

¿De qué hablamos cuando hablamos de legalidad? Algunas acotaciones a la caracterización del principio de legalidad en Giorgio Pino*

What do we mean when we talk of legality? Some remarks on the characterization of the
principle of legality by Giorgio Pino

Ángeles Ródenas **

Resumen: La autora realiza una aproximación al principio de legalidad a partir del análisis de tres nociones fundamentales: el principio de juridicidad, el ideal del *rule of law* y el principio de legalidad en sentido estricto. Aunque estas tres nociones están profundamente interrelacionadas, son claramente diferenciables. El principio de juridicidad implica que toda acción del Estado debe estar vinculada al ordenamiento jurídico en su totalidad, sin distinción en el rango de las normas. Siguiendo a A. Merkl, la autora sostiene que este principio representa una necesidad “jurídico-teórica”, dado el vínculo “lógico” entre los conceptos de Estado y de Derecho. Por otro lado, el ideal del *rule of law* se concibe en este trabajo en términos razianos, como un ideal aspiracional de carácter formal que se proyecta sobre el Derecho y que trasciende las tradiciones jurídicas concretas, sirviendo como patrón de valoración de los ordenamientos jurídicos. Finalmente, el principio de legalidad en sentido estricto se refiere a la primacía del Derecho parlamentario sobre otras fuentes normativas. Frente a la caracterización que G. Pino realiza del principio de legalidad en sentido estricto, la autora sostiene que este principio no constituye una exigencia universal derivada del ideal del *rule of law*. En cambio, la fundamentación del principio en sentido estricto debería buscarse en ideales políticos relacionados con el valor superior del proceso democrático de toma de decisiones. Tras esta aproximación conceptual, la autora propone avanzar en la comprensión del principio de legalidad en sentido estricto, concibiéndolo como un nexo entre los valores que lo justifican y las exigencias normativas que de él se derivan para el Derecho. Para mantener la operatividad del principio de cara a la argumentación jurídica, la autora sostiene que resulta esencial precisar con claridad cuáles son los valores específicos que lo justifican y cuáles son las precisas exigencias normativas que emanan de él, examinando críticamente el análisis que Giorgio Pino realiza sobre ambas dimensiones.

Abstract: The author's approach to the principle of legality is based on the analysis of three fundamental notions: the lawfulness principle, the ideal of the rule of law and the principle of legality in the strict sense. Although these three notions are deeply interrelated, they are clearly distinguishable. The lawfulness principle implies that all State action must be linked to the legal system in its totality, without distinction in the rank of norms. Following A. Merkl, the author argues that this principle represents a “legal-theoretical” necessity, given the “logical” link between the concepts of State and law. On the other hand, the ideal of the rule of law is conceived in this paper in Razian terms, as an aspirational ideal of formal character that is projected into law and that transcends concrete legal traditions, serving as a standard of evaluation of legal systems. Finally, the principle of legality in the strict sense refers to the primacy of parliamentary laws over other sources of law. In contrast to G. Pino's characterization of the principle of legality in the strict sense, the author argues that this principle does not constitute a universal requirement derived from the ideal of the rule of law. Instead, the foundation of the principle in the strict sense should be grounded in political ideals

** Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto Retos de Investigación de la AEI: *Gobernanza democrática, brechas de la desigualdad e inteligencia artificial* (PID2023-147126OB-I00). Una versión preliminar del mismo fue discutida en el seminario de Filosofía del Derecho de la UPF. Agradezco a mis compañeros de dicha universidad, y especialmente a J.J. Moreso, todos sus agudos comentarios. También de J. Ruiz Manero, Horacio Alonso y Yohan Molina he recibido valiosas observaciones.

**** Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante (España). Código ORCID: 0000-0002-1983-0691.

related to the higher value of the democratic decision-making process. After this conceptual approach, the author proposes to advance in the understanding of the principle of legality in the strict sense, conceiving it as a nexus between the values that justify it and the normative demands that derive from it for the law. In order to maintain the operability of the principle in legal argumentation, the author argues that it is essential to clearly specify the precise values that justify it and the precise normative requirements that derive from it are, critically examining Giorgio Pino's analysis of both dimensions.

Palabras clave: Principio de legalidad, principio de juridicidad, ideal del *rule of law*.

Key words: Principle of legality, lawfulness principle, the ideal of the rule of law.

Fecha de recepción: 20-2-2025

Fecha de aceptación: 21-4-2025

No es esta la primera ocasión en la que comento un trabajo de Giorgio Pino. Esta nueva oportunidad no ha hecho sino afianzar la opinión que ya tenía sobre su trabajo: reflexionar sobre un texto de Pino es una experiencia enriquecedora y, al mismo tiempo, un verdadero reto. Es una tarea enriquecedora por lo mucho que se aprende de sus trabajos: al enfrascarse en el primer capítulo de su libro *Jueces, legalidad e interpretación*, titulado “Poderes interpretativos y principio de legalidad”, el lector se encontrará con un análisis exhaustivo del principio de legalidad y una exposición original sobre las implicaciones que este principio conlleva en el ámbito de la interpretación. Pero, además, como acabo de señalar, comentar un trabajo de Pino representa todo un reto, ya que la profundidad y el rigor con los que aborda los temas que trata deja poco espacio para la crítica y mucho para el elogio. Sin embargo, partiendo de la premisa de que la crítica del pensamiento es el motor que impulsa la filosofía, me propongo llevar a cabo algunas acotaciones al ya de por sí esclarecedor trabajo de Pino.

1. Un concepto particularmente esquivo

En las siguientes páginas, presentaré las principales razones por las cuales considero que el principio de legalidad es, en muchos aspectos, sumamente esquivo. Para comenzar, es importante señalar que nuestra comprensión del principio de legalidad en su sentido más estricto puede verse afectada si incluimos características que, en realidad, no le son propias, sino que pertenecen a dos nociones relacionadas pero distintas: el “principio de juridicidad”¹ y el ideal del *rule of law*. Después de diferenciar el principio de legalidad en su sentido estricto del principio de juridicidad y del ideal del *rule of law*, regresaré al enfoque central del trabajo de Pino: el principio de legalidad en su acepción más estricta. Mi estrategia para abordar este principio será indirecta: expondré las características fundamentales de este principio sin intentar definirlo. En particular, me centraré en su valor instrumental, su carácter institucional o formal, y su función como nexo entre los valores o ideales que lo sustentan y las exigencias normativas que se derivan del mismo para los ordenamientos jurídicos. Finalmente, concluiré proponiendo un

¹ Como veremos tomo este término de A. Merkl (1980, pp. 212 a 215).

redimensionamiento del principio de legalidad, tanto en su interpretación más restringida como en sus acepciones más amplias, con el objetivo de facilitar su aplicación en diferentes contextos argumentativos.

2. El principio de legalidad en sentido estricto, el principio de juridicidad y el ideal del *rule of law*

Antes de profundizar en las razones por las cuales el concepto de legalidad puede resultar tan esquivo, es importante considerar dos nociones que están estrechamente relacionadas con el principio de legalidad: el principio de juridicidad y el ideal del *rule of law*. Sostendré que nuestra interpretación del principio de legalidad en su sentido más estricto podría verse afectada si incluimos características que, en realidad, pertenecen a estas otras dos nociones. Aunque son nociones similares, no son equivalentes. Reconozco que mi intento de diferenciar entre estos tres conceptos puede parecer algo arbitrario, pero creo que es fundamental dotar de claridad analítica a estas ideas si realmente queremos avanzar en nuestra comprensión del principio de legalidad.

2.1 El principio de legalidad en sentido estricto

Para delimitar el enfoque de su trabajo, Pino realiza una importante acotación inicial: su análisis se centrará en el principio de legalidad en sentido estricto. Según Pino, este principio se refiere a “la legalidad que se satisface por una ley en sentido técnico provista de ciertas características”². Así, este ideal prioriza una fuente específica del Derecho: la ley parlamentaria, de entre todas las demás. Sin embargo, esta exigencia no se cumple simplemente con la existencia de cualquier ley; es necesario que el parlamento ejerza su función legislativa promulgando leyes que cumplan con ciertas características, tales como ser generales, abstractas, públicas, estables y no retroactivas, entre otras³.

Al hacer esta acotación, Pino busca excluir de su análisis otras exigencias propias de lo que podríamos denominar “principio de legalidad en sentido amplio” (o “impropio”). ¿Cuáles son estas otras exigencias? ¿En qué consiste exactamente el principio de legalidad en su sentido más amplio? Pino aborda esta cuestión señalando que...

