

# Cazando el mito del positivismo diabólico y del formalismo ingenuo en el Derecho penal

Recensión a Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, La excusa del positivismo. La presunta superación del «positivismo» y el «formalismo» por la dogmática penal contemporánea, Thomson/Civitas, Madrid, 2007, págs. 182.

**Juan Pablo Montiel**

Universidad de los Andes (Colombia)

1. Si uno fuera aficionado a las series televisivas podría conjeturar que el autor de *“La excusa del positivismo”* encontró inspiración para afrontar esta investigación en la conocida serie *“Cazadores de mitos”* (*Mythbusters*, Discovery Channel). Esta exquisita investigación interdisciplinaria que nos presenta Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno pone en evidencia una serie de malas interpretaciones que desde hace largos años arrastra la discusión jurídico-penal; situación que permitió *mitificar* como verdades evidentes grandes errores o descontextualizaciones. Este *Mythbuster* de la Universitat Pompeu Fabra pone sobre el tapete que la incorrecta lectura (en algunos casos intencional y en otros descuidada) tanto del positivismo y como del formalismo –en especial de la obra de Montesquieu– ha llevado a que buena parte de las aproximaciones dogmática sobre el método jurídico-penal aparezca sesgada por una serie de prejuicios infundados. Aunque también, como cinéfilo, uno no podría descartar la influencia del film *“El exorcista”*, dirigido por William Friedkin, toda vez que el autor pone todo su empeño (en mi opinión con éxito) en *exorcizar* el concepto de “positivismo” en el seno de la dogmática jurídico-penal, y liberarlo así de todo *“ser diabólico”* que lo conecte con la ingenuidad, lo primitivo y hasta con regímenes totalitarios. Aunque seguramente resulta necesario explicar con algo de detalle de qué modo Ortiz de Urbina lleva de la pantalla a este pequeño libro una trama tan interesante.

*“La excusa del positivismo”* es un libro que ilustra a cualquier lector sobre muchas cuestiones metodológicas y especialmente sobre el verdadero alcance del “positivismo”. Aunque también nos invita a reflexionar sobre el modo en que los dogmáticos realmente trabajamos. Ortiz de Urbina demuestra con gran contundencia a lo largo de los cuatro capítulos de este trabajo que la tradicional crítica que desde siempre se le formuló al positivismo jurídico-penal no es más que el fruto de groseros errores y monumentales deformaciones conceptuales. En esta medida aflora al final del libro una conclusión que puede sonar para muchos sorprendente: que la metodología jurídico-penal actual no está tan lejos de los planteamientos formulados a comienzos del siglo XX (p. 150). En definitiva, como el mismo Manuela Atienza enfatiza en el prólogo, simplemente se habría construido un “enemigo a medida”. En el fondo, nos encontramos ante un trabajo que además resultar esclarecedor, hace que no podamos evitar ruborizarnos como dogmáticos ante buena parte de las malas interpretaciones que arrastramos desde hace tiempo.

2. En el libro se nos introduce al mito del positivismo con una exposición de las principales *“batallas metodológicas”* que el positivismo libró en la discusión de las ciencias sociales en Alemania. Ya de movida muestra una situación ciertamente paradójica que constituye, según mi parecer, el lienzo sobre el cual nuestro autor retrata su obra: pese a las victorias en sendas *“batallas”*, el positivismo acabó manchado y siendo utilizado como un término peyorativo (pp. 25-26). Al respecto, no hace falta imbuirse de la discusión en el ámbito de la filosofía de la ciencia para advertir esta paradoja. Basta simplemente atender los análisis habituales del positivismo jurídico-penal para advertir que la actual dogmática (político-criminalmente orientada) se jacta de haberlo superado. En este sentido, se pretende haber superado un método *ingenuo, precario* y reticente a considerar la incidencia político-criminal de la dogmática. Con todo, lo sorprendente de ello es que la incesante referencia crítica al positivismo nunca estuvo acompañada de esfuerzo alguno por precisar conceptualmente lo

que se entiende por él (p. 28). En consecuencia, no se sabe bien qué es lo que lo se superó o se repudia, pese a la creencia de saberlo con certeza.

El autor de este libro se encuentra con un marco teórico en el que el término “positivismo” sirve para etiquetar de un plumazo todos aquellos males que aqueja la dogmática jurídico-penal. A grandes rasgos puede decirse que aparece caracterizado por las siguientes ideas: a) en lo *metodológico*, la dogmática *iuspositivista* de v. *Liszt* y *Binding* se habría limitado a hacer puras consideraciones de *lege lata* (al apearse excesivamente a la letra de la ley) y a prescindir de consideraciones sociales o político-criminales en la resolución de casos judiciales; b) en lo *político*, una genuflexión absoluta e indeseable a la voluntad del legislador, sin considerar su contenido. Una buena muestra de esto último lo encontramos en *Naucke*, quien formula una crítica generalizada al positivismo jurídico por su supuesto carácter “*relativista y politizado*”, al identificarlo con una postura que tributa ante todo una ley surgida del parlamento y que se nutre tan sólo de los apetitos políticos de turno, con independencia de su contenido justo o injusto; esto es, adorar la ley por la ley misma.<sup>1</sup>

