencia de lo que aconteció en el marco europeo, donde los códigos preveían tanto el máximo como el mínimo de la pena para cada delito.

⁴³ ROTMAN, EDGARDO; "The failure of Reform..."

Reemplazada esta tradición hacia 1870 por el sistema penal de sentencia indeterminada, se procuraría entonces que los delincuentes condenados por un mismo delito recibiesen una idéntica *open-ended sentence*. Ello significaba una pena privativa de libertad con extensión de un día a toda la vida, posteriormente individualizada en su temporalidad por los oficiales de prisión, especialmente los *wardens* y *parole boards*, en función de las evidencias de progreso que registrase cada condenado.

La institución de esta modalidad tuvo lugar a partir de las inquietudes que encarnaron, en distintas instancias, Brockway por un lado, y Wines y Dwight por otro. El primero de ellos planteó su conveniencia en el marco del Congreso de Cincinnati y señaló esta vía como la única factible para asegurar la reforma de los delincuentes, ya que, según postulaba, nadie era capaz de determinar de antemano el tiempo necesario para que la pena de prisión causase la pretendida corrección. Sobre la base de sus juicios, aquel foro declaró que la sentencia indeterminada constituía el único medio de reforma de sujetos reincidentes. Los segundos plantearon, en 1876, la necesidad de revisar el habitual modo de imposición de penas ante la legislatura de Nueva York. Así, en 1877, este Estado previó la primera ley de sentencia indeterminada para su aplicación puntual en el reformatorio de Elmira y para personas entre dieciséis y treinta años⁴⁴.

El sistema de la sentencia indeterminada, en el que la decisión sobre la duración de la condena correspondía a las autoridades administrativas, respondía a los siguientes principios: escalas penales con márgenes amplios para cada delito, con máximos altos establecidos por la legislatura (tales como 10, 20 o 30 años); la decisión judicial de la procedencia de una pena de prisión o *probation*, en el caso concreto; en casos de imposición de pena privativa de libertad, la posibilidad de amplitud en los márgenes de la decisión judicial, con aplicación habitual de máximos penales muy elevados o bien, directamente, de la imposición del máximo legal previsto para el delito en cuestión; y, entre otros aspectos, control y decisión administrativa del término de la prisión. Su funcionamiento corría en paralelo al de otros dos institutos que comenzaron a promoverse: la *probation*⁴⁵ y la *parole*⁴⁶.

⁴⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, “La sentencia indeterminada...”; ROTMAN, “The failure of Reform...”, p. 174.

⁴⁵ Como una de las primeras medidas alternativas a la prisión, la *probation* surge formalmente en el año 1878, en Massachusetts, con el objeto de hacer posible la rehabili-

Friedman⁴⁷ resalta, como características comunes de estas reformas, la alta profesionalización y la concesión de un gran poder discrecional a los organismos encargados de la libertad bajo palabra y a los funcionarios de la libertad vigilada (cuyas decisiones resultaban altamente subjetivas y podían variar sustancialmente en cada caso).

El sistema de pena individualizada se expandía velozmente a escala nacional⁴⁸. Los primeros Estados que la acogieron fueron Massachusetts (1886), Pensilvania (1887) y Minnessotta (1889). Inicialmente prevista para su aplicación en reformatorios, su uso se extendió luego a las prisiones estatales. La progresión de la corriente fue tal que, en 1911, veintidós Estados de la Unión contaban con dicho sistema para los condenados a pena de prisión, y casi una década después el número rondaba ya los treinta y siete Estados, aunque con variaciones en los requisitos de procedencia (respecto a edades de los sujetos, tipo de delitos, límites temporales máximos o mínimos o alcances de la indi-

tación de los penados en la sociedad misma (en lugar de procurarla en los reformatorios o cárceles), a través de la fijación de un período de supervisión (usualmente oscilante entre los dieciocho meses y los dos años), pero prevista sólo para determinada clase de delitos, generalmente aquellos no violentos, inmorales o contrarios a la autoridad.

⁴⁶ En cuanto a la *parole*, inspirada en el sistema progresivo irlandés conocido como *tickets-of-leave* y conceptualmente debatida en el seno del Congreso de Cincinnati, se aplica primeramente en Elmira y se difunde pronto al resto del país. En esencia, esta fórmula confería la posibilidad de la concesión de una libertad condicional al penado que, habiendo cumplido parte de su condena en una institución correccional, contase con la aprobación del consejo competente (*parole board*). Otorgada la *parole*, el penado quedaba sometido a la supervisión de este organismo durante el tiempo total de la condena. Los siguientes datos dan un panorama de la enorme acogida del instituto de la *parole*: hacia finales del siglo diecinueve más de la mitad de los Estados de la Unión disponían ya de algún tipo de ley en la materia, en tanto que hacia 1925 cuarenta y ocho Estados contaban con leyes que lo regulaban (los dos restantes, Mississippi y Virginia, lo incorporan en 1942) y, a escala federal, su implementación data de 1910 (ROTMAN, EDGARDO; "The failure of Reform...", p. 186; FRIEDMAN, LAWRENCE; *Introducción al Derecho Norteamericano*, España: Ed. Bosch, 1988, p. 203, FRIEDMAN; *Crime and Punishment in American History*, New York: Basicbooks, 1993, p. 304; KNAPP, KAY A.; "Criminal Sentencing Reform. Legacy for the Correctional System" en: GOODSTEIN, LYNNE/MACKENZIE, DORIS (Ed.), *The American Prison. Issues in Research and Policy*, New York: Plenum Press, 1989, p. 111).