“en una modalidad menos paradigmática, el ideal de la legalidad puede en teoría ser satisfecho por tipos de normas o actos normativos distintos a las leyes parlamentarias, como, por ejemplo: principios constitucionales, otros principios generales del derecho (no necesariamente constitucionales), precedentes jurisprudenciales, normas de origen supranacional”⁴

En términos muy simples, la legalidad en un sentido amplio, según lo plantea Pino, implica extender el mismo ideal que se aplica a la ley formal a las otras fuentes del Derecho, como los principios del Derecho, la jurisprudencia de los tribunales y el Derecho supranacional, entre otros.

² G. Pino (2024, p. 23).

³ G. Pino (2024, p. 35).

⁴ G. Pino (2024, pp. 22-23).

2. 2 El principio de juridicidad

Al realizar esta acotación inicial, Pino se alinea con numerosos juristas continentales que han argumentado que la expresión “principio de legalidad” debe reservarse para referirse a la ley en su sentido formal. En su obra *Teoría General del Derecho Administrativo*⁵, Merkl opta por utilizar el término “principio de juridicidad” para describir la necesidad de una vinculación positiva de los actos y las normas jurídicas con el ordenamiento jurídico en su totalidad, sin hacer distinciones en el rango de las normas. Por otro lado, considera el principio de legalidad “un caso especial de aplicación del principio de juridicidad”, ya que “la ley no es más que una de las fuentes del Derecho, y la legalidad, por lo tanto, una juridicidad cualificada”⁶.

Es importante señalar que, a pesar de la coincidencia entre Merkl y Pino sobre lo que se debe entender por principio de legalidad en sentido estricto, existe una diferencia interesante en su interpretación de la legalidad en sentido amplio (o impropio). Reflexionar sobre esta diferencia puede ser muy esclarecedor para entender las dificultades que hacen que este concepto sea tan esquivo y por qué frecuentemente el debate sobre sus implicaciones resulta tan desconcertante. Para Pino, la manifestación del ideal de legalidad en un ordenamiento jurídico, ya sea como legalidad en sentido estricto o en sentido amplio, es una cuestión contingente, sujeta a las circunstancias históricas y a la evolución de la tradición jurídica.

“El que el ideal de la legalidad esté presente, en un cierto ordenamiento, bajo la modalidad paradigmática de la “legalidad en sentido estricto”, o bien bajo alguna de las modalidades menos paradigmáticas, es una cuestión contingente que deriva de las decisiones de política del derecho prevalentes en un determinado ordenamiento y de la cultura jurídica que se dedica a eso (Pino 23)”.

En cambio, Merkl destaca que el principio de juridicidad representa una “necesidad jurídico-teórica”, debido a la conexión “lógica” entre los conceptos de Estado y Derecho. Esto implica que no se puede considerar como acción del Estado cualquier actuación humana a menos que exista un precepto que lo respalde. En contraste, el principio de legalidad, en su sentido más estricto, se presenta como “una opción jurídico-política” que es contingente.

«Así como el principio de juridicidad de la Administración es una ley jurídico-teórica que se deduce de la naturaleza de todas las funciones del Estado como funciones jurídicas, el principio de legalidad es un postulado jurídico-político que requiere ser consagrado legalmente para tener existencia jurídico-positiva»⁷.

Según Merkl, el principio de juridicidad está siempre presente cuando hablamos de las acciones del Estado. Si estas acciones no están autorizadas por el Derecho y no se rigen por él, no podemos considerar que exista un verdadero ejercicio del poder político; más bien, estaríamos ante un ejercicio no reglado de la fuerza física por parte de quienes logran, de manera coyuntural, ejercer su monopolio.

⁵ A. Merkl (1980, pp. 212 a 215).

⁶ Sobre la relevancia analítica de esta distinción cfr. también Rubio Llorente, F. (1993 pp. 6 a 21).

⁷ A. Merkl (1980, p. 212-215).

Sin embargo, es importante destacar que el principio de juridicidad no garantiza la ausencia de arbitrariedad en el poder del Estado. Que el poder estatal esté regulado por el Derecho no implica automáticamente que dicho Derecho beneficie a las personas que están bajo su jurisdicción. Como ha señalado Elías Díaz:

“Los dictadores suelen encontrar bastantes facilidades –sirviéndose siempre del miedo, del terror, de la mentira y de la falta de libertad– para convertir en leyes sus decisiones y voluntades (individuales o de sus poderosos allegados), es decir para legislar sus arbitrariedades. Podrían incluso aceptar y aducir que su poder está reglado por el Derecho (por el mismo dictador creado) y sometido a (sus propias) normas jurídicas. Eso también es Derecho (ilegítimo, injusto), también es Estado (dictatorial, totalitario) pero no es Estado de Derecho”⁸.

El principio de juridicidad implica entonces que cualquier acción del Estado debe llevarse a cabo dentro del marco del Derecho. Esto significa que quienes ejercen el poder político también están sujetos a las normas legales, independientemente de si estas son arbitrarias o no⁹.

2. 3. El ideal del *rule of law*

a) Un ideal contra la arbitrariedad del Derecho

Es en el ideal del *rule of law*¹⁰, y no en el principio de juridicidad, donde se inserta una garantía contra la arbitrariedad del Derecho¹¹. Uno de los filósofos del Derecho contemporáneos que más ha contribuido a perfilar este concepto ha sido Joseph Raz. De acuerdo con este autor, el ideal del *rule of law* constituiría una de las principales virtudes que el Derecho debe tener, aunque, como veremos, no la única¹². De acuerdo con Raz, no se puede entender qué es el *rule of law* a menos que previamente entendamos, y de forma independiente, qué es el Derecho y los males característicos a los que el Derecho puede dar

⁸ Elías Díaz (2003, p. 148).

⁹ El artículo 103.1 de la CE hace referencia justo a esto, a la sujeción al Derecho de la acción de la Administración.

¹⁰ El ideal del *rule of law* suele traducirse al español como Estado de Derecho o Imperio de la Ley. He preferido mantener la terminología inglesa ya que, como se verá más adelante, en la tradición jurídica del Derecho continental suele entenderse la prioridad de la ley parlamentaria (principio de legalidad en sentido estricto) como un integrante central del Estado de Derecho o Imperio de la Ley, cosa que no sucede en la tradición del *common law*.

¹¹ Como señala Waldron (Waldron 2023), “el *rule of law* ha sido un ideal importante en nuestra tradición política durante milenios, y es imposible comprender y evaluar las concepciones modernas del mismo sin profundizar en esa herencia histórica. El origen de la reflexión sobre el Estado de Derecho se remonta a Aristóteles (350 a.C.); prosigue con teóricos medievales como Sir John Fortescue (1471), que trató de distinguir las formas lícitas de las despóticas de la monarquía; continúa a lo largo del período moderno temprano en la obra de John Locke (1689), James Harrington (1656) y (aunque parezca extraño) Nicolás Maquiavelo (1517); en la Ilustración europea en los escritos de Montesquieu (1748) y otros; en el constitucionalismo estadounidense en *The Federalist Papers* y (con más fuerza aún) en los escritos de los opositores de los federalistas; y, en la era moderna, en Gran Bretaña en los escritos de A. V. Dicey (1885), F.A. Hayek (1944, 1960 y 1973), Michael Oakeshott (1983), Joseph Raz (1977) y John Finnis (1980), y en Estados Unidos en los escritos de Lon Fuller (1964), Ronald Dworkin (1985) y John Rawls (1971)”.

¹² J. Raz (2018, p. 1).

lugar (y que el *rule of law* trata de evitar). Desde este punto de vista, el ideal del *rule of law* responde a un conjunto particular de preocupaciones sobre el Derecho que han surgido en nuestra civilización¹³. La desorientación de los ciudadanos respecto de cómo funciona el Derecho, la pérdida de control sobre sus planes de vida y la consecuente “falta de autoestima” constituyen graves males que el Derecho puede causar. Frente a estas lacras, el ideal del *rule of law* se encamina a facilitar la comprensión de los ciudadanos respecto de cómo funciona el Derecho, así como su previsibilidad, a fin de que los sujetos puedan, dentro de ciertos límites, predecir el impacto del Derecho sobre sus planes de vida¹⁴.

