

**LEGALIDAD Y GARANTISMO.
UNA LECTURA FULLERIANA
DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL LIBERAL**

*LEGALITY AND GUARANTEEISM.
A FULLERIAN VISION OF THE PRINCIPLES OF LIBERAL CRIMINAL LAW*

ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE
Universidad de Granada

Fecha de recepción: 22-9-19

Fecha aceptación: 12-2-20

Resumen: *En este artículo se analizan las relaciones entre la teoría del derecho de Lon Fuller y el garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli. Como se comprobará, los principios de legalidad de Fuller y los principios del garantismo penal de Ferrajoli comparten fundamento y, por esa razón, los segundos pueden ser leídos a la luz de los primeros. Sin embargo, esto también demuestra que los principios garantistas tienen una dimensión constitutiva del derecho penal, que va más allá de la que Ferrajoli les atribuyó. Rupturas y excepciones significativas a principios como la culpabilidad, la presunción de inocencia, el exclusivo sometimiento del juez al derecho, etcétera, dan lugar no a manifestaciones iliberales o autoritarias de derecho penal, como Ferrajoli sostuvo, sino a formas de control social extrapenales e incompatibles con la forma del derecho.*

Abstract: *This article analyzes the relationships between Lon Fuller's theory of law and Luigi Ferrajoli's legal guaranteeism. It will be shown that Fuller's principles of legality and Ferrajoli's principles of criminal guaranteeism share the same grounds. This is the reason why the latter can be read in the light of the former. However, that also demonstrates that principles of guaranteeism have a constitutive dimension of criminal law that goes beyond what Ferrajoli attributed to them. Significant ruptures of and exceptions to principles such as liability, presumption of innocence, the exclusive submission of the judge to the law, etc., give rise not to illiberal or authoritarian instances of criminal law, as Ferrajoli argued, but to a sort of non-legal instance of social control incompatible with the form law.*

Palabras clave: principios de legalidad, Estado de derecho, garantismo jurídico, derecho penal
Keywords: principles of legality, rule of law, legal guaranteeism, criminal law

1. INTRODUCCIÓN

En este artículo exploraré las relaciones que existen entre la teoría del Estado de derecho de Lon Fuller y el garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli. Mi hipótesis es que los principios de legalidad de Fuller y los principios del garantismo penal de Ferrajoli comparten fundamento y que los segundos pueden leerse a la luz de los primeros, si bien de aquí se siguen algunas correcciones en el sentido y alcance dados originalmente por Ferrajoli a sus principios, pues una teoría garantista de la legalidad penal de impronta fulleriana va más allá de lo postulado por el profesor italiano en sus obras.

Lo que haré, en primer lugar, será desarrollar los rasgos fundamentales de la teoría del derecho de Fuller. Para ello, será necesario exponer en qué consiste la legalidad, entendida como gobierno mediante reglas del comportamiento de los individuos, e identificar cuáles son las condiciones o principios que la hacen posible. Haré especial hincapié en tres dimensiones de la legalidad: la vinculación que existe entre las nociones de legalidad y de regla, la incompatibilidad entre legalidad, violencia y arbitrariedad y, por último, la relevancia de la adjudicación para lograr que el comportamiento de los individuos esté efectivamente gobernado por las reglas. Es entonces cuando será posible establecer nexos entre las teorías de Fuller y de Ferrajoli y, por último, una vez definidas las relaciones entre ambas, veremos qué aspectos de la teoría garantista de Ferrajoli precisan de ciertas correcciones o amplificaciones para ser leídos a la luz de los planteamientos de Fuller.

2. LEGALIDAD Y GOBIERNO DE REGLAS SEGÚN LON FULLER

2.1. Los principios de legalidad y el gobierno de las reglas

Vengo insistiendo en la necesidad de ir más allá de la concepción del derecho como sistema normativo o conjunto de normas y en la conveniencia de pensar en el derecho como algo estrechamente vinculado a la noción de lega-

alidad¹. El derecho, desde este punto de vista, es un estado en el que pueden hallarse los grupos humanos, en función del modo en que están gobernados los comportamientos de sus miembros. Concretamente, es el tipo de orden social que existe en un grupo cuando las relaciones entre sus miembros están gobernadas por reglas. Desde esta perspectiva, el derecho y el Estado de derecho son, en cierto modo, lo mismo², al menos si el Estado de derecho lo entendemos en un sentido muy general, como gobierno mediante el derecho, sin entrar ni en diseños o arreglos institucionales específicos, ni tampoco en consideraciones de orden material, esto es, relativas al contenido de las normas del derecho³.

Las *reglas* son un tipo de directiva del comportamiento humano y, en concreto, el tipo de directiva distintiva del control jurídico⁴. Las reglas son patrones generales de comportamiento que se dirigen a sujetos con capacidad de actuar, que se refieren a acciones posibles sobre las que los sujetos tienen cierto control rector y que son autoaplicables, en el sentido de que dejan cierto espacio para la intervención de sus destinatarios en su ejecución⁵.

¹ A. PEÑA FREIRE, *Legalidad y orden jurídico*, Atelier, Barcelona, 2018, esp. pp. 91-107.

² Relativamente contrarios a esta asimilación de los conceptos de derecho y Estado de derecho son A. MARMOR, "The Ideal of the Rule of Law" en M. PATTERSON, DENNIS (eds.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Wiley-Blackwell, Chichester, 2010, p. 669 o J. B. ETCHEVERRY, "Rule of Law y discrecionalidad judicial", *Derecho del Estado*, núm. 38, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 9-10 (Doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.01>). Partidarios de la asimilación o de las concepciones monistas del Estado de derecho son M. BENNETT, "'The Rule of Law' means literally What It Says: The Rule of the Law": Fuller and Raz on Formal Legality and the Concept of Law", *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 32, p. 91; J. WALDRON, "The Rule of Law and the Importance of the Procedure" en J. E. FLEMING (ed.), *Getting the Rule of Law*, Nomos-New York University Press, Nueva York-Londres, 2011, p. 13. También N. SIMMONDS, *Law as a Moral Idea*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 46.

³ Sobre las concepciones formales y sustanciales del Estado de derecho, véase P. CRAIG, "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: an Analytical Framework", *Public Law*, 1997, pp. 467 y ss.). Un ejemplo claro de concepción sustancial sería la de T. ALLAN, *Constitutional Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2001 o, entre nosotros, la de E. DÍAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid, Taurus. 1966.

⁴ Por regla entiendo aquí algo matizadamente distinto del significado que normalmente se asocia a este término en la teoría del derecho de autores como Dworkin o Alexy. A los rasgos de las reglas en el sentido fulleriano del primer principio de legalidad que exige que haya reglas *-there must be rules-*, me he referido en A. PEÑA FREIRE, *Legalidad y orden jurídico*, cit. pp. 76-87.

⁵ Sobre este punto, H. HART y A. SACKS, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, The Foundation Press, Westbury-Nueva York, 1994, pp. 115,

Lo contrario de una regla, en tanto que directiva autoaplicable, es una regla unívoca o específica, que es aquella disposición que, por acotar con precisión sus componentes normativos, no deja espacio a la autoaplicación del agente: la directiva unívoca es una orden precisa, que señala con claridad a quién se refiere, qué es lo que exige y cuándo lo exige y, pragmáticamente, aspira a ser equivalente a un impulso o fuerza que moviese físicamente al sujeto a actuar en el sentido ordenado⁶. Los destinatarios de las reglas, por el contrario, han de decidir si las reglas se refieren a ellos, qué es lo que exigen y cuándo lo exigen: así es como las reglas presuponen la capacidad para actuar libremente (*free agency*) de los individuos a los que se dirigen⁷. La forma del derecho, por tanto, incluye a un individuo con capacidad para actuar y para comprender e interactuar con normas y presupone un compromiso con la concepción del individuo como agente, capaz de entender y seguir las reglas y responsable, por esa razón, de sus fracasos⁸. El reconocimiento de esta capacidad es parte de la forma del derecho y no un objetivo impuesto desde fuera al mismo, ni tampoco un añadido contingente que permita cualificarlo como deseable o justo desde un punto de vista externo⁹. Ese reconocimiento es relevante moralmente, pues como señala Waldron¹⁰, es expresivo del compromiso de los órdenes de reglas con la dignidad como agentes autónomos de sus destinatarios, a diferencia de lo que sucede con los que se conciben como causas directas de una reacción precisa de sus destinatarios en

121. También G. HADFIELD y B. WEINGAST, "What Is Law? A Coordination Model of the Characteristics of Legal Order", *Journal of Legal Analysis*, vol. 4, núm. 2, p. 492. Como es sabido, H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, trad. G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, pp. 23-32, también se refirió a las órdenes respaldadas por amenazas y rechazó las teorías del derecho que concebían al derecho como *the gunman situation writ large*.

