

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho penal. Universidad Pompeu Fabra

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS: *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid (Trotta) 2003, 205 pp.

I

Hubo un tiempo en que el legislador era tenido por racional. Luego, dicha racionalidad pasó a ser contemplada como un «mito», y la ley fundamentalmente como una decisión, una mera expresión de voluntad política. Ahora, de la mano de textos como el que es objeto de esta recensión, la racionalidad del legislador (penal) aparece, de entrada, como un ideal y, a partir de ahí, como una posibilidad susceptible de ser realizada en diferente medida¹. Determinar cuáles son los criterios materiales que han de orientar la legislación penal y exponer su contenido: ésa es la pretensión de la obra de *Díez Ripollés* (p. 11). Una tarea a la que, según observa el autor, los penalistas, esencialmente ocupados por una dogmática orientada a la aplicación judicial del derecho, apenas hemos prestado atención. Se trataría, pues, de invertir la tendencia e intentar evitar que la elaboración de las leyes quede en manos de la improvisación y el oportunismo político (p. 14), precisamente en un momento en el que, por razones diversas, la ley penal va asumiendo importantes funciones que antes

¹ Cfr. GARCÍA AMADO, «Razón práctica y teoría de la legislación», en *Derechos y Libertades* —Revista del Instituto Bartolomé de las Casas—, n.º 9, julio/diciembre 2000, pp. 299 y ss., 305 y ss.

no le eran propias. ¿Cómo hacerlo? ¿Cómo obtener los elementos necesarios para efectuar un control de legitimidad de las decisiones legislativas penales (p. 15), de modo que pudiera declararse la invalidez de la decisión legislativa que no se atuviera a los criterios establecidos?

Si interpreto bien el texto objeto de esta recensión, la propuesta reza: En primer lugar, una legislación penal racional debe ser el reflejo del sistema de creencias compartidas (o mundo de la vida) en una sociedad dada; en segundo lugar, allí donde ya no alcance el propio sistema de creencias compartidas, este último determina, no obstante, que deba seguirse el criterio de las mayorías (convicciones generales) a través del procedimiento de la democracia deliberativa y participativa. «Las referencias a cuadros de valores trascendentes, tradicionales o inherentes a la naturaleza humana o los grupos sociales, adquirirán fuerza legitimante sólo en la medida en que obtengan reconocimiento social en un momento histórico determinado» (p. 187).

II

Antes de entrar en esta dimensión normativa del problema, *Díez Ripollés* expone el plano descriptivo (dinámico u operativo), en el que se adscribe a los modelos que distinguen tres fases en proceso de continua retroalimentación: la prelegislativa, o de identificación de un problema social sin la precisa respuesta jurídica; la legislativa, o de elaboración de esta respuesta; y la postlegislativa, o de evaluación social de la respuesta (p. 19).

La prelegislativa, a su vez, puede ser subdividida en diversas etapas, que se inician en la observación por algún agente o grupo social acerca de una supuesta disfunción entre la situación social y la respuesta jurídica. A esta observación que, por difusa que sea, debe resultar creíble y suscitar atención —lo que depende de su adaptación a ciertas condiciones del medio receptor (p. 22)—, sucede la etapa en la que intervienen de modo especialmente intenso los medios de comunicación, que le atribuyen contornos más precisos, a la vez que hacen sea asumida por sectores influyentes e incluso empiece a ir acompañada de alguna reflexión. Aparece así un estado de opinión, que sólo tras el concurso de otras instancias (grupos de presión expertos o, por el contrario, sólo mediáticos, o incluso de la «plebe»²

² Término éste con el que DÍEZ RIPOLLÉS se refiere a los grupos de víctimas o afectados: cfr. p. 36 y aclaración en nota 64.

