

## ARTÍCULO

### La crisis de la ley en Luigi Ferrajoli: algunas consideraciones desde la teoría de la legislación

### The Crisis of Law in Luigi Ferrajoli: Some Comments from the Perspective of Legislation Theory

Fernando Centenera Sánchez-Seco  
Departamento de Filosofía del Derecho  
Universidad de Alcalá

Fecha de recepción 15/09/2012 | De aceptación: 05/12/2012 | De publicación: 21/12/2012

#### RESUMEN.

La preocupación por la calidad de las normas es una cuestión cada vez más presente en nuestro tiempo. La obra *Principia iuris* del profesor Ferrajoli no es una excepción. En ella se diagnostican problemas tales como el lenguaje oscuro de las normas, la legislación penal con carácter simbólico, la inflación normativa o el colapso de los tribunales. Ante tales circunstancias, en la obra señalada se proponen varias soluciones. El objetivo de este trabajo es analizar algunas de estas propuestas desde la perspectiva de la teoría de la legislación. Este ejercicio puede resultar interesante, por cuanto con él es posible contribuir al desarrollo de las propuestas de Ferrajoli, matizar algunas de ellas, y reflexionar sobre determinados aspectos que quizá pudieran ser discutibles.

#### PALABRAS CLAVE.

Crisis de la ley, Ferrajoli, teoría de la legislación

#### ABSTRACT.

Concern for legislative quality is becoming increasingly apparent today. Professor Ferrajoli's *Principia iuris* is no exception. In it a diagnosis is offered of such thorny issues as the obscure language of legislation, penal legislation of a symbolic nature, legislative inflation or gridlocked courts. Ferrajoli's work proposes a variety of solutions to such problems, and the aim of this article is to analyze some of them from the perspective of legislation theory. The results of this exercise are interesting in so far as they may contribute to the development of some of Ferrajoli's proposals, may subject others to some qualification, and may lead to reflection on some issues which may be debatable.

#### KEY WORDS.

Crisis of the law, Ferrajoli, legislation theory

## 1. La preocupación por la crisis de la ley y algunas propuestas de solución.

La crisis de la ley es un tema que cada vez con más frecuencia se puede apreciar en diferentes estudios. La preocupación por el escepticismo ante las leyes y la propuesta de soluciones para devolver la dignidad que aquellas precisan en el Estado de Derecho, son hoy aspectos que han dado motivo para escribir un buen número de páginas<sup>1</sup>. La obra del profesor Ferrajoli no es una excepción. En ella el autor deja constancia de numerosas circunstancias

---

<sup>1</sup> Quizá sea representativo referirnos en este punto a referencias como las siguientes: ZAPATERO, V.; *El arte de legislar*, Pamplona, Aranzadi, 2009, pp. 25 y ss.; MARTINO, A.; *La contaminación legislativa*. Consultado en [http://www.antonioanselmomartino.it/index.php?option=com\\_content&task=view&id=67&Itemid=88](http://www.antonioanselmomartino.it/index.php?option=com_content&task=view&id=67&Itemid=88). Fecha de consulta: 08/03/12; MARCILLA CÓRDOBA, G.; *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 251 y ss.; GALIANA SAURA, A.; *La legislación en el Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 37 y ss.; SÁINZ MORENO, F.; "Problemas actuales de la técnica normativa", *Anuario Jurídico de La Rioja*, 1, 1995, pp. 55-70, pp. 55 y 56.

preocupantes. Así, por ejemplo, se refiere a la inflación legislativa, o a los numerosos vicios que pueden observarse en el lenguaje de las normas, cada vez más ambiguo y oscuro<sup>2</sup>. Más concretamente, centrandó la atención en la parcela penal, Ferrajoli se refiere nuevamente a los aspectos anteriores y al colapso que éstos suscitan en los tribunales, abrumados por el derecho penal burocrático y por la creciente incorporación de sanciones penales de carácter simbólico. Abundando en la problemática desde su perspectiva cualitativa, el autor hace alusión a la calidad deficiente de las normas, perceptible en la indeterminación de los tipos penales, en un lenguaje oscuro y ambiguo, y en una larga lista de derogaciones y reenvíos que, de nuevo, contribuyen a hacer del cuerpo legislativo un auténtico laberinto. Tales circunstancias no pueden obviarse, por

---

<sup>2</sup> FERRAJOLI, L.; *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 2. *Teoría de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, p.79.

cuanto con ellas se está promocionando en algún sentido la arbitrariedad y la incertidumbre<sup>3</sup>.

En la obra de Ferrajoli se consideran varias propuestas con vistas a solucionar la problemática expuesta. En este trabajo vamos a considerar algunas de ellas bajo el prisma de la teoría de la legislación, principalmente teniendo en cuenta la perspectiva de la estática legislativa, que se ocupa de la relación entre los diferentes tipos de racionalidad, aunque también presentaremos algunas reflexiones que pudieran encuadrarse en el ámbito de la dinámica legislativa, que hace referencia al proceso real de la legislación<sup>4</sup>. Pensamos que este ejercicio puede resultar interesante, por cuanto ofrece la oportunidad de realizar propuestas que pueden suponer una contribución para desarrollar el discurso de

---

<sup>3</sup> FERRAJOLI, L.; *Principia iuris...*, op. cit., pp. 356-359.

<sup>4</sup> Sobre esta división puede verse ATIENZA, M.; *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Cívitas, 1997, pp. 57 y ss.

Ferrajoli, matizar determinadas cuestiones del mismo, o bien reflexionar sobre algunos de sus aspectos que podrían ser discutibles. No obstante, antes de desarrollar este ejercicio, conviene que consideremos brevemente las propuestas de solución del autor.

Lo cierto es que, aunque de manera implícita, algunas propuestas de solución ya se pueden localizar en el diagnóstico de los problemas precedentes. Así, si se interpreta aquel *sensu contrario* podremos concluir que el autor está solicitando una mayor calidad en las leyes, especificada en un lenguaje normativo determinado y preciso, sin derogaciones, reenvíos u otros mecanismos tendentes a enmarañar el ordenamiento jurídico, y con menos normas que, en todo caso, sirvan para solucionar problemas. Este diagnóstico se confirma, al menos en parte, cuando Ferrajoli desarrolla su idea de un derecho penal mínimo, solicitando con ello un respeto serio para con los principios de taxatividad y lesividad. Las propuestas en este punto son las siguientes.

Por una parte, conviene reformular el primer principio “como regla semántica de formación del lenguaje legal que obligue al legislador a usar términos dotados de extensión determinada, a fin de hacer posible la verificabilidad y la refutabilidad empírica de las hipótesis de delito en el momento del enjuiciamiento”<sup>5</sup>. Tal circunstancia lleva consigo el hecho de excluir de las normas los términos valorativos, dado que los mismos no pueden ser susceptibles de verificación<sup>6</sup>.

Por otra parte, en relación al segundo principio el autor considera preciso proponer un replanteamiento de los bienes que merecen tutela, con el fin de ubicar en lo más alto de la jerarquía los derechos fundamentales, y excluir de la tutela penal los bienes que no tengan rango constitucional, ni siquiera de forma indirecta. Tal propuesta dejaría fuera de la tutela penal delitos como los de de peligro

abstracto, que deberían pasar al ámbito civil, o administrativo, o bien a otros entornos más adecuados que el recurso penal; y también conllevaría, entre otros efectos, la despenalización de las drogas<sup>7</sup>.