⁴⁷ FRIEDMAN, LAWRENCE; *Introducción al Derecho Norteamericano...*, p. 203.

⁴⁸ Valga la mención de que cada Estado norteamericano dispone de un código penal y de leyes penales específicas y que, adicionalmente, existen delitos federales, situación que conlleva a la dispersión y a la superposición entre legislación estatal y federal, con respuestas realmente diferentes en cada Estado en particular.

vidualización judicial), por lo que se convertiría de esta manera en el sistema dominante del siglo XX⁴⁹.

A diferencia de los Estados Unidos, donde la pena flexible inspiró teóricamente todo el sistema penitenciario⁵⁰, en el continente europeo raramente se la acogió como tal. Estrictamente, la pena indeterminada solo se extendió como un medio para reprimir la delincuencia habitual, como pena especial para multi-reincidentes y peligrosos y, recién durante el siglo XX, como medida de seguridad complementaria a la pena.

En un breve recuento, puede referirse que Francia fue el primer Estado europeo en introducir la modalidad, a través de la pena especial de ‘relegación para multi-reincidentes’, en 1885; Inglaterra instituyó la indeterminación como tratamiento para jóvenes, a través de la *Prevention of Crime Act* de 1908; Suecia la adoptó con carácter correccional para jóvenes delincuentes de edades entre quince y dieciocho años, luego ampliadas hasta las de veintiuno y veintitrés años; el código penal de Noruega de 1902 contemplaba la eventual opción de aplicación en determinados supuestos y, en fin, Alemania la dispuso como medida educativa en el derecho de menores. Por lo demás, la mayor parte de países centroeuropeos introdujo la indeterminación mediante las medidas de seguridad curativas o educativas que, diferentes de las penas, compusieron el sistema de ‘doble vía’⁵¹.

En el caso particular de España, la acogida de la corriente puede verse, por una parte, en las obras de penalistas como Dorado Montero, promotor de la sustitución del derecho penal por un derecho tutelar de los delincuentes, sostenida en el Congreso Penitenciario Internacional de Washington de 1910; Jiménez de Asúa, quien defendía la indeterminación absoluta de la pena en sentencia para toda clase de autores, propugnando que su duración debía establecerse ulteriormente en consonancia con la evolución del comportamiento del individuo; y Bernaldo Quirós, discípulo de Dorado Montero, quien postuló

⁴⁹ Cfse. FRIEDMAN; *Crime and Punishment in American History...*, 1993, p. 160; ROTMAN, *The failure of Reform...*, p. 174; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia indeterminada...*; ASÚA BATARRITA, op.cit., pp. 431-432. Al cabo de cincuenta años —hacia 1970—, la totalidad de Estados del país, así como el sistema federal, contaban con leyes de sentencia indeterminada (TONRY, MICHAEL; *Sentencing Matters*, Nueva York/Oxford: University Press, 1996, p. 4).

⁵⁰ Hasta 1976, año en que California aprueba la *Uniform Determinate Sentencing Act*, que abre el juego a ulteriores reformas del tipo en otros Estados.

⁵¹ ASÚA BATARRITA, op.cit., pp. 429-430

la aplicación de la pena indeterminada para delincuentes incorregibles en el Proyecto de Código Penal, conocido como 'Proyecto Montilla', de redacción en 1902. Puede constatarse también en las recomendaciones propiciadas en los Congresos Penitenciarios Nacionales de Valencia (1909) y La Coruña (1914). Por último, se plasma legislativamente en el Código Penal de 1928 y, posteriormente, en la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 y en la Ley de Rehabilitación y Peligrosidad Social de 1970.

En cuanto a la influencia de la sentencia indeterminada en Latinoamérica, entre los distintos ejemplos, pueden hallarse antecedentes en el Código Penal mexicano de 1871; en la ley uruguaya de 1907, en el Código brasileño de 1940 y en el Código Penal argentino de 1906⁵², así como en el de 1921, en la regulación de la multi-reincidencia que contempla el artículo 52, hoy vigente.

V. Significaciones del cambio

La indagación de los hechos que dieron lugar a la génesis del reformismo penal en el último tercio del siglo XIX, resulta oportuno para establecer ciertos paralelismos y significaciones que pueden extraerse de tal cambio, a poco que se analicen sus resultados concretos en el curso del tiempo. La posterior declinación en Estados Unidos del modelo 'resocializador', a casi un siglo de su aplicación, acabó ofreciendo muchos y variados enfoques críticos a partir de los cuales se hizo posible desnudar sus debilidades, contradicciones y abusos, a saber: desde una perspectiva más filosófica o teórica, que abomina de la idea de los planos de 'superioridad' e 'inferioridad' en que aquel modelo sitúa a no delincuentes y delincuentes; desde una perspectiva filosófico-jurídica acerca de los fundamentos del castigo, expresada en las múltiples objeciones a las teorías de la prevención especial; desde una perspectiva de derechos fundamentales, que impide la ceguera de interpretar como 'beneficios carcelarios' lo que en estricto sentido son derechos humanos, o de aceptar graciosamente un sistema, como el de la pena flexible, que vulnera garantías procesales, o de considerar admisibles terapéuticas forzosas de tratamiento que multiplican la

⁵² Según lo destaca JIMÉNEZ DE ASÚA (*La sentencia indeterminada...*, pp. 347 y ss), quien en relación con nuestro país incluye la mención de los Proyectos de Reforma del Código Penal, presentados por Eusebio Gómez y Jorge E. Coll en 1937 y por José Peco en 1941.

aflicción del condenado y lo sumen en procesos gobernados arbitrariamente, hasta las perspectivas más pragmáticas, que concluyen terminantemente en que el modelo no sirve al propósito de evitar la reincidencia.