3. En este contexto, parece necesario precisar como siguiente paso lo que debe entenderse por “positivismo”. *Ortiz de Urbina* realiza una apuesta teórica de gran trascendencia (aunque igualmente arriesgada) respecto a la reconstrucción de los usos del término “positivismo”, consistente en apartarse de la clasificación *hartiana* o *bobbiana* –largamente conocida en nuestra teoría del Derecho–<sup>2</sup> del *iuspositivismo* en “*metodológico*”, “*teórico*” e “*ideológico*”.<sup>3</sup> Como alternativa propone distinguir entre “«*Positivismo*» como *formalismo jurídico*”, “«*Positivismo*» como *naturalismo jurídico*”, “«*Positivismo*» como *programa filosófico-científico*” y el “«*Positivismo*» como *separación conceptual entre Derecho y moral*”.

El autor advierte la existencia de grandes problemas al asociarse el positivismo con el formalismo jurídico: ambos no son necesariamente coincidentes y además el formalismo no es lo que muchas veces se nos presenta como tal de un modo caricaturizado y ramplón (p. 33).

En cuanto a lo primero, aparece resaltado en el libro que tanto escuelas jurídicas claramente formalista (v. gr. la Jurisprudencia de conceptos) como otras ubicadas en las antípodas de este movimiento (v. gr. el realismo jurídico escandinavo) siguen una concepción filosófico-científica de cuño positivista (p. 47).

---

<sup>1</sup> NAUCKE, *La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia del positivismo relativista y politizado*, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, pp. 545 y ss. Concibiendo el positivismo jurídico en términos similares, RATHCKE, *Das Güterabwägungsprinzip in der Lehre von Ausschluß der Rechtswidrigkeit*, 1935, p. 1. Desde luego que al caracterizarse de este modo al positivismo jurídico, se está parcializando notablemente el análisis, toda vez que todo *iuspositivismo* se estaría reduciendo a un positivismo ideológico algo distorsionado.

<sup>2</sup> Entre muchos otros, cfr. CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª ed., 1998, pp. 323 y ss.

<sup>3</sup> Son básicamente dos las razones que justifican su decisión: 1) procura reconstruir los sentidos que el *iuspositivismo* recibió en la ciencia jurídica *alemana*, con independencia de una taxonomía más bien ligada a la literatura de lengua inglesa; 2) evita de ese modo entrar en el debate actual en torno a los positivismos “*incluyente*” y “*excluyente*” (pp. 32-33).

Además, para atender a la segunda cuestión, nuestro autor se esfuerza por suministrarnos una noción de lo que habitualmente se entiende por *formalismo jurídico*, al que caracteriza como “la confianza en la posibilidad de resolución precisa de los problemas jurídicos mediante procedimientos lógico-formales y a partir exclusivamente del texto de la ley y el juego de los conceptos jurídicos” (p. 34). Esta noción, apoyada especialmente sobre groseras descontextualizaciones de la obra de pensadores ilustrados, viabilizó la distorsión del *formalismo jurídico* como un método ingenuo y anacrónico, en el que el juez era poco menos que un robot.

Según *Ortiz de Urbina* ni siquiera los grandes referentes del formalismo jurídico, como ser la Jurisprudencia de conceptos y *Langdell*, han llegado a una confianza semejante en el tenor literal de la ley que permita concluir que la resolución de problemas interpretativos o de casos judiciales se encuentra determinada hasta el más mínimo detalle por la ley<sup>4</sup>. En realidad, en ambos casos se entendía –salvando algunas diferencias de matices– que los conceptos configuradores de los axiomas del sistema se inducían del Derecho positivo, mediante un método que otorgaba una gran libertad en su determinación (p. 35).

Por su parte, el autor denuncia la ridiculización a la que fue sometido el modelo ilustrado de interpretación y que encarna supuestamente el formalismo jurídico (p. 38). Salvando con algunas dudas el caso de *Beccaria*, puede decirse que el modelo del juez autómatas de la Ilustración, y que encontraría en *Montesquieu* su más fiel representante, más que anacrónico es *ucrónico*, puesto que jamás existió como tal. Del libro se desprende que lecturas parciales de “*Del espíritu de las leyes*” y malas interpretaciones que se sucedieron a lo largo de los años, ayudaron a perpetuar una visión deformada del patrón ilustrado de judicatura.

En este segmento del libro, *Ortiz de Urbina* pone al desnudo de un modo contundente las monstruosas descontextualizaciones y deformaciones de la conocida frase de *Montesquieu* de que los jueces “no son más que la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor de ella”<sup>5</sup>. Según una caricaturización bastante extendida en la doctrina, la judicatura sería en este modelo “una máquina automática en la que por arriba se insertan los hechos y por abajo se sacan las sentencias, acaso con la ayuda de algún empujón cuando los hechos no se adaptan perfectamente a ella”.<sup>6</sup> Así, en caso de interpretarse la ley, “se abre la puerta a la incertidumbre”, según palabras de *Beccaria*<sup>7</sup>. De “*La excusa del positivismo*” surge que este modelo ilustrado no habría sido tan ingenuo como se pretende mostrar y que, en realidad, se defendía una hipótesis prescriptiva de la función judicial más que una descripción de ésta.