Párrafos después, el autor propone sustituir el principio de reserva de ley por el principio de reserva de código. Con él no podría introducirse norma alguna en materia de delitos, penas y procesos penales, salvo por modificación o integración en el código penal o procesal<sup>8</sup>. Lo cierto es que la propuesta resulta sugerente desde el punto de vista de la racionalidad sistemática, por cuanto, como señala el autor, aun cuando esta labor fuera compleja, mucho más compleja es aquella realidad que presenta un cúmulo de leyes especiales, donde la unidad y coherencia del sistema normativo pueden verse mucho más afectadas<sup>9</sup>. De nuevo en esta ocasión Ferrajoli

<sup>5</sup> FERRAJOLI, L.; *Principia iuris...*, op. cit., p. 367.

<sup>6</sup> FERRAJOLI, L.; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, novena edición, 2009, pp. 120 y ss.

<sup>7</sup> FERRAJOLI, L.; *Principia iuris...*, op. cit., pp. 367 y 368.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 376.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 376.

abunda en los principios antes señalados. En esta línea, considera que el legislativo únicamente podrá asegurar la separación de poderes y la sujeción de los tribunales a la ley si produce leyes que respeten las garantías, y la primera de ellas es la estricta legalidad. De este modo, podrá hablarse de sometimiento a la ley si ésta, que debe formular con precisión los tipos delictivos, circunscribe la actividad del poder judicial<sup>10</sup>.

## 2. Consideraciones en torno a la taxatividad.

### 2. 1. Algo más que racionalidad lingüística.

La racionalidad lingüística solicita que quien emite el mensaje sea capaz de comunicarlo con claridad a la audiencia<sup>11</sup>. La apuesta de Ferrajoli es ciertamente una contribución a

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 377.

<sup>11</sup> ZAPATERO, V.; *El arte de legislar*, op. cit., pp. 256 y ss.; ATIENZA, M.; op. cit., pp. 27-32; GASCÓN ABELLÁN, M.; "Calidad de las leyes y técnica legislativa. A propósito del cuestionario previo", *Revista Española de la Función Consultiva*, 6, Julio-Diciembre, 2006, p. 45. Consultado en <http://www.cjccv.es/refc/refc-n6/refc-n6.pdf>. Fecha de consulta: 11/07/12.

esta perspectiva de racionalidad, con vistas en los buenos resultados que ésta puede traer en el contexto judicial. Ciertamente, parece que hemos de entender que un lenguaje que no sea oscuro ni ambiguo y que ofrezca precisión, supondrá una contribución para hacer posible el acto de comunicación que presupone el éxito en la racionalidad lingüística. Parece también que habrá de entenderse que características como las señaladas promocionarán el gobierno de las leyes. Si el gobierno bajo la ley hace referencia al sometimiento de quienes gobiernan a la ley<sup>12</sup>, podremos pensar que tal sometimiento quedará más asegurado cuanto más se ajuste el lenguaje de las normas a principios como los señalados anteriormente. Efectivamente, no son pocas las referencias que han reparado en la importancia de redactar normas sin ambigüedades ni vaguedades para, por ejemplo, evitar las

---

<sup>12</sup> PECES BARBA, G.; "Derecho y fuerza", en *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p.111.

decisiones arbitrarias o las oportunidades para la corrupción<sup>13</sup>.

Sin embargo, no en todo caso parece que se pueda defender el discurso que recomienda taxatividad en el lenguaje normativo. En las solicitudes de un lenguaje breve, claro o preciso resuenan claros ecos de la Ilustración, pero al menos en nuestra época, no parece que podamos aspirar a su consecución plena; no al menos si no se quiere que aparezcan problemas de eficacia y de justicia<sup>14</sup>. Quizá en

---

<sup>13</sup> SEIDMAN, A., SEIDMAN, R. B., ABEYSEKERE, N.; *Legislative Drafting for Democratic Social Change. A Manual for Drafters*, London, Kluwer Law International, 2001, pp. 257, 277; NZEREM, R. C.; "The Role of the Legislative Drafter in Promoting Social Transformation", en *Drafting Legislation. A Modern Approach*, England, Ashgate, 2008, p. 146; MÉNDEZ, A.; "No se cumplen las leyes porque están mal hechas: especialista". *La Jornada*, 21 de junio de 2006. Consultado en <http://www.jornada.unam.mx/2006/06/21/index.php?section=politica&article=023n2pol>. Fecha de consulta: 16/06/12; CONSEJO PARA EL DESARROLLO URBANO SUSTENTABLE DE LA CIUDAD DE MÉXICO; *Mesa. Marco normativo para la sustentabilidad urbana, Octubre de 2008*, p. 2. Consultado en [www.colegiodearquitectosdelaciudaddemexico.org/.../3AvanMesaMarcoNormativo.pdf](http://www.colegiodearquitectosdelaciudaddemexico.org/.../3AvanMesaMarcoNormativo.pdf). Fecha de consulta: 16/06/12.

<sup>14</sup> FERRERES COMELLA, V.; *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 35 y ss. Puede consultarse además MORESO, J. J.; "Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad)", *Doxa*, 24, 2001, pp. 527 y ss.

este punto sea interesante recordar el debate que ha enfrentado a expresiones tales como "ciencia de la legislación" o el "arte de legislar".

No sin razón se ha puesto en cuestión la primera, por cuanto no parece ser apropiada para hacer mención a determinados aspectos que, teniendo que ver con la producción normativa, no se ajustan a los parámetros que deben tenerse en cuenta a la hora de hablar de ciencia<sup>15</sup>. Tal apreciación puede percibirse sin duda en la redacción de normas. Así, por ejemplo, no parece conveniente tomar como postulado científico (que no puede ser de otra forma), que en todo caso deba seguirse la recomendación de precisión, dado que la prudencia, aunque ello pueda resultar extraño en un principio, puede aconsejar una fórmula diferente. Pero si esto es así, la pregunta obligada que habría que responder a

---

Consultado en [http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24\\_20.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_20.pdf). Fecha de consulta: 05/07/12.

<sup>15</sup> ZAPATERO, V.; "El arte ilustrado de legislar", en BENTHAM, J.; *Nomografía o el arte de redactar leyes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. XVII.

continuación es qué criterios pueden tomarse como referencia para saber en qué medida conviene desviarse de los ideales ilustrados. Es precisamente en este punto donde la teoría de la legislación puede ofrecer una contribución interesante, con vistas a gestionar la dosis de taxatividad que se necesite en cada caso. El análisis de los diferentes niveles de racionalidad es el cauce a través del cual se desarrolla este ejercicio.

La idea de prudencia a la que antes nos referíamos, y que ya se puede ver en la obra de Aristóteles<sup>16</sup>, recomienda tener en cuenta, además de la racionalidad lingüística, otras dimensiones que conviene no obviar, y que en los estudios de teoría de la legislación aparecen en un puesto de prelación, con respecto a la racionalidad lingüística. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a la racionalidad pragmática, que hace referencia al

cumplimiento de las normas, entre otros aspectos, o a la racionalidad teleológica, dedicada a la consecución de los objetivos que se persiguen con la norma<sup>17</sup>. Un análisis casuístico nos demuestra que dimensiones de racionalidad como éstas, pueden en ocasiones entrar en tensión con la racionalidad lingüística. En tales casos será conveniente saldar esta tensión inclinando la balanza a favor de los primeros tipos de racionalidad, en detrimento de la consecución de determinados grados de precisión o claridad, por ejemplo. A esta circunstancia entendemos que están aludiendo algunos estudios, cuando en el ámbito de la racionalidad legislativa se refieren al principio de proporcionalidad<sup>18</sup> o de equilibrio<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> ARISTÓTELES; *Ética a Nicómaco*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 91 y 92.