Pero antes de que esta decadencia del modelo se hiciera evidente, es interesante observar la convergencia que se dio en ambos continentes hacia una misma dirección penológica, apuntalada y justificada desde la teoría y la praxis penitenciaria, y a partir de un contexto histórico, económico y político que fue condicionante del cambio.

Por otra parte, una significación elemental de la reforma penal del siglo XIX se expresa, sencillamente, a través de lo que el propio término denota, esto es, la idea subyacente de que la aplicación de aquella nueva política de castigo —respecto de la vigente en la etapa anterior— no representaba sino una especie de ‘ajuste’ en la dirección trazada por el sistema que había propiciado la modalidad penal del encierro y que, con la reforma, buscaba aplicarse a los problemas emergentes de la coyuntura histórica, y justificarse a través de la retórica científica al uso de la época.

Así, lo que inicialmente se consideraba una ‘traición’ al pacto social, se situó luego en el campo de lo ‘patológico’. Ciertamente es que alguno de sus institutos alternativos al encarcelamiento, acaso pudieran aceptar una lectura más positiva, menos cáustica, pero sus modos efectivos de aplicación —discrecionalidad, arbitrariedad y coacción— no contribuyen demasiado a mejorar el diagnóstico.

Bibliografía

- ASÚA BATARRITA, ADELA; ‘Pena Indeterminada’, en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XIX, Barcelona: Francisco Seix, 1989, pp. 420-37.
- BLUMSTEIN, ALFRED; “American Prisons in a time of crisis” en: GOODSTEIN, LYNNE/MACKENZIE, DORIS (Ed.), *The american Prison. Issues in Research and Policy*, New York: Plenum Press, 1989, pp. 13-21.
- CADALSO, FERNANDO; *Instituciones penitenciarias y similares en España*, Madrid: José Góngora Impresor, 1922.
- FOUCAULT, MICHEL; *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, España: Siglo Veintiuno de España Editores, 2000, 12ª edición.

- FRIEDMAN, LAWRENCE; *Introducción al Derecho Norteamericano*, España: Ed. Bosch, 1988 (Trad. Joan Verge i Grau).
- FRIEDMAN, LAWRENCE; *Crime and Punishment in American History*, New York: Basicbooks, 1993.
- GARLAND DAVID; *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Aldershot: Gower, 1987.
- GARRIDO GUZMÁN, LUIS; *Compendio de Ciencia Penitenciaria*, Valencia: Universidad de Valencia, Colección de Estudios, Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, 1976.
- GINER, SALVADOR; *Historia del pensamiento social*, Barcelona: Ariel, 1999, 9ª edición.
- HUGHES, GORDON; *Understanding crime prevention. Social control, risk and late modernity*,
Buckingham/Philadelphia: Open University Press, 1998.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS; *La sentencia indeterminada*, Madrid: Hijos de Reus Editores, 1913.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS; *Tratado de Derecho Penal*, T. I, Buenos Aires: Ed. Losada, 1964, p. 869.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS; *Principios de Derecho Penal. La ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990.
- KNAPP, KAY A.; "Criminal Sentencing Reform. Legacy for the Correctional System" en: GOODSTEIN, LYNNE/MACKENZIE, DORIS (Ed.), *The american Prison. Issues in Research and Policy*, New York: Plenum Press, 1989, pp. 111-131.
- MATTHEWS, ROGER; *Doing Time. An Introduction to the Sociology of Imprisonment*, Londres: Palgrave, 1999.
- MELOSSI, DARÍO/PAVARINI, MASSIMO; *Cárcel y Fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (Siglos XVI-XIX)*, México: Siglo XXI Editores, 1987.
- MIRALLES, TERESA; 'Patología criminal: aspectos biológicos' en: BERGALLI, ROBERTO/BUSTOS RAMÍREZ, JUAN (Dres.), *El pensamiento criminológico*, Vol. I, Bogotá: Ed. Temis, 1983, pp. 51-67.
- PAVARINI, MASSIMO; 'Historia de la idea de pena. Entre justicia y utilidad. La Justificación imposible' en: *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, Año 1, Nº 1, Buenos Aires/Santa Fe: Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional del Litoral, 1992, pp. 9-21.