El autor pone de relieve que cuando se critica la necedad y la ingenuidad metodológica de los ilustrados, en verdad se está entendiendo la tesis de la sujeción del juez a la ley como

---

<sup>4</sup> Precisamente entiende en este sentido FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 1995, p. 38, que “La idea del perfecto silogismo judicial que permita la verificación absoluta de los hechos legalmente punibles corresponde [...] a una ilusión metafísica”.

<sup>5</sup> MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, 2ª ed., 1993, p. 120.

<sup>6</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 1995, p. 38.

<sup>7</sup> BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 1993, p. 31.

hipótesis *descriptiva* y no como una *prescriptiva*, que es lo que realmente estos autores defendían. Concebida de este modo la sujeción del juez a la ley puede verse que la tesis ya deja de ser tan ingenua o primitiva como intentó mostrarse hasta ahora.

En un segundo sentido, el término “positivismo” es empleado también para aludir al “naturalismo jurídico” o a la influencia de las ciencias sociales en la construcción de conceptos y categorías jurídicas. Dentro del “naturalismo jurídico” son incluidas aquellas corrientes que adoptan métodos de las ciencias naturales y aquellas otras que creen posible transpolar directamente las teorías científico-naturales al Derecho. Entre las primeras se suele poner como ejemplo la jurisprudencia de conceptos que sigue un método deductivo, como así también la teoría pura del Derecho de *Kelsen*, en la medida que tiene como finalidad garantizar la objetividad del Derecho y la neutralidad respecto al objeto de estudio. Respecto a lo segundo, se supo considerar que un claro exponente del traslado del darwinismo al Derecho fue *Ihering*, aunque *Ortiz de Urbina* fundadamente matiza esta idea (p. 47).

En este segundo capítulo aparece también un tercer uso del término “positivismo”, entendido como programa filosófico-científico. En palabras del autor, según esta acepción el positivismo es entendido como “un movimiento de la filosofía de la ciencia caracterizado por el empirismo y por la búsqueda de leyes causales constantes e invariables” (p. 48). La llegada de esta versión a las ciencias jurídicas representó un intento de *empirización* del Derecho que, en opinión del autor, fue decisiva en el nacimiento de la sociología jurídica y de la criminología empírica. Sin embargo, *Ortiz de Urbina* ya adelante sus dudas sobre si puede hablarse realmente de una verdadera *empirización* de la dogmática cuando se realizaron esfuerzos para entender que los textos legales representaban “hechos” (pp. 53-54) e incluso advierte que en la discusión penal no se ha distinguido con la debida claridad el positivismo filosófico-científico del positivismo jurídico (pp. 50-52).

Finalmente introduce una cuarta acepción de “positivismo” caracterizada por sustentar la separación conceptual entre el Derecho y la moral. Desde esta perspectiva, el positivismo niega que el respeto de ciertos mandatos morales sea una condición de validez de las normas jurídicas. Sin embargo, de esta separación conceptual no se sigue que el Derecho positivo no pueda proteger o promover una determinada concepción moral o incluso aludir a ella. Como advierte *Ortiz de Urbina*, esta relación no siempre fue entendida adecuadamente en la discusión jurídico-penal, sobre todo si se toma como referencia el proceso descriminalizador iniciado en los años sesenta en Alemania. Para la doctrina, la despenalización por aquel entonces de la sodomía (§ 175), la homosexualidad entre adultos (§ 175) y de otros delitos sexuales constituyó un intento de eliminar contenidos moralizantes del Derecho penal.<sup>8</sup> Por esta razón, tal proceso legislativo estuvo amparado en el slogan “separación del Derecho y la moral”. En este contexto el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos fue elevado a la categoría de límite *jurídico* en la criminalización legislativa de conductas.

---

<sup>8</sup> Cfr. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, 4º ed., 2006 § 2, nm. 17.

Con todo, nuestro autor argumenta que el verdadero mensaje que se buscaba dar no era el de una separación absoluta entre estos dos ordenamientos, como sí parecen sugerirlo los autores. Más bien al contrario, en *“La excusa del positivismo”* se defiende que el verdadero reclamo de la academia alemana de aquellos años se dirigía contra la imposición de una determinada concepción moral a partir del Derecho penal. Por esta razón, el potencial crítico del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos no depende, en definitiva, de si se trata de un límite de carácter *jurídico*, sino de la teoría ética en la que se apoya (pp. 63-65).

4. Mientras que en el segundo capítulo de *“La excusa del positivismo”* prima un análisis conceptual del problema del positivismo que le permite al autor precisar sus variopintas acepciones y a partir de allí desmitificar ciertas cuestiones, el tercero tiene un carácter más bien de *denuncia*. La contundente evidencia que nos acerca *Ortiz de Urbina* pone al desnudo que la academia alemana buscó la superación de los grandes males políticos del país a partir de asociarlos con el positivismo; con esto buscó, *hacia fuera*, ocultar sus “coqueteos” con el nacionalsocialismo y, *hacia adentro*, hacer *mea culpa* poco sincero. En el libro se analiza el lugar que ocupó el positivismo en la discusión científica alemana en cuatro etapas históricas: a) entre 1933 y 1945; 2) entre 1945 y 1969; 3) entre 1960 y 1970; y 4) desde 1970 hasta la actualidad.