Aunque no siempre resulta fácil determinar en su totalidad las concretas exigencias que este ideal incorpora, al menos sí resulta posible señalar los principales aspectos respecto de los cuales sí se produce consenso: la exigencia más importante del *rule of law* es que las personas que ostentan el poder lo ejerzan dentro de un marco restrictivo de normas públicas bien establecidas y no de forma arbitraria, *ad hoc* o puramente discrecional en función de sus propias preferencias o ideología¹⁵.

b) Las exigencias del *rule of law*

Concretando algo más, las exigencias del *rule of law* establecen condiciones formales encaminadas prevenir la arbitrariedad, tanto respecto de la producción del Derecho como respecto de su aplicación.

Respecto de la generación de Derecho, estos serían los principios comunes a las diferentes tradiciones que el ideal del *rule of law* incorporaría¹⁶:

- (1) el Derecho debe ser razonablemente claro;
- (2) el Derecho debe ser razonablemente estable;
- (3) el Derecho debe ser accesible públicamente, y
- (4) el Derecho debe manifestarse mediante reglas y estándares generales.

En cuanto a aquellas exigencias vinculadas a la aplicación del Derecho, comúnmente se incluye:

- (5) la aplicación prospectiva y no retroactiva del Derecho;
- (6) las razones por las que se toman las decisiones deberían declararse públicamente (obligación de motivar las decisiones);
- (7) el proceso de toma de decisiones debe ser justo e imparcial;

¹³ J. Raz (1977, p. 224 y ss.).

¹⁴ J. Raz (2018, p. 2). Es precisamente este enfoque sobre la legalidad el que suscribe P. Calamandrei en *Sin legalidad no hay libertad* (2020).

¹⁵ Waldron (2023).

¹⁶ He generado esta lista de principios relativos a la generación de Derecho y la de los relativos a la aplicación del mismo a partir de los principios contemplados por Lon L. Fuller (1964), J. Raz (2018, p.2) y J. Waldron (2023).

(8) el proceso de toma de decisiones debe brindar oportunidades adecuadas para considerar argumentos e información relevantes (esto involucra diversos grados de representación y audiencia), y

(9) las decisiones deben ser razonables en función de los motivos expresados.

b) Un ideal entre otros

Como ya he indicado, el *rule of law* constituye uno de los ideales –pero no el único– del conjunto de valores que caracterizan el liberalismo ético. Los filósofos del Derecho tienden a limitar el ideal del *rule of law* a una serie de exigencias formales relativas a la producción del Derecho y su aplicación, sin tener en cuenta el contenido de las políticas que aplican¹⁷

Algunos filósofos del derecho, como Raz, insisten, por una cuestión de claridad analítica, en que el *Rule of Law* debe distinguirse de la democracia, los derechos humanos y la justicia social¹⁸. La pluralidad de estos valores parece indicar que hay múltiples maneras de evaluar los sistemas sociales y políticos, y que éstas no encajan perfectamente entre sí¹⁹.

La versión estándar del ideal del *rule of law* aquí ofrecida no garantiza que el Derecho sea bueno, justo, o respetuoso con los derechos humanos. Como señala Raz:

“El Derecho debe ajustarse a una variedad de principios morales y mostrar una serie de virtudes morales distintas. El *rule of law* es una de ellas, pero no la única. Tampoco hay otro principio o doctrina que nos asegure, por sí solo, que el Derecho es justo”²⁰.

c) Un ideal universal con diferentes concreciones

Recordemos que el *rule of law* se concibe como un ideal aspiracional propio de la ética liberal al que el Derecho debe tender, a diferencia del principio de juridicidad, que, como sabemos, se concibe como una necesidad “jurídico-teórica”, debido al vínculo “lógico” entre el concepto de Estado y el de Derecho. Como tal ideal político aspiracional, el que el ideal del *rule of law* se manifieste o no en el orden jurídico resulta ser una cuestión contingente,

¹⁷ Una excepción a esta corriente general la encontramos en las llamadas “concepciones sustantivas del *rule of law*”. Como señala Waldron, “una vez que abrimos la posibilidad de que el Estado de Derecho tenga una dimensión sustantiva, inauguramos una especie de competición en la que todo el mundo clama para que su ideal político preferido se incorpore como dimensión sustantiva del *rule of law*. Quienes están a favor de los derechos de propiedad y la economía de mercado se pelearán por privilegiar sus valores preferidos en este sentido. Pero también lo harán los que están a favor de los derechos humanos, o los que están a favor de la participación democrática, o los que están a favor de las libertades individuales o la justicia social. El resultado será probablemente un declive general de su articulación política, ya que la gente se esfuerza por utilizar el mismo término para expresar ideales dispares”, Waldron (2023).

¹⁸ Raz (1977). Por su parte Waldron señala que otros ideales característicos del liberalismo ético serían la democracia, los derechos humanos, la justicia social y la libertad económica, Waldron (2023).

¹⁹ Waldron (2023).

²⁰ Raz (2018, p 10).

dependiente de circunstancias históricas y de los derroteros que haya experimentado la tradición jurídica.

Ahora bien, aunque la manifestación en el orden jurídico del ideal del *rule of law* sea una cuestión contingente, en tanto que ideal jurídico aspiracional, sí podemos afirmar que es un ideal universalizable: más allá de la diversidad de las tradiciones jurídicas, todas ellas requieren para su justificación de un marco jurídico de estabilidad y previsibilidad que haga posible el desarrollo de los planes de vida de los individuos, pero la manera en la que desde estas tradiciones jurídicas se trata de satisfacer este ideal puede variar. Puesto que el *rule of law* y el principio de legalidad en sentido estricto son ambos ideales aspiracionales respecto del Derecho, la pregunta pertinente ahora parecer ser: ¿Incorpora el ideal del *rule of law* las exigencias del principio de legalidad en sentido estricto?

Es importante recordar que el principio de legalidad en su sentido estricto, que otorga prioridad a la ley en sentido formal (es decir, la ley parlamentaria) respecto de las demás fuentes del Derecho, se presenta como un postulado jurídico-político que necesita ser consagrado legalmente para adquirir existencia jurídico-positiva²¹. Resulta controvertido afirmar que el principio de legalidad en sentido estricto forma parte del ideal del *rule of law*. Este ideal exige un marco jurídico caracterizado por la estabilidad y la previsibilidad, lo cual es fundamental para el desarrollo de los planes de vida de los individuos. Sin embargo, el ideal del *rule of law* no especifica qué fuente del Derecho debe ser priorizada para alcanzar dicha estabilidad y previsibilidad; su interpretación varía según las tradiciones jurídicas. El principio de legalidad en sentido estricto es una construcción del pensamiento ilustrado que precede a la Revolución Francesa y se fue difundiendo por Europa continental a lo largo de los siglos XIX y XX. Este ideal confía en la voluntad general, expresada por los representantes electos de los ciudadanos en el parlamento mediante la promulgación de leyes, como medio para lograr la racionalidad del Derecho.

En contraste, en la tradición jurídica y política del *common law*, es altamente discutible afirmar que el ideal del *rule of law* incorpore las exigencias del principio de legalidad en sentido estricto. Por ejemplo, Hayek argumentaba que el *common law* sintetizaba las virtudes del *rule of law*. Este autor se esforzó por diferenciar el *rule of law* del principio de legalidad en sentido estricto (o *rule of legislation*), identificando el primero con un desarrollo evolutivo del *common law* que es menos “constructivo” y menos susceptible de control deliberado que la promulgación de una ley²². Hayek sostenía que la evolución de principios caracterizados por su razonabilidad es superior a la imposición deliberada de normas por parte de un legislador. Además, discrepaba de la idea de que “al limitar al juez a la aplicación de reglas ya establecidas aumentamos la previsibilidad de sus decisiones”. Para él, tales reglas “son a menudo

²¹ A. Merkl (1980, p. 212-215).

²² Hayek (1973, p. 72 y ss.).

formulaciones muy imperfectas de principios que las personas pueden honrar mejor en la acción que al intentar expresarlos en palabras”²³.

En resumen, el principio de juridicidad permite distinguir entre el mero uso de la fuerza bruta y las acciones que emanan del poder político del Estado. En cambio, el ideal del *rule of law* establece un conjunto de exigencias destinadas a *domesticar* el ejercicio de dicho poder político, limitando su arbitrariedad. Finalmente, el principio de legalidad en sentido estricto no representa una exigencia universal derivada del ideal del *rule of law*, sino que es la interpretación característica de esta exigencia dentro de una tradición jurídica específica: el *civil law* o Derecho continental.

