

## ¿Tocando el Derecho de oído? Hacia una teoría de la argumentación jurídico-penal

Recensión a Fernando-Guanarteme SÁNCHEZ LÁZARO, Una teoría de la argumentación jurídico-penal. Un segundo desarrollo, de la mano de algunos problemas de miedo insuperable, Comares, Granada, 2009, 224 págs.

Irene Navarro Frías

Universidad de La Laguna

## I.

La práctica jurídica arroja una realidad que no por conocida resulta menos perturbadora: el que dentro de lo *válidamente argumentable* y para un mismo caso, los operadores jurídicos pueden ofrecer respuestas muy distintas, que representarán muy diferentes costes en términos preventivos, iusfundamentales o económicos<sup>1</sup>. Este dato en sí mismo considerado no sería todavía excesivamente preocupante si tenemos en cuenta que muchos de estos operadores jurídicos no son imparciales, sino que tratarán de fundamentar una solución interesada<sup>2</sup>. El auténtico problema surge cuando operadores jurídicos (en principio) imparciales (como el juez), terminan eligiendo entre unas opciones u otras de manera en parte intuitiva, pudiendo llegar, por tanto, a soluciones muy distintas. Esto es, a juicio del autor, lo que sucede en la práctica: que a la hora de elegir unas u otras soluciones “la discusión (...) sigue mostrando un alto componente intuitivo”, lo que hace surgir la necesidad de contribuciones a su racionalización<sup>3</sup>. Precisamente a esta tarea dedica SÁNCHEZ LÁZARO esta reciente monografía, de la mano del concreto caso de la eximente de miedo insuperable.

## II.

1. En primer lugar, y tras realizar un breve recorrido por el tratamiento jurisprudencial que ha recibido la eximente de miedo insuperable en la jurisprudencia<sup>4</sup>, el autor estudia los modelos de razonamiento que proponen Robert ALEXY y Neil MACCORMICK, como guías de racionalidad en la adopción de decisiones jurídicas.

Para ALEXY el discurso jurídico no es más que un caso *especial* del discurso práctico general que tiene lugar bajo una serie de condiciones limitadoras<sup>5</sup>. Tras analizar las reglas y formas del discurso práctico general (tanto las que afectan a la forma como al contenido de las proposiciones y reglas)<sup>6</sup>, SÁNCHEZ LÁZARO se centra en el estudio de las concretas reglas y formas del discurso jurídico de ALEXY<sup>7</sup>, distinguiendo para ello, dentro del discurso jurídico, la justificación interna, es decir, la cuestión de si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación, y la justificación externa, que se ocupa de la corrección de esas premisas. Para esta última se vale básicamente del argumento semántico, genético, histórico, comparativo, sistemático y teleológico<sup>8</sup>.

De la teoría de la argumentación jurídica de ALEXY, SÁNCHEZ LÁZARO critica su excesiva formalidad, en tanto que, aunque se ofrecen materiales, reglas y formas de argumento cuyo cumplimiento favorece la probabilidad de que la discusión de Derecho se sitúe dentro del

---

<sup>1</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal. Un segundo desarrollo, de la mano de algunos problemas de miedo insuperable*, 2009, p. 4.

<sup>2</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 42.

<sup>3</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 5.

<sup>4</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 5-22.

<sup>5</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 25.

<sup>6</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 27-32.

<sup>7</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 32 y ss.

<sup>8</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 34-6.

campo de lo racional, lo cierto es que dentro de este margen caben soluciones muy diversas (en determinados casos, desde la condena a la absolución). Y, de hecho, dentro de lo discursivamente posible en el sentido de ALEXY, encontrarían acomodo buena parte de las soluciones aportadas por la doctrina y la jurisprudencia en casos difíciles, como el del miedo insuperable<sup>9</sup>. Así, destaca este autor cómo las representaciones lógicas de que se vale ALEXY no aclaran apenas nada en los casos difíciles, cuando existen problemas materiales<sup>10</sup>; más bien, parecen servir sólo para ilustrar problemas ya de por sí claros<sup>11</sup>.

2. La segunda teoría de la argumentación jurídica que analiza SÁNCHEZ LÁZARO es la de Neil MACCORMICK<sup>12</sup>. Este autor trata también de ofrecer una explicación del razonamiento legal, que concibe como una rama de la razón práctica<sup>13</sup>. MACCORMICK diferencia a su vez dos niveles de justificación. El primer nivel de justificación se centra en aquellas decisiones sustentadas en argumentos de carácter puramente deductivo<sup>14</sup>. Importa aquí la validez deductiva como validez formal, esto es, de interrelación de las premisas con independencia de su contenido de verdad; la lógica en un sentido técnico. Este tipo de razonamiento no está, sin embargo, exento de dificultades y así se suscitan problemas de interpretación (en caso de fórmulas ambiguas) o de relevancia (en caso de dudas sobre la efectiva existencia de la ley). En todo caso, para los supuestos en que la premisa mayor es de por sí controvertida es preciso desarrollar un segundo nivel de justificación, como justificación de opciones entre posibles normas rivales dentro del específico contexto de un sistema legal<sup>15</sup>. En este ámbito tienen entrada los argumentos consecuencialistas, pero entendidos en sentido más amplio que el meramente utilitarista, comprendiendo las ideas de justicia, sentido común, interés público o conveniencia. Para los casos de diversidad de soluciones como consecuencia de los distintos tipos de argumentos consecuencialistas, retoma MACCORMICK los argumentos de coherencia (como relación de sentido entre la norma o normas individuales y el ordenamiento jurídico en su conjunto) y consistencia (en tanto que no se deben contradecir normas legales vinculantes válidamente establecidas)<sup>16</sup>.