El autor muestra que entre 1933 y 1945 la expresión “positivismo” fue utilizada para aludir al formalismo, al positivismo jurídico y al positivismo filosófico-científico, asociándolo con un factor extranjerizante e individualista. Todos éstos eran factores que resultaban incómodos o contrarios a una ciencia jurídica cada vez más mimetizada con el nacionalsocialismo (pp. 68-73). A lo señalado por *Ortiz de Urbina* cabe agregar que incluso la crítica rotunda al positivismo jurídico desde el nacionalsocialismo no estuvo centrada en cuestiones puramente científicas, sino también racistas. El siguiente pasaje de la edición de 1939 del *Mayer Lexikon* ofrece una fiel muestra de ello, cuando suministra los datos biográficos de Hans Kelsen:

**Kelsen**, Hans, Profesor de Teoría del Estado, Judío, 11.10.1881 Praga, 1919 Profesor en Viena, 1930 en Colonia, 1933 en Genf, desde 1936 en Praga, escribió, entre otros, «All. Rechtslehre» 1925, «Théorie générale du droit international» 1932, «The legal process and international order» 1934; es un radical defensor de la «Teoría pura del Derecho», la típica expresión del contaminante espíritu judío en el ámbito del Derecho y de la Teoría del Estado en la posguerra. Con el total vaciamiento de sus conceptos formales generales de todo elemento de la realidad, Kelsen niega la esencia del Derecho y del Estado. Sus opiniones destructivas de la sociedad, en tanto nihilismo político, confrontan fuertemente con la visión nacionalsocialista. Influyente todavía en la logística de la filosofía del Derecho (*rechtsphilosh. Logistik*)<sup>9/10</sup>.

---

<sup>9</sup> Como señala ENGLARD, «Nazi Criticism Against the Normativist Theory of Hans Kelsen», *Israel Law Review* (32:2), 1998, p. 183, nota 1, resulta poco usual que se hable de “*Logistik*”, logística, cuando lo común sería encontrar la palabra “*Logik*”. Sin embargo, ello se comprende cuando se analiza en la misma enciclopedia la expresión *Logistik*, como lógica simbólica. Allí, aparece lo siguiente: “Los más recientes representantes que ocasionalmente se ubican cercanos al materialismo, comulgan frecuentemente con el más intolerable individualismo, especialmente el Círculo de Viena”.

El autor describe luego una actitud un tanto incomprensible en la academia alemana entre 1945 y 1960 frente al positivismo. En esta segunda etapa, éste fue responsabilizado de las barbaridades del nazismo, por su supuesto relativismo moral y acérrimo tributo a la ley, sin considerar la correspondencia de la regulación legal con las exigencias de la Justicia. Si bien ello ya resulta sorprendente si consideramos la crítica hecha entre 1933 y 1945, no puede ser menos que censurable el cinismo de muchos académicos que, rechazando primero el positivismo por confrontar con los ideales nacionalsocialistas, luego lo hicieron cómplice de *Hitler*. Tamaña tergiversación teórica y esquizofrenia intelectual, intentó ser justificada mediante una incorrecta interpretación de la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, que ayudó a deformar al *iuspositivismo*, al extremo de asociarlo con la existencia de un deber *moral* de acatar la ley por el simple hecho de ser expresión de una autoridad estatal. De este modo, el positivismo jurídico era confundido con el nihilismo moral o el legalismo ético (pp. 73 y ss.).

*Ortiz de Urbina* no pierde la oportunidad de mostrar las equivocaciones y las manipulaciones de la información que existen en este punto. Por un lado, siguiendo la ya conocida crítica formulada por *Hart* a la transformación de *Radbruch*, advierte que la distinción conceptual entre Derecho y moral no implica la existencia de una obligación de carácter *moral* de acatar la ley, sino que, en todo caso, se trata de una obligación *jurídica* que no le impide al juez seguir sus convicciones morales. Utilizando las palabras del autor: “*el positivismo le exige jurídicamente al juez que aplique el Derecho positivo, con independencia de su contenido, mientras éste ocupe su cargo, pero no le pide que permanezca en el mismo cuando su ejercicio se oponga a sus más íntimas convicciones*” (p. 88). Además muestra que buena parte de los académicos y jueces de la época que supuestamente apoyaron el régimen nacionalsocialista asumieron posiciones que poco tenían que ver con el positivismo jurídico.

Una tercera etapa histórica, comprendida entre 1960 y 1970, aparece caracterizada no sólo por perder total interés la diferenciación entre los diversos usos del término “positivismo”, sino que además se entiende que no existe razón alguna para hacerlo (pp. 97-100). Finalmente, desde 1970 hasta nuestros días entiende *Ortiz de Urbina* que el uso ambiguo del término en cuestión cesa, aunque prima una asociación equivocada del “positivismo” con el “formalismo”. En concreto, la mácula que estigmatizaba hasta aquel entonces a la dogmática jurídico-penal de ser una “*folgenlose Dogmatik*” por la preferencia dada a las soluciones sistemáticamente coherentes por encima de su adecuación político-criminal, fue asociada con el “positivismo”.<sup>11</sup> Además, aquel “rudimentario” modelo de hacer