En los siguientes apartados, voy a regresar al enfoque principal del trabajo de Pino: el principio de legalidad en sentido estricto. Presentaré algunos rasgos distintivos de este principio para facilitar su comprensión. En particular, abordaré su valor instrumental, su carácter formal y su función de nexo entre los valores o ideales que lo sustentan y las exigencias que se derivan de él.

3. El valor instrumental del principio de legalidad

El primer rasgo característico del principio de legalidad que examinaré es su valor instrumental. Afirmar que un principio tiene un valor instrumental implica que no posee un valor intrínseco o por sí mismo; más bien, su valía radica en su capacidad para servir como medio o instrumento para alcanzar valores que sí son finales.

Pino se refiere a esta característica del principio de legalidad cuando señala:

“La legalidad no es...un valor "absoluto", ya que tiene, principalmente, una relevancia "instrumental": la legalidad posee valor solo si el derecho subyacente también lo tiene”²⁴.

Utilizando la distinción kantiana entre imperativos categóricos e imperativos hipotético-asertóricos, podemos convenir en que, cuando la conexión entre dos exigencias normativas se basa en una necesidad de tipo analítico²⁵ —como, por ejemplo, la que vincula el principio de autonomía personal a la libertad de circulación— el nexo entre ambas es categórico: la libertad de circulación no es más que una manifestación de la autonomía personal; en cambio, cuando la relación entre dos exigencias se fundamenta en una conexión de tipo empírico —como ocurre con la conexión entre el principio de autonomía personal y el principio de legalidad— el vínculo adquiere un carácter hipotético-asertórico: el principio de legalidad actúa como un medio para alcanzar un fin —la autonomía personal— que, a su vez, es un estado de cosas valioso en sí mismo. En términos sencillos, el principio de legalidad no

²³ Hayek (1973 p. 118). Para una defensa contemporánea de las condiciones en las que el sistema del precedente judicial se adecúa al ideal del *rule of law* cfr. Sebastian Lewis (2021 pp. 873–898).

²⁴ Pino (2024, p. 9 a 10).

²⁵ Sobre la diferencia entre la necesidad conceptual y la necesidad empírica cfr. Fine, K., “The Varieties of Necessity”, en *Modality and Tense: Philosophical Papers*, Oxford: Oxford University Press, 2005, 235-260.

evidencia su justificación final en el rostro; si bien sirve a ciertos valores sustantivos, no es una consecuencia lógica de éstos ni constituye una manifestación de la autonomía personal.

Aunque el rasgo “instrumental” (o hipotético-assertórico) de algunos principios suele asociarse sin más a su carácter formal, considero que hay razones sólidas para diferenciar ambos aspectos. Esto se debe a que la relación instrumental entre un principio y un valor final puede existir también en el caso de principios que claramente no calificaríamos como formales. Por ejemplo, el vínculo entre el derecho a la autonomía personal y el derecho fundamental a la educación básica es de naturaleza instrumental: en el contexto actual y considerando la naturaleza humana, es difícil imaginar que una persona sin educación básica pueda elegir y desarrollar un plan de vida autónomo. Recurriendo nuevamente a la terminología kantiana, podemos afirmar que la conexión entre el derecho a la autonomía personal y el derecho a la educación tiene un carácter hipotético-assertórico: aunque el derecho a recibir una educación básica es un derecho sustantivo, no ostenta un valor en sí mismo, sino que es instrumental; es decir, constituye una exigencia causalmente idónea para facilitar el desarrollo de planes de vida autónomos por parte de los individuos.

Por lo tanto, aunque el principio de legalidad posee un carácter instrumental, este rasgo, aunque característico del concepto, no es exclusivo del mismo. De hecho, lo comparten otros principios de naturaleza sustantiva que mantienen una relación hipotético-assertórica con el valor último que los justifica —como ilustra el vínculo entre la autonomía personal y el derecho a recibir una educación básica.

4. El carácter institucional (formal) del principio de legalidad

En mi opinión, otro rasgo fundamental para caracterizar el principio de legalidad es su carácter formal. Al afirmar que un principio tiene un carácter formal, buscamos diferenciarlo de aquellos otros que son sustantivos. Sostengo que *formal* se opone a *sustantivo*, pero no es sinónimo de *instrumental*. Por el contrario, *formal* puede considerarse sinónimo de *institucional*. El principio de legalidad se enmarca dentro de los principios institucionales²⁶, al igual que la prohibición del uso abusivo del propio derecho, el principio de cosa juzgada, el principio del legislador racional o la presunción de validez de las normas y actos jurídicos, entre otros. Los principios institucionales son formales porque se refieren al marco institucional que regula la distribución y organización del poder político.

El Derecho y la democracia son, por naturaleza, los marcos institucionales más elementales para la organización y distribución del poder político. Estas formas institucionales carecen de un valor moral final: sólo están justificadas en la medida en que son un reflejo de ideales relativos a la organización y uso del poder político. El *rule of law* o la concepción deliberativa

²⁶ La noción de principio institucional ha sido introducida por Atienza, M. y Ruiz Manero, J. Cfr. Atienza y Ruiz Manero (2001, pp. 123-130) y (2004, pp. 27-28.). Un desarrollo ulterior de esta noción se puede encontrar en Ródenas (2018, pp. 141-160) y Alonso Vidal (2023, pp. 423-440).

de la democracia²⁷ son ejemplos de ideales que se proyectan, respectivamente, sobre el Derecho y la democracia, proporcionando criterios para su guía y evaluación.

Así, el *rule of law* puede entenderse como un ideal que se aplica al Derecho, destinado a combatir uno de sus problemas más comunes: la arbitrariedad. Por otro lado, la “concepción deliberativa de la democracia” representa un ideal político que se proyecta sobre manifiesta el ámbito democrático, destacando las virtudes del procedimiento democrático en la toma de decisiones para alcanzar verdades morales y criticando aquellos procesos democráticos reales que se desvían de este ideal.

Sin embargo, los ideales de organización del poder político, por sí solos, no constituyen exigencias jurídicas: requieren una concreción en el ámbito jurídico a través de principios jurídicos institucionales. Estos principios institucionales –como el principio de legalidad o el principio de cosa juzgada– constituyen la puerta de entrada en el Derecho de un conjunto de exigencias jurídicas concretas orientadas a preservar y optimizar el marco institucional para la distribución y organización del poder político. El fundamento de estos principios institucionales se encuentra, a su vez, en los ideales políticos –por ejemplo, el *rule of law* o la concepción deliberativa de la democracia– que se proyectan sobre las formas institucionales.

En mi opinión, aunque el principio de legalidad, en su sentido estricto, se considera un principio institucional (formal) con un peso presuntivo significativo en el Derecho, no es el único principio institucional que caracteriza a los ordenamientos jurídicos avanzados. Existen múltiples principios institucionales que no pueden reducirse al principio de legalidad en su acepción más estricta. Por ejemplo, la prohibición del uso abusivo del propio derecho, el principio de cosa juzgada o el principio *lex specialis*, son todos ellos principios formales que, sin embargo, no son reducibles al principio de legalidad; por el contrario, pueden requerir que se derrote este último principio.

Por lo tanto, el principio de legalidad puede entrar en concurrencia no solo con otros principios sustantivos en un caso concreto, sino también con otros principios de carácter institucional. Cuando la solución normativa a la que conduzca la aplicación de estos principios institucionales resulte incompatible, será fundamental determinar el peso específico de cada principio en el contexto particular (de manera similar a lo que ocurre cuando compite un principio institucional con uno sustantivo o dos principios sustantivos entre sí).

Tomemos como ejemplo el principio de cosa juzgada. Este principio otorga fuerza vinculante a las sentencias emitidas por tribunales de última instancia. El hecho de que el orden jurídico reconozca esta fuerza a una

²⁷ La “concepción deliberativa de la democracia” es una teoría justificativa de la democracia defendido por C. S. Nino que enfatiza la importancia del diálogo y la discusión racional entre los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones políticas. A diferencia de otras concepciones de la democracia, que pueden centrarse más en el voto o en la agregación de preferencias, la democracia deliberativa sostiene que la legitimidad de las decisiones políticas proviene de un proceso deliberativo en el que los ciudadanos participan activamente (Nino 1989).

sentencia judicial significa que, incluso si dicha sentencia no se ajusta al contenido de una norma general válida aplicable al caso emitida por el parlamento —es decir, una ley en sentido técnico—, la sentencia de última instancia producirá los mismos efectos que si estuviera de acuerdo con esa ley parlamentaria.