- PAVARINI, MASSIMO; *Los confines de la cárcel*, Montevideo: Carlos Álvarez Editor, Instituto Superior Ibero-americano de Estudios Criminales, 1995 (Prólogo de O. Grezzi).
- PAVARINI, MASSIMO; *Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, México: Siglo Veintiuno Editores, 1999, 7ª edición, Epílogo de Roberto Bergalli.
- PLATT, ANTHONY M.; *Los 'salvadores del niño' o la invención de la delincuencia*, México: Siglo XXI, 1997, 3ª edición.
- RIVERA BEIRAS, IÑAKI; 'Secuestros institucionales y sistemas punitivo/premiales' en: DOBÓN, JUAN/RIVERA, IÑAKI, *Secuestros Institucionales y Derechos Humanos. La cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas*, Barcelona: Ed. M. J. Bosch, 1997, pp. 13-43.
- RIVERA BEIRAS, IÑAKI; *El problema de los fundamentos de la intervención jurídico-penal. Las teorías de la pena*, Barcelona: Ed. Signo, 1998.
- RIVERA BEIRAS, IÑAKI; *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*, Barcelona: Ed. Del Puerto, 2006.
- ROTMAN, EDGARDO; "Beyond Punishment" en: DUFF, Antony/GARLAND, David (Eds.), *A reader on Punishment*, Oxford/New York: Oxford University Press, pp. 289.
- ROTMAN, EDGARDO; 'The failure of Reform. United States, 1865-1965', en: MORRIS, N./ROTHMAN, D. (Coords.), *The Oxford History of Prison. The practice of punishment in western society*, New York/Oxford: Oxford University Press, 1995, pp. 169-197.
- RUSCHE, GEORG/KIRCHHEIMER, OTTO; *Pena y estructura social*, Bogotá: Temis, 1984 (Trad. Emilio García Méndez).
- SALILLAS, RAFAEL; *Evolución Penitenciaria en España*, Tomo I, Madrid: Imprenta Clásica Española; 1918.
- SANDOVAL HUERTAS, EMIRO; *Penología*, Parte General, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1982.
- TELLEZ AGUILERA, Abel; *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y Realidad*, Madrid: Edisofer, 1998.
- TONRY, MICHAEL; *Sentencing Matters*, Nueva York/Oxford: University Press, 1996.
- VON LISZT, FRANZ; *La idea del fin en el derecho penal*, Granada: Ed. Comares, 1995 (Trad. C. Pérez del Valle).

- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Buenos Aires: Ed. Ediar, 1980.
- ZYSMAN QUIRÓS, DIEGO; *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*, Ed. Didot, Buenos Aires, 2012.

PERSPECTIVAS Y RETOS DEL DERECHO COMPARADO EN LA ACTUALIDAD: DIALOGOS CON IGNACIO AYMERICH OJEA*

José Daniel Cesano**
Dr. Ignacio Aymerich Ojea***

* Entrevista al catedrático Dr. Ignacio Aymerich Ojea realizada por el Director del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Académico Dr. José Daniel Cesano

** En la Argentina se puede observar un fenómeno curioso: hacia las primeras décadas del siglo XX, y como consecuencia de las reformas de los planes de estudio, las facultades de derecho comenzaron a incluir, en su formación de grado, el Derecho Civil Comparado. Así, por ejemplo, tanto en la Universidad Nacional de Córdoba como la Universidad Nacional de La Plata se dictaron, durante la segunda década del siglo pasado, estas cátedras. Sin embargo, actualmente, el Derecho Comparado ha perdido visibilidad en la enseñanza de grado. Es más: hoy, su cultivo, se limita a algunos ámbitos académicos muy reducidos (V.gr. Asociación Argentina de Derecho Comparado, Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, etcétera). ¿Cuál es la situación que observa en las universidades españolas? ¿Hay diferencias entre la enseñanza del grado y del posgrado?

*** También llegó a haber cátedras de legislación comparada en España hace mucho tiempo pero son ya sólo recuerdos. Creo que hay razones locales específicas: la legislación universitaria española establece un catálogo cerrado de áreas de conocimiento, todo aquel saber que no esté incluido en ese catálogo tiende a desdibujarse y marginalizarse. Le ocurre al derecho comparado exactamente lo mismo que a la sociología jurídica; ninguna de las dos es reconocida institucionalmente como área de conocimiento con autonomía propia. Consecuentemente, cuando las facultades elaboran sus planes de estudios del grado en derecho difícilmente van a incluir materias que no estén directamente vinculadas con las áreas consolidadas en ese catálogo mencionado. Esto explica la carencia de asignaturas de derecho comparado en el grado, una situación completamente distinta a la italiana, al menos desde 1994. Hay alguna oferta parcial en posgrado, como el Máster universitario en derecho español vigente y comparado, que por otra parte cuenta con poco contenido comparatista.

Estas rigideces no afectan tanto al ámbito de la investigación, donde el trabajo no está tan segmentado y ligado en exclusividad a áreas. Existe desde 2007 la Revista general de derecho público comparado o el Instituto de derecho público comparado "Manuel García Pelayo" en la Universidad Carlos III de Madrid, si bien no llega a haber instituciones del nivel del AISDC de Lausanne. Hay, naturalmente, investigadores que se ocupan de cuestiones de derecho comparado, pero existe siempre el condicionante de que si no quieren que sus méritos de investigación queden orillados del reconocimiento oficial se mantendrán vinculados a su respectiva área, más que como contribuciones a una ciencia del de-

[JDC] En su opinión, el Derecho comparado ¿Posee autonomía científica? o, por el contrario ¿consideraría que no tiene un estatuto epistemológico propio y que constituye, más bien, un método de análisis que utilizan los juristas para el estudio del derecho, tal cual lo sostuviera Harold Cooke Gutteridge?