---

<sup>10</sup> “*Kelsen, Hans, Staatsrechtler, Jude, 11.10.1881 Prag, 1919 Prof. in Wien, 1930 in Köln, 1933 in Genf, seit 1936 in Prag, schrieb u. a. «All. Rechtslehre» 1925, «Théorie générale du droit international» 1932, «The legal process and international order» 1934; radikaler Vertreter der «Reine Rechtslehre», die typischer Ausdruck jüdisch zersetzenden Geistes in der Nachkriegszeit auf dem Gebiete der Rechts- und Staatslehre ist. In der völligen Entleerung seiner allg. Formalbegriffe von jedem Wirklichkeitsgehalt leugnet K. jede Substanz des Rechts und Staats. Seine gemeinschaftszertörenden Auffassungen stehen als polit. Nihilismus im schärfsten Gegensatz zur nat.-soz. Anschauung. Heute noch in der rechtsphilos. Logistik nachwirkend.*”

<sup>11</sup> Cfr. ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, 2000, pp. 41-42.

dogmática partía supuestamente de la ingenua creencia de que los problemas jurídicos no podían resolverse mediante elementos extrajurídicos. No obstante, no se repara que el verdadero problema que está de fondo no viene arrastrado por el positivismo en sí, sino por el método sistemático, del mismo modo que ni siquiera los más emblemáticos representantes del iuspositivismo (v. gr. *Kelsen* y *Hart*) prescindieron de elementos extrajurídicos para la resolución de los problemas (p. 102).

5. A lo largo del cuarto y último capítulo late constantemente una pregunta que *prima facie* puede resultar sorprendente para cualquier lector: ¿en algún momento de su historia ha sido la dogmática jurídico-penal “positivista” o “formalista”? Sin embargo, a poco de avanzar en el capítulo la sorpresa deja de deberse al cuestionamiento por el linaje positivista o formalista de ciertas corrientes dogmáticas, para pasar a deberse a la descontextualización del sistema clásico del delito. Como bien es sabido por todos, en las exposiciones tradicionales de la evolución de la teoría del delito aparecen *v. Liszt*, *Beling* y *Binding* como los grandes emblemas del positivismo en la dogmática. Sin perjuicio de que esta afirmación es parcialmente correcta en cuanto a la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral – toda vez que no se hace depender la validez de un precepto jurídico-penal de su correspondencia con la moral o el Derecho natural (pp. 117-118) –, el autor caza otro gran mito del Derecho penal: el supuesto positivismo de la obra de *Binding*.

*Ortiz de Urbina* ofrece una serie de argumentos que, en mi opinión, niegan de modo rotundo que pueda tenerse la obra de *Binding* como un claro ejemplo del positivismo y del formalismo jurídico. El autor de “*Die Normen*” no sólo que no diseña un sistema en el que las consideraciones político-criminales son indiferentes, sino que también, tanto el sistema de fuentes del Derecho penal como la teoría de la interpretación de la ley penal que defiende, se alejan notablemente del positivismo y del formalismo.

Por un lado, el sistema de fuentes propuesto por *Binding* se caracteriza por tener un grado tal de apertura que permite incluir no sólo la ley sino también lo que este autor denomina “Derecho no legislado” (*ungesetzes Recht*) (pp. 118-127). Esta consideración impide adscribirle una tesis claramente formalista de que solamente es Derecho vigente aquello expresamente plasmado en la ley. Esta idea se ve fortalecida, por otra parte, cuando *Binding* entiende que la actividad judicial y dogmática está lejos de ser una pura reproducción de las palabras de la ley. En algunos pasajes de su *Handbuch* puede leerse que los jueces podrían castigar con una pena conductas no cubiertas por la letra de la ley, en aquellos supuestos en los que quepa conjeturar que existen buenas razones para entender que el legislador “por incapacidad o letargo” no ha aprobado la extensión de la regulación, pese a desprenderse ello de su voluntad presunta (pp. 124-125). Vemos que en estas situaciones *Binding* suscribe dos tesis que poco tienen que ver con el formalismo: a) la posibilidad de reconocer lagunas en el sistema jurídico; b) la posibilidad de integrarlas gracias al Derecho judicial. En efecto, se reconoce que el legislador puede equivocarse y que esta equivocación puede generar una laguna axiológica en el sistema jurídico-penal<sup>12</sup> y que ésta necesitará ser integrada mediante

<sup>12</sup> Precisamente, *Binding* acepta la integración del Derecho escrito cuando el defecto del sistema obedece a un descuido del legislador y la creación judicial se armoniza con la voluntad



una creación judicial. De esto último se derivan tres consecuencias fundamentales en el sistema *bindingniano*:

- 1) el juez y el dogmático desempeñan una función de gran importancia en la integración de lagunas y en el perfeccionamiento del Derecho penal (pp. 127-130).
- 2) El carácter vinculante del tenor literal es más bien bajo.
- 3) La dogmática no sólo se encarga de describir el Derecho positivo, sino que también de la preparación de uno mejor (p. 127).