—p. 34—) desembocará en un programa de acción, con mayor o menor respetabilidad social. En éste, en función de cuál sea el grupo que se imponga, excluyendo o limitando la intervención de los demás, cabrá advertir un análisis más racional de la realidad o, en cambio, un enfoque total o parcialmente emocional (p. 37), este último especialmente frecuente en los últimos tiempos (p. 40). En todo caso, el programa de acción sólo se convierte en un proyecto o proposición de ley una vez que ha pasado el filtro de las burocracias gubernamentales o de los partidos políticos, regidas por la lógica política que les es propia. De hecho, como bien resalta *Díez Ripollés*, en la práctica esta última etapa de la fase prelegislativa llega a ser determinante en detrimento de la fase legislativa (p. 43), lo que es característico de una democracia de partidos. Precisamente por ello, el autor subraya la necesidad de que la intervención burocrática esté sujeta a reglas organizativas y procedimentales más satisfactorias en todo caso que las actualmente existentes en España (pp. 46 y ss.), cuya insuficiencia se ha manifestado en los procesos de reforma de las leyes penales que han tenido lugar en las últimas décadas en nuestro país.

Tras ello tiene lugar la fase legislativa, en la que se constata el gran predominio de los productos de la burocracia gubernamental y el cierre con respecto a las aportaciones procedentes de otras instancias (pp. 50 y ss.). En esta fase, el trabajo llevado a cabo en la comisión y, en particular, en la ponencia resulta decisivo, en detrimento del debate en el pleno del Congreso (p. 56). La generalmente opaca intervención del Senado tiene escasa trascendencia. En fin, es en la fase postlegislativa en la que tiene lugar la etapa de evaluación. Para que ésta resulte realmente operativa deben darse las circunstancias sociales pertinentes, al tiempo que la ley, por su parte, debe resultar evaluable y suscitar interés evaluativo. A este respecto, lo más relevante es poner de relieve las múltiples carencias que aquejan a esta fase y que redundan en su práctica inexistencia en nuestro país (pp. 61-65).

III

El núcleo del libro, sin duda, lo constituyen las páginas en las que se trata de proponer un modelo ideal de racionalidad para la legislación penal. Es importante subrayar que *Díez Ripollés* opta por entender que dicho modelo debe reflejar una racionalidad «fuerte», esto es, que no se limite a una coherencia lógico-formal³, sino que

³ Cfr. BULYGIN, «Teoría y técnica de la legislación», en *Alchourron/Bulygin, Análisis lógico y Derecho*, Madrid 1991, pp. 409 y ss., 413 y ss.; Ruiz Sanz, *De la ciencia de la legislación hacia la técnica legislativa*, AFD XIV (1997), pp. 637 y ss., 645 y ss.

comprenda también los fines que han de ser obtenidos y los principios morales (p. 78). Sin embargo, la afirmación de que existe un modelo de racionalidad al que debe atenerse el legislador no implica negar que sólo al legislador le corresponde la responsabilidad sobre el contenido sustancial de su actividad de modo que, más allá del respeto debido a la Constitución, sólo está sujeto al control electoral (p. 85).

En cuanto al respeto a la Constitución, se trata simplemente de que el legislador se atenga a las exigencias «comunicacionales» y «procedimentales» previstas en la Ley Fundamental que, sin embargo, deberían reformularse en una ley perteneciente al bloque de la constitucionalidad para obtener un panorama más claro y riguroso. En todo caso, una ley superaría el control de constitucionalidad si se comprueba que «en su elaboración se ha producido una adecuada participación ciudadana» y «se han averiguado cuáles sean las opiniones sociales» (racionalidad ética); si se verifica que «se han realizado los correspondientes estudios previos sobre la realidad social a incidir, los objetivos a perseguir, los medios de que se dispone y las posibles consecuencias de la decisión legislativa» (racionalidad teleológica y pragmática); y si se observa su «coherencia con el resto del ordenamiento jurídico» (racionalidad lógico-formal) (p. 85).