⁶ Como señalan Hart y Sacks, las directivas referidas a experiencias físicas directas son claramente distintas de las leyes, es decir, del tipo de reglas que forman los órdenes jurídicos, pues las directivas específicas pretenden una reacción física directa y nada más, mientras que las leyes son autoaplicables y, normalmente, se autoaplican, ya que es excepcional que requieran alguna intervención oficial determinante. Cfr. H. HART y A. SACKS, *The Legal Process*, cit., pp. 115, 121. Esto es algo que ya expresó, de un modo muy gráfico, Montesquieu (*El espíritu de las leyes*, III, 10), que se refería a las órdenes respaldadas por amenazas y rechazó las teorías del derecho que concebían al derecho como *the gunman situation writ large*.

⁷ Así se sigue de las tesis de Fuller según la lectura que de ellas hace K. RUNDLE, *Forms Liberate*, Hart Publishing, Oxford, 2012.

⁸ L. FULLER, *The Morality of Law*, 1ª ed. Yale University Press, New Haven, pp. 162-163.

⁹ Cfr. K. RUNDLE, *Forms Liberate*, cit. p. 98.

¹⁰ J. WALDRON, "The Rule of Law and the Importance of the Procedure", cit. pp. 200 y ss.

forma de movimientos y comportamientos¹¹. Por eso, gobernar mediante el derecho, afirma expresivamente Waldron, es distinto a pastorear un rebaño o a provocar una reacción mediante el grito de una orden.

Ahora bien, para que el comportamiento de los individuos de un grupo esté gobernado mediante reglas de modo que las relaciones que tienen entre sí o con quienes les gobiernan sean relaciones de legalidad, no es suficiente con la mera existencia de reglas cuyo contenido pretenda condicionar el modo en que se comportan las partes. Es preciso satisfacer una serie de condiciones adicionales a las que se denomina *principios de legalidad*. Los principios de generalidad, publicidad, prospectividad, posibilidad, coherencia, inteligibilidad, estabilidad y congruencia de Fuller¹² son quizás la enumeración más conocida de los principios de legalidad¹³. Los principios de legalidad son condiciones que afectan a la forma en que ha de gobernar quien pretende hacerlo mediante reglas. En la medida en que el derecho es inconcebible e imposible sin atender a su propósito de gobernar mediante reglas el comportamiento de los individuos, los principios son condiciones constitutivas de la forma del derecho, es decir, del modo en que ha de expresarse el control social para ser una expresión de control de tipo jurídico¹⁴. Desde este punto de vista, gobierno de reglas y gobierno conforme a los principios de legalidad son expresiones sinónimas. Quienes pretenden gobernar un grupo humano de modo jurídico han de satisfacer los principios de modo suficiente¹⁵, porque su incumplimiento generalizado o el incumplimiento radical

¹¹ En un sentido similar D. LUBAN, "The Rule of Law and Human Dignity: Re-Examining Fuller's Canons" *Hague Journal on the Rule of Law*, núm. 2, 2010, pp. 32-33. También, D. LUBAN, *Legal Ethics and Human Dignity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, esp. pp. 97-130.

¹² L. FULLER, *The Morality of Law*, cit. pp. 46-91.

¹³ Otras enumeraciones pueden encontrarse en J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, pp. 270-271; R. FALLON, "The Rule of Law' as a Concept in Constitutional Discourse", *Columbia Law Review*, vol. 97, núm. 1, 1997; J. RAZ, *The Authority of Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 214-219; J. WALDRON, "The Rule of Law and the Importance of the Procedure", cit. o K. LOVETT, *A Republic of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 209-211.

¹⁴ Al respecto, L. FULLER, *The Morality of Law*, cit. pp. 162-163 y K. RUNDLE, *Forms Liberate*, cit.

¹⁵ Sobre esta cuestión, L. FULLER, "Positivism and the Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, 1958, p. 650, que señaló que un orden jurídico puede existir pese a incumplimientos puntuales o marginales de algún o algunos principios. También advirtió que, además de ser condiciones constitutivas de los órdenes jurídicos, definen un ideal de legalidad, que sería aquella situación en la que todos y cada uno

de alguno de ellos tienen como resultado que los individuos estén siendo gobernados de modos que no identificamos como jurídicos¹⁶. El orden jurídico puede existir en una sociedad pese a la existencia de algunas pocas leyes secretas o ignoradas, pero si todas las leyes son secretas o sistemáticamente ignoradas por las autoridades habrá gobierno, pero no derecho¹⁷: en este caso, el modo de gobernar, de convivir los individuos o de relacionarse con quienes les gobiernan no sería experimentado como jurídico, ni tampoco identificado como tal por quienes lo observaran¹⁸.

2.2. Legalidad, violencia y arbitrariedad

Es obvio que, para que el Estado de derecho exista, no es necesario que todas las acciones imaginables de los individuos estén gobernadas por reglas conforme a los principios de legalidad o, dicho de otro modo, para que exista

de los principios quedan plenamente satisfechos (Cfr. L. FULLER, *The Morality of Law*, cit. pp. 41-44). La legalidad, por tanto, puede ser concebida, como hace P. SELZNICK, *Law, Society, and Industrial Justice*, Russell Sage Foundation, Nueva York, 1969, p. 13, de modo progresivo, pues es un logro variable (variable achievement) y no un asunto que se dé al modo todo o nada. Al respecto, también N. SIMMONDS, *Central Issues in Jurisprudence. Justice, Law and Rights*, Sweet & Maxwell, 1986, Londres, p. 122; Id., "Straightforwardly False: The Collapse of Kramer's Positivism", *Cambridge Law Journal*, vol. 63, núm. 1, 2004, p. 118, y Id., *Law as a Moral Idea*, cit. p. 37 y ss., que sostiene que el derecho es un ideal y que el concepto de derecho tiene carácter arquetípico, pues establece determinadas propiedades ideales cuya realización equivale a la realización del propósito del derecho, si bien sus casos reales son instancias del mismo en función de su aproximación al arquetipo.

¹⁶ No obstante, hay quienes como D. LUBAN, "The Rule of Law" cit. pp.33-39, consideran que los principios de legalidad plantean constreñimientos importantes al contenido de las normas jurídicas y no solo a la forma o procedimientos a través de los que se manifiesta el control jurídico.

¹⁷ El derecho no es la única manera de gobernar. Existen otros métodos y normas sociales que garantizan la coordinación e incentivan la cooperación social y que, por tanto, son fuente del orden social o pueden llegar a constituirlo sin ser jurídico B. TAMANAHA, *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and Social Theory of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 109-111.

¹⁸ La relevancia teórica de las experiencias de los destinatarios de las normas es destacada por K. LOVETT, *A Republic of Law*, cit. pp. 126, 158-160, 199, quien señala que la calidad de un Estado de derecho se mide por la intensidad de la experiencia de los miembros del grupo de estar siendo gobernados por normas impersonales preestablecidas. En esas condiciones, los individuos pueden formarse expectativas efectivas y fiables a propósito de cuándo se aplicará la coacción estatal, lo que requiere que su aplicación se haga en función de reglas públicas que solo se amplifiquen mediante discreción en la implementación y no mediante discreción fuerte o discreción de responsabilidad.

derecho en un grupo humano, no es necesario que todas las relaciones de sus miembros sean relaciones de legalidad¹⁹. Sin embargo, el respeto a los principios de legalidad debe ser prominente en un ámbito concreto: el de aquellas acciones que dan lugar a respuestas de respaldo o rechazo formal o institucionalizado del grupo, especialmente si esa respuesta es susceptible de ser aplicada por la fuerza. Un orden jurídico existe cuando el respeto a los principios de legalidad es significativo o dominante en el ámbito en que el grupo se moviliza formalmente para apoyar o reprobar, llegado el caso por la fuerza, a sus miembros, es decir, si en ese ámbito los cursos de acción están sometidos al control de reglas y si está prevista una movilización formal u oficial del grupo a la luz de las reglas establecidas. Es importante anotar que hablo de actos de respaldo o rechazo *que podrían imponerse por la fuerza*, es decir, de ocasiones en las que los individuos podrían ser objeto de actos de fuerza respaldados formalmente por el grupo del que forman parte o por sus instituciones de gobierno. Obviamente, los individuos pueden ser objeto de violencia en otras ocasiones, pero aquí me refiero a un tipo de violencia específica, cualificada, en primer lugar, por su carácter condicional y, en segundo lugar, por su carácter formal o institucional o, si se quiere, público.

La coacción que nos interesa es la que consiste en la amenaza condicional de cometer violencia sobre un individuo cuyo comportamiento quiere controlarse o, en palabras de Hoebel²⁰, la situación que se da cuando un individuo es forzado a actuar en un sentido contrario al que habría deseado, porque otro u otros han limitado deliberadamente el rango de las acciones entre las que puede elegir, bien directa o indirectamente, mediante la amenaza de provocar ciertas consecuencias desagradables. La coacción jurídica es aquella compulsión física cuya aplicación por una causa, en una manera y en un momento determinados, está socialmente aceptada en tanto que parte de la autoridad social²¹. Esta noción presupone una distinción entre usos

¹⁹ No necesario, por ejemplo, que las relaciones afectivas o personales sean relaciones de legalidad. Es más, no parece ni practicable ni deseable.