6. De las muchas ideas destacadas que aparecen en *“La excusa del positivismo”* me interesa especialmente detenerme a reflexionar sobre la vinculación del positivismo y el formalismo y, en especial, sobre la deformada imagen de éste último. En mi opinión, el modelo del “juez autómatas” atribuido comúnmente al formalismo jurídico –en tanto metodología jurídica característica de las corrientes ilustradas– se trata de uno de los mitos que de un modo más contundente aparece *“cazado”* en este libro. No creo que sea exagerado considerar que estamos ante uno de los errores más groseras que se han producido en la historia del pensamiento jurídico. En este sentido, aportaré algunas ideas en defensa de la tesis de la deformación del modelo judicial formalista, sobre todo en la obra de *Montesquieu*. Del mismo modo que me ocuparé someramente de la pregunta que el profesor de la Universitat Pompeu Fabra se hace a lo largo de la obra: *¿existió alguna vez el formalismo jurídico rudimentario?*

7. En mi opinión, el esfuerzo de *Ortiz de Urbina Gimeno* por develar las malas interpretaciones que se han hecho del formalismo y del modelo judicial subyacente en *“Del espíritu de las leyes”* se suma al ya emprendido especialmente por *Regina Ogorek*<sup>13</sup> en la literatura alemana, aunque también cabe destacar las insinuaciones que al respecto realizó *Fernando Atria*<sup>14</sup> en la hispanoparlante. Desde un principio conviene adelantar que la interpretación consolidada de la frase de *Montesquieu* no ha tenido en cuenta el contexto de la obra en el que aparece, del mismo modo que pasa por alto otros pasajes que dan a entender justamente lo contrario. A decir verdad, en *“Del espíritu de las leyes”* abundan referencias que permiten refutar con facilidad las groseras descontextualizaciones que sufrieron las palabras de su autor.

De la expresión *“el juez no es más que la boca que pronuncia las palabras de la ley”* y del formalismo de los pensadores ilustrados se derivan usualmente por parte de la doctrina dos tesis: 1º) el juez debe abstenerse que interpretar la ley y su función es la de aplicarla al

---

legislativa. En cambio, se opone a una modificación judicial cuando ella se realiza a partir de una costumbre contraria al sentido de la legislación. Estas dos situaciones reflejarían en el fondo la distinción entre lagunas axiológicas y desacuerdos valorativos contrarios a una tesis de relevancia excluyente. Sobre esta distinción, cfr. MONTIEL, *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*, 2009, pp. 250 y ss.

<sup>13</sup> OGOREK, *Die erstaunliche Karriere des ‚Subsumtionsmodells‘ oder wozu braucht der Jurist Geschichte*, en PRITTWITZ/BAURMANN/GÜNTHER/KUHLEN/MERKEL/NESTLER/SCHULZ (eds.), *Festschrift für Lüderssen*, 2002, pp. 127 y ss.

<sup>14</sup> ATRIA, «Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo», *REJ* (5), 2004, pp. 124 y ss.

caso judicial mediante una subsunción sin aditivos valorativos; 2º) el ordenamiento legal no presenta lagunas ni defectos de ningún tipo, puesto que la ley es *ciega y clarividente*, de modo que no se precisa de un perfeccionamiento. Empero, veremos que ambas tesis no se corresponden con el modelo ilustrado de juez.

Por empezar, no siempre es advertido que cuando *Montesquieu* plasmó su frase tan famosa lo hizo en el marco del análisis de la constitución de Inglaterra (Capítulo VI del Libro XI). En este sentido, no se trata de un pasaje en el que este pensador francés expone su propia teoría, sino que más bien estaríamos frente a la descripción del sistema institucional inglés<sup>15</sup>. Es más, *Vile*<sup>16</sup> considera que en realidad *Montesquieu* no describe la división de poderes tal cual funcionaba en aquella época en Inglaterra, sino que lo hace de un modo excesivamente idealizado.

Cabe agregar además que una de las pruebas más contundentes de que el juez está lejos de desempeñar una labor cuasi-robótica en la obra "*Del Espíritu de las leyes*", la encontramos en el Libro XXIX. En este apartado *Montesquieu* advierte la necesidad de distinguir entre la ley –entendida como su tenor literal– y el propósito del legislador, el fin de la ley y las circunstancias en las que fue creada. Precisamente, la importancia de estos elementos en la tarea interpretativa es puesta de manifiesto especialmente en aquellos casos en los que pueda generarse un conflicto entre los casos abarcados por la letra de la ley y los que deberían serlo por su finalidad o *espíritu*. Estos problemas de *infra-* o *sobreinclusión* acabarían siendo resueltos en esta obra a partir del prevailecimiento del espíritu de la ley. Ello de alguna manera muestra cierto resquebrajamiento de la idea de un legislador iluminado y clarividente que regla la realidad social a la perfección, al advertir la posibilidad de que puede tomar decisiones no lo suficientemente meditadas y redactar leyes que no se corresponden con la finalidad perseguida.<sup>17</sup> En definitiva, parece ser que lo clarividente no sería la ley sino su *espíritu* y, por ello, el juez debía penetrar en él para aplicarla<sup>18</sup>.