Resumiendo lo que llevo dicho: es importante destacar que el principio de legalidad en su sentido estricto está estrechamente relacionado con el principio de juridicidad y con el ideal del *rule of law*. Sin embargo, estas tres nociones deben ser diferenciadas: el principio de juridicidad permite distinguir entre el puro uso de la fuerza bruta y las acciones de ejercicio del poder del Estado; el ideal del *rule of law* establece un conjunto de exigencias destinadas a domesticar el ejercicio de ese poder político, asegurando que no perjudique el desarrollo del plan de vida de los individuos. Por último, el principio de legalidad en sentido estricto no representa una exigencia universal derivada del ideal del *rule of law*, sino que constituye la interpretación característica de esta exigencia dentro de una tradición jurídica específica, como es el *civil law* o Derecho continental, donde se prioriza la ley parlamentaria como fuente del Derecho.

Para acercarnos al principio de legalidad en su sentido estricto, he propuesto una estrategia indirecta que consiste en explicar algunas de sus características fundamentales sin intentar definirlo directamente. Hemos observado que el principio de legalidad es instrumental, ya que su vínculo con los estados de cosas deseables que lo justifican es de naturaleza hipotético-asertórica. Además, tiene un carácter institucional (o formal), dado que representa la concreción dentro del ordenamiento jurídico de un ideal político relativo a la distribución del poder político.

En el siguiente apartado, me propongo centrarme en la última de las características que utilizaré para acercarme al principio de legalidad en su sentido estricto: su función de nexo entre un conjunto de ideales políticos que lo justifican y una serie de exigencias normativas que se derivan de este principio dentro del ordenamiento jurídico.

5. La función de nexo del principio de legalidad entre los ideales políticos que lo justifican y las exigencias jurídicas que para el Derecho se derivan del mismo

Si bien la función de nexo entre los ideales políticos que justifican un principio y las exigencias normativas que se derivan del principio para el ordenamiento jurídico puede predicarse de cualquier principio, sostengo que, en el caso del principio de legalidad, esta función presenta dificultades específicas.

En este apartado, me plantearé, en primer lugar, cuáles son los ideales políticos concretos que podrían justificar este principio. En segundo lugar, reflexionaré sobre las exigencias normativas específicas que se derivan de este principio dentro del ordenamiento jurídico. Por último, expondré las razones

por las cuales considero necesario estar alerta ante el riesgo de hipertrofia de este concepto.

5.1 El fundamento del principio de legalidad en sentido estricto

Preguntarnos por el fundamento del principio de legalidad supone inquirir sobre los ideales políticos específicos que lo justifican. La fundamentación de un principio puede abordarse desde diferentes niveles de abstracción. En un plano más general, la dignidad humana y la autonomía personal, como razones últimas del razonamiento moral, podrían considerarse el fundamento último de cualquier principio jurídico. Así, se podría argumentar que el principio de legalidad se justifica, en última instancia, en estos valores finales. Sin embargo, aunque esta afirmación es correcta, no nos proporciona la información que realmente buscamos: lo que queremos entender es qué es lo distintivo del principio de legalidad en comparación con otros principios sustantivos e institucionales. Por ello, debemos descender a un plano más específico y explorar los valores o ideales específicos que lo fundamentan y las exigencias jurídicas concretas que se derivan de él. En consecuencia, es necesario adoptar una nueva estrategia y buscar el fundamento del principio de legalidad en un nivel menos genérico.

Veamos, en primer término, cómo responde Pino esta demanda de fundamento. Pino selecciona cuatro valores como candidatos a justificar el principio de legalidad en sentido estricto:

- (1) la igualdad en sentido formal (entendida como igualdad ante la ley);
- (2) la autonomía personal;
- (3) la certeza y,
- (4) “la función de centralización y control de la distribución de los poderes públicos”²⁸.

A mi juicio ninguno de estos valores son buenos candidatos a fundamentar el principio de legalidad en sentido estricto, por razones diferentes que paso a exponer.

(1) La igualdad en sentido formal, entendida como igualdad ante la ley, implica la aplicación uniforme de las normas tanto por parte de la administración como en el ámbito judicial. La relación entre el principio de legalidad y la igualdad formal es evidente; sin embargo, esta conexión sugiere que la aplicación uniforme de las normas es una de las exigencias derivadas del principio de legalidad, y no al revés. Es precisamente porque la legalidad es un valor institucional que las leyes deben aplicarse de igual forma a todos. Como señala Kelsen...

“con la garantía de la igualdad ante la ley sólo se estatuye que el órgano de aplicación únicamente puede tomar en cuenta aquellas distinciones que son efectuadas en las leyes mismas que aplica. De ese modo sólo se estatuye el principio, inmanente a todo derecho, de la legalidad de la aplicación del derecho en general, y el principio

²⁸ Pino (2024, pp. 37 a 43).

inmanente de todas las leyes, de la legalidad en la aplicación de la ley, según el cual, las normas deben aplicarse conforme a las normas. De ese modo no se expresa sino el sentido inmanente a las normas jurídicas”²⁹.

Por lo tanto, la igualdad formal no parece ser tanto el fundamento del principio de legalidad, sino más bien una exigencia normativa que se deriva de él. Además, la igualdad formal está más relacionada con un concepto amplio o impropio de legalidad, como el principio merkeliano de juridicidad, que con el principio de legalidad en su sentido estricto. La igualdad ante la ley representa una exigencia normativa que emana de nuestra concepción del Derecho: la necesidad de que sus fuentes sean tomadas como la base para la resolución de los casos.

(2) La razón por la cual la autonomía personal no me parece el candidato más adecuado para fundamentar el principio de legalidad es de naturaleza diferente. Aunque la autonomía personal está estrechamente vinculada al principio de legalidad, es difícil encontrar algún otro principio, ya sea institucional o sustantivo, que no tenga una conexión final con la autonomía personal. Como he mencionado anteriormente, la cuestión de la fundamentación de un principio puede abordarse desde diversos niveles de abstracción. La autonomía personal o, más precisamente, el derecho igual a la libre elección y configuración del plan de vida de los individuos, constituye un fundamento último —junto con la dignidad humana— de la ética liberal. Esta idea se manifiesta en diversas formas y se materializa en los principios jurídicos, sean estos sustantivos o institucionales. Sin embargo, si nuestra intención es identificar lo que hace distintivo al principio de legalidad en sentido estricto, debemos buscar su fundamento en un nivel mucho menos genérico.

(3) Por su parte, la certeza podría ser un candidato mucho más adecuado para fundamentar el principio de legalidad, aunque esta afirmación requiere una reflexión más profunda. La certeza o previsibilidad, por sí solas, no parecen constituir estados de cosas valiosos. Por ejemplo, saber que, en virtud de la Ley de Ciudadanía del Reich, aprobada en 1935 en Núremberg, solo aquellos de sangre alemana o relacionada eran elegibles para ser ciudadanos del III Reich no aportaba nada valioso a los judíos. De igual manera, la Ley para la Restauración de la Función Pública Profesional de 1933, que excluía a los llamados no arios de las profesiones jurídicas, la función pública y la docencia en escuelas secundarias y universidades, tampoco suponía nada valioso. Por lo tanto, se puede afirmar que la certeza jurídica carece de un valor sustantivo y adquiere más bien un valor adjetivo cuando se relaciona con otros valores que sí son sustantivos³⁰: de la seguridad jurídica solo se puede predicar valor cuando se predica de un estado de cosas que sea intrínsecamente valioso (por ejemplo, el disfrute de los derechos humanos); es precisamente la seguridad en el ejercicio de los derechos humanos lo que confiere valor a la seguridad jurídica.

²⁹ Kelsen (1982, pp. 153-155).

³⁰ Atienza, M. (2001, p. 182).

(4) Esta reflexión nos lleva al último de los argumentos seleccionados por Pino para justificar el principio de legalidad en sentido estricto. Según este argumento, el principio de legalidad “desempeña una función de centralización y control de la distribución de los poderes públicos”. Me temo que este planteamiento enfrenta dos dificultades que ya han surgido en relación con otros argumentos. En primer lugar, al igual que ocurría con el argumento de la igualdad ante la ley, la función de centralización y control de la distribución de los poderes públicos no parece expresar un ideal, sino más bien una exigencia normativa derivada de nuestra concepción del Derecho: sin centralización y control en la distribución de los poderes públicos no puede haber Derecho. Esto convierte a esta función en un fundamento más adecuado para justificar el principio de juridicidad que el principio de legalidad en sentido estricto.