---

<sup>17</sup> Puede consultarse sobre estas cuestiones ZAPATERO, V.; *El arte de legislar*, op. cit., pp. 31 y ss., ATIENZA, M.; op. cit., pp. 27 y ss.; GASCÓN ABELLÁN, M.; op. cit., p. 46; OLIVER-LALANA, A. D.; "Los argumentos de eficacia en el discurso parlamentario", *Doxa*, 31, 2008, p. 539.

<sup>18</sup> Al mismo se refiere MARCILLA CÓRDOBA, G.; "Argumentación en el ámbito legislativo y prestigio de la ley penal", *Ponencia presentada al Seminario "Constitucionalismo, Teoría del Derecho y Modelo de Derecho Penal"*, Universidad de Barcelona (3 y 4 de febrero de 2011), pp. 30 y ss. (en prensa). Debo mostrar

Efectivamente, en ocasiones la consecución de la racionalidad pragmática o teleológica no quedará asegurada por una racionalidad lingüística plena; es decir, la vaguedad o la ambigüedad, por ejemplo, pueden suponer un medio para la consecución de la racionalidad pragmática o teleológica<sup>20</sup>. *Sensu contrario* incluso puede decirse que en determinados supuestos una racionalidad lingüística plena en términos de precisión, por ejemplo, podría suponer también un aumento correlativo de arbitrariedad –que afectaría a la racionalidad pragmática– por parte de quienes aplican el

---

mi agradecimiento a la autora, que generosamente me ha proporcionado este trabajo, dado que la lectura del mismo ha contribuido de forma relevante a enriquecer el desarrollo que aquí se presenta.

<sup>19</sup> Pensamos que se hace referencia a esta cuestión en el siguiente trabajo con la denominación de *balance*: DELNOY, P.; “The Role of Legistics and Legistits in the Determination of te Norm Content”, en *Contributions to the Methodology of the Creation of Written Law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, p. 28.

<sup>20</sup> ZAPATERO, V.; *El arte de legislar*, op. cit., pp. 31 y ss, y 262 y ss.; ATIENZA, M.; op. cit., p. 59; OLIVER-LALANA, A. D.; op. cit., p. 539; XANTHAKI, H.; “Drafting manuals and quality in legislation: positive contribution towards certainty in the law or impediment to the necessity for dynamism of rules?”, *Legisprudence. International Journal for the Study of Legislation*, IV, 2, 2010, pp. 114, 115, 116, 120.

derecho<sup>21</sup>. Pensemos, por ejemplo en una norma que en vez de hacer referencia a un plazo razonable para el procesamiento, acotase de forma precisa dicho plazo. Tal opción probablemente no se ajustaría a las necesidades de cada caso (podría ser adecuada para robos en comercio, pero no para fraudes en la Bolsa de valores)<sup>22</sup>.

Ejemplifican también la propuesta anterior determinadas circunstancias, en las que la legislación hace referencia con términos poco precisos a recursos que se encuentran en pleno desarrollo, dado que de otro modo, la normativa en cuestión debería estarse actualizando constantemente, a medida que se van produciendo avances en la parcela de la técnica. Quizá un ejemplo nos sirva para explicar mejor esta cuestión. En la Ley de

---

<sup>21</sup> ENDICOTT, T. A. O.; *La vaguedad en el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 273 y ss. *Vid.* además DEL REAL ALCALÁ, J. A.; “El problema de la vaguedad en la legislación”, *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*, 3, 2010, pp. 10 y ss. Consultado en [http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/8578/1/Del\\_Real\\_P\\_TFD\\_3\\_2010.pdf](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/8578/1/Del_Real_P_TFD_3_2010.pdf). Fecha de consulta: 05/07/12.

<sup>22</sup> ENDICOTT, T. A. O.; op. cit., p. 278 y 279.

violencia de género estatal se considera la posibilidad de utilizar “instrumentos con la tecnología adecuada”, para verificar el incumplimiento de la orden de alejamiento<sup>23</sup>.

Resulta, sin embargo, que la expresión “tecnología adecuada” no resulta precisa.

¿Convendría abogar por una más precisa? Son

varias las cuestiones que deberían tenerse en cuenta a la hora de responder a esta pregunta,

pero si la respuesta fuese afirmativa, debería

admitirse con ella que la nueva propuesta

impediría que se utilizasen medios

tecnológicos de última generación

desarrollados tras entrada en vigor de la

norma, dado que no podrían encuadrarse en la

acotación terminológica propuesta<sup>24</sup>. Es en

estas circunstancias donde la “relativa

ignorancia de los hechos”<sup>25</sup>, o las reflexiones

sobre aspectos tales como la eficacia (el

cumplimiento de las órdenes de alejamiento o

el rápido diagnóstico de su incumplimiento) o

los objetivos que se persiguen con la norma

(evitar nuevos episodios de violencia de

género), parecen recomendar una respuesta en

un sentido diferente.

## 2. 2. Algunas reflexiones.

Como hemos visto en el apartado anterior, los

desarrollos procedentes de la teoría de la

legislación pueden suponer un interesante

recurso, con vistas a gestionar el grado de

racionalidad lingüística que se precisa en cada

caso. Ciertamente, no se puede decir que el

discurso de Ferrajoli se encuentre cerrado a la

posibilidad de renunciar a determinados

grados de racionalidad lingüística. Su

propuesta deja un cauce para contemplar esta

opción, cuando admite la imposibilidad de

---

<sup>23</sup> “Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *BOE* núm. 313, Miércoles 29 diciembre 2004, p. 42180. Consultado en <http://www.boe.es/boe/dias/2004/12/29/pdfs/A42166-42197.pdf>. Fecha de consulta: 02/07/12.

<sup>24</sup> La idea puede encontrarse en MONTESINOS GARCÍA, A.; “Pulseras electrónicas y derechos fundamentales”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 26, 2008, p. 111.

---

<sup>25</sup> HART, H. L. A.; *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, segunda edición (reimpresión), 2004, p. 160.

obtener una racionalidad absoluta en este plano. Así, acontece, por ejemplo, cuando dice “El hecho de que ésta sea la vieja receta ilustrada, nunca totalmente realizable pero al menos tendencialmente practicable, no le priva de valor”<sup>26</sup>, o cuando se refiere a la existencia de un margen de incertidumbre (que no se puede suprimir en toda su extensión, pero no por ello reducible), recordando a Hart<sup>27</sup>.

Sin embargo, no parece quedar muy claro hasta qué punto llega la flexibilidad en el discurso que el autor dedica a la taxatividad. Cuando se refiere a Hart únicamente parece reconocer una característica del lenguaje que debe restringirse en la medida de lo posible. Por otra parte, en cuanto a la primera declaración, los límites de la tendencia a la que se hace referencia no quedan perfilados. Quizá pueda pensarse que el parámetro que tiene en cuenta son las posibles repercusiones en sede

---

<sup>26</sup> FERRAJOLI, L.; *Principia iuris...*, op. cit., pp. 377 y 378.

<sup>27</sup> FERRAJOLI, L.; *Derecho y razón...*, op. cit., pp. 122 ó 181.

judicial. Sin embargo, aun en el caso de que esta apreciación fuera acertada, pensamos que podría decirse que, si bien es necesaria la toma en consideración del aspecto señalado, el mismo resulta insuficiente en el análisis tendente a configurar la redacción normativa, por cuanto obvia otros aspectos que también deberían tenerse en cuenta. Así, por ejemplo, los objetivos que se puedan pretender con la norma en el ámbito de las políticas públicas. De este modo, pensamos que en el discurso de Ferrajoli no parece que tengan cabida argumentos tales como aquel que recomienda evitar la taxatividad en la expresión “instrumentos con la tecnología adecuada”, porque desde el ámbito de las políticas públicas existe el objetivo de utilizar los mejores medios que pueda ir ofreciendo la técnica con el paso del tiempo.