[IAO] Hay dos formas de abordar la cuestión de qué conocimientos son o no son ciencias: la pregunta por el objeto y el método, de un lado, y la cuestión de si hay una comunidad estable de científicos que cultiven ese saber. La segunda va más en la dirección de la sociología del conocimiento y no debería ser tan determinante como la primera, pese a posturas como las de Feyerabend o Lakatos. Pero lo cierto es que los juristas no se plantean estas cuestiones de científicidad hasta que no existe una comunidad académica estable. El opúsculo de Austin en el que reivindicaba que el derecho se enseñase en las universidades ejemplifica, creo, esta cuestión. La sistematización del conocimiento del derecho obedece a dos razones: la necesidad que tienen los jueces de reunir las soluciones que han venido dando en el pasado para resolver con un mínimo de coherencia los casos que se presenten en el futuro y la necesidad de organizar racionalmente el material de estudio para la formación de los juristas. Esto último no ocurría en Inglaterra en las universidades hasta muy tarde, como es sabido. No se consideraba que el derecho pudiese ser objeto de enseñanza universitaria porque no es posible ordenarlo conforme a principios generales, es decir, porque no es posible considerarlo una ciencia. Igualmente, en las universidades europeas se enseñaba derecho romano o derecho canónico. Para formar a los juristas que habrían de atender a los litigios del día a día estaban las normas jurídicas locales pero nadie imaginaba que estas pudiesen ser objeto de estudio académico porque, en su casuística, resultaba imposible abordarlos desde puntos de vista generales como los que exige la ciencia, algo que sí se consideraba posible en relación al derecho romano y al canónico. Austin, sin embargo, defendía que el derecho debe estudiarse como una ciencia porque además del conocimiento de las normas particulares vigentes en un territorio

recho comparado de carácter más transversal. Quiero decir que un penalista o un civilista se interesarán por la situación de alguna institución jurídica específica en el ordenamiento de otros países pero luego tenderán a publicar sus conclusiones en forma de artículos de derecho penal o de derecho civil y más difícilmente como artículos de derecho comparado. Así, hay más margen para la investigación que para la docencia del derecho comparado, pero tal vez por la razón expuesta no se visibiliza tanto como podría hacerlo.

y en un momento dado (lo que él llamaba jurisprudencia particular) hay una estructura permanente de todo derecho posible que sí puede tratarse desde puntos de vista generales como los que exige la ciencia. Se justificaba así la formación académica de los juristas e Inglaterra cambió en ese sentido la capacitación profesional de los abogados. En mi opinión algo semejante ocurre hoy con el derecho comparado, que tiene más peso como conocimiento aplicado, muy ligado a problemas prácticos, y menos como un saber general de tipo académico que pueda sistematizarse al modo en que proponían originalmente Lambert y Saleilles, basado en ideas que eran deudoras de una muy específica perspectiva de las ciencias sociales en la transición entre los siglos XIX y XX pero que hoy en día sería difícil sostener. Hay académicos que tratan de construir esos puntos de vista generales sobre el derecho comparado pero no puede decirse que tengan la misma continuidad, extensión, debate, audiencia y relevancia que, por ejemplo, la dogmática penal o administrativa.

Si se plantea la cuestión desde el punto de vista del método y del objeto, en sentido estricto no puede decirse que sustancialmente haya algo que marque una diferencia neta con la ciencia jurídica general: se trata del análisis de normas jurídicas con metodología jurídica. Otra cosa es que esos intentos de elaboración *doctrinal* del derecho comparado tengan claro interés, pero no como para constituir una ciencia propia.

[JDC] ¿Cuáles son, actualmente, las funciones que se asignan al Derecho comparado? Especialmente ¿cree usted que desempeña un rol significativo en el diseño de políticas legislativas y de Estado?

[IAO] Por la misma razón que exponía anteriormente de que el derecho comparado es más praxis que doctrina, pienso que el grueso del trabajo que se hace en el ámbito del derecho comparado está justamente en la política legislativa, en la potestad reglamentaria de la administración, en la parte normativa del diseño de políticas públicas, en la comparativa de cláusulas contractuales entre unos países y otros en el marco de la globalización del mercado de productos y servicios, en el análisis de las ventajas o desventajas que pueda tener uno u otro sistema tributario para la localización de inversiones o radicación de empresas, en la previsibilidad que ofrece la legislación mercantil, laboral o procesal de un determinado estado y que puedan afectar a decisiones económicas

adoptadas desde otro estado, en las diferentes exigencias normativas de cada estado en relación con el transporte internacional, etc. Son todo ello exigencias prácticas a las que los juristas deben responder, pero todo este tipo de casos no suelen ser vistos por quienes los analizan como parte de una “ciencia general del derecho comparado”. Quiero decir que el asesor de un ministro que prepara un dossier con legislación comparada como paso previo a la redacción de un proyecto de ley no responde al mismo tipo de exigencia de trabajo que la de un académico que intenta sistematizar los conocimientos propios de un determinado ámbito. Hay mucho conocimiento técnico de derecho comparado porque hay mucha necesidad de él, pero no sedimenta en un tratamiento científico equivalente al de otras ramas de la ciencia jurídica. Es más una técnica (saber hacer cosas) que una ciencia, siguiendo la vieja distinción aristotélica. Y buena parte de esa técnica, como usted dice, se aplica a la política legislativa.