También MACCORMICK diferencia entre casos fáciles, en los que el deber de hacer justicia conforme a la ley de los órganos jurisdiccionales puede concretarse en una mera deducción, y los casos difíciles, en los que “el desarrollo de esta función obliga a mirar por encima de la concreta disposición, a los argumentos de principio y analogía, más allá de los cuales se

---

<sup>9</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 40, 47-8.

<sup>10</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 47, en relación con problemas de miedo insuperable.

<sup>11</sup> En este sentido ALEXY diferencia los problemas, más simples, de subsunción normativa, de los más complejos, de ponderación; Véase SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 48. No obstante, en relación con el modelo de ALEXY Véase igualmente SÁNCHEZ LÁZARO, «Fundamentar y decidir. (Sobre la obra homónima de Carsten Bäcker, Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts)», *Doxa*, (33), 2010, pp. 129-142, *pássim*.

<sup>12</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 49 y ss.

<sup>13</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 49. Sobre el razonamiento jurídico como tipo especial de razonamiento moral en MACCORMICK, véase también p. 68.

<sup>14</sup> Sobre el primer nivel de justificación en MACCORMICK, véase SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 49 y ss.

<sup>15</sup> Sobre el segundo nivel de justificación en MACCORMICK, véase SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 56 y ss.

<sup>16</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 59-64.

carece de sustento legal<sup>17</sup>; argumentos que en todo caso habría que confrontar con razones consecuencialistas, de coherencia y consistencia<sup>18</sup>. MACCORMICK no deja de reconocer los límites a la existencia de un ordenamiento jurídico racionalmente estructurado y afirma que no se trata en ningún caso de un sistema racionalmente determinado y que permita aserciones absolutamente ciertas, sino *sólo* de desarrollar premisas normativas relativamente ciertas<sup>19</sup>.

Dentro de la valoración de la postura de MACCORMICK<sup>20</sup>, destaca SÁNCHEZ LÁZARO que para los casos difíciles, como podrían ser muchos de los relativos a la aplicación de la eximente de miedo insuperable, efectivamente no basta el razonamiento meramente deductivo; pero tampoco aporta mucho más el segundo nivel de justificación de MACCORMICK. Y ello, en opinión de este autor, porque en los casos difíciles pueden surgir conflictos entre las diversas razones de coherencia y/o consistencia, que no se solucionan por MACCORMICK, a lo que se suma que los argumentos consecuencialistas (justicia, sentido común, conveniencia...) requerirían de una mayor concreción en el caso concreto. En general, indica SÁNCHEZ LÁZARO que no basta con ilustrar la complejidad de la materia, sino que es necesario “un concreto posicionamiento al respecto: el desplazamiento de unas razones por otras, su subordinación o una concreta fórmula de equilibrio. Y su valoración exige establecer ‘qué tipos de argumento pesan y debieran pesar’ al respecto”<sup>21</sup>. A juicio de este autor “se requieren mayores márgenes de rendimiento”<sup>22</sup>.

3. En los capítulos II<sup>23</sup> y III<sup>24</sup> de su obra SÁNCHEZ LÁZARO se ocupa de los *márgenes del modelo jurisprudencial* y de los *márgenes de los modelos dogmáticos*, respectivamente, para el concreto caso de la eximente de miedo insuperable del art. 20. 6 CP. Respecto a la postura del Tribunal Supremo, señala que éste oscila entre considerar el miedo insuperable como auténtica causa de inimputabilidad o tratarlo como una causa de inexigibilidad de otra conducta, con lo que el problema muta en uno de otro tipo: el relativo a los márgenes de exigibilidad de otra conducta distinta<sup>25</sup>. Tampoco se pone de acuerdo la jurisprudencia sobre la concreta configuración típica del miedo insuperable y existen disonancias en cuanto a si el miedo debe ser o no el único móvil de la acción, a si el mal con el que se amenaza debe de ser o no inminente (o si, a la vista de la existencia de peligros duraderos podría sustituirse por el requisito de la “necesidad de actuar inminentemente para evitar el peligro”); y por último, en cuanto a la ponderación de males<sup>26</sup>.

<sup>17</sup> MACCORMICK define los principios como “normas relativamente generales que se conciben como normas racionalizadoras de conjuntos de normas”; Véase SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 64.

<sup>18</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 65. De cualquier manera, MACCORMICK admite que no siempre es fácil distinguir entre casos fáciles y difíciles; Véase al respecto p. 61.

<sup>19</sup> A lo que añade que tampoco es preciso más para sustentar la posibilidad de racionalidad en el Derecho; Véase. SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 68.

<sup>20</sup> V. SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 69-73.

<sup>21</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 73.

<sup>22</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 73.

<sup>23</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 75-101.

<sup>24</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 103-56.

<sup>25</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 76-9.

<sup>26</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 82-92.

De la jurisprudencia del Tribunal Supremo destaca SÁNCHEZ LÁZARO el importante componente intuitivo que se desprende del discurso jurisprudencial<sup>27</sup>, pues del estudio del mismo se desprende que no da detalles acerca de las ponderaciones que llevan a sus concretas decisiones<sup>28</sup>. En todo caso, destaca este autor que la apreciación de la eximente parece sustentarse en una ponderación entre razones de prevención general (gravedad de la acción que se propone realizar) y razones relativas al principio de culpabilidad