Para *Díez Ripollés*, siguiendo de cerca a *Atienza*, la racionalidad de las leyes penales es la capacidad de éstas para llevar a cabo su misión de control social jurídico sancionador «atendiendo a los datos relevantes de la realidad social y jurídica» sobre las que inciden (p. 86), lo que tendría lugar a través de una teoría de la argumentación jurídica legislativa. Al seguir este camino, el autor se distancia de quienes reducen la racionalidad de las leyes al conjunto de presupuestos de «técnica legislativa»⁴, que se ocuparían tan sólo de su racionalidad lingüística y jurídicoformal. Frente a este último modelo, se acoge un modelo de racionalidad legislativa estructurado en cinco niveles: lingüístico, jurídicoformal, pragmático, teleológico y ético, todos ellos afectados por una dimensión transversal de eficiencia. Para el autor, con todo, la racionalidad ética constituye el espacio de juego de las otras dimensiones; la racionalidad teleológica marca los objetivos que deben ser obtenidos en el marco de aquella; y los otros aspectos desempeñan funciones decrecientes en el plano instrumental —efectividad y eficacia, coherencia y habilidades comunicacionales—

⁴ Ello se corresponde con una postura no escéptica en materia de razón práctica. Como indica GARCÍA AMADO, *Derechos y Libertades*, 9, julio/diciembre 2000, p. 301, 310, tal postura escéptica conduciría a una teoría de la legislación no normativa, o normativa en sentido débil, que habría que entender como teoría y desarrollo de una técnica legislativa, esto es, como conjunto de técnicas instrumentales.

(pp. 91, 95, 96). Una ley será irracional en la medida en que contravenga alguna de las diversas dimensiones de la racionalidad que se acaban de indicar. Pero tampoco cabe descartar la posible existencia de colisiones internas entre los diversos cánones de racionalidad. En todo caso, de lo que se trata es de conseguir un equilibrio óptimo entre todos ellos, de modo que el aseguramiento de uno no conduzca en ningún caso a la anulación de otro.

IV

La racionalidad ética expresaría, para *Díez Ripollés*, el conjunto de convicciones compartidas en una sociedad, cultural e históricamente condicionadas «aun cuando en ocasiones sean capaces de trascender concretas culturas y civilizaciones» (p. 113). Según el autor, los juristas habrían tratado de disimular esta vinculación de la racionalidad ética con el «sistema de creencias sociales compartidas» mediante expedientes de mayor prestigio teórico: el iusnaturalismo más o menos matizado en términos histórico-culturales; el constitucionalismo; o una concepción elitista de la noción de cultura jurídica.

Frente a ello, y tras una extensa discusión de las teorías de fundamentación del Derecho penal expuestas en las últimas aportaciones doctrinales, *Díez Ripollés* acomete el estudio de este conjunto de convicciones compartidas que, en cuanto tales, no estarían sometidas al principio discursivo. A su juicio, a este ámbito pertenecerían (pp. 92 y ss.), lo que denomina principios estructurales de primer nivel (principios de la protección, principios de la responsabilidad y principios de la sanción), así como el propio principio democrático. Según el autor, los principios de protección que se hallarían en la base de una propuesta de una legislación penal éticamente racional son los de lesividad, fragmentariedad⁵, interés público y correspondencia con la realidad. El primero es entendido por *Díez Ripollés* de forma bastante convencional, asociándolo a la dañosidad social o afectación de lo que denomina «convivencia social externa». Con todo, a su entender, incluso ciertas perturbaciones de la interacción social habrían de quedar excluidas del ámbito de protección penal (o, en general, público) por razones de tolerancia. Y a ello debería añadirse un relativismo determinado por la mutabilidad de lo que se considere lesivo.

⁵ Que DÍEZ RIPOLLÉS prefiere llamar «esencialidad». Sobre las razones de esta propuesta cfr. p. 141 nota 106.