[JDC] Indudablemente la utilización del derecho extranjero como insumo para el legislador nacional, debe ser muy cuidadosa. ¿Qué recaudos, considera usted importantes al momento de que se trate de imitar un modelo legislativo foráneo?

[IAO] En el año 2005 Amnistía Internacional llevó a cabo una campaña con difusión mundial contra las lapidaciones por parte de tribunales tradicionales islámicos en Nigeria. Lo que no trascendió tanto fue el origen del problema. Nigeria heredó de la potencia colonial, Gran Bretaña, un modelo de administración de justicia muy centralizado en la capital, con unos requisitos procesales complejos y que resultaba demasiado caro, lejano e incomprensible para la mayor parte de los ciudadanos, especialmente de los que vivían en comunidades tradicionales alejadas de Lagos (inicialmente) y luego Abuya. El estado nigeriano decidió dar validez a las decisiones de los tribunales tradicionales como forma de garantizar alguna forma de acceso a la justicia a los ciudadanos. En zonas de gran arraigo del tradicionalismo islámico, algunos de estos tribunales aplicaron la *sharía* en versiones rigurosas que condujeron a casos de lapidaciones. La imprescindible campaña internacional para acabar con este tipo de prácticas no se hizo probablemente con conciencia del otro problema que se generaba desacreditando completamente a la administración de justicia tra-

dicional, dada la inaccesibilidad ya mencionada de los tribunales formales, y a fin de cuentas los arts. 8 y 10 de la declaración de derechos humanos (recurso a los tribunales ante violación de derechos y derecho a ser oído por un tribunal independiente) se menoscababan de esta forma. Cito este caso como un ejemplo de trasposiciones de instituciones jurídicas sin atender a las circunstancias locales, como si el modelo de administración de justicia británico pudiese funcionar igual en Nigeria.

La incorporación de normas de origen extranjero tiene una amplia casuística con muestras tanto de éxito como de fracaso. Es preciso examinar los problemas de coherencia con el propio ordenamiento, si las razones históricas que dieron origen a las normas foráneas son semejantes a las propias, si existe un problema objetivo y percibido por los ciudadanos que demanda solución, los costes (administrativos, organizativos, económicos) de implementación de la norma, etc. Hoy en día me parece que todo este tipo de evaluaciones se está desarrollando no tanto como una aportación del derecho comparado sino por el impulso del llamado *Regulatory impact assessment* (RIA), promovido por organizaciones como la OCDE o la UE. Conforme a las exigencias de esta evaluación, el primer paso que el legislador debe dar es preguntarse cuál es el problema y si una nueva norma (más que otras alternativas) puede ser la solución. En caso de que se opte por la regulación, debe justificarse cómo se prevé que la norma solucione el problema, a qué coste (por ejemplo, qué nueva carga administrativa recaerá sobre los ciudadanos), con qué afectación de otros derechos, etc. Posiblemente los ya muy señalados inconvenientes de la *importación* de normas extranjeras sin reflexionar suficientemente sobre su compatibilidad y oportunidad podrían atenuarse en una confluencia con las experiencias que aporta el RIA.

[JDC]: Puede afirmarse que existe cierto consenso respecto que, el Derecho Comparado exige, para su análisis, un enfoque interdisciplinario. Si está de acuerdo con esta perspectiva ¿en qué aspectos la antropología puede enriquecer la visión del comparatista?

[IAO] Hace ya mucho tiempo que la antropología contempla la descripción de las culturas con la cautela de no tratarlas como meros “hechos” sino tomando en consideración que un elemento esencial de toda cultura son los sis-

temas normativos. Malinowski insistía ya en ello a la altura de 1945. Y sería injusto no mencionar que *The cheyenne way. Conflict and case law in primitive jurisprudence*, la obra de Llewellyn y Hoebel, es de 1941. Existe, por tanto, un vínculo muy estrecho entre la antropología y la ciencia jurídica. Encuentro particularmente acertada la visión al respecto de Clifford Geertz, quien comienza afirmando que juristas y antropólogos pareciera que fueron hechos los unos para los otros porque ambos se dedican a observar principios generales en hechos locales, pero luego constata que esta colaboración ha sido más bien escasa. Si observamos el tipo de conocimiento que requieren los abogados (saber con qué reglas se pueden presentar los hechos ante un tribunal) se ve que buena parte de la ciencia jurídica es un arte de representación (de puesta en escena) y que en eso tiene mucho en común con otros elementos de la cultura (como el culto o el arte) porque, como ellos, “el derecho propone un mundo en el que tengan sentido sus descripciones” (en las propias palabras de Geertz). Entendida la antropología, como lo hace este autor, como el estudio de las estructuras de significado en cuyos términos viven hasta el fin de sus días los individuos, “ofrece tantas esperanzas para el análisis comparado del derecho como lo hace para el del mito, el ritual, la ideología, el arte o los sistemas de clasificación”.