A propósito de todo lo dicho, convendría plantear también algunas reflexiones en torno a la no consideración de elementos valorativos en el ejercicio de taxatividad que propone

Ferrajoli. Como ya se señaló, para este autor el lenguaje debe tener una extensión determinada para posibilitar la verificabilidad y la refutabilidad empírica, y esto es algo que no permiten los enunciados valorativos, de los que no se puede predicar verdad o falsedad. Sin embargo, tal apreciación resulta cuestionable si se tiene en cuenta la división entre conceptos valorativos ligeros (por ejemplo, “X es un buen actor”) y densos (por ejemplo, “valiente” o “casta”), y que a estos últimos sí que es posible atribuirles un contenido descriptivo; si bien su uso pudiera resultar cuestionable por su vaguedad<sup>28</sup>. Si se acepta tal planteamiento, no parece haber inconveniente en considerar el uso de los enunciados valorativos, teniendo para ello en cuenta los diferentes aspectos de racionalidad que se consideran desde la teoría de la legislación. Por ejemplo, en el artículo 180.3 del Código Penal puede leerse lo siguiente:

---

<sup>28</sup> Estas cuestiones se recogen en MORESO, J. J.; op. cit., pp. 530-532.

“Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación...”. La conveniencia de la inclusión del enunciado valorativo “especialmente vulnerable”<sup>29</sup>, y de todos los aspectos que conlleva, puede justificarse, por ejemplo, por razones de racionalidad ética, desarrolladas según el esquema que planteamos a continuación (la racionalidad ética es otro tipo de racionalidad que se tiene también en cuenta en el ámbito de la teoría de la legislación, que se sitúa por encima de las racionalidades pragmática y teleológica, y que se evalúa en función del acuerdo o desacuerdo con los criterios morales que se estimen apropiados, o incluso con los principios constitucionales<sup>30</sup>).

El hecho de no incluir el enunciado valorativo al que nos referimos y, por ende, la no

---

<sup>29</sup> Así lo diagnostica MORESO, J. J.; op. cit., pp. 531.

<sup>30</sup> ZAPATERO, V.; “De la jurisprudencia a la legislación”, *Doxa*, 15-16, 1994, p. 788. Consultado en [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10653/1/doxa15-16\\_38.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10653/1/doxa15-16_38.pdf). Fecha de consulta: 02/07/12; ATIENZA, M.; op. cit., pp. 39 y 40; GASCÓN ABELLÁN, M.; op. cit., pp. 46 y 47.

consideración de la vulnerabilidad, podría dar lugar a resultados injustos en sede judicial. Este planteamiento podría justificar su inclusión. Sin embargo, también es cierto que ésta parece aportar un grado determinado de discrecionalidad. No obstante, con el fin de atenuar este efecto, podría ser interesante realizar un ejercicio de acotación de la expresión, como así acontece en el artículo, cuando se hace referencia a la edad, enfermedad o discapacidad. Tal circunstancia resulta también conveniente, porque con ella se establece una contribución a la justicia. Este ejercicio contribuye a reducir las posibilidades de que tuvieran lugar tratos desiguales a propósito de casos iguales (es decir, que ante dos casos iguales, por ejemplo, a la hora de evaluar la vulnerabilidad se tuviera en cuenta en un caso la cuestión de la enfermedad y en otro no). Sin embargo, al mismo tiempo parece conveniente ofrecer una lista de aspectos que no se encuentre totalmente cerrada, por

cuanto en la casuística judicial pudieran darse otras circunstancias, además de las previstas en la lista señalada, que también deberían tenerse en cuenta a la hora de ofrecer un resultado justo. Ésta es también otra de las opciones que a nuestro juicio, puede apreciarse en el precepto, cuando en él se recoge la palabra “situación”. En definitiva, se trata de nuevo de llevar a cabo ejercicios de compensación entre los elementos de la racionalidad lingüística, y los otros tipos de racionalidad que se consideran en el ámbito de la teoría de la legislación.

Por otra parte, quisiéramos también señalar que el hecho de no tener en cuenta en los textos normativos los enunciados valorativos, quizá pudiera resultar cuestionable, por cuanto con ello no parece que quede asegurada la reducción de discrecionalidad en la parcela judicial. Más bien al contrario, habrá casos en los que si no se recurre a aquellos, la parcela de discrecionalidad aumentará de forma considerable. Imaginemos, por ejemplo, que no

existe el precepto al que nos referíamos en los párrafos anteriores, con el que se da la opción de tomar en consideración la vulnerabilidad especial. En este supuesto imaginario podría enjuiciarse conforme al tenor literal de la ley, sin tener en cuenta el precepto en cuestión. Sin embargo, ¿cómo enjuiciar en este contexto, si se advirtiese la circunstancia de que la no consideración de la vulnerabilidad daría como resultado una sentencia injusta? Ante tal cuestión, si se decidiese tener en cuenta la circunstancia de la vulnerabilidad, no habría más remedio que argumentar fuera de lo que establecen las normas, y tal ejercicio llevaría consigo el recurso a una parcela de discrecionalidad bastante considerable; mucho más, a nuestro juicio, que aquella que puede resultar del texto que recoge el artículo 180.3 del Código Penal.

El resultado al que hemos llegado entiendo que tiene relación con la reflexión que plantea Moreso, a propósito de un ejemplo que

propone Ferrajoli sobre un hurto famélico. En tal circunstancia Ferrajoli consideraría posible que quien enjuiciase la causa, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto que tiene entre manos, absolviera a quien, aun a pesar de haber realizado el acto típico, no mereciese la sanción establecida. Tal circunstancia, no obstante, aunque se haya realizado por razones de justicia conlleva determinadas consecuencias cuestionables, como son el aumento de la discrecionalidad judicial a la que ya nos hemos referido, pero también la inseguridad de la ciudadanía acerca de qué comportamientos típicos serán considerados justificados, la falta de consistencia en las decisiones judiciales e incluso también la falta de compromiso para con la propia taxatividad<sup>31</sup>.

De nuevo, en lo que respecta a estas cuestiones, el análisis en relación a las posibles repercusiones en los ámbitos de racionalidad

---

<sup>31</sup> MORESO, J. J.; op. cit., pp. 537 y 538.

legislativa, parece ser una herramienta sugerente para determinar las características de la redacción normativa. Un posible ejercicio de ponderación en este caso podría ser el siguiente. Si se entiende, por ejemplo, que la referencia a la vulnerabilidad, precisada en cierto grado, se ajusta más a los objetivos que se pretenden conseguir con la norma, o a la consecución de resultados más justos, aquella deberá quedar incluida en la norma, aun cuando no se ajuste a lo que se establece desde los grados más exigentes de racionalidad lingüística, o aun cuando lleve consigo el reconocimiento de ciertos márgenes de discrecionalidad (no mayores que los que resultarían de la no existencia del precepto).