²⁰ E. HOEBEL, *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics*, Harvard University Press, Cambridge MA, 1954, p. 27.

²¹ La relevancia de la violencia y de su control público en la definición del derecho ya fue apreciada por M. WEBER, *Economía y sociedad*, trad. José Medina Echavarría, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993, pp. 43-45, 663-668, 1056-1060, quien definió al derecho como el conjunto de normas que son aplicadas por personas cuya función específica es estar en disposición de aplicar ciertos métodos de coerción.

públicos y no públicos de la coacción²²: es pública la que despliegan agentes públicos u oficiales²³, que son aquellos individuos o grupos de individuos con capacidad efectiva para ejercer la violencia sobre un grupo social de un modo continuado o sostenido (ongoing and sustainable), cuando además es generalmente conocido en el grupo que tienen esa capacidad. El Estado de derecho, desde ese punto de vista, no sería sino la medida en que el ejercicio de la violencia por parte de agentes públicos se ve condicionado por los principios de legalidad, es decir, el grado en que el ejercicio de la coacción por quienes tienen tanto la capacidad para desplegarla como la autoridad socialmente reconocida para emplearla, se hace depender del incumplimiento de reglas de comportamiento previamente anunciadas²⁴.

Para *crear* el Estado de derecho, en el sentido anterior, es necesario resolver dos problemas²⁵: el problema del orden social y el problema de la constitucionalización del uso de la fuerza. El problema del orden social exige limitar el ejercicio de la coacción a agentes públicos. Un orden jurídico es imposible allí donde la violencia está generalizada socialmente y donde cualquier amenaza de un supuesto agente público puede verse inmediatamente superada por otra distinta no oficial²⁶. La existencia del derecho presupone que el uso privado de la violencia es mínimo, lo que significa que, al menos,

²² K. LOVETT, *A Republic of Law*, cit. pp. 65 y ss.

²³ Obviamente, uno podría verse movido a actuar en un sentido preciso como consecuencia de la presión social difusa de otros miembros del grupo o por ser víctima de algún chantaje emocional de su pareja. Pero estos no son casos de uso público o formal de la coacción.

²⁴ Como ya señalé, para que exista el derecho, es suficiente con un cumplimiento gradual o suficiente de los principios en ese ámbito de acciones. Al respecto, L. FULLER, "Positivism and the Fidelity to Law", cit. p. 650. No es necesario satisfacer a la perfección los principios de legalidad cada vez que el Estado recurre a la coacción. Pueden existir fallos y excepciones, siempre que sean marginales. Será posible que los principios, en ocasiones, no se cumplan, pese a que debían hacerlo, como, por ejemplo, cuando excepcionalmente las autoridades recurren a violencia extralegal. También será posible que, excepcionalmente, la coacción se administre en función de patrones o condiciones distintas de las contenidas en los principios. Esto sucede, por ejemplo, cuando una sociedad afronta situaciones de crisis de seguridad grave y los gobernantes quedan autorizados para adoptar decisiones discrecionales o cuando se habilita a las autoridades a indultar a quien ha incumplido una norma.

²⁵ K. LOVETT, *A Republic of Law*, cit. pp. 100-101.

²⁶ A este problema se han referido los teóricos del derecho desde distintos puntos de vista, como, por ejemplo, el de la eficacia general como condición de la existencia del derecho de H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, UNAM, México, 1982, pp. 219-225, o el de la preponderancia del derecho de J. RAZ, *Razón práctica y normas*, Madrid, CEC, 1991, pp. 175-179. Sobre este punto también G. LAMOND, "Coercion and the Nature of Law", *Legal Theory*, vol. 7, pp. 55-56.

las formas de violencia a las que recurren los agentes públicos para reforzar la eficacia de las normas están prohibidas a agentes distintos de los públicos y que, en general, a estos les es difícil recurrir a ellas. Es más, la existencia del derecho presupone que quien pretende cumplir con lo dispuesto obtendrá la protección de quien gobierna frente a quienes intenten impedirlo por la fuerza²⁷. No tiene sentido hablar de un Estado de derecho allí donde los individuos son generalmente coaccionados por otros para que incumplan las normas oficiales vigentes si esa amenaza es tan real como la oficial²⁸. El problema de la constitucionalización del uso de la fuerza (problem of constitutionalism) exige, como mínimo, limitar la actividad de los agentes públicos coercitivos a la aplicación de las reglas jurídicamente válidas, lo que, como hemos visto, implica respetar suficientemente los principios de legalidad y, además, tiene una serie de consecuencias implícitas relativas, fundamentalmente, al diseño de los procedimientos en los que se acredita oficialmente que un individuo es responsable de la violación de una regla o que tiene una pretensión que está respaldada por las normas, que habilitan a la movilización del aparato coactivo oficial para, según proceda, reprochárselo o respaldarlo.

En cualquier caso, esta concepción del derecho pone de manifiesto su valor moral. La generalización social de la violencia es indeseable y la concentración efectiva de la capacidad para ejercer coacción en manos de las autoridades sería un riesgo en sí misma si las autoridades actuaran arbitrariamente²⁹. En la medida en que el derecho reduce o minimiza el riesgo que tienen los individuos de ser víctimas de violencia y coacción arbitrarias, es portador de un valor moral inherente. El ejercicio de la violencia no resulta *necesariamente* ni opresivo ni degradante cuando se satisface lo exigido por los principios de legalidad, es decir, cuando el uso de la fuerza, reservado a agentes públicos, se hace depender del incumplimiento de reglas generales,

²⁷ Al respecto, por ejemplo, N. SIMMONDS, *Law as a Moral Idea*, cit. p. 102.

²⁸ Pensemos, por ejemplo, en la existencia de una organización mafiosa o de grupos rebeldes o paramilitares que ejercen un control muy eficaz de la sociedad, concurrente al "oficial".

²⁹ Cuando definimos el derecho en función de la idea de legalidad o de Estado de derecho, queda claramente de manifiesto la radical incompatibilidad entre derecho y arbitrariedad. En esta misma línea P. SELZNICK, *Law, Society, and Industrial Justice*, cit. pp. 8, 11, que afirma que el Estado de derecho, como ideal inmanente propio del derecho, es contrario a la arbitrariedad, pues aspira a su progresiva reducción al someter el poder de los gobernantes a principios racionales vinculados al orden civil.

públicas, prospectivas, etcétera. Hay que tener en cuenta también que, en estas condiciones, no es posible coaccionar a los gobernados en casos distintos a los anunciados en las reglas: el principio de congruencia entre las reglas anunciadas y la acción oficial exige que los gobernantes se abstengan de castigar a quienes han cumplido las reglas, ya que han de limitarse a castigar a quienes las incumplieron y precisamente en razón de ese incumplimiento³⁰. Esta limitación, implícita en la naturaleza de la relación que se da entre quien pretende gobernar mediante reglas el comportamiento de otro y aquel cuyo comportamiento es gobernado por reglas, también es moralmente significativa.

2.3. Gobierno de reglas y adjudicación de pretensiones y conflictos

Una condición crucial para que exista un Estado de derecho es la que se refiere a la existencia de procedimientos a través de los que se apliquen las reglas establecidas para solventar las pretensiones y conflictos jurídicamente relevantes de los individuos. Igual que la existencia meramente formal de reglas no garantiza el Estado de derecho, la simple existencia de unos agentes que dijese resolver los conflictos según reglas anunciadas no significa que, efectivamente, los conflictos estén siendo solucionados de ese modo. Es necesario que exista un procedimiento para la resolución de los conflictos conforme a reglas, pero también que lo que sucede en el marco de ese procedimiento sea que, efectivamente, los conflictos se resuelven según las reglas. Las pretensiones y conflictos han de adjudicarse en un sentido, por así decirlo, genuino³¹.

Para evitar formas de adjudicación no genuinas, que incluso podrían terminar colapsando en expresiones de gobierno arbitrarias, la adjudicación ha de estar formalmente condicionada por las reglas anunciadas, lo que exige cumplir con dos condiciones implícitas en la idea de legalidad³²: (a) ha de garantizarse la participación de las partes en el proceso mediante la presentación de pruebas y argumentos que consideren relevantes y (b) ha de garantizarse que el juez resuelve considerando las pruebas y los argumentos

³⁰ Al respecto, L. FULLER, *The Morality of Law*, cit. pp. 39-41 y L. FULLER, *The Morality of Law*, 2ª ed. Yale University Press, New Haven, 1969, pp. 216-217.

³¹ La adjudicación genuina es condición de posibilidad del Estado de derecho. Vid. K. LOVETT, *A Republic of Law*, cit. pp. 126 y ss. y 149.