Crítico con el enfoque defensivo tradicionalmente vinculado al principio de fragmentariedad, *Díez Ripollés* pretende construir su «principio de esencialidad» en términos positivos («expansivos», afirma). Es su circunscripción a los objetos de protección más importantes y las agresiones más graves que tengan lugar contra éstos lo que determina que quepa ampliar e intensificar los medios de intervención estatales, como en general es propio del Derecho penal. Y, para ello, es además preciso que tenga lugar una afectación del «interés público», esto es, que el conflicto trascienda a la relación entre autor y víctima, incidiendo sobre los intereses sociales generales y no sólo sobre los de un grupo social determinado. Todo lo cual debe ser, además, constatable mediante métodos empírico-sociales.

En cuanto a los principios de la responsabilidad, se trata, en primer lugar, de que el ciudadano sepa con precisión en qué circunstancias se le va a exigir responsabilidad y con qué consecuencias (certeza o seguridad jurídica), lo que sin embargo habría que distinguir del principio de legalidad formal, que pertenecería más bien al ámbito de la racionalidad teleológica (p. 147). Pero la idea de una racionalidad ética en la exigencia de responsabilidad requiere también que no se castiguen los meros pensamientos ni tampoco los planes de vida, sino sólo hechos concretos determinables en el espacio y en el tiempo. Y que entre el hecho objeto de responsabilidad y el sujeto responsable existan los correspondientes nexos de imputación objetiva y subjetiva, entre los que se contaría la idea de personalidad física. La crisis producida en este último ámbito por la aparición del fenómeno de la responsabilidad penal de las personas jurídicas la pretende reconducir *Díez Ripollés* a la dimensión de racionalidad teleológica. Finalmente, se requiere el principio de culpabilidad que, a juicio del autor (p. 153) deriva de una creencia ética firmemente arraigada pero con débil apoyo ontológico (en el sentido de empírico). En todo caso, las ulteriores concreciones de este principio estarían tan sujetas a variaciones históricas y culturales, que deberían extraerse de este nivel de racionalidad. Como también debe excluirse de este nivel el principio de peligrosidad, a su juicio fuertemente cuestionado en la actualidad. En todo caso, la responsabilidad ha de verificarse y ello tiene lugar, en Derecho penal, en el marco de la jurisdicción. La jurisdiccionalidad, pues, con todos sus subprincipios habituales (pp. 155 y ss.) es un principio esencial de la responsabilidad. Humanidad, fines legítimos, proporcionalidad y monopolio punitivo del Estado serían, en fin, los principios de la sanción.

V

Las últimas páginas del libro de *Díez Ripollés* se dedican a la cuestión de determinar qué criterio «cuenta con el respaldo de nuestro sistema de creencias a la hora de tomar decisiones colectivas vinculantes cuyos contenidos ya no pueden basarse en esas creencias compartidas» (p. 165), que serían las determinantes de la racionalidad ética ya examinada. En este punto, como se verá, el autor se distancia de lo que caracteriza como criterios ideales, expertos y constitucionalistas, para pasar a sostener el criterio democrático. Las perspectivas ideales son rechazadas por *Díez Ripollés* con el argumento de que, al partir de un modelo ideal de sociedad, éstas «se desvinculan del mundo de la vida y de las creencias sociales» de modo que carecen de legitimación por falta de apoyo social. Además, a su juicio, estas propuestas, por un lado, desconocen las lentas y paulatinas modificaciones de la racionalidad ética, que son reflejo de las que se experimentan en el sistema de creencias sociales; y, por otro lado, obvian el pluralismo interno de nuestras sociedades. En cuanto a las perspectivas «expertas», se rechazan las científico-tecnocráticas, en la medida en que pretenden condicionar la capacidad de decisión y de autorresponsabilidad de los ciudadanos a partir los resultados de la investigación empírico-social. Pero también las elitistas que, so capa de evitar los enfoques populistas, encubren su proclividad a recoger las sugerencias de los poderes públicos y los agentes sociales influyentes, a la vez que a atender a sus propios intereses corporativos. Sin dejar de reconocer el valor que les corresponde a los expertos científico-sociales o de comisiones especializadas, *Díez Ripollés* subraya la idea central de que es a los ciudadanos a quienes corresponde determinar en última instancia «los rasgos que ha de poseer el control social jurídico-penal» (p. 177). Es esto mismo lo que lleva al autor a reprochar a las perspectivas constitucionalistas que proceden a «congelar» el consenso social alcanzado en un momento determinado. Ello, con independencia de que, por muchos contenidos que se quiera atribuir a la Constitución, resulta imposible hallar en ella algo parecido a un programa político-criminal perfilado. Estas últimas perspectivas serían, pues, demasiado rígidas, incapaces de integrar la dinamicidad y pluralidad de nuestras sociedades. La desconfianza frente al legislador ordinario que reflejan convierte a la Constitución en una rémora frente a la evolución de las necesidades colectivas y las modificaciones valorativas que tienen lugar en una sociedad dada. Sin embargo, la práctica política pone de relieve la sustancial libertad del legislador ordinario, frente al que la Constitución aparece tan sólo como un marco genérico y negativo.