Además, al igual que sucedía con el argumento de la certeza, la centralización y control de la distribución de los poderes públicos tampoco parecen tener un valor intrínseco. Como ya he señalado al citar a Elías Díaz, incluso los dictadores más abyectos podrían afirmar que su poder está reglado por el Derecho (el cual ellos mismos han creado) y sometido a (sus propias) normas jurídicas.

¿De qué depende, entonces, que una forma de distribución del poder político sea considerada valiosa? A mi juicio, el germen de la respuesta se encuentra en una cuestión a la que ya he apuntado al referirme al carácter institucional del principio de legalidad: todos los principios institucionales –y el principio de legalidad en sentido estricto lo es– se fundamentan en ideales políticos que se proyectan sobre formas institucionales de organización política, como el Derecho o la democracia. Estas estructuras configuran el marco institucional empíricamente necesario para la materialización en la vida social de los valores fundamentales de la ética liberal. Por lo tanto, la valoración de una determinada forma de distribución del poder político dependerá de su capacidad para contribuir a la creación y funcionamiento de ese marco institucional que es necesario para la realización de los valores éticos finales.

En este contexto, he señalado que el *rule of law* puede concebirse como un ideal jurídico que se proyecta sobre el Derecho con el objetivo de combatir uno de sus males más característicos: la arbitrariedad. También he indicado que los principios institucionales se fundamentarían en ideales relativos al poder político –como el *rule of law*– y que de los mismos se derivarían una serie de exigencias normativas destinadas a preservar y optimizar, por medio del Derecho, ese marco institucional de referencia. Sin embargo, también he indicado que el principio de legalidad en sentido estricto no constituye una exigencia universal derivada del ideal del *rule of law*, sino que representa la interpretación característica de esta exigencia dentro del *civil law* o Derecho continental. Este es precisamente el argumento que Pino no desarrolla: ¿Por qué priorizar el poder político del parlamento sobre otros poderes del Estado (como el ejecutivo y el judicial) puede considerarse como algo valioso? A mi juicio, el fundamento específico del principio de legalidad en sentido estricto solo puede hallarse en alguna teoría normativa de la democracia. Esta teoría de la democracia, dicho sea de paso, debería ser capaz de aportar argumentos que

defiendan la prioridad de la ley parlamentaria frente a fenómenos que hoy, en pleno siglo XXI, se erigen como sus grandes enemigos³¹. El *soft law*³², el papel protagonista de los jueces en el Derecho transnacional³³, la “sociedad digital global”³⁴, o la cada vez más frecuente inclusión en los tipos penales de conceptos valorativos –por ejemplo, la noción de acoso sexual, consentimiento, etc.-³⁵, constituyen sólo algunos ejemplos de fenómenos que amenazan la supremacía de la ley parlamentaria.

5.2 Las exigencias normativas derivadas del principio de legalidad

Pasemos ahora al análisis de la otra cara del principio de legalidad: las exigencias normativas que de este principio se derivan para el orden jurídico. Ya hemos visto que ninguno de los valores seleccionados por Pino son buenos candidatos a fundamentar el principio de legalidad en sentido estricto. Algo semejante sucede con la determinación de cuáles son las exigencias derivadas del mismo. Pino no reduce las demandas del principio de legalidad únicamente, como cabría suponer, a un conjunto de exigencias normativas vinculadas a la primacía de un tipo específico de fuente jurídica sobre las demás –la ley parlamentaria–; además, deriva de este principio demandas que van más allá de lo que el fundamento del principio de legalidad en sentido estricto requeriría.

En primer lugar, Pino identifica un conjunto de exigencias normativas derivadas del principio de legalidad que se asocian al ejercicio de los poderes normativos, tanto públicos como privados. Estas exigencias se clasifican en “legalidad negativa” (legalidad entendida como límite), “legalidad formal” (que abarca aspectos como el sujeto competente y el procedimiento) y “legalidad sustantiva”. Según Pino, la exigencia de legalidad negativa implica una relación de compatibilidad entre la ley y las acciones de los poderes públicos y de los sujetos privados³⁶. Por otro lado, la legalidad formal requiere que sea una ley la que determine qué sujetos pueden llevar a cabo un determinado tipo de actividad y, eventualmente, cómo deben realizarla³⁷. Finalmente, el requisito de legalidad sustantiva se cumple “cuando, en el ámbito de las relaciones sociales relevantes, el contenido de un acto específico

³¹ Sobre la “crisis de la ley” y la necesidad de “reinventarla” cfr. Francisco J. Laporta (2007, pp. 151 a 168).

³² Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho y Stefan Oana (eds.), (2021) *EU Soft Law in the Member States. Theoretical Findings and Empirical Evidence*, Oxford, UK; New York, NY: Hart Publishing.

³³ Carla Della Bona (2022), *A Transnacionalização do Direito como Forma de Miscigenação dos Sistemas Jurídicos. Uma recomposição de los fundamentos del Derecho*, Sao Paulo: Dialética.

³⁴ Gema Marcilla Córdoba (2007), “La desregulación como técnica normativa de la sociedad global”, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, ARSP. n.º. 109, págs. 37-49.

³⁵ Gema Marcilla Córdoba (2007), “Garantismo penal y delitos sexuales”, en Perfecto Andrés Ibáñez, Pedro Grández Castro, Betzabé Marciani Burgos y Susanna Pozzolo (eds.), *El compromiso constitucional del iusfilósofo: homenaje a Luis Prieto Sanchís*.

³⁶ Pino (2024, p. 24 y 29).

³⁷ Pino (2024, p. 25).

puede deducirse de una prescripción legal o persigue un objetivo establecido en la ley³⁸.

A mi juicio, la exigencia de legalidad negativa no implica otra cosa que el que la licitud o ilicitud de las acciones de los sujetos individuales o de los poderes públicos dependa exclusivamente de lo que el Derecho establezca. Por su parte, las exigencias de legalidad formal y sustantiva se limitan a condicionar la validez formal y material de las normas y actos jurídicos a su conformidad con las reglas que confieren poderes para producirlos. Pues bien, que la licitud o ilicitud de una acción esté determinada por la legalidad negativa, o que la validez de un acto jurídico o norma dependa de condiciones de legalidad formal o sustantiva, son exigencias normativas que derivan del principio de juridicidad, y no del principio de legalidad en sentido estricto (ni, cabe señalar, del ideal del *rule of law*, tal como lo he reconstruido aquí). En otras palabras, como vimos al inicio, por razones “lógicas”, una conducta sólo puede ser ilícita si el Derecho así lo prevé y sólo podemos diferenciar el ejercicio del poder del Estado del ejercicio de la fuerza bruta cuando los actos y normas jurídicas son (formal y materialmente) válidos.³⁹

En segundo lugar, Pino también aborda otras exigencias normativas derivadas del principio de legalidad que se refieren a las características que deben reunir las leyes parlamentarias: “que sean generales, abstractas, públicas, estables, no retroactivas, etc.” Sin embargo, como ya hemos visto, estas características son en realidad exigencias distintivas del ideal del *rule of law*; los requisitos de generalidad, abstracción, publicidad, estabilidad y no retroactividad son principios aplicables a *todas las fuentes* del Derecho y no exclusivamente a la ley parlamentaria.

Por lo tanto, algunas de las exigencias normativas derivadas para el Derecho del principio de legalidad en sentido estricto que Pino menciona son más bien características del principio de juridicidad (como la legalidad formal, la legalidad sustantiva y la legalidad negativa), mientras que otros requerimientos (generalidad, abstracción, publicidad, estabilidad y no retroactividad) son corolarios de un ideal más amplio: el *rule of law*.