³² El desarrollo de esta concepción de la adjudicación está en L. FULLER, "Forms and Limits of Adjudication" en *Harvard Law Review*, vol. 92, núm. 2, pp. 369 y ss.

presentados por las partes³³. Este carácter abierto de la adjudicación no es una dimensión añadida a la noción de gobierno de las reglas, sino que es constitutivo de su sentido –y, por tanto, también del Estado de derecho–, hasta el punto de que hablar de adjudicación abierta o, simplemente, de adjudicación es exactamente lo mismo desde un punto de vista conceptual.

No tendría sentido exigir que las reglas estén públicamente disponibles y que su sentido sea inteligible para sus destinatarios, si luego el modo en que razonablemente hubieran sido entendidas pudiera ser ignorado por el juez, habilitado para imponer sin más su propio criterio³⁴. Las lecturas razonadas de los destinatarios de las reglas anunciadas no pueden ser sistemáticamente ignoradas, pues son, en cierto modo, versiones de las reglas mismas y quienes han actuado conforme a ellas no pueden ser, sin más, acusados y condenados, como si inequívoca y manifiestamente hubieran actuado en su contra. Las reglas deben aplicarse como razonablemente pudieron y debieron entenderlas sus destinatarios, pues de lo que se trata es de comprobar si estos se ajustaron a lo dispuesto por las reglas tal y como razonablemente debieron entenderlas. Además, siendo las reglas patrones de comportamientos abiertos, no tendría sentido que en su aplicación se ignoraran los hechos y argumentos que los destinatarios pudieran presentar en el momento en que se les reprocha su comportamiento. Si el individuo que era autónomo al momento de actuar conforme a las reglas no tiene ocasión de justificar su comportamiento ante quien se lo reprocha y es castigado sin más, dejará de estar siendo tratado como un sujeto capaz de percibir el sentido de las reglas y de comportarse conforme a ellas y pasará a ser objeto de una imposición arbitraria por parte de quienes lo gobiernan. Dicho de otro modo, quien es gobernado mediante reglas tiene que ser respetado como agente con capacidad para actuar libremente cuando toma la decisión de actuar en función de ellas y también cuando se le reprocha el comportamiento efectuado, ya que

³³ Me refiero, obviamente, a *garantizar normativamente* la participación de las partes y la consideración del juez hacia sus argumentos. Que luego las cosas sucedan realmente del modo previsto en las normas o de otro diferente, es un problema relacionado, pero distinto. En cualquier caso, toda medida, acto o acontecimiento que aproxime el modo en que actúan los jueces y tribunales al modo en que deben actuar, supuesto que las normas que les afectan sean conformes a los principios de legalidad, profundizaría en el carácter jurídico del orden al incrementar la calidad del Estado de derecho.

³⁴ Algo así parece sugerir L. FULLER, *The Morality of Law*, cit. pp. 83, cuando señala que los jueces han de interpretar las leyes considerando el modo en que razonablemente pudieron entenderlas sus destinatarios y no el modo en que ellos las entienden.

si las reglas dejan margen para la intervención de los agentes en el momento de su autoaplicación, es necesario que dejen margen también para la justificación del propio comportamiento al momento en el que se evalúa judicialmente su licitud.

Las decisiones adoptadas en los procesos adjudicativos, por tener que integrar, entre sus presupuestos y fundamentos, los puntos de vista de las partes, son conceptualmente distintas de las decisiones puramente arbitrarias. Que el juez tenga que ser considerado con el punto de vista razonado de las partes es lo que permite convertir una decisión tendencialmente arbitraria en una decisión gobernada por las reglas, porque un modelo de aplicación de las reglas que ignorase lo entendido o argumentado por las partes sería experimentado como una pura imposición y, conceptualmente, sería indistinguible de un método de decisión arbitrario³⁵.

2.4. Dimensión moral del Estado de derecho

De todo lo anterior, se siguen conclusiones relevantes a la hora de dilucidar el problema de la dimensión moral del derecho. Hemos visto que cuando nuestro comportamiento está gobernado por reglas conforme a los principios de legalidad, vemos reconocida nuestra capacidad para actuar autónomamente. También que cuando se gobierna mediante reglas, el recurso a la violencia está significativamente centralizado en los poderes públicos y que quienes pueden recurrir a ella están necesariamente limitados, pues deben cumplir con ciertas condiciones –los principios de legalidad– al momento de expresar qué es lo que desean de nosotros y también deben abstenerse de ejercer la violencia, a no ser que sea como consecuencia de la declaración judicial de que se ha incumplido una regla previa que tenía como consecuencia la aplicación de algún tipo de sanción. Por último, esa declaración judicial no puede producirse de cualquier modo y, en especial, no puede ser arbitraria y, para ello, es imprescindible que se garantice la participación de los afectados en el proceso, dándoles la ocasión de presentar a un juez considerado cuantos hechos y razones estimen relevantes para acreditar que no son responsables del incumplimiento del que se les acusa o que las reglas

³⁵ Es por esto que es función del poder judicial elaborar las interpretaciones más razonables de la ley, que son aquellas que una persona no perjudicada en una sociedad encontraría más naturales, para conforme a ellas, resolver los casos que se les presentan. Vid. K. LOVETT, *A Republic of Law*, cit. pp. 171-172.

respaldan sus pretensiones. Además, esto garantiza su libertad en el sentido de que, en esas condiciones, no es verdad que estén incondicionalmente sujetos a la voluntad de ningún otro individuo y, en particular, a la del juez que aplica las reglas³⁶.

Son esas dimensiones –reconocimiento de la capacidad para la acción autónoma, control de la violencia arbitraria, limitación del gobernante y libertad frente a la voluntad de los otros–, implícitas en la forma en que se manifiesta el control jurídico, las que le confieren valor moral. El orden jurídico es un fenómeno moral porque su forma es expresión de los valores de una moral específica y no porque sea algo conectado a una moral distinta en la que se inspira el contenido de sus normas, bien necesariamente, como habría sostenido cierto iusnaturalismo, bien cuando ciertos valores morales son proclamados constitucionalmente³⁷, como sostiene el constitucionalismo contemporáneo. No es correcto, por tanto, preguntarse con qué moral está conectado el derecho, sino por la *moral en que el derecho consiste*, es decir, por la moral de la que la forma del derecho es expresión. Los valores de la legalidad son sustancialmente morales, es decir, que son típica y comúnmente identificables como partes de nuestro discurso moral, pero también son constitutivos del derecho, en el sentido de que reclaman que el control social se organice y ejerza conforme a unas condiciones o principios. Estos principios son los principios de legalidad, que son la expresión normativa para el control social de los valores morales de la legalidad, es decir, los principios definen cómo ha de ser el control social para ser conforme a los valores de la legalidad. En definitiva, los principios de legalidad son jurídicos porque son constitutivos de la forma del derecho y los valores de la legalidad son jurídicos porque los principios de legalidad son su expresión normativa. Por todas estas razones, creo que la expresión *constitución del Estado de derecho* es una buena forma de referirse a los valores y principios de legalidad. Por últi-

³⁶ He desarrollado el sentido de cada uno de estos principios en A. PEÑA FREIRE, *Legalidad y orden jurídico*, cit. pp. 171-199.

³⁷ Los principios de legalidad no forman parte de una lista de principios de justicia externos al derecho mismo, es decir, que no son estándares morales sustanciales que se introducen en el derecho como consecuencia de alguna fuerza natural misteriosa. Son principios definitorios de los procesos jurídicos y de los métodos de ordenación que definen el control jurídico. Están, por tanto, en relación con la forma del derecho y no con sus productos y, por esa razón, atañen al derecho como un todo y no a sus particulares normas. Vid. D. DYZENHAUS, “Positivism’s Stagnant Research Programme”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, núm. 4, 2000, pp. 721-722.

mo, hay que tener en cuenta que los valores de la legalidad son la fuente del valor moral del derecho, pero exclusivamente en tanto que fundamento de su forma, lo que significa que el derecho puede ser considerado una forma de convivir, relacionarse con otros o de ejercer el control social moralmente valiosa, pero que este valor no se traslada directamente a lo que exige, que merecerá una valoración moral separada.

3. GARANTISMO Y DERECHO PENAL LIBERAL

Todo lo anterior es particularmente relevante para la reflexión sobre el sentido y la significación del derecho penal. El derecho penal es la rama del derecho que expresa de un modo más intenso el poder de coacción del Estado sobre los individuos, al vincular directamente el incumplimiento de sus normas con expresiones de violencia estatal, en forma de restricciones coactivas de bienes y derechos, juzgadas como las más desagradables y graves que un individuo ha de padecer. Esa capacidad para afectar radicalmente e incluso *destruir* a los individuos afectados está entre las razones por las que filósofos y juristas, en general, y penalistas, en particular, han propuesto condicionar la expresión del poder coactivo del Estado a una serie de estrictos principios tendentes a justificar, restringir y humanizar su ejercicio. El Iluminismo penal, de autores como Beccaria o Von Lizst, ha sido la más expresiva manifestación de ese esfuerzo. Quiero destacar que esa pretensión estuvo moralmente motivada, es decir, que se explica por la sensibilidad ética humanista de los ilustrados, a los que repugnaban, por ejemplo, los procedimientos inquisitoriales en los que el juez era enemigo del acusado, las torturas dirigidas a obtener la confesión de los reos, la crueldad de las condenas, etcétera³⁸. Desde este punto de vista, “liberal”, en la expresión “derecho penal liberal”, sería un añadido contingente, aunque muy conveniente, al derecho penal y los principios del derecho penal liberal serían principios adjetivos que califican un tipo específico de derecho penal, pero no rasgos necesarios de su sentido.