Y así llegamos al criterio democrático, acogido por *Díez Ripollés*. Una vez sentadas las bases éticas, las controversias que surjan en los siguientes niveles de racionalidad legislativa se resolverán con arreglo a las opiniones y convicciones mayoritarias en una determinada sociedad (criterio de las convicciones generales o de la opinión pública)⁶. Guiado, entre otros puntos de vista, especialmente por la tesis de la autolegislación de Habermas (conjunción de los procesos institucionales de formación de la voluntad legislativa y de procesos informales de comunicación⁷), el autor afirma que el criterio de la remisión a la opinión de las mayorías ciudadanas se halla profundamente arraigado en nuestras creencias más profundas sobre la fuente de legitimación de las decisiones políticas.

Su postura se define así, positivamente, por su actitud favorable a la concepción de la democracia deliberativa y participativa como fuente de criterios político-criminales⁸. Y se perfila, negativamente, por oposición a las tesis del «constitucionalismo», que caricaturiza como expresivas de una fidelidad al «libro sagrado» interpretado por expertos, y a las construcciones de la «democracia representativa», calificadas de nuevo en términos caricaturescos como de «sacerdocio» de los representantes populares. Ello no significa, sin embargo, que se atribuya valor a cualquier «estado de opinión» temporalmente mayoritario. Las convicciones generales han de ser, por un lado, persistentes; y, por otro lado, ampliamente abarcentes, de modo que quede fuera de ellas sólo una minoría social muy reducida. Además, debería tenerse en cuenta que, pese a algunos de los problemas que éstos muestran, existen instrumentos empíricamente fiables para determinar la concurrencia de los dos requisitos mencionados. Ello, con independencia de que, para evitar posibles desviaciones, sea recomendable profundizar en la complementación de

⁶ Naturalmente, este planteamiento deja en pie el tema de qué hacer con los extranjeros que carecen del derecho a voto y, por tanto, sólo de un modo indirecto (a través de asociaciones, etc) pueden participar en el proceso legislativo, mientras que las leyes territoriales se les imponen directamente.

⁷ Una crítica reciente a esta tesis puede verse en PAWLIK: «Selbstgesetzgebung der Regierten»: Glanz und Elend einer Legitimationsfigur, en *Recht und Politik*, ARSP Beiheft 93, 2004, pp. 115 y ss.