### 3. Consideraciones sobre la despenalización.

Como sabemos, Ferrajoli aboga por un derecho penal mínimo. Tal propuesta pensamos que también puede analizarse desde la perspectiva de la teoría de la legislación, teniendo en cuenta los niveles de racionalidad que se

proponen desde este ámbito. Se ha dicho que la concepción del autor en relación a la cuestión que nos ocupa, termina atribuyendo a la legislación una racionalidad ética, casi de modo exclusivo<sup>32</sup>. Tal conexión pensamos que puede explicarse si se tiene en cuenta que el autor, con su propuesta garantista, pretende considerar como bienes dignos de tutela los derechos fundamentales (la vida, la integridad física, la libertad, los bienes públicos y comunes, etc.<sup>33</sup>). Junto a ello, conviene destacar además que las medidas que propone se proyectan con el objetivo de contribuir a la descongestión del ámbito judicial, para que así sea más ágil la aplicación del derecho. De este modo, Ferrajoli aboga por ejemplo por legalizar la droga, o por despenalizar los delitos de peligro abstracto. Ciertamente, el análisis de esta propuesta desde la perspectiva

---

<sup>32</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; "Presupuestos de un modelo racional de legislación penal". *Doxa*, 24, 2001, p. 36. Consultado en <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148678RD21994370.pdf>. Fecha de consulta: 12/07/12.

<sup>33</sup> FERRAJOLI, L.; *Principia iuris...*, op. cit., p. 367.

de la calidad normativa, nos descubre que en ella no se recogen numerosos aspectos que deberían tenerse en cuenta. Quizá por ello, el discurso expuesto podría considerarse cuestionable, por cuanto no alcanza a otros ámbitos de racionalidad cuya consideración es también oportuna. Sin embargo, no parece que pueda decirse que el pensamiento del autor se restringe a la parcela recientemente bosquejada. Conviene señalar que, aunque no en el discurso donde se encuadran los datos expuestos, Ferrajoli también se refiere en otro momento a varias cuestiones que podrían relacionarse con diferentes niveles de racionalidad. Así acontece a nuestro juicio, cuando considera injustificadas las prohibiciones que no tengan la eficacia intimidante buscada, “a causa de los profundos motivos –individuales, económicos o sociales– de su violación”; y con independencia de lo que pueda pensarse en relación a la moralidad o lesividad de la acción prohibida. Además, el

autor señala que la demostración de ineficacia conlleva una comparación empírica, complicada en muchas ocasiones, consistente en comparar los resultados lesivos que pueden derivarse tanto de la presencia, como de la ausencia de la calificación de la acción como delito<sup>34</sup>.

A nuestro juicio, la teoría de la legislación puede servir para dar un formato concreto y ordenado a la propuesta de Ferrajoli desde la perspectiva de la calidad normativa, para destacar determinados aspectos que quizá debieran tener más protagonismo en su discurso, y para completar el mismo. En este estudio ya hemos tenido oportunidad de referirnos a varios niveles de racionalidad. En la propuesta de Ferrajoli encuentran reflejo algunos de ellos. En ella puede apreciarse la racionalidad ética, como señalamos al comienzo, pero también la pragmática, por cuanto el autor tiene en cuenta como

---

<sup>34</sup> FERRAJOLI, L.; *Derecho y razón...*, op. cit., p. 473.

parámetro de decisión la eficacia o ineficacia de la norma. Pensamos que quizá también podría percibirse en cierto modo algún aspecto de racionalidad teleológica, a partir de la cual se consideran irracionales las normas que producen efectos no previstos o no deseados<sup>35</sup>. Debe señalarse, no obstante, que este aspecto guarda especial relación con uno de los principios de carácter coyuntural, que en algún estudio se consideran con vistas a expandir las exigencias de racionalidad en el ámbito penal. Nos estamos refiriendo al principio de daños y ventajas que, según nuestra interpretación, desarrolla de forma más pormenorizada la idea que encontramos en el discurso de Ferrajoli sobre los resultados lesivos. A grandes rasgos podemos señalar que con dicho principio se evalúan los efectos adicionales dañosos derivados de la penalización o despenalización, que podrían ser (o no) de mayor entidad que los beneficios obtenidos

---

<sup>35</sup> ATIENZA, M.; op. cit., p. 38.

con las medidas que se adoptasen<sup>36</sup>. Así, en pro de la defensa de la despenalización de los delitos de peligro abstracto, podría considerarse por ejemplo el argumento de que dicha opción proporcionará una gestión más ágil de la justicia. Sin embargo, ante los beneficios que se presentan por esta vía, deberíamos preguntarnos si, por ejemplo, aquellos quedan suficientemente justificados, si se tiene en cuenta las posibles consecuencias y riesgos que pudieran observarse en el contexto social<sup>37</sup>. Propuestas como ésta encuentran además reflejo en determinados contextos jurídicos de la actualidad. Los análisis sobre evaluación de riesgos están siendo actualmente objeto de estudio desde

---

<sup>36</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; "La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista", *Ciencias Penales*, 15. Consultado en <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2015/diez15.htm>. Fecha de consulta: 05/07/12.

<sup>37</sup> Sobre esta cuestión puede consultarse CARNEVALI RODRÍGUEZ, R.; "La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación", *Revista Ius et Praxis*, 2, 2010, p. 281. Consultado en [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122010000200010](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122010000200010). Fecha de consulta: 03/07/12.

diferentes ámbitos, pero también se están solicitando en la práctica, como así lo demuestra el documento titulado *A Guide to Risk Assessment* del gobierno británico<sup>38</sup>.

Pero la teoría de la legislación también contempla otros ámbitos de racionalidad que no parecen estar presentes (o al menos no como fuera deseable), en el discurso de Ferrajoli. Este es el caso de la eficiencia de las normas, un aspecto que se está solicitando cada vez con más insistencia desde diferentes ámbitos<sup>39</sup>, y que tiene un carácter transversal, es decir, que se tiene en cuenta en relación al resto de niveles de racionalidad<sup>40</sup>. Ciertamente,

---

<sup>38</sup> ZAPATERO, V.; *El arte de legislar*, op. cit., pp. 110 y 111.

<sup>39</sup> Así, por ejemplo, por parte de la OECD (The Organization for Economic Co-operation and Development). Sobre ello puede verse VOERMANS, W.; "Quality of EU Legislation under Scrutiny: what kind of Problem, by what kind of Standards?", en *Quality of Legislation. Principles and instruments*, Baden-Baden, Nomos, 2011, p. 37.

<sup>40</sup> ZAPATERO, V.; *El arte de legislar*, op. cit., pp. 34 y 35; ATIENZA, M.; op. cit., pp. 93 y 94; CALSAMIGLIA, A. "¿Debe se la moral el único criterio para legislar?", *Doxa*, 13, 1993. Consultado en [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10708/1/doxa13\\_08.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10708/1/doxa13_08.pdf). Fecha de consulta: 11/07/12.

en la propuesta que venimos considerando se hace referencia a motivos económicos. Sin embargo, con ello no se está presentando un parámetro de racionalidad transversal, sino una posible causa de ineficacia normativa. En todo caso, la cuestión no aparece desde luego con el protagonismo que merece (se trata de una mención), y con el que se muestra en las propuestas procedentes del ámbito de la teoría de la legislación.

Además de las consideraciones anteriores, quisiéramos señalar que si se acepta todo lo dicho, parece que en el discurso de Ferrajoli podría localizarse algún aspecto que crea cierto desconcierto. Como se ha visto, a la hora de referirse a la despenalización el autor considera como parámetros a tener en cuenta aspectos tales como la eficacia, y además sugiere en tales casos un análisis parecido a un test de perjuicios. Sin embargo, y con carácter general, aboga por la despenalización de los delitos de peligro abstracto y de las drogas. Tal conclusión a nuestro juicio resulta en cierto

modo desconcertante si se tiene en cuenta el desarrollo expuesto. La prohibición de la droga, por ejemplo, estaría injustificada en la medida en que no sea eficaz, pero de ello no se deduce la ineficacia de la prohibición en cuestión ni, por ende, su despenalización en todo caso. Recordemos además el dato que nos ofrece el autor de que en análisis como los que considera, las comprobaciones empíricas en cuanto a la eficacia son complejas en numerosas ocasiones. Si esto es así, pensamos que quizá sea precipitado abogar, con carácter general, por las despenalizaciones antes señaladas. En este sentido, el cauce más apropiado parece ser el análisis individual y contextualizado de los casos que se puedan plantear.