Sin embargo, en mi opinión, muchos de los principios por los que se interesaron los ilustrados y defensores del derecho penal liberal no deben ser considerados como aditamentos contingentes al derecho penal. Una parte

³⁸ Al respecto, por ejemplo, M. MARTÍNEZ NEIRA, “La Ilustración (jurídica) española” en J. M. RODRÍGUEZ URIBES y F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Historia de los derechos fundamentales*, tomo II, vol.1, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 415 y ss.

significativa de los principios del derecho penal moderno o liberal está implícita en la lógica del derecho mismo. Esta constatación me parece clave para afrontar algunos de los debates que actualmente ocupan a los filósofos del derecho y a teóricos del derecho penal.

Para demostrar lo anterior, me referiré a los principios del modelo garantista penal de Ferrajoli³⁹. Los principios enumerados por Ferrajoli⁴⁰ son diez, seis relativos al derecho penal y cuatro al derecho procesal penal. Veámoslos con cierto detalle.

- (1) Según el primer principio, el *principio de retribución penal* o de sucesividad de la pena respecto del delito, no hay pena sin crimen. El delito es condición necesaria –no suficiente– de la pena y las penas tienen carácter retributivo. Se excluyen, por tanto, usos preventivos puros del derecho penal. Tampoco debe castigarse a quienes sean percibidos como malvados, desviados, indeseables, peligrosos o proclives al delito por esa simple razón. Quedan excluidas las concepciones correccionales, autoritarias o de defensa social del derecho penal⁴¹ y tampoco puede la pena entenderse orientada a la transformación moral del condenado, ni, por extensión, a la transformación moral de los restantes ciudadanos⁴².
- (2) El segundo principio, el *principio de legalidad penal*⁴³, se desglosa en dos: el principio de mera legalidad dirigido a los jueces y el principio de estricta legalidad dirigido al legislador. El principio de mera legalidad o principio de positividad de la ley penal promueve una concepción exclusivamente positiva o formal de la ley penal y re-

³⁹ No en vano Prieto señala que el garantismo penal es la más fecunda proyección en nuestros días de la filosofía jurídica ilustrada. Vid. L. PRIETO SANCHÍS, “La filosofía penal de la Ilustración” en J. M. RODRÍGUEZ URIBES y F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Historia de los derechos fundamentales*, tomo II, vol. II. Dykinson, Madrid, 2001, p. 131.

⁴⁰ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, trads. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995, pp. 93, 353-692.

⁴¹ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., pp. 368-369.

⁴² Vid. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. pp. 222-224. Este principio también plantea serias objeciones a los usos simbólicos y perfeccionistas de derecho penal, en los que el castigo no es la retribución por un crimen cometido, sino un método para hacer mejores ciudadanos o para mejorar moralmente a la sociedad. Sobre el uso simbólico del derecho penal, M. CANCIO MELIÁ, “Introducción” en G. JAKOBS y M. CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Pamplona, 2006, pp. 97-98, 109.

⁴³ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. pp. 95, 373-385.

- chaza definiciones morales o naturales del delito. Delito es aquello que positivamente ha sido considerado como tal. El principio de estricta legalidad o principio de taxatividad se refiere al legislador, al que impone la obligación de definir de modo preciso y claro el delito. Además, estos dos principios tienen como corolarios al principio de irretroactividad, que es consecuencia lógica del principio de mera legalidad, pues la ley positiva que define el delito ha de ser previa al acto y, de otro lado, al principio de prohibición de la analogía penal, que lo es del principio de estricta legalidad, pues si la definición del delito es precisa, no hay espacio para el razonamiento analógico⁴⁴.
- (3) El *principio de necesidad*⁴⁵ prescribe máxima economía en la tipificación de acciones humanas como delitos y también que la pena sea la mínima necesaria, al ser el derecho penal una técnica de control profundamente lesiva de la libertad y la dignidad humanas⁴⁶.
 - (4) El *principio de lesividad*⁴⁷ vincula necesidad y daño y pone el énfasis en la naturaleza lesiva, objetivamente acreditada, del resultado del acto objeto de reproche.
 - (5) El *principio de materialidad*⁴⁸ vincula daño y acción, de modo que ningún daño, por grave que sea, pueda pensarse si no es efecto de una acción. Los delitos no pueden consistir en estados de ánimo interiores, sino que tienen que concretarse en acciones materiales, físicas o externas, empíricamente observables y tipificables como tales por la ley penal.
 - (6) El *principio de culpabilidad*⁴⁹ reza que no hay acción punible sin culpa y exige que solo se castiguen actos intencionales de los individuos, es decir, actos realizados por personas capaces de comprender y querer. La responsabilidad penal por actos ajenos, del clan o la familia está vetada.

⁴⁴ Al respecto, L. PRIETO SANCHÍS, "La filosofía penal de la Ilustración", cit. pp. 160-162, señala que el estricto sometimiento del juez a la ley es incompatible con la apelación a la analogía, a la equidad o a cualquier fórmula que permita exceptuar o ampliar el sentido de la ley penal.

⁴⁵ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 465.

⁴⁶ La contraparte de la concepción mínima del derecho penal la integran propuestas de "modernización" del derecho penal, que propugnan su expansión. Por ejemplo, L. GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización del Derecho Penal y para la crítica del derecho de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

⁴⁷ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 466.

⁴⁸ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 480.

⁴⁹ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 487.

Los restantes principios son procesales e instrumentales a los principios sustanciales del derecho penal, pues afectan al cuándo y cómo juzgar a quien ha podido cometer una infracción penal⁵⁰.

- (7) El *principio de jurisdiccionalidad*, en sentido amplio, exige que no haya delito ni culpa ni pena sin juicio, lo que, además de excluir penas privadas y venganzas, se traduce en la necesidad de que cualquier restricción de la libertad personal sea decidida en un juicio, de que no pueda ser acordada arbitrariamente, de que la punición penal esté reservada a la jurisdicción penal y de no ser tratado como culpable⁵¹. En sentido estricto, el principio de jurisdiccionalidad se desglosa en los principios acusatorio, de prueba y de defensa.
- (8) El *principio acusatorio* reclama, en primer lugar, separación entre acusación y juez, para garantizar la imparcialidad del juez, que se vería comprometida si se hubiera involucrado en la investigación del presunto culpable. En segundo lugar, supone la indisponibilidad, obligatoriedad o irrevocabilidad de la acción penal, que excluye que el juez pueda decidir, discrecionalmente, no juzgar un posible incumplimiento de la ley⁵².
- (9) El *principio de prueba*⁵³ se sigue del carácter acusatorio del proceso, concebido como un proceso de descubrimiento de la verdad basado en el método de la falsabilidad de las afirmaciones sobre las que va construyéndose la legitimidad de la pena. Como se parte de una situación en la que se presume la inocencia del individuo, quien pretende su condena asume la carga de probar que hizo algo prohibido y que merece la pena, sin que esta carga pueda asumirla el juez, pues comprometería su imparcialidad.
- (10) Por último, el *principio de defensa* o *contradictorio*⁵⁴ exige que no se den por probados hechos o por válidos razonamientos sin posibilidad de refutación por la parte acusada, pues solo serán atendibles

⁵⁰ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. pp. 537 y ss.

⁵¹ Sobre la presunción de inocencia, añade Ferrajoli que “si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena”. Vid. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. 549.

⁵² L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. pp. 561 y ss., esp. 567 y 569-570.

⁵³ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 610.

⁵⁴ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 613.

cuando se hayan descartado todas las posibles refutaciones, lo que exige que la defensa tenga abierta la posibilidad de plantear las hipótesis que estime convenientes y que, a su criterio, podrían falsear las acusaciones formuladas.

Una vulneración de los principios del garantismo tendrá como resultado bien modelos de punición extrapenales o irracionales, bien modelos de derecho penal antiliberales o autoritarios⁵⁵.