Un buen ejemplo de ese análisis del derecho como producto cultural es el que practica Häberle en el ámbito constitucional. Para Häberle la evolución del derecho debe entenderse como la evolución cultural; al igual que el Renacimiento surgió en Italia pero se extendió hasta influir en la cultura de otros países, igualmente hay hallazgos jurídicos que representan hitos y son incorporados en otros contextos. La Constitución no se reduce al texto legal sino que hay una cultura constitucional en la que el texto cobra sentido, y esa cultura puede compartirse más allá de la letra de la ley. Por cierto, el *Centro de Investigación de Derecho Constitucional “Peter Häberle”* de la Universidad de Granada se ocupa de difundir la obra de este constitucionalista alemán que, en la medida en que ha insistido en entender los textos constitucionales como productos culturales se abre a consideraciones comparatistas.

[JDC] El Derecho Comparado estudia sistemas jurídicos o instituciones pertenecientes a distintos ordenamientos en la sincronía. Sin embargo, se señala que, cuando la investigación comparada no tiene en cuenta las razones histó-

ricas que hacen distintos a los sistemas que estudia, pierde su complejidad. ¿Cuáles son, según su perspectiva, los principales aportes que ofrece la historia jurídica al comparatista?

[IAO] Debemos a Savigny el criterio histórico de interpretación de las normas que, descargado de las ideas románticas junto a las que fue formulado (la idea del *Volkgeist* o la incomunicabilidad de culturas jurídicas) creo que sigue siendo imprescindible. No puede comprenderse adecuadamente una norma ignorando las razones históricas de su formulación, sea para el derecho comparado o para cualquier otra rama de la ciencia jurídica. Esto no se reduce a tener una formación en historia general; de poco sirve conocer el derecho medieval para entender la *lex mercatoria*, un fenómeno contemporáneo cuyas raíces históricas deben buscarse en antecedentes no tan lejanos. En casos como este el tipo de historia que debe conocerse es la evolución del comercio internacional, las inseguridades de sus agentes ante la diversidad normativa entre estados, etc., fenómenos todos muy de nuestro tiempo. No puede hacerse derecho comparado como mero cotejo de normas analizadas desde un punto de vista formalmente jurídico, hay que saber a qué tipo de circunstancias obedeció el cambio normativo en un determinado lugar para poder captar todo su significado, y eso es conocimiento de tipo histórico y, añadiría, también sociológico.

[JDC] Continuando con la historia jurídica ¿cree usted que la historia jurídica comparada puede resultar un instrumento valioso para los trabajos de macrocomparación?; en su caso, en su opinión, ¿Cuáles serían las principales utilidades?

[IAO] Tiendo a creer que la macrocomparación obedece fundamentalmente al objetivo de la reflexión científica sobre el derecho: deseo de conocerlo en profundidad, más allá de utilidades coyunturales. No creo que las investigaciones astrofísicas que se estén desarrollando actualmente tengan un objetivo utilitario. Ahora bien, qué aporta la historia jurídica comparada a una comprensión profunda del derecho me parece que queda mejor formulado afirmando que no es posible una comprensión profunda del derecho sin perspectiva histórica, principio este que se remonta cuando menos a los tiem-

pos de Vico y Montesquieu. Los análisis de Weber sobre la tendencia histórica a la racionalización formal del derecho en sociedades donde la administración pública se ha burocratizado y donde ha habido procesos de secularización (además de algunos otros factores) me parecen un buen ejemplo de este tipo de investigaciones.

[JDC] La Corte Suprema de Justicia de la Argentina, en sus sentencias, suele realizar, con bastante frecuencia, argumentaciones a partir de jurisprudencia constitucional proveniente de otras Cortes o de Tribunales Supranacionales (V.gr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Suprema Corte de los EUA). Este es un fenómeno usual en la Cortes Constitucionales Latinoamericanas. La utilización de estas formas argumentales, en cierto sentido, puede generar un proceso de migración de ideas constitucionales de distintos sistemas legales. Lo curioso es que, en no pocos casos, estos procesos argumentativos revelan que los operadores jurídicos no han realizado una investigación previa en relación a la compatibilidad entre el precedente extranjero citado y el texto constitucional propio que se interpreta. ¿Qué opina usted respecto de estas cuestiones? ¿Sucedre lo mismo en el Tribunal Constitucional Español?

[IAO] Sí, claro que sucede, y tanto en el ámbito del derecho público como del privado. Pegoraro observa que es más frecuente este recurso en tribunales constitucionales o supremos propios del sistema anglosajón o mixtos que en los del sistema continental europeo y que el *Conseil Constitutionnel* francés es el que menos recurre a esta forma de argumentación jurídica, pero no sólo es un fenómeno que se da, efectivamente, sino que creo que es previsible que se incremente en el futuro. Y también menciona casos en que por falta de un análisis detallado se han incorporado soluciones constitucionales operativas en contextos distintos para problemas internos sin haberse logrado la solución esperada, como es el caso de la moción de censura constructiva alemana en los ordenamientos locales italianos con idea de dar más estabilidad a las autoridades municipales, reforma que no consiguió sus objetivos por responder a circunstancias diversas. Así que también en Europa existen ejemplos de incompatibilidades no analizadas previamente.

[JDC] Los procesos de integración económica y jurídica que, con diversa intensidad y particularidades propias, puede observarse tanto en Europa como en América suelen conducir a la formación de espacios jurídicos armonizados o, analizando la cuestión desde otra perspectiva, a la formación de normas jurídicas comunitarias. ¿Cuáles son las funciones, en su opinión, que cumple el Derecho Comparado en estos contextos?