Por otra parte, pensamos que también sería interesante reflexionar sobre la idea de justificar la despenalización en base a la eficacia del efecto de intimidación, con independencia de lo que pueda pensarse en

torno a la lesividad de la acción. Este ejercicio cobra especial relevancia, si recordamos en este punto que a la hora de considerar el principio de lesividad, el autor hace referencia a la escala de bienes dignos de tutela, en cuya cúspide se encuentran los derechos fundamentales. Ésta, a nuestro juicio es –no la única pero sí– una dimensión de racionalidad que no puede obviarse en ningún caso; un aspecto que queda claro con la reformulación del principio de lesividad, pero cuyo protagonismo, al menos según la interpretación que hacemos del pensamiento del autor, parece entrar en crisis en el contexto que nos ocupa.

Para concluir este apartado, quisiéramos dejar constancia de otras reflexiones, que podrían encuadrarse en el ámbito de la racionalidad ética, en torno a la despenalización de los delitos de peligro abstracto. A nuestro juicio, pudiera resultar discutible si la despenalización de los delitos de peligro abstracto en todo caso –propuesta que,

entendemos, se encuentra en los *Principia Iuris*-, se ajusta a todos los aspectos que ofrece Ferrajoli en su discurso. Pensemos, por ejemplo, en el delito de organización a propósito del problema del terrorismo. Determinados análisis desarrollados desde la parcela penal consideran que el mero hecho de pertenecer a una banda armada puede ser una amenaza importante para la seguridad jurídica en la sociedad, pero esta no es la única aportación que encontramos en este ámbito. También se ha considerado que la punición del delito de organización se justifica por cuanto la asociación ilícita representa un ejercicio abusivo del derecho fundamental de asociación, un peligro genérico para la lesión futura de bienes personales, una vulneración bienes jurídicos supraindividuales, como son la paz pública, el orden público o la seguridad interior<sup>41</sup>, o una arrogación de organización

que, a fin de cuentas, representa un ataque al Estado. En esta línea se considera que la organización delictiva pretende el ejercicio de derechos de soberanía estatal, poniendo con ello en cuestión el monopolio de la violencia por parte del Estado<sup>42</sup>.

¿Podría decirse que, partiendo del discurso de Ferrajoli, es posible abogar por la despenalización del delito señalado? Pensamos que por una parte sí, porque como sabemos el autor aboga por la despenalización de los delitos de peligro abstracto, y el que nos ha ocupado se incluye en esta categoría. Pero por otra parte, la conclusión anterior podría ponerse en cuestión, dado que, como también sabemos, el autor aboga por la despenalización de los delitos de peligro abstracto, tras haber señalado que lo que pretende es excluir entre los bienes dignos de tutela aquellos que no tengan rango constitucional, siquiera de forma

---

<sup>41</sup> LLOVET ANGLÍ, M.; *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, Madrid, La Ley, 2010, p. 247.

---

<sup>42</sup> CANCIO MELIÁ, M.; "Sentido y límites de los delitos de terrorismo", en *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 398-400.

indirecta<sup>43</sup>. Como se ha podido ver en el caso anterior, determinados bienes constitucionales pueden verse afectados por el delito en el que nos centramos, siquiera de forma indirecta. Si esto es así, habría que entender que éste debería quedar fuera de la propuesta de despenalización. No obstante, si se acepta este planteamiento, parece que con ello debería sugerirse también una reconsideración del hecho de presentar los delitos de peligro abstracto como categoría que, de algún modo, ejemplifica la despenalización de los bienes no merecedores de tutela. En relación a todo ello, convendría señalar también que cuando el autor se refiere a la despenalización de delitos conminados con penas pecuniarias, considera que quedarían fuera de dicha propuesta los casos que por su gravedad deban ser castigados como delitos<sup>44</sup>. No obstante, si esto es así, en primer lugar cabría señalar que a la

hora de hablar de despenalización, quizá debería mantenerse como parámetro a tener en cuenta la relevancia de la acción en términos de gravedad (si no se considera suficientemente grave tendría lugar la despenalización), y no tanto circunstancias tales como la calificación de dicha acción como delito de peligro abstracto<sup>45</sup> (dado que en esta categoría parece que pueden contemplarse casos con gravedad relevante).

#### 4. La apuesta por evitar la legislación simbólica

Concluimos este trabajo dedicando este último apartado a algunas apreciaciones relativas a la solicitud que hace Ferrajoli de evitar la legislación simbólica. En esta ocasión, como ya adelantamos en la introducción, el desarrollo que proponemos se proyecta desde la perspectiva de la dinámica legislativa, que se centra en el proceso real de la legislación. En

---

<sup>43</sup> FERRAJOLI, L.; *Principia iuris...*, op. cit., p. 367.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 367.

---

<sup>45</sup> La idea pensamos que se encuentra en HIRSCH, H. J.; "Sistemática y límites de los delitos de peligro", *Revista Latinoamericana de Derecho*, 9-10, enero-diciembre de 2008, pp. 172 y ss. Consultado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/ad/cont/9/cnt/cnt5.pdf>. Fecha de consulta: 06/07/12.

primer lugar, conviene que hagamos un breve acercamiento a aquello que ha de entenderse por legislación simbólica. Desde el ámbito de la teoría de la legislación se ha considerado que una ley sólo desarrolla efectos simbólicos (que se contraponen a los reales), si no tiene los mecanismos que se precisan para su aplicación y ejecución, capaces de asegurar que dicha normativa pueda ser real<sup>46</sup>. La acepción es parecida a la que se viene utilizando en la parcela penal, desde donde se entiende como derecho penal simbólico aquel “cuyos efectos simbólicos predominan sobre los efectos instrumentales”. Es decir, con este derecho se transmite a la sociedad mensajes valorativos, pero no tienen capacidad para modificar la realidad<sup>47</sup>. En un contexto donde la inflación normativa es nota predominante, la propuesta de evitar este tipo de legislación tiene pleno sentido. Sin embargo, este ejercicio lleva

consigo una pregunta obligada: ¿qué procedimiento seguir? Es en este punto donde la teoría de la legislación, de nuevo, puede ofrecer una contribución interesante.

¿Cómo producir un derecho pensado para la acción? La respuesta a esta pregunta puede encontrarse en la siguiente propuesta<sup>48</sup>. Una buena política de producción normativa debe partir de la definición del problema que se pretende atajar. Si no se realiza este diagnóstico, corremos el riesgo de que las medidas tomadas posteriormente no se encuentren en conexión con el problema que se pretende afrontar, y ello dará como resultado una legislación simbólica. Quizá sea representativo recordar en este punto que, a propósito de algún caso concreto, donde se ha observado la falta de conexión constatada, en ocasiones se ha calificado tal situación como intervención simbólica<sup>49</sup>. Este ejercicio en

---

<sup>46</sup> OLIVER-LALANA, A. D.; op. cit., p. 535.

<sup>47</sup> LLOVET ANGLÍ, M.; op. cit., p. 261.

---

<sup>48</sup> Seguimos principalmente a ZAPATERO, V.; *El arte de legislar*, op. cit., pp. 84 y ss.