Lo anterior no sólo nos ayuda a negar la tesis primera, relativa al apego absoluto del juez a la ley, sino que también pone entre interrogantes la segunda de la tesis del ideal de un sistema legal perfecto. *Montesquieu* precisamente reconoce la posibilidad de que una ley tenga defectos y, como consecuencia de ello, ser demasiado rigurosa. Es justamente cuando aborda estas cuestiones que emerge la frase en cuestión. En efecto, el juez debe ser una mera *bouche* que reproduce la ley en aquellos supuestos en que la ésta es demasiado rigurosa o cuando "*algún ciudadano violara los derechos del pueblo en algún asunto público y*

<sup>15</sup> De otra opinión, ATRIA, «Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo», *REJ* (5), 2004, p. 124, para quien *Montesquieu* no describe ningún sistema en concreto.

<sup>16</sup> VILE, *Constitutionalism and the separation of powers*, 2ª ed., 1998, pp. 86-87 y 93. Cfr. asimismo, OGOREK, *Die erstaunliche Karriere des ‚Subsumtionsmodells‘ oder wozu braucht der Jurist Geschichte*, en PRITTWITZ/BAURMANN/GÜNTHER/KUHLEN/MERKEL/NESTLER/SCHULZ (eds.), *Festschrift für Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, pp. 130 y 139.

<sup>17</sup> MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, 2ª ed., 1993, pp. 401 y ss.

<sup>18</sup> PORTALIS, *Discurso preliminar al Código civil francés*, 1997, p. 36.

cometiera delitos que los magistrados no pudieran o no quisieran castigar”<sup>19</sup>. En ambos casos entiende el ilustrado que es el cuerpo de los nobles del parlamento el que debe resolver tales defectos del sistema legal<sup>20</sup>. Existe, por tanto, la obligación de que los jueces remitan la resolución de estos problemas al parlamento y así se afirma que pueden existir lagunas o contradicciones normativas. Estos serían casos en los que el parlamento asumiría excepcionalmente funciones judiciales.

Esta situación prueba desde luego dos cosas: La primera, que la legislación no es en *Montesquieu* un sistema normativo pleno y consistente axiológicamente, sino que puede presentar lagunas o problemas en su interpretación y aplicación. Tan es así que, respecto a lo último, nuestro autor señala:

“A medida que los juicios de los tribunales se multiplican en las Monarquías, la jurisprudencia se carga de decisiones a veces contradictorias, bien porque los sucesivos jueces piensan de manera distinta, o porque las mismas causas son bien o mal defendidas, o, finalmente, por una infinidad de abusos que se deslizan en todo lo que pasa por la mano del hombre. Es un mal necesario que el legislador corrija de cuando en cuando por ser contrario al espíritu de los Gobiernos moderados”.

La segunda —y ahora ya retomando las ideas de *Ortiz de Urbina* (pp. 40-41)—, que el juez no es esa máquina irreflexiva, dado que le es reconocida la posibilidad de consultar al legislador en casos de lagunas o dificultades interpretativas de la ley. Que el juez puede interpretar la ley y que incluso puede hacerlo de modo diverso, lo prueba justamente el anterior pasaje citado, en el que se advierte de la posible existencia de dispares criterios interpretativos.

Y si toda esta argumentación pudiese parecer para algunos todavía insuficiente, cabe agregar que *Montesquieu* entiende que el modelo judicial debería variar según se trate de una monarquía o una república. A partir de allí señala que mientras más se acerque la forma de gobierno a esta última, más fija deberá ser la manera de juzgar, mientras que en los Estados monárquicos “hay una ley que el juez aplica en los casos en que es terminante<sup>21</sup>; en los que no lo es, busca su espíritu”<sup>22/23</sup>.

Entonces llegamos a la pregunta clave, ¿cómo entiende *Montesquieu* que debe actuar el juez? La mejor respuesta a la pregunta es la que nos acerca el autor de “*La excusa del positivismo*”: “se sabe que el juez no está atado, pero se entiende que debe actuar como si lo estuviera” (p. 42). Ello quiere decir que el juez de ningún modo está subordinado totalmente a la letra de la ley,

<sup>19</sup> MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, 2ª ed., 1993, p. 120.

<sup>20</sup> Cfr. MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, 2ª ed., 1993, p. 120.

<sup>21</sup> La palabra *terminante* podría ser interpretada como queriendo aludir a los denominados casos *claros*.

<sup>22</sup> MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, 2ª ed., 1993, p. 100.

<sup>23</sup> Incluso no muy lejano a la fecha de aparición de la obra de MONTESQUIEU, BENTHAM, *Tratados sobre la organización judicial y la codificación*, 1843, pp. 51-53, 82, ya advertía de esta posibilidad que admitía el pensador francés de que los jueces acudieran al espíritu de la ley cuando ella no es clara. Asimismo, estimaba que la ley debía llevar consigo las razones que la justifican al encarnar los principios que han servido de base a la ley general. Ello sería de gran utilidad al juez en la medida que servirían de guía y de apoyo a sus decisiones y pondrían a los ciudadanos al abrigo de las arbitrariedades y la parcialidad del juez.

puesto que la tarea interpretativa y valorativa del juez es ineludible. Más aún: parece no resultar ello del todo adecuado cuando se pretende desentrañar el espíritu de la ley. Sin embargo, *Montesquieu* defiende que el juez no debe apartarse del espíritu de la ley y que, en todo caso, éste constituye un marco dentro del cual debe restringir su trabajo y que no puede ser superado de ningún modo.