⁸ En esta línea GÜNTHER, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft*, http://www.rz.uni-frankfurt.de/FB/fb01/guenther/guenther_antritt2-p.html, p. 8, ha afirmado que «sólo una democracia puede exigir legítimamente al destinatario de la norma obedecer a la norma vigente aun en el caso de rechazarla individualmente, porque a la vez le concede el derecho y la posibilidad fáctica de expresar su rechazo de un modo distinto que su lesión manifiesta». De modo que «el deber de seguir externamente a la norma se basa sólo en el derecho y la posibilidad de todos de participar en el proceso de conformación de la voluntad».

este criterio con el del parecer experto. Por último, el recurso a las convicciones generales como criterio determinante no pone en peligro, para Díez Ripollés, las garantías individuales clásicas⁹. Aun reconociendo que éstas fueron introducidas y consolidadas por élites jurídicas, sólo su arraigo popular habría permitido su persistente vigencia hasta la actualidad. El saber político-criminal, insiste el autor, es un saber político y, por tanto, es en la arena política donde debe defender sus postulados. Frente al enfoque elitista, éste sí productor de derecho autoritario, se concluye, pues, que «las leyes penales se crean popularmente» (p. 197).

VI

El libro recensionado constituye una aportación básica a la reflexión sobre los presupuestos de la racionalidad de las leyes penales. El lector encontrará en él, además de una descripción atinada del conjunto de problemas que deben ser abordados, una propuesta normativa bien estructurada, claramente presentada, coherente en términos formales y que lleva, según creo, hasta sus últimas consecuencias el modelo inmanentista de racionalidad ética asociada a las creencias sociales compartidas y, una vez llegados al límite de éstas, al principio mayoritario¹⁰. Con ello quedan bien asentados los fun-

⁹ En contra, de nuevo, FERRAJOLI, por ejemplo en *Garantías y Derecho penal* (trad. Gascón Abellán), Iter Criminis, 2, segunda época, marzo 2002, pp. 247 y ss., 252 y ss. «Si el significado de 'democracia' equivaliese a 'voluntad de la mayoría' quedaría ciertamente excluida toda posibilidad de fundar una axiología democrática y garantista del derecho penal. Un derecho penal 'democrático' en tal sentido se orientaría inevitablemente hacia formas de derecho penal máximo, o sea máximamente represivo, carente de límites y de garantías». Existe, sin embargo, una segunda dimensión de la democracia, no antitética, sino complementaria de la de democracia política. Esta «permite entender los fundamentos axiológicos y al mismo tiempo los límites del derecho penal: se trata de la dimensión que connota la democracia como 'democracia constitucional' o 'de derecho' y que hace referencia no a quién puede decidir (la mayoría, en este caso), sino a qué es lo que no puede decidir ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad. Una dimensión respecto a la cual, de nuevo, el derecho penal representa, e históricamente ha sido, el campo emblemático de reflexión y elaboración: precisamente, el de la construcción del Estado constitucional de derecho».

¹⁰ De todos modos, Díez Ripollés va más allá de una teoría formal-normativa de la legislación, como la que propone García Amado, *Derechos y Libertades*, 9, julio/diciembre 2000, pp. 312 y ss. García Amado concibe dos posibles vías para tal teoría formal-normativa: bien una teoría de legislación en democracia, basada en ciertas libertades mínimas y en la pureza de ciertos procedimientos; o bien la ética discursiva, cuyas reglas, en todo caso, son fundamentalmente procesales y no prejuzgan ningún resultado como materialmente necesario. Si bien lo entiendo, Díez Ripollés concibe, en cambio, los principios estructurales básicos de la racionalidad ética

damentos esenciales de una posible teoría de la legislación penal cuya culminación habrá de tener lugar, como reconoce *Díez Ripollés*, mediante nuevos trabajos propios o ajenos. Por lo demás, a lo largo del hilo conductor de la obra se hallan discusiones sobre las cuestiones seguramente más importantes de la teoría del Derecho penal e innumerables referencias y sugerencias sobre aspectos concretos. Que su lectura resulta imprescindible constituye, pues, una conclusión obvia.

Más allá de esto, mi valoración del libro está, sin embargo, condicionada por discrepancias más que accidentales en lo que hace a sus premisas normativas básicas. Entre otras, porque, a diferencia de *Díez Ripollés*, me inclino por asignar un mayor peso al principialismo constitucionalista frente al legalismo de las mayorías. Como también me inclinaría por la búsqueda de modelos de racionalidad con capacidad de vigencia universal y no ceñidos a una sociedad dada en el espacio. En fin, y por lo mismo, intentarí hallar modelos de racionalidad vinculados a una concepción trascendente de lo justo y no inmanentes a un concreto sistema histórico de creencias compartidas (o incluso, en defecto de éstas, a las mayoritarias en dicho sistema).