<sup>49</sup> CALVO GARCÍA, M.; “Evolución de la respuesta jurídica frente a la violencia familiar de género. Análisis de la Ley

modo alguno es simple. En su desarrollo deben, por ejemplo, evitarse los análisis que dan como resultado la monocausalidad o la simplificación del problema. Determinados accidentes de tráfico pueden tener su explicación en el consumo de alcohol, pero un diagnóstico de estas características sería insuficiente, si lo que se pretende es abordar el problema de los accidentes de tráfico en toda su extensión (habría que estudiar otros muchos aspectos, como el estado de las carreteras, las características de los automóviles, la utilización de teléfonos, etc.)<sup>50</sup>.

Pero el ejercicio anterior es sólo el comienzo del proceso para evitar los efectos a los que nos referimos. La propuesta que recomienda definir el problema debe dar paso a la identificación de los objetivos concretos que se pretenden (es decir, las consecuencias que se

---

Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *La Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2005, p. 33.

<sup>50</sup> ZAPATERO, V. *El arte de legislar*, op. cit., p. 92.

pretenden provocar), y a la elección de los instrumentos idóneos para la consecución del punto anterior, una vez evaluados<sup>51</sup>. Se da por hecho en ocasiones que la ley es el único recurso para atajar los problemas, pero la caja de herramientas que se maneja desde el ámbito de las políticas públicas debe proveerse de otros recursos<sup>52</sup>; recursos que quizá en un primer momento no se tengan para nada en cuenta, pero cuya eficacia puede resultar sorprendente. Quizá, con el fin de ejemplificar esta circunstancia con un caso actual, sea interesante referirnos a la obra cinematográfica titulada *El extraño caso de Benjamin Button*. El rodaje de esta película se llevó a cabo en Nueva Orleans, tras las solicitudes y facilidades ofrecidas por las autoridades de aquel lugar. Detrás de todo ello,

---

<sup>51</sup> ZAPATERO, V. *El arte de legislar*, op. cit., pp. 84 y ss.; ZAPATERO, V., GARRIDO GÓMEZ, M.<sup>a</sup> I., ARCOS RAMÍREZ, F.; *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho*, Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, segunda edición, 2010, pp. 139-140.

<sup>52</sup> ZAPATERO, V.; *El arte de legislar*, op. cit., pp. 84 y ss.; ZAPATERO, V., GARRIDO GÓMEZ, M.<sup>a</sup> I., ARCOS RAMÍREZ, F.; op. cit., pp. 139-140.

se encontraba la razón de promocionar la ciudad, de reabrir sus comercios o de suscitar el turismo; unos objetivos que habían pasado a tener un lugar fijo en la agenda política de aquel lugar, inmediatamente después de que el huracán Katrina hubiera arrasado una parte considerable de la ciudad<sup>53</sup>.

En todo caso, la lista de objetivos a conseguir debe encontrarse en perfecta conexión con el problema diagnosticado y sus causas. Resulta, por ejemplo, paradójico que el diagnóstico sobre el problema de la violencia de género nos haga centrar la atención en el ámbito social y cultural, y que la ley de violencia de género estatal ponga especial interés en el desarrollo de las penas y de la estructura judicial. Ante tal circunstancia no parece que se esté actuando directamente para solucionar el problema, sino para afrontar las consecuencias del mismo; algo que sin duda tiene razón de ser, pero que

---

<sup>53</sup> FINCHER, D.; *O Estranho Caso De Benjamin Button*, Warner Bros. Pictures e Paramount Pictures, 2008.

debería acompañarse de otras medidas igualmente relevantes en otros ámbitos.

No obstante, el camino hacia la consecución de cotas importantes de éxito no termina en estas reflexiones. Junto con todo lo anterior es necesario tener en cuenta que, si se ha elegido la opción normativa, su eficacia requerirá también de otros factores, como por ejemplo la evaluación de costes que van a ocasionar las nuevas medidas, el análisis sobre los recursos materiales que serán necesarios para la implementación, sobre los recursos humanos<sup>54</sup> e incluso sobre el grado de motivación que puede observarse en esta última parcela<sup>55</sup>. Se

---

<sup>54</sup> ZAPATERO, V.; *El arte de legislar*, op. cit., pp. 33 y 34; ATIENZA, M.; op. cit., p. 37; MARTÍN CASALS, M.; “La técnica de las Checklisten”, en *Curso de Técnica Legislativa GRETEL*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 255 y 271 y ss.; SÁINZ MORENO, F.; “Antecedentes necesarios para pronunciarse sobre un proyecto de ley (art. 88 C. E.)”, en *La calidad de las leyes*, Vitoria, Parlamento Vasco, 1989, p. 39; MARCILLA CÓRDOBA, G.; “Argumentación en el ámbito legislativo...”, op. cit., p. 30.

<sup>55</sup> Quizá sea, por ejemplo, interesante hacer referencia a lo que se ha denominado “salario emocional”, es decir, el “conjunto de factores que ayudan a los trabajadores a comprometerse con los puestos de trabajo que ocupan, a implicarse en su trabajo más allá de la retribución económica que perciben”. Vid., por ejemplo, CASADO ROMÁN, J.; “El absentismo laboral del personal al servicio de la Administración de Justicia”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 2081, 15 de marzo

trata, en definitiva de evitar la desconexión entre lo que se promete y los medios de diferente índole que son precisos para que los poderes públicos logren la promesa<sup>56</sup>. Desde luego que el análisis desde esta perspectiva es complejo<sup>57</sup>, pero precisamente el apego a esta complejidad es el recurso necesario para poder obtener éxito. La ausencia de previsiones en este sentido muy probablemente hará fracasar el objetivo de conseguir un derecho para la acción, y con ello se estará fomentando el indeseado carácter simbólico de la normativa y los efectos de colapso que puede conllevar. Si, por ejemplo, se incluye un tipo penal y no se

---

de 2009, p. 825. Consultado en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198381857/Publicacion/1215327876565/Detalle.html>.

Fecha de consulta: 09/07/12.

<sup>56</sup> ZAPATERO, V., GARRIDO GÓMEZ, M.<sup>a</sup> I., ARCOS RAMÍREZ, F.; op. cit., p. 155.

<sup>57</sup> A modo de ejemplo, quizá sea interesante constatar que en el análisis de los costes deben tenerse en cuenta aquellos que serán necesarios para administrar la nueva norma, los costes de inversión a largo plazo, o los costes y beneficios para el conjunto de la sociedad. Sobre ello puede verse, por ejemplo REGNER, G.; "The View of the Practical Swedish Law-Maker", en *Contributions to the Methodology of the Creation of Written Law. Proceedings of the First Congress of the EAL in Liège (Belgium), September 9-11, 1993*, Baden-Baden, Nomos, 1996, pp. 75 y 76; ZAPATERO, V.; *El arte de legislar*, op. cit., pp. 322 y ss.

han realizado previsiones en cuanto a la capacidad de los órganos judiciales para afrontar la situación que probablemente surja con esta nueva realidad, dicha circunstancia fácilmente estará promocionando el traslado de personal a otras instancias diferentes, menos colapsadas, y esta última circunstancia, a su vez, probablemente suscitará que determinados puestos se ocupen por personal que no tiene la formación adecuada, y con todo ello, un colapso mayor en el ámbito judicial (sería preciso formar a quienes llegan sin las habilidades precisas)<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> Sobre estas circunstancias puede verse SANAHUJA, M.; "Juzgados de violencia sobre la mujer", en *La Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2005, p. 66; CASADO ROMÁN, J.; op. cit., p. 811.

## Bibliografía

ARISTÓTELES; *Ética a Nicómaco*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

ATIENZA, M.; *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Cívitas, 1997.