Todos estos argumentos expuestos para desvelar las notables deformaciones que sufrieron las ideas de los ilustrados no hace más que ayudarnos a comprobar que *Montesquieu*, además de haber sido un gran politólogo se trató de una admirable clarividente: “*Pido una gracia que temo no se me conceda: que no se juzgue el trabajo de veinte años por la lectura de un momento; que se apruebe o se condene el libro entero, pero no sólo algunas frases. El que busque la intención del autor sólo podrá descubrirla en la intención de la obra*”<sup>24</sup>. Parece ser que ya por aquel entonces temía la mala lectura que en el futuro se haría de su obra. Pero, además, los anteriores argumentos nos demuestran que las fuertes palabras de *Ogorek*<sup>25</sup> no pueden sonarnos exageradas:

“Probablemente, no se sería injusto con ninguno de la larga lista de críticos que se prolonga hasta la actualidad, si se supone que no han leído nunca el correspondiente texto de *Montesquieu*. Pues una mirada en la fuente advierte que no puede encontrarse allí la necesidad metodológica recriminada. Dicho de modo más exacto: *Montesquieu* nunca ha exigido un juez autómatas. De modo que el respectivo lugar extraído del *Espirit des lois* que se refiere en general al proceso de aplicación del Derecho, muestra ello justamente en el sentido opuesto”.

8. ¿Existió en algún tiempo un formalismo jurídico que impidiera al juez totalmente la labor interpretativa y entendiera su función asemejada a la de un autómatas? Como advierte *Ortiz de Urbina* ni siquiera los más emblemáticos representantes del formalismo jurídico estuvieron dispuestos a defender alguna de estas ideas. No obstante, entiendo que es posible encontrar un ejemplo de esta variante del formalismo en la obra de *Beccaria*. Para el autor de “*De los delitos y de las penas*” los jueces carecen por completo de autoridad para interpretar las leyes penales y, en este sentido, su función es la de verificar si una persona ha cometido o no alguno de los hechos previstos en la ley<sup>26</sup>. Por esta razón, ante cada aplicación de la ley penal debe hacerse un silogismo perfecto, el cual evita la apertura a la incertidumbre generada por la interpretación<sup>27</sup>.

Para *Beccaria* la interpretación de la ley implica una competencia legislativa y como tal debe quedar fuera del Poder Judicial, conforme a una interpretación rigurosa del principio de división de poderes. En su concepción, la interpretación consiste en la búsqueda del espíritu de la ley, al cual ve como el constructo del juez, carente de toda capacidad para limitar sus competencias. Al respecto señala:

<sup>24</sup> MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, 2ª ed., 1993, p. 11.

<sup>25</sup> OGOREK, *Die erstaunliche Karriere des ‚Subsumtionsmodells‘ oder wozu braucht der Jurist Geschichte*, en PRITTWITZ/BAURMANN/GÜNTHER/KUHLEN/MERKEL/NESTLER/SCHULZ (eds.), *Festschrift für Lüderssen*, 2002, p. 129.

<sup>26</sup> BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 2000, p. 220.

<sup>27</sup> BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 2000, pp. 220-221.

“No hay cosa más peligrosa como aquel axioma común que propone por necesario consultar el espíritu de la ley. Es un dique roto al torrente de las opiniones. (...) El espíritu de la ley sería, pues, la resulta de la buena o mala lógica de un juez, de su buena o mala digestión; dependería de la violencia de sus pasiones, de la flaqueza del que sufre, de las relaciones que tuviese con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de los objetos en el ánimo fluctuante del hombre”<sup>28</sup>.

Además, esta prohibición de interpretar era mantenida incluso en aquellos casos en que la ley pudiese ser tenida como demasiado rigurosa. Por esta razón, tampoco la rigurosidad excesiva de la ley podía dar motivo a una consulta al espíritu de la ley, ante los peligros y arbitrariedades que ello puede aparejar:

“Un desorden que nace de la rigurosa y literal observancia de una ley penal, no puede compararse con los desórdenes que nacen de la interpretación. Obliga este momentáneo inconveniente a practicar la fácil y necesaria corrección en las palabras de la ley que son ocasión de la incertidumbre, impidiendo la fatal licencia de raciocinar, origen de las arbitrariedades y venales alteraciones”<sup>29</sup>.

Como puede observarse, en este punto *Beccaria* toma claramente distancia del modelo judicial defendido por *Montesquieu*, pese a la notable influencia que algunos autores le reconocen a “*Del espíritu de las leyes*” en la obra del pensador italiano<sup>30</sup>. En esta medida no resulta disparatado considerar que sea el gran trabajo de *Beccaria* uno de los pocos ejemplos de formalismo jurídico “*absoluto*” que podemos encontrar en la historia del pensamiento jurídico-penal.

---

<sup>28</sup> BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 2000, p. 221.

<sup>29</sup> BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 2000, p. 222.

<sup>30</sup> Entre otros, destacando la notable influencia de *Montesquieu* en *Beccaria*, GARCÍA RAMÍREZ, «Beccaria: el hombre, la circunstancia, la obra», en BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 2000, pp. 32-33.