Surge entonces la pregunta: ¿Cuáles son las exigencias normativas específicas vinculadas al principio de legalidad en sentido estricto? ¿Qué requerimientos concretos se derivan de la primacía de la ley parlamentaria? Naturalmente, no me corresponde a mí responder a estas cuestiones, sino a Pino. No obstante, a mi juicio—y reconociendo que lo que voy a señalar es bastante tentativo— las exigencias jurídicas distintivas derivadas para el Derecho del principio de legalidad en sentido estricto serían exclusivamente aquellas que encontraran su fundamento en un concreto valor o ideal político:

³⁸ Pino (2024, p.27)

³⁹ Por lo demás, contemplar la exigencia de legalidad sustantiva como una consecuencia del principio de legalidad en sentido estricto llevaría a una situación paradójica a los operadores jurídicos que tuvieran que aplicar una ley con contenido contrario a la constitución: por un lado, estarían obligados, en virtud de este principio, a aplicar la norma, pero, por otro, no deberían aplicarla, pues contravendrían el “principio de legalidad sustantiva”.

la superioridad del procedimiento democrático para la toma de decisiones. Además, la fuerza de estas demandas derivadas del principio puede variar según los diferentes sectores del ordenamiento concernidos. A título de ejemplo, podrían considerarse como exigencias normativas derivadas del principio de legalidad en sentido estricto el principio de deferencia al legislador, el principio del legislador racional o la metaregla interpretativa que prioriza la voluntad del legislador sobre otros métodos interpretativos (como la interpretación literal, la sistemática o la evolutiva).

5.3 El riesgo de hipertrofiar el principio de legalidad

En resumen, Pino busca que su análisis del principio de legalidad se restrinja a su acepción más limitada. Sin embargo, al abordar el concepto, no ha acertado al aislar el conjunto de valores que justifican este principio, ni al concretar el corolario de exigencias específicas que se derivan de él. Se podría argumentar que esta desviación de los propósitos iniciales del autor, al desplazar su atención del principio de legalidad *stricto sensu* hacia un enfoque de la legalidad *lato sensu* (o legalidad impropia) no genera mayor problema, una vez que se realizan las precisiones conceptuales adecuadas. No obstante, a mi juicio, no todo está resuelto adoptando tales precisiones.

El riesgo de una reconstrucción hipertrofiada del principio de legalidad en sentido estricto es que ofrece escaso rendimiento de cara a la argumentación que los operadores jurídicos deben llevar a cabo cuando tienen que aplicar este principio para resolver un caso concreto. Como Atienza y Ruiz Manero han señalado, la condición de aplicación de los principios es centralmente indeterminada⁴⁰, por ello, los órganos encargados de la aplicación del Derecho deben llevar a cabo una deliberación práctica antes de aplicar un principio a un caso concreto, con el fin de determinar su relevancia y, en caso afirmativo, su peso específico. En el caso del principio de legalidad, la situación no es muy diferente; sin embargo, la reflexión sobre su relevancia o su peso en un caso particular variará según nuestra interpretación de la legalidad: no es lo mismo entender la legalidad en su acepción más genérica —como sinónimo de juridicidad— que asociarla al ideal del *rule of law* o, en fin, concebirla en su acepción más restringida, como equivalente a la primacía de la ley parlamentaria. Ya sabemos que tanto el ideal que sirve de fundamento al principio de legalidad, como las consecuencias jurídicas específicas que del mismo se siguen para el Derecho, son diferentes según la acepción del principio de legalidad que se maneje. Es crucial delimitar con precisión de qué hablamos cuando nos referimos al principio de legalidad, ya que son los ideales que fundamentan el principio de legalidad lo que propicia la activación del principio en un caso concreto: si el fundamento no se encuentra amenazado (es decir, el ideal que se busca proteger), el principio no será operativo; en cambio, cuando existe un alto riesgo para ese ideal, el peso del principio puede llegar a ser decisivo.

En el caso de que lo que esté en juego sea el principio de juridicidad, no parece que en principio el operador jurídico tenga mucho que ponderar. El

⁴⁰ Atienza y Ruiz Manero (2004).

principio de juridicidad obliga a los operadores jurídicos a adoptar sus decisiones conforme al Derecho, por lo que un juez no puede permitirse argumentar que va a resolver un caso dejando de lado el principio de juridicidad. Si, por ejemplo, un juez argumentara que va a resolver un caso aplicando una norma inválida, estaría autoincriminándose de la comisión de un ilícito por el ejercicio desviado de su poder: su deber, en tanto que operador jurídico, es aplicar el Derecho válido. De ahí que, cuando los operadores jurídicos no tengan en cuenta reglas jurídicas *prima facie* aplicables a un caso, se vean obligados a argumentar que en el caso concreto concurren razones jurídicas para que dejen de lado la regla (argumentando una excepción a la regla o una limitación en su alcance) o que la regla adolece de un vicio de validez⁴¹.

En cambio, si la legalidad se asocia al ideal del *rule of law*, el juez podría excepcionalmente eludir la obligación de aplicar alguno de los principios centrales que, como hemos visto, caracterizan este ideal. Recordemos cómo Raz enfatiza que el ideal del *rule of law* no es el único valor aplicable al Derecho; la democracia y el respeto a los derechos humanos son también ideales que permiten evaluar el sistema jurídico. En ocasiones excepcionales, pueden presentarse circunstancias que aconsejen priorizar estos otros ideales sobre el *rule of law*. Un ejemplo paradigmático, aunque no exento de controversia, lo encontramos en el Derecho Internacional durante los juicios de Nüremberg: el tribunal consideró que la impunidad de delitos tan graves como el genocidio justificaba contradecir uno de los principios fundamentales del *rule of law*: que las normas y estándares jurídicos se aplican de manera prospectiva y no retroactiva.

Por último, cuando en un caso concreto nos planteemos la aplicabilidad y el peso del principio de legalidad en sentido estricto, la argumentación seguirá caminos propios e independientes de los anteriores. A pesar de la importancia de este principio en el Derecho continental, pueden surgir ciertos resquicios que permitan argumentar su inaplicación. Por poner un ejemplo, en el caso de una antinomia total-parcial entre una norma parlamentaria con un supuesto de hecho más general y otra de rango jerárquico inferior, pero cuyo supuesto de hecho es más específico⁴², al producirse una antinomia de segundo grado entre los criterios de resolución aplicables: el principio *lex superior*, pero también el principio *lex specialis*⁴³, por lo que el juez dispondría de un pequeño margen para argumentar la inaplicación del principio de legalidad, invocando la prevalencia del principio *lex specialis*⁴⁴.

⁴¹ Ródenas, A. (2006).

⁴² Por ejemplo, la norma parlamentaria permite la venta de animales y la norma inferior prohíbe la venta de pangolines.

⁴³ Por ejemplo, un reglamento del Ministerio de Educación prohíbe el uso de móviles en las aulas, pero una orden de la Dirección General de Centros Docentes permite a los alumnos con discapacidad visual usar el móvil en el aula cuando precisen utilizar programas de conversión del lenguaje escrito al lenguaje oral.

⁴⁴ Agradezco a Álvaro Núñez Vaquero haberme sugerido este ejemplo.

6. Redimensionando el principio de legalidad

(1) A lo largo de este trabajo, he defendido una aproximación al principio de legalidad basada en tres nociones estrechamente interrelacionadas, aunque es importante diferenciarlas: el principio de juridicidad, el ideal del *rule of law* y el principio de legalidad en sentido estricto.

(2) La primera de estas nociones, el principio de juridicidad, implica la exigencia de que cualquier acción del Estado esté vinculada al ordenamiento jurídico en su totalidad, sin distinción en el rango de las normas. Siguiendo a Merkl, he sostenido que el principio de juridicidad representa una necesidad “jurídico-teórica”, dado el vínculo “lógico” entre los conceptos de Estado y Derecho. Esto implica que no se puede considerar como acción del Estado cualquier actuación humana si no existe un precepto que así lo establezca. Las exigencias de legalidad negativa (legalidad como límite), legalidad formal (sujeto competente, procedimiento, etc.) y legalidad sustantiva, asociadas al ejercicio de los poderes normativos, son consideradas por Pino como derivadas del principio de legalidad en sentido estricto; sin embargo, a mi juicio, estas exigencias se derivan del principio de juridicidad.

(3) La segunda noción, el ideal del *rule of law*, tal como lo he reconstruido en este trabajo, constituiría un ideal aspiracional que se proyecta sobre el Derecho. Según Raz, este ideal trasciende las tradiciones jurídicas concretas y confluiría, como patrón de valoración del Derecho, con otros ideales fundamentales como la democracia y los derechos humanos. El ideal del *rule of law* se encamina a facilitar la comprensión de los ciudadanos respecto de cómo funciona el Derecho, así como su previsibilidad, a fin de que los sujetos puedan, dentro de ciertos límites, predecir el impacto del Derecho sobre sus planes de vida. Este ideal se materializa en los ordenamientos jurídicos a través de una serie de principios formales destinados a prevenir la arbitrariedad, tanto en la creación como en la aplicación del Derecho. Exigencias tales como que el Derecho sea razonablemente claro, estable y accesible públicamente, o que se exprese mediante reglas y estándares generales, están vinculadas a la producción del Derecho. Por otro lado, otras exigencias —como la aplicación prospectiva y no retroactiva del Derecho, la obligación de motivar las decisiones, la imparcialidad en el proceso de toma de decisiones y los derechos de representación y de audiencia— se refieren al proceso de aplicación del Derecho.