CALSAMIGLIA, A. “¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?”, *Doxa*, 13, 1993. Consultado en [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10708/1/doxa13\\_08.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10708/1/doxa13_08.pdf). Fecha de consulta: 11/07/12.

CALVO GARCÍA, M.; “Evolución de la respuesta jurídica frente a la violencia familiar de género. Análisis de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *La Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2005.

CANCIO MELIÁ, M.; “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, en *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid, Iustel, 2010.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, R.; “La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación”, *Revista Ius et Praxis*, 16, 2, 2010, pp. 273-330. Consultado en [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122010000200010](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122010000200010). Fecha de consulta: 03/07/12.

CASADO ROMÁN, J.; “El absentismo laboral del personal al servicio de la Administración de Justicia”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 2081, 15 de marzo de 2009, pp. 809-833. Consultado en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198381857/Publicacion/1215327876565/Detalle.html>. Fecha de consulta: 09/07/12.

CONSEJO PARA EL DESARROLLO URBANO SUSTENTABLE DE LA CIUDAD DE MÉXICO; *Mesa. Marco normativo para la sustentabilidad urbana, Octubre de 2008*. Consultado en [www.colegiodearquitectosdelaciudaddemexico.org/.../3AvanMesaMarcoNormativo.pdf](http://www.colegiodearquitectosdelaciudaddemexico.org/.../3AvanMesaMarcoNormativo.pdf). Fecha de consulta: 16/06/12.

DEL REAL ALCALÁ, J. A.; “El problema de la vaguedad en la legislación”, *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*,

3, 2010, pp. 1-16. Consultado en [http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/8578/1/Del\\_Real\\_PTFD\\_3\\_2010.pdf](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/8578/1/Del_Real_PTFD_3_2010.pdf). Fecha de consulta: 05/07/12.

DELNOY, P.; “The Role of Legistics and Legistits in the Determination of the Norm Content”, en *Contributions to the Methodology of the Creation of Written Law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; “La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista”, *Ciencias Penales*, 15. Consultado en <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2015/diez15.htm>. Fecha de consulta: 05/07/12.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; “Presupuestos de un modelo racional de legislación penal”. *Doxa*, 24, 2001, pp. 1-93. Consultado en <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148678RD21994370.pdf>. Fecha de consulta: 12/07/12.

ENDICOTT, T. A. O.; *La vaguedad en el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2006.

FERRAJOLI, L.; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, novena edición, 2009.

FERRAJOLI, L.; *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia, 2. Teoría de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011.

FERRERES COMELLA, V.; *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Madrid, Cívitas, 2002.

FINCHER, D.; *O Estranho Caso De Benjamin Button*, Warner Bros. Pictures e Paramount Pictures, 2008.

GALIANA SAURA, A.; *La legislación en el Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 2003.

GASCÓN ABELLÁN, M.; “Calidad de las leyes y técnica legislativa. A propósito del cuestionario previo”, *Revista Española de la Función Consultiva*, 6, Julio-Diciembre, 2006, pp. 41-95. Consultado en <http://www.cjccv.es/refc/refc-n6/refc-n6.pdf>. Fecha de consulta: 11/07/12.

HART, H. L. A.; *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, segunda edición (reimpresión), 2004.

HIRSCH, H. J.; "Sistemática y límites de los delitos de peligro", *Revista Latinoamericana de Derecho*, 9-10, enero-diciembre de 2008, pp. 157-181. Consultado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rev/ad/cont/9/cnt/cnt5.pdf>. Fecha de consulta: 06/07/12.

"Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género", *BOE* núm. 313, Miércoles 29 diciembre 2004. Consultado en <http://www.boe.es/boe/dias/2004/12/29/pdfs/A42166-42197.pdf>. Fecha de consulta: 02/07/12.

LLOVET ANGLÍ, M.; *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, Madrid, La Ley, 2010.

MARCILLA CÓRDOBA, G.; *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

MARCILLA CÓRDOBA, G.; "Argumentación en el ámbito legislativo y prestigio de la ley penal", *Ponencia presentada al Seminario "Constitucionalismo, Teoría del Derecho y Modelo de Derecho Penal"*, Universidad de Barcelona (3 y 4 de febrero de 2011) (en prensa).

MARTÍN CASALS, M.; "La técnica de las Checklisten", en *Curso de Técnica Legislativa GRETEL*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

MARTINO, A.; *La contaminación legislativa*. Consultado en [http://www.antonioanselmomartino.it/index.php?option=com\\_content&task=view&id=67&Itemid=88](http://www.antonioanselmomartino.it/index.php?option=com_content&task=view&id=67&Itemid=88). Fecha de consulta: 08/03/12.

MÉNDEZ, A.; "No se cumplen las leyes porque están mal hechas: especialista". *La Jornada*, 21 de junio de 2006. Consultado en <http://www.jornada.unam.mx/2006/06/21/index.php?section=politica&article=023n2pol>. Fecha de consulta: 16/06/12.

MONTESINOS GARCÍA, A.; "Pulseras electrónicas y derechos fundamentales", *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 26, 2008, pp. 101-120.

MORESO, J. J.; "Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad)", *Doxa*, 24, 2001. Consultado en

[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24\\_20.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_20.pdf). Fecha de consulta: 05/07/12.

NZEREM, R. C.; "The Role of the Legislative Drafter in Promoting Social Transformation", en *Drafting Legislation. A Modern Approach*, England, Ashgate, 2008.

OLIVER-LALANA, A. D.; "Los argumentos de eficacia en el discurso parlamentario", *Doxa*, 31, 2008, pp. 533-566.

PECES BARBA, G.; "Derecho y fuerza", en *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

REGNER, G.; "The View of the Practical Swedish Law-Maker", en *Contributions to the Methodology of the Creation of Written Law. Proceedings of the First Congress of the EAL in Liège (Belgium), September 9-11, 1993*, Baden-Baden, Nomos, 1996.

SÁINZ MORENO, F.; "Problemas actuales de la técnica normativa", *Anuario Jurídico de La Rioja*, 1, 1995, pp. 55-70.

SÁINZ MORENO, F.; "Antecedentes necesarios para pronunciarse sobre un proyecto de ley (art. 88 C. E.)", en *La calidad de las leyes*, Vitoria, Parlamento Vasco, 1989.

SANAHUJA, M.; "Juzgados de violencia sobre la mujer", en *La Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2005.

SEIDMAN, A., SEIDMAN, R. B., ABEYESEKERE, N.; *Legislative Drafting for Democratic Social Change. A Manual for Drafters*, London, Kluwer Law International, 2001.

VOERMANS, W.; "Quality of EU Legislation under Scrutiny: what kind of Problem, by what kind of Standards?", en *Quality of Legislation. Principles and instruments*, Baden-Baden, Nomos, 2011.

XANTHAKI, H.; "Drafting manuals and quality in legislation: positive contribution towards certainty in the law or impediment to the necessity for dynamism of rules?", *Legisprudence. International Journal for the Study of Legislation*, vol. IV, 2, 2010, pp. 111-128.

ZAPATERO, V.; "De la jurisprudencia a la legislación", *Doxa*, 15-16, 1994, pp. 769-789. Consultado en

[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10653/1/doxa15-16\\_38.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10653/1/doxa15-16_38.pdf). Fecha de consulta: 02/07/12.

ZAPATERO, V.; *El arte de legislar*, Pamplona, Aranzadi, 2009.

ZAPATERO, V.; "El arte ilustrado de legislar", en BENTHAM, J.; *Nomografía o el arte de redactar leyes*,

Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

ZAPATERO, V., GARRIDO GÓMEZ, M.<sup>a</sup> I., ARCOS RAMÍREZ, F.; *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho*, Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, segunda edición, 2010.