Quizá las discrepancias sean sólo de acento. Ello es seguro en cuanto al tema de la relación entre el legislador ordinario y la Constitución. Naturalmente, aquí deben excluirse discrepancias radicales. Todo el mundo está de acuerdo en que los tribunales constitucionales deben controlar la constitucionalidad de las leyes. Como todo el mundo está de acuerdo en el valor legitimador de decisiones políticas que tienen la democracia y el principio mayoritario. La cuestión es si se entiende que los tribunales constitucionales deben practicar un intenso *self restraint* o, por el contrario, deben entrar a fondo en la contrastación de las leyes con los principios y valores constitucionales. El tema trasciende lógicamente a este marco, pues entronca de modo directo, entre otros, con el debate entre concepciones legalistas y principialistas del Derecho. Pero, en todo caso, debe quedar claro que *Díez Ripollés* «una vez desarrollada la mayor parte de la estructura institucional constitucionalmente prevista» (p. 183), se inclina una máxima relativización del papel de la Constitución, expresada en la «cautela» del Tribunal Constitucional en el control de las leyes, y una apuesta clara por el maximalismo del principio mayoritario¹¹. Por mi

como directamente vinculados al sistema de creencias compartidas y, como tales, no sometidos al principio discursivo. Aunque parece claro, por otra parte, que las creencias compartidas van cambiando y que el discurso habrá de ser uno de los factores de tal paulatina modificación...

¹¹ Véase la referencia a la «libertad» del legislador y a la «cautela» del Tribunal Constitucional, en términos descriptivos, pero con una, a mi juicio, implícita valoración positiva.

parte, en cambio, suscribo las palabras de *Hassemer* cuando este afirma que «pertenece a nuestra experiencia estable el hecho de que incluyo mayorías formadas de modo ordenado pueden producir injusto (*Unrecht*). También en sociedades democráticas han perdido las mayorías la dignidad natural (*selbsverständliche*) de ser fuentes de derecho correcto. También en la democracia es necesario un instrumento de comprobación y cuestionamiento. Este instrumento precisa de una localización por encima de las leyes positivas, llámese Derecho natural¹² o Constitución»¹³.

Precisamente porque *Díez Ripollés* toma como base de su modelo de racionalidad ética las «creencias socialmente compartidas» ha de admitir, según creo, que una ley penal abiertamente irracional — en términos éticos— en España (como una que estableciera penas de mutilación corporal) sea, en cambio, absolutamente racional —en términos éticos— en Nigeria. Con ello, el modelo se mueve en términos de un relativismo que es imposible eludir si no se adopta un concepto fuerte (y universal) de justicia en cuanto a la legislación penal. Un concepto así no excluye, naturalmente, la historicidad que es propia de la vida del ser humano en este mundo, así que no implica que la búsqueda esforzada del Derecho no dé lugar a concretos sistemas, más o menos imperfectos, de «creencias sociales compartidas»¹⁴. Más bien, pretende fijar el objetivo más allá de estos sistemas coyunturales de creencias sociales, en el bien entendido de que ya hemos hallado, afortunadamente, bastantes criterios que trascienden a aquéllos. Pues bien, si ese concepto trascendente de lo normativamente correcto se sustituye por un sucedáneo comunicativo¹⁵ («cre-

¹² Aunque para HASSEMER éste sea un Derecho natural de contenido variable, esto es, sin pretensión de eternidad, un derecho suprapositivo adecuado a los tiempos. Un punto en el que me distancio de su perspectiva.