- (a) El *modelo de mera prevención* es un modelo de punición no penal, que resulta de negar el principio de retribución, pues la punición se administra preventivamente –sin crimen– para evitar la comisión de hechos indeseables o dañinos en el futuro⁵⁶.
- (b) También es incompatible con el derecho penal el modelo de *estado policial*, que resulta de ignorar el principio de legalidad –*ninguna pena sin ley*– y está en relación con autoridades que administran la coacción a partir de leyes penales en blanco, que permiten intervenciones punitivas prácticamente libres de vínculo alguno⁵⁷.
- (c) Cuando se ignora el principio de necesidad y se castigan acciones superfluas y no lesivas, resulta un modelo de derecho penal vejatorio.
- (d) Cuando se ignora el principio de lesividad, estamos ante un modelo de derecho penal subjetivista sin daño.
- (e) Cuando se ignora el principio de materialidad, surge un modelo de derecho penal subjetivista sin acción. Este no es fácilmente distinguible del anterior, aunque según Ferrajoli⁵⁸, ambos encuentran su expresión cuando se castigan rasgos del carácter, disposiciones morales, estados de peligrosidad, etcétera. El conocido derecho penal de autor es, afirma, la mejor expresión de estos modelos desviados de derecho penal, pues en él, se castiga simultáneamente sin acción ni ofensa, ya que la ley prefigura estados subjetivos in-

⁵⁵ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. pp. 97 y ss.

⁵⁶ El caso de los cupos de detenidos y deportados por demarcaciones territoriales, en función de cuotas asignadas, practicado por el estalinismo en la Unión Soviética, es expresivo de este modelo punitivo: se detiene aleatoriamente a personas, que pasan a ser víctimas de coacción estatal, para prevenir actividades subversivas de rebeldes y para asegurar la sumisión de la población general.

⁵⁷ Al respecto, también L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 798.

⁵⁸ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 100.

criminales o se criminaliza el estatus interior del reo o su identidad personal⁵⁹.

- (f) Los modelos objetivistas son los que rompen con el principio de culpabilidad y asignan la culpa colectiva, impersonal u objetivamente.

De la vulneración de los principios del derecho procesal penal resultan un modelo punitivo extrapenal y *dos modelos de derecho procesal penal autoritario*:

- (g) La vulneración del principio de jurisdiccionalidad tiene como resultado un *modelo punitivo puramente discrecional*, que se manifestaría en la conocida *justicia del cadí*, donde la coacción se administra caso a caso y discrecionalmente, tras un *juicio*, en el que se decide castigar, sin vínculo a ningún criterio preestablecido o, si acaso, por referencia a criterios normativamente vacíos de cualquier contenido específico, como son la equidad, la sabiduría del príncipe, etcétera.
- (h) Un primer caso de derecho procesal penal autoritario es el representado por los modelos inquisitivos de proceso penal, en los que el juez actúa también como acusación, y es el resultado de la vulneración del principio acusatorio.
- (i) El segundo es el modelo de derecho penal de mera legalidad, que se da cuando rompemos con los principios de carga de la prueba y contradictorio, negando al acusado la posibilidad de defenderse o responsabilizándolo de probar su inocencia.

4. PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y PRINCIPIOS DEL GARANTISMO PENAL

Los principios del garantismo penal se solapan unos con otros y, en ocasiones, no es fácil distinguirlos entre sí: muchas de sus garantías se presuponen mutuamente y los modelos corruptos de derecho penal no se dan normalmente en la práctica con demasiada nitidez. En cualquier caso, conjuntamente definen un modelo penal garantista, que es “un modelo regulativo de *justicia formal*, y, en la medida en que tales principios están incorporados al ordenamiento positivo bajo la forma de principios constitucionales o legales, es también un modelo normativo de legitimidad jurídica o de

⁵⁹ La persecución de herejes, de brujas, las leyes raciales de los nazis, las leyes comunistas contra los enemigos del pueblo o las leyes referidas a delinquentes innatos son algunos ejemplos expresados por Ferrajoli.

validez"⁶⁰. El respeto suficiente a los principios por parte de la legislación penal autoriza a clasificarla como un caso de modelo de derecho penal liberal, que garantiza la inmunidad de los ciudadanos respecto de las intervenciones punitivas infundadas o arbitrarias. De otro lado, la vulneración gradual de algún principio nos aleja del modelo garantista de derecho penal, mientras que una ruptura total con los principios nos remite a modelos punitivos extrapenales o irracionales.

En esa caracterización, son evidentes ciertas analogías formales con el ideal de la legalidad de Fuller: los principios de legalidad también son de cumplimiento gradual, de modo que los órdenes jurídicos, como el derecho penal garantista, existen en la medida en que los satisfagan suficientemente. Esta constatación abre la puerta a la comparación entre, de un lado, los principios de legalidad y el modelo ideal de Estado de derecho de Fuller y, del otro, los principios del garantismo penal y el modelo garantista de derecho penal de Ferrajoli. Esa comparación beneficiará nuestra comprensión de los principios del garantismo penal, porque pondrá a los principios del garantismo penal en su contexto y nos permitirá profundizar en su dimensión constitutiva y su naturaleza moral.

Hay que tener en cuenta que mientras que los principios de legalidad van referidos al derecho mismo, los principios del garantismo van referidos a un tipo especial de derecho penal, cualificado por su carácter liberal. Mientras que Fuller se interesó por los principios que constituyen al orden jurídico como tal, es decir, principios que nos permiten *clasificar* a los distintos métodos para el control del comportamiento humano como métodos de tipo jurídico, Ferrajoli se propuso elaborar los principios que nos permiten *calificar* al derecho penal como liberal o garantista⁶¹. Sin embargo, es evidente que, entre los principios estudiados por Ferrajoli, existen también principios constitutivos del derecho penal y no solo principios característicos del derecho penal liberal. Así sucede si atendemos a la distinción de Ferrajoli⁶² entre principios cuya vulneración da lugar a formas autoritarias de derecho penal o de derecho procesal penal (principios de necesidad, lesividad, materialidad, culpabilidad, acusatorio, prueba y defensa) y principios cuya vulneración da lugar a modelos punitivos extrapenales (retribución, legalidad y

⁶⁰ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 97.

⁶¹ Me valgo aquí de la distinción entre condiciones clasificantes y calificantes de R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1995, p. 32.

⁶² L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. pp. 98-103.

jurisdiccionalidad). Obviamente, los primeros parecen tener una dimensión meramente calificante del carácter liberal del derecho penal, mientras que los segundos son clasificantes, porque son constitutivos del derecho penal mismo, en la medida en que su vulneración nos remite a formas de punición extrapenales.

Sin embargo, a mi juicio, esta distinción no está bien aplicada, pues algunos de los principios agrupados como calificantes son algo más que condiciones del carácter garantista del derecho penal y pueden llegar a ser constitutivos del derecho penal mismo, en la medida en que su vulneración da lugar a formas de control de la conducta no-jurídicas. Lo que haré, a continuación, es elaborar el sentido de cada principio del garantismo a la luz de los presupuestos e implicaciones de los principios de legalidad. Atenderé, por ejemplo, a la necesidad de que el control social vaya referido a acciones humanas y de que su ejercicio respete los principios de legalidad, lo que es muy relevante para los seis principios garantistas del derecho penal. Otro tanto sucede con los principios de derecho procesal penal de Ferrajoli, que pueden beneficiarse de una lectura a la luz de las exigencias del modelo de adjudicación genuina, conceptualmente vinculado al gobierno de las reglas, al que me he referido anteriormente. Esto nos permitirá comprobar si la vulneración de un principio garantista es compatible con lo que exigen los principios de legalidad, al menos hasta el punto necesario para permitirnos seguir hablando de métodos de control del comportamiento autoritarios o no liberales, pero aún penales y, lógicamente, jurídicos en su naturaleza.

El resultado, cuya explicación viene a continuación, se representa en el siguiente cuadro. En las dos columnas de la derecha, figuran la distribución de los modelos punitivos de Ferrajoli y la que resulta de mi variante corregida fruto de leer el garantismo en clave fulleriana. En ellas, están sombreadas más intensamente las expresiones del poder coactivo extrapenales y menos las formas de expresión del poder coactivo compatibles con la forma del derecho. Como se aprecia, estas últimas son menos en la versión corregida mía que en la original de Ferrajoli. Veamos cada caso.

| PRINCIPIOS DE LEGALIDAD | PRINCIPIOS DEL GARANTISMO PENAL | VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GARANTISTAS | VERSIÓN CORREGIDA |
|-----------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------|----------------------------------------------|
| Reglas | 1. Retribución o sucesividad <i>Ninguna pena sin delito</i> | (a) Sistemas de mera prevención | (a) Sistemas de mera prevención |
| Prospectivas | 2. Legalidad penal <i>Positividad y taxatividad</i> | (b) Estados policiales | (b) Estados policiales |
| Públicas | 3. Necesidad <i>Derecho penal mínimo</i> | (c) Derecho penal vejatorio | (c) Derecho penal vejatorio |
| Inteligibles | 4. Lesividad <i>No hay delito sin daño</i> | (d) Derecho penal subjetivista sin daño | (d) Derecho penal subjetivista sin daño |
| Posibles | 5. Materialidad <i>No hay daño sin acción</i> | (e) Derecho penal subjetivista sin acción | (e) Derecho penal subjetivista sin acción |
| Coherentes | 6. Culpabilidad <i>No hay acción sin culpa</i> | (f) Derecho penal objetivista sin culpa | (f) Derecho penal objetivista sin culpa |
| Estables | 7. Jurisdiccionalidad <i>Ninguna pena sin juicio</i> | (g) Justicia del <i>cadí</i> | (g) Justicia del <i>cadí</i> |
| Congruentes con la acción oficial | 8. Principio acusatorio <i>Separación acusación y juez Irrevocabilidad de la acción penal</i> | (h) Derecho procesal penal inquisitivo | (h) Derecho procesal penal inquisitivo |
| | 9. Prueba <i>Necesidad de probar los cargos</i> | (i) Derecho procesal penal de mera legalidad | (i) Derecho procesal penal de mera legalidad |
| | 10. Defensa o contradicción <i>Posibilidad de refutar los cargos</i> | | |