(4) Finalmente, el principio de legalidad en sentido estricto se refiere a la primacía del Derecho parlamentario sobre otras fuentes normativas. No cabe justificar este principio en el *rule of law*, dado que el principio de legalidad en sentido estricto no constituye una exigencia universal de dicho ideal; por el contrario, forma parte de la tradición jurídica del Derecho continental. He sostenido que la fundamentación del principio de legalidad en sentido estricto habría que buscarla más bien en ideales políticos relativos al valor superior del proceso democrático de toma de decisiones.

(5) He argumentado que la mejor manera de aproximarnos conceptualmente al principio de legalidad en sentido estricto es entenderlo

como un nexo entre los valores políticos que lo justifican y las exigencias normativas que para el Derecho se derivan de él.

(6) En cuanto a la fundamentación del principio de legalidad en sentido estricto, considero poco convincentes los ideales propuestos por Pino, tales como la igualdad en sentido formal, la autonomía personal, la certeza o la “función de centralización y control de la distribución de los poderes públicos”. Algunos de estos ideales, como la autonomía individual, son tan generales que podrían servir como fundamento para todos los principios; mientras que otros están más relacionados con el ideal del *rule of law*, como la certeza, o con el principio de juridicidad, como la igualdad ante la ley y la función de centralización y control del poder político. A mi juicio, ninguno de estos “ideales” es un candidato adecuado para fundamentar el principio de legalidad en sentido estricto. Considero que una fundamentación consistente del principio de legalidad en sentido estricto debería basarse en ideales políticos referidos al valor superior del proceso democrático de toma de decisiones.

(7) En lo que respecta a las exigencias normativas derivadas del principio de legalidad en sentido estricto, considero que es distorsionador vincularlo a las consecuencias lógicas del principio de juridicidad, como la “legalidad negativa”, la “legalidad formal” o la “legalidad sustantiva”. Tampoco debería vincularse a exigencias propias del ideal del *rule of law*, como que el Derecho debe ser general, abstracto, claro, etc. En cambio, creo que habría que seleccionar otras exigencias normativas, como el principio de deferencia al legislador, el principio del legislador racional o la metaregla interpretativa que prioriza la voluntad del legislador sobre otros métodos interpretativos (como la interpretación literal, la sistemática o la evolutiva).

(8) Más allá de las ventajas conceptuales que esta aproximación al principio de legalidad en sentido estricto pueda ofrecer, he advertido también del riesgo de hipertrofiar el principio. Al igual que ocurre con cualquier otro principio, la condición de aplicación del principio de legalidad en sentido estricto es centralmente indeterminada. Por ello, los órganos encargados de aplicar el Derecho deben llevar a cabo una deliberación práctica antes de aplicarlo a un caso concreto, con el fin de determinar su relevancia y, en caso afirmativo, evaluar su peso relativo. Es crucial determinar con precisión cuál es el concepto de “legalidad” que estamos manejando, ya que ni el fundamento del principio ni las exigencias jurídicas específicas que del mismo se derivan para el Derecho son las mismas. Precisamente es el fundamento lo que activa el principio de legalidad en situaciones específicas: si el fundamento no se encuentra amenazado (es decir, el ideal que se busca proteger), las exigencias normativas derivadas no serán operativas; en cambio, cuando existe un alto riesgo para ese ideal, se activan las exigencias normativas derivadas. En suma, para que el principio de legalidad no pierda su operatividad de cara a la argumentación jurídica es esencial que precisemos con claridad de qué hablamos cuando hablamos de legalidad.

7. Bibliografía

Alonso Vidal, H. (2023) “El rol de los principios institucionales en el razonamiento jurídico”, en *Jurisdicción y teoría del sistema jurídico*, Madrid: Marcial Pons-Palestra.

Aristóteles (2022) [350 ac.] *Política*, Gredos: Madrid.

Atienza, M. (2001), *El sentido del Derecho*, Ariel: Barcelona.

Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2001) “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 24, 115-130.

Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2004) *Las piezas de Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2004.

Calamandrei, P. (2020) *Sin legalidad no hay libertad*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta: Madrid.

Della Bona, C. (2022), *A Transnacionalização do Direito como Forma de Miscigenação dos Sistemas Jurídicos. Uma recomposição de los fundamentos del Derecho*, Sao Paulo: Dialética.

Díaz, Elías (2003) “Carl Schmitt: la destrucción del Estado de Derecho”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº. 8, págs. 143-162.

Dicey, A. V. (1982) [1885] *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres: McMillan and Co.

Dworkin, R. (1985) *A Matter of Principle*, Cambridge: Harvard University Press.

Elia Antonio, M, Korkea-aho E. y Oana, S. (eds.), (2021) *EU Soft Law in the Member States. Theoretical Findings and Empirical Evidence*, Oxford; New York: Hart Publishing.

Fine, K. (2005). “The Varieties of Necessity”, en *Modality and Tense: Philosophical Papers*, Oxford: Oxford University Press, 235-260.

Finnis, J. (1980) *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press.

Fortescue, J. (1997) [1471] *On the Laws and Governance of England*, Shelley Lockwood (ed.), Cambridge: Cambridge University Press.

Fuller, Lon L. (1964), *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press.

Harrington, J. (1992) [1656], *The Commonwealth of Oceana*, J.G.A. Pocock (ed.), Cambridge: Cambridge University Press.

Hayek, F.A. (1960) *The Constitution of Liberty*, Chicago: University of Chicago Press.

Hayek, F.A. (1972) [1944] *The Road to Serfdom*, Chicago: University Of Chicago Press.

Hayek, F.A. (1973) *Rules and Order*, vol. 1, en *Law, Legislation and Liberty*, Chicago: University of Chicago Press.

- Kelsen, H. (1982) *Teoría pura del Derecho* (trad. Roberto J. Vernengo), Porrúa: México, [1960 2ª].
- Laporta, F.J. (2007) *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta: Madrid.
- Lewis, S. (2021) "Precedent and the Rule of Law" *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 41, n.º. 4, pp. 873-898.
- Locke, J. (1988) [1689] *Two Treatises of Government*, P. Laslett (ed.), Cambridge: Cambridge University Press.
- Maquiavelo (2016) [1517] *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Madrid: Akal.
- Marcilla Córdoba, G. (2007) "La desregulación como técnica normativa de la sociedad global", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, ARSP. n.º. 109, pp. 37-49.
- Marcilla Córdoba, G. (2007) "Garantismo penal y delitos sexuales", en Andrés Ibáñez, P., Grández Castro, P., Marciani Burgos B. y Pozzolo S. (eds.), *El compromiso constitucional del iusfilósofo: homenaje a Luis Prieto Sanchís*.
- Merkel, A. (1980) *Teoría general del Derecho Administrativo*, México: Editora Nacional.
- Montesquieu (2007) [1748] *Del espíritu de las leyes*, Madrid: Tecnos.
- Nino, C.S. (1989) *Ética y derechos humanos*, Barcelona: Ariel. 1989.
- Oakeshott, M. (1983) *On History, and Other Essays*, Totowa, NJ: Barnes and Noble.
- Pino, G. (2024) *Jueces, legalidad e interpretación*, Lima: Palestra.
- John Rawls (1999) [1971] *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press.
- Raz, J. (1977), "The Rule of Law and its Virtue", en *The Authority of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J. (2018) "The Law's Own Virtue", Oxford Legal Studies research paper n.º 10/2019; King's College London Dickson Poon School Law Legal Studies research paper n.º 2019-17; Columbia Public Law of research paper n.º. 14-609 (2018).
- Ródenas, A. (2006) *Los intersticios del Derecho*, Madrid: Macial Pons.
- Ródenas, A. (2018) "¿Pueden ser derrotados los derechos humanos. Derechos fundamentales vs. principios institucionales?", en A. Ródenas (ed.), *Repensar los derechos humanos*, Lima: Palestra.
- Rubio Llorente, F. (1993) "El principio de legalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, núm. 39. Septiembre-Diciembre pp. 6 a 21.

Waldron, J. (2023) "The Rule of Law", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2023 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), <https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/rule-of-law/>