¹³ HASSEMER: «Verfassungsgerichtsbarkeit in einer Demokratie», en *Recht und Politik*, ARSP 93, 2004, pp. 75 y ss., 84. Esta es la característica de la «democracia constitucional» y su virtualidad limitadora del principio de las mayorías. Pero, como he dicho, la cuestión es de acento, pues obviamente ni Hassemer (p. 85) ni quien esto escribe ignoran el valor justificante que tiene la democracia y el principio mayoritario.

¹⁴ A este respecto, un procedimiento democrático lo más limpio posible resulta sin duda uno de los mejores instrumentos. Pero si «el fin no legitima los medios», tampoco los medios legitiman el fin.

¹⁵ TÖNNIES, *Recensión de Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, *Rechtstheorie* 24 (1993), Heft 3, p. 387 y ss. ponía de relieve cómo en Habermas, en teoría, la comunicación era la fuente de donde habrían de surgir la aspiración a la verdad y a la corrección normativa, mientras que el Derecho natural racionalista y universalista no se adaptaría a la complejidad de las sociedades modernas. Pero en la práctica resultaba que esa «comunicación» se llenaba de contenidos implícitos que la propia comunicación no puede proporcionar. La evolución del pensamiento de Habermas en la última década

encias compartidas»), resulta imposible que desde un «sistema de creencias compartidas» quepa efectuar juicio alguno de racionalidad ética (de legitimación básica) sobre la producción legislativa que tiene lugar en otro «sistema de creencias compartidas»; una conclusión que, por mi parte, no me resigno a aceptar ni en términos espaciales ni en términos temporales¹⁶. Por ello, me encaminaría por la senda de las «desacreditadas» teorías material-normativas «que pretenden establecer límites directos al contenido posible de la actividad legislativa penal, límites que se pretenden de algún modo emanados directamente de la razón»¹⁷. Y trataría de seguir el paso en la permanente búsqueda de una Justicia no inmanente a las creencias compartidas en una sociedad dada, sino trascendente a ésta. En el fondo, supongo, porque invierto el orden de las premisas del razonamiento de *Díez Ripollés* y, con *Ollero* entre otros, creo que la democracia, con toda su virtud, «no es sino una de las más fecundas expresiones históricas de los fundamentos éticos objetivos posibilitadores de una convivencia humana» digna de tal nombre¹⁸.

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho penal
Universidad Pompeu Fabra

(en particular, su aceptación de una teoría de la verdad como correspondencia) no hace sino confirmar hasta qué punto esto era así. Con respecto a la teoría de Rawls, GEIS, *Das revidierte Konzept der «Gerechtigkeit als Fairneß» bei John Rawls —materielle oder prozedurale Gerechtigkeitstheorie ?*, JZ 1995, pp. 324 y ss., apuntaba también al carácter circular de las argumentaciones de las tesis procedimentales.

¹⁶ Como indica OLLERO TASSARA, *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid 1996, p. 386-387, en relación con los derechos humanos: «Un recurso habitual será conceder a los derechos humanos una fundamentación 'histórica'. Habría que precisar su alcance. Si la afirmación se entiende en un plano rigurosamente 'historicista', equivaldría a establecer que el único fundamento de tan fundamentales derechos consistiría en las preferencias mayoritariamente expresadas por los ciudadanos en una coyuntura histórica determinada. Este frágil fundamento fáctico no responde (por paradójico que parezca) a la consistencia que, de hecho, se atribuye a los derechos humanos, cuando se los defiende y se los exige como condición indispensable de todo ordenamiento jurídico legítimo o cuando se insiste en la inaplazable necesidad de encontrar fórmulas más efectivas para su reconocimiento».

¹⁷ GARCÍA AMADO: *Derechos y Libertades*, 9, julio/diciembre 2000, p. 311, para quien éste sería el esquema del iusnaturalismo y «tal vez forzando los términos podamos ver las doctrinas iusnaturalistas traducidas a teorías material-normativas de la legislación».

¹⁸ OLLERO TASSARA: *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid 1989, p. 124.