En el modelo original de Ferrajoli, los principios de necesidad y lesividad son principios calificantes, es decir, que atañen al carácter garantista del derecho penal. La concepción de la legalidad de Fuller confirma esta conclusión: los modelos de punición fruto de la vulneración de estos principios –(c) derecho penal vejatorio y (d) modelos de derecho penal sin daño– son manifestaciones indeseables del poder coactivo, pero también son instancias de derecho penal, en la medida en que presentan la forma característica del control jurídico. Un gobierno que castigara severamente acciones superfluas o no reprobables o que castigase ciertas actividades pese a que no han causado aún un daño verificable, se mantendría dentro de los límites del Estado derecho en el sentido descrito anteriormente. Los destinatarios de sus normas, siempre que las prohibiciones estén anunciadas de antemano, sean prospectivas, aplicadas congruentemente por las autoridades, etcétera, seguirían experimentado como jurídico el control del que son objeto. Los modelos de derecho penal autoritario vejatorio y subjetivista sin daño son, en efecto, lo que Ferrajoli indica: no son expresión del derecho penal liberal, pues son manifestaciones autoritarias del derecho penal, pero son derecho penal al fin y al cabo.

En el caso de los restantes principios garantistas cuya vulneración, según Ferrajoli, da lugar a formas autoritarias de derecho penal, la conclusión

podría no ser correcta, porque los principios en cuestión pueden llegar a ser constitutivos del derecho penal y del control jurídico mismo, con lo que su vulneración puede dar como resultado no un modelo de derecho, sino algo distinto. Veámoslo con detalle.

El derecho penal de mera legalidad (i) es, según Ferrajoli⁶³, una forma de derecho penal autoritario sin prueba ni defensa. De la lógica de Ferrajoli se sigue que la vulneración de los principios de prueba y defensa no desvirtúa la naturaleza jurídica del que él denomina “derecho penal autoritario sin prueba ni defensa” o “modelo de mera legalidad”. Sin embargo, los principios de legalidad y, en particular, la necesidad de que las reglas sean adjudicadas a través de procedimientos abiertos a la presentación de pruebas y argumentos por las partes, no autorizan a ser tan caritativo con estas formas de punición o control: un gobernante que aplicase sus normas sin dar a sus súbditos la posibilidad de presentar las pruebas y argumentos razonables no estaría adjudicando, ni tampoco estaría gobernando su comportamiento según reglas. La concepción fulleriana de la adjudicación hace imposible considerar que quien está cognitivamente cerrado a los hechos y razones presentados por los acusados en el juicio sea realmente un juez. Quien así decide lo hace arbitrariamente, al descartar anticipadamente cualquier posibilidad de que los súbditos demuestren, razonablemente, que la acción que se les reprocha no constituyó una infracción a la regla dispuesta. Si hay reglas pero su aplicación no deja absolutamente ningún espacio para la prueba y la defensa, entonces no existe esa situación social a la que llamamos Estado de Derecho o podría no existir en el grado necesario para autorizarnos a dar por constituido el orden jurídico.

El caso del principio acusatorio merece un doble análisis, según se trate de la exigencia de que la acusación y el juez estén separados o de la irrevocabilidad de la acción penal. La no separación entre acusación y juez compromete la imparcialidad del juez, lo que podría afectar a la integridad de la adjudicación, desvirtuándola como mecanismo a través del que necesariamente ha de ejecutarse el gobierno de las reglas. Un juez que se ha visto involucrado personalmente en la investigación de los hechos o que participa directamente en la acusación en el momento del juicio, no está habilitado para decidir imparcialmente y, en ese sentido, la norma que se lo exigiese sería de

⁶³ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 98.

imposible cumplimiento⁶⁴. Una adjudicación genuina no es posible en estas condiciones. Quien se sepa en manos de un juez que no puede ser imparcial se sentirá tratado de modo arbitrario y nunca podrá llegar a la conclusión de que los hechos y razones que ha presentado en apoyo de su pretensión han sido considerados exclusivamente por referencia a las reglas anunciadas. Respecto de la irrevocabilidad de la acción penal, es evidente su relación con los principios de generalidad y congruencia de Fuller. Que sean reglas las que gobiernan el comportamiento de los individuos y que quienes están llamados a aplicarlas hayan de ser congruentes con ellas es incompatible con que el juez pueda decidir, discrecionalmente, no juzgar algunos casos, pues esto implicaría que los individuos bajo el control del juez, en última instancia, dependen de su arbitrio, ya que el juez no puede tener la obligación de actuar congruentemente con las reglas si, a la vez, puede disponer de ellas. Así las cosas, cualquiera de las dos expresiones del principio acusatorio es condición del carácter jurídico de la punición y no solo del carácter liberal del derecho penal: un *derecho penal* que rompiese radicalmente con el principio acusatorio de Ferrajoli no equivale a una forma autoritaria de derecho penal y, de nuevo, nos remitiría a formas de control del comportamiento humano distintas de las genuinamente jurídicas.

La relación de los principios de materialidad y de culpabilidad con la naturaleza del derecho es también más estrecha de lo que Ferrajoli supuso. Los principios de legalidad que hacen posible que el comportamiento humano esté gobernado por reglas exigen que estas vayan referidas a acciones humanas sobre las que los individuos tienen control rector. De aquí se sigue que no son reglas las normas que castigan a los individuos por lo que son, por lo que sucede o por verse envueltos en acontecimientos sobre los que no tienen ningún control rector: ninguna forma de control construida sobre disposiciones de ese tipo tiene por objeto el comportamiento de los individuos. Considerar responsables penalmente a los individuos tras asignarles objetivamente la culpa por algún estado de cosas en cuya aparición no pudieron incidir de ningún modo o por una disposición estadística al delito de algún grupo al que pertenecen, es una forma de castigar a los individuos por algo que sucede y no por algo que han hecho. Castigarlos por acciones sobre las

⁶⁴ Parafraseando a Diderot, diríamos que igual que el acusado no tiene la obligación de decir la verdad porque sería una forma de añadir perjurio al delito cometido, un juez inquisitivo no puede tener el deber de ser imparcial, porque sería una forma de obligarle a incumplir la ley (citado por L. PRIETO SANCHÍS, "La filosofía penal de la Ilustración", cit. p. 169).

que no tenían control rector supone ignorar radicalmente su capacidad para la acción autónoma y para el control de su propio comportamiento, lo que es claramente incompatible con el propósito definitorio del derecho, que es gobernar el comportamiento humano conforme a reglas que presuponen un sujeto con capacidad para actuar por sí mismo y que decide cómo comportarse, que es la razón por la que está justificado exigirle responsabilidad por los efectos de sus acciones. Por esa razón, un control punitivo del comportamiento que ignorase radicalmente los principios de materialidad o culpabilidad –(e) derecho penal subjetivista sin acción y (f) derecho penal objetivista sin culpa– podría llegar a ser una forma de control no jurídico del comportamiento de los individuos.

Acierta, sin embargo, Ferrajoli cuando se pronuncia sobre lo que sucede si se rompe con los principios de jurisdiccionalidad, de legalidad y de retribución. Una ruptura radical con estos principios es incompatible con la naturaleza jurídica del control social y, claramente, nos remite a modelos punitivos extrapenales no jurídicos. La lectura de los principios del garantismo penal a la luz de la concepción de la legalidad de Fuller refuerza esa conclusión.

La ruptura con el principio de jurisdiccionalidad en sentido amplio, característica de los modelos punitivos puramente discrecionales (g) a los que se refiere Ferrajoli⁶⁵, es incompatible con el respeto al principio de generalidad, el más básico de los principios de legalidad, que, en su sentido más elemental, exige que haya reglas conforme a las que controlar el comportamiento de los individuos⁶⁶. La dependencia del control jurídico de la existencia de reglas es una obviedad: como señala, enfáticamente, Radin⁶⁷, “el derecho consiste en reglas” (law consists of rules). En ausencia de reglas, es decir, allí donde un árbitro decide discrecionalmente caso a caso, sin sujeción a patrones de comportamiento previos, cuyo sentido socialmente establecido limite tanto el comportamiento de sus destinatarios directos como la decisión arbitral, no hay orden jurídico. El derecho, entendido como gobierno mediante reglas, es lógicamente incompatible con mecanismos de decisión puramente discrecionales. Un modelo puramente discrecional de *justicia*, como la del *cadí*, no es derecho.