[IAO] Un caso interesante en este sentido ha sido la negociación entre la Unión Europea y Japón para que los intercambios comerciales se hagan respetando la legislación comunitaria sobre protección de datos. Dado que Japón iba a tener que imponer a las empresas radicadas en su territorio estas obligaciones se planteó aprovechar la ocasión para introducir una reforma legal que garantizase la protección de datos de sus propios ciudadanos en un sentido inspirado en el modelo de la UE. De esta forma, la armonización comunitaria en materia de protección de datos no sólo afecta a los países europeos sino que ha tenido influencia más allá. De todos modos la palabra “armonización” puede servir a veces para encubrir que algunos de estos procesos son más bien la imposición de intereses de instituciones poderosas. Hay normas que obedecen a las garantías que exigen las corporaciones multinacionales para proteger sus inversiones y quien espere recibir dichas inversiones tiene que asumir los cambios legales que esto requiere. También, en sentido contrario, hay cláusulas de derechos humanos que se imponen en las relaciones comerciales (por ejemplo la Convención de Lomé, luego Convención de Cotonú, en el caso de la UE). En todos estos casos el primer paso es, evidentemente, un análisis de derecho comparado porque si tras este análisis se hubiese detectado una plena sintonía no habrían sido necesarias estas nuevas normas.

[JDC] En la doctrina latinoamericana es frecuente la utilización de categorías conceptuales elaboradas por el comparatismo italiano; en especial, de los trabajos de Rodolfo Sacco y sus discípulos. ¿Qué grado de recepción ha tenido en España aquella doctrina?

[IAO] Pienso que las editoriales y revistas de investigación españolas no han prestado la atención que merecía la obra de Sacco y de ahí que las traducciones sean escasas. Es significativo, creo, que la versión castellana de *El derecho mudo*

esté publicada en Lima. De Rodolfo Sacco creo que podría decirse lo que mencionaba más arriba, que es un intento serio de construcción de una doctrina sobre el derecho comparado (por ejemplo, su tesis acerca de los formantes), doctrina que responde a la parte del derecho comparado como forma de conocimiento en profundidad del fenómeno jurídico más allá del conocimiento práctico, aplicado, del derecho comparado como análisis de dos instituciones jurídicas en países distintos para cotejar ventajas e inconvenientes de cara a la incorporación de la foránea en el propio ordenamiento. Sacco ha conseguido formar una escuela prestigiosa a su alrededor y merece mayor atención pero, posiblemente, por la razón alegada más arriba, la falta de arraigo del derecho comparado en España por la compartimentación de los saberes que impone el catálogo de áreas de conocimiento lleva a estas consecuencias.

[JDC] ¿Cómo observa actualmente el diálogo entre el Common Law y el Civil Law? ¿Cree usted que existen algunos ámbitos particulares del derecho en donde ese diálogo puede ser más fluido?; en caso afirmativo, ¿cuáles?

[IAO] Aunque a grandes rasgos hablamos de dos sistemas, la realidad es que cada uno de ellos es plural y hay además sistemas híbridos (Luisiana, Quebec, Sudáfrica, Puerto Rico, etc.). La realidad es más compleja que un diálogo entre dos partes y las convergencias o divergencias deben ser vistas caso a caso. No obstante, es evidente que la globalización exige convergencias, basta pensar en el impacto de tecnologías como el blockchain en diversos sectores, las criptomonedas siendo tal vez uno de los más visibles en los debates más recientes. No por conocido es menos destacable el trabajo de *Unidroit*, de *Uncitral*, de la *Conferencia de La Haya de derecho internacional privado* o las normas de *Incoterms* en diferentes ámbitos de la contratación privada. Hay instituciones específicas (por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte internacional de justicia o del Tribunal europeo de derechos humanos) que han provocado una cierta convergencia entre sistemas jurídicos al exigir un mismo tipo de garantías de los derechos. Richard Clayton plantea en una publicación de 2010 el caso británico de incorporación del Convenio europeo de derechos humanos como legislación nacional mediante la *Human rights act* de 1998 y cómo ha alterado la relación entre los tribunales y el poder ejecutivo.

Creo que también el alejamiento de la visión original de Montesquieu, influyente en la codificación francesa y, por ende, en toda su área de influencia acerca de reducir a cero el margen de interpretación judicial de la ley ha revitalizado el papel de la jurisprudencia (como muestra el renacimiento de la atención sobre la argumentación jurídica), lo que en cierto modo matiza la primacía de la ley en el sistema de fuentes y con eso reduce las versiones más extremas de la distancia que hay entre la tradición del civil law y el sistema anglosajón. Por otra parte, la expansión normativa que caracteriza a las sociedades complejas contemporáneas no es ajena a los sistemas del common law, y aunque no en todos los casos tenga la forma de *statutory law* basta pensar en la capacidad regulatoria de las agencias en Estados Unidos, lo que puede ser visto como un cierto reequilibrio entre la proporción del derecho creado por vía jurisprudencial y la legislación, haciendo que también en estos sistemas se produzca una relativa aproximación hacia el sistema continental europeo. Ya a la altura de 1982 el juez Calabresi afirmaba que Estados Unidos había entrado en la era de la las leyes (*the age of statutes*). Así pues, pueden detectarse en ambos sistemas algunas tendencias hacia una cierta confluencia sin que dejen de ser, claro está, dos sistemas diferentes.