⁶⁵ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 102.

⁶⁶ L. FULLER, *The Morality of Law*, cit. pp. 46-49.

⁶⁷ M. RADIN, “Reconsidering the Rule of Law” en *Boston University Law Review*, vol. 69, núm. 4, 1989, pp. 782- 792.

Algo similar sucede con la ruptura con el principio de legalidad, propia de los Estados policiales (b) en los que leyes penales en blanco autorizaran la aplicación de amplias medidas coactivas sobre los individuos ante situaciones poco especificadas (“calamidad pública”, “grave amenaza a la seguridad”). Estas leyes equivalen a autorizaciones incondicionadas para el uso discrecional de la fuerza por parte de las autoridades⁶⁸ y, en ese sentido, son incompatibles con la dimensión limitativa del poder coactivo del gobernante implícita a los principios de legalidad: el recurso a la fuerza por parte de un poder así no está constitucionalizado. Quien decide en estas condiciones gobierna, pero no jurídicamente, pues lo hace en función de parámetros distintos a los que se dan cuando existen reglas generales, inteligibles, estables, etcétera, que condicionan las ocasiones en las que está permitido el recurso a la coacción.

En cuanto al último principio, el de retribución o sucesividad de la pena respecto del delito, un orden punitivo que lo ignorase no concebiría la coacción como respuesta a un ilícito y la administraría al margen de la comisión por los afectados de cualquier acción prohibida. Los sistemas preventivos, teleocráticos y autoritarios en los que a los individuos se les castiga, por ejemplo, por lo que son o por lo que parece que son o en función de reglas técnicas –no jurídicas– que habilitan a la aplicación de medidas de defensa social coactivas, a los que se refiere Ferrajoli⁶⁹, son difícilmente distinguibles de las formas más radicales de vulneración de los principio de legalidad, materialidad o culpabilidad e incluso del de jurisdiccionalidad. Es claro que, en ellos, en modo alguno se pretende que el ejercicio de la coacción dependa de las reglas que señalan a acciones reprobables de los individuos, sino de otras consideraciones o hechos objetivos o naturales o de lo que el logro o satisfacción de algún propósito social exige, a criterio de quien gobierna. Si el control de la población no se basa en sancionar a los individuos por lo que han hecho, no merece, en ningún caso, la consideración de jurídico. Coaccionar a los individuos por lo que son, como ha demostrado Rundle⁷⁰, inspirada por Fuller, no es gobernar jurídicamente: una legalidad exterminadora es imposible conceptualmente. Así ocurre, por ejemplo, en el caso del exterminio nazi, analizado por la autora como una manifestación de fuerza

⁶⁸ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. p. 798.

⁶⁹ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. pp. 369-370.

⁷⁰ Vid. K. RUNDLE, “The Impossibility of an Exterminatory Legality: Law and the Holocaust”, *University of Toronto Law Journal*, vol. 59, núm. 1.

o violencia puramente extrajurídica⁷¹, en el que se aniquiló a los judíos por lo que eran o porque su exterminio era un medio para lograr un fin –una Europa libre de judíos– reputado deseable por los nazis. Otra manifestación punitiva igualmente incompatible con el principio de retribución es el derecho penal del enemigo de Jackobs⁷² o, al menos, versiones singularmente radicales del mismo, que resultarían incompatibles no ya con el carácter liberal del derecho penal apropiado para los ciudadanos, sino con el derecho penal mismo⁷³. Tampoco es jurídico, por su ruptura con el principio de retribución, un modelo teleocrático de gobierno⁷⁴, en el que la coacción se administrase exclusivamente en función de la conveniencia de la condena y en el que las directrices generales de comportamiento pudiesen ser ignoradas si la condena a quien efectivamente las siguió resulta conveniente a la satisfacción de algún fin social o político. Parafraseando a Rundle⁷⁵, diríamos que estas formas de control o gobierno ignoran que los individuos son agentes capaces de autodirigirse y los reducen a simples instrumentos o útiles para lograr algún objetivo y, por esa razón, no son jurídicos. Es también lo que ocurriría en el caso de modelos de administración de justicia fuertemente activistas o comprometidos, en los que se invitara a los jueces a fallar en sentidos distintos de los que razonablemente se habrían seguido de normas anunciadas cuando esos fallos resulten útiles a la satisfacción de algún fin social o político: esto es radicalmente incompatible con el Estado de derecho, por muy loable que sea el fin perseguido⁷⁶. Ninguno de estos modelos de control del compor-

⁷¹ Al respecto, también Fraenkel pone de manifiesto la relación entre ruptura con el Estado de derecho, orden teleocrático o gobierno de tareas (Massnahmenstaat) y nazismo y, en particular, las políticas de exterminio. Vid. E. FRAENKEL, *Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 6.

⁷² G. JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Pamplona, 2006.

⁷³ Como expresivamente advierte M. CANCIO MELIÁ, “Introducción”, cit. pp. 18-19, 89), “el ‘Derecho penal del enemigo’ no puede ser ‘Derecho’: es algo distinto de lo que habitualmente se llama ‘Derecho penal’ en nuestros sistemas jurídico-políticos”, de modo que “‘derecho penal del ciudadano’ es un pleonismo, ‘derecho penal del enemigo’ una contradicción en los términos”.

⁷⁴ Sobre el control gerencial del comportamiento humano, cfr. L. FULLER, *The Morality of Law*, 2ª ed. cit. pp. 208 y ss. o J. KETCHEN, “Revisiting Fuller’s Critique of Hart Managerial Control and the Pathology of Legal Systems: The Hart-Weber Nexus”, *University of Toronto Law Journal*, vol. 53, 2003, pp. 1- 35.

⁷⁵ Cfr. K. RUNDLE, “The Impossibility of an Exterminatory Legality” cit. p. 117.

⁷⁶ Debería ser obvio recordarlo, aunque me temo que quizás no lo sea: en un Estado de derecho, los fines se buscan a través de la ley y no al margen de ella y la ley no puede ser ignorada sin merma para el Estado de derecho y para los valores morales que lo conforman.

tamiento humano satisface las condiciones necesarias para ser considerado como una manifestación de control jurídico.

5. CONCLUSIONES

La reflexión sobre la dimensión moral de la forma del derecho es una asignatura pendiente de la filosofía del derecho. Este asunto ha estado lastreado por una excesiva cautela –motivada como una reacción a los excesos cognoscitivistas y moralistas del iusnaturalismo– frente a cualquier sugerencia relativa a la conexión entre moral y derecho. El resultado ha sido una filosofía del derecho que ha considerado que el valor moral del derecho, en el mejor de los casos, es dependiente de los fines y propósitos que motivan a los gobernantes al momento de dar contenido a las normas. En cierto modo, estos planteamientos se han trasladado también a la reflexión sobre los fundamentos del derecho penal, pues los principios que dan forma jurídica al ejercicio del poder punitivo del Estado han sido considerados como principios externos al derecho penal mismo, es decir, como atributos contingentes de esa rama del derecho y no como sus rasgos definitorios o constitutivos.

Sin embargo, como he señalado, el derecho tiene una indudable dimensión moral, pues aspectos esenciales de su forma y de los procesos jurídicos que lo definen son expresivos de valores morales. Una vez singularizados los principios –los principios de legalidad– a través de los que los valores de la legalidad se proyectan sobre el control social, ha sido posible clarificar la naturaleza de los principios fundamentales del derecho penal garantista de Ferrajoli. El resultado de esa clarificación es que muchos de los principios del garantismo penal son constitutivos del derecho penal mismo y no principios cuya satisfacción autoriza a calificarlo como liberal o garantista. Por esta razón, rupturas y excepciones significativas a principios como la culpabilidad, la presunción de inocencia, el exclusivo sometimiento del juez al derecho, etcétera, a veces camufladas bajo envoltorios aparentemente atractivos, no son posibles sin lesionar los valores que dan sentido moral al derecho penal liberal, que son los mismos que definen la naturaleza jurídica del control social. La vulneración de esos principios da lugar no a formas iliberales o autoritarias de derecho penal, sino que rompe con el derecho penal y con el Estado de derecho mismos. Es evidente que ser conscientes de la dimensión moral del derecho no evitará que este tipo de propuestas sigan formulándose, pero, al menos, nos habilita para saber exactamente el valor de lo que

nos jugamos cuando decidimos enfrentarlas y qué perderemos si, haciendo dejación de nuestra responsabilidad como juristas, decidimos no hacerlo. A nadie más que a nosotros se le puede exigir ser conscientes del valor moral y civilizatorio del derecho.

ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE
Universidad de Granada
Departamento de Filosofía del Derecho
Universidad de Granada
Plaza de la Universidad, s/n
18071 Granada
e-mail: apena@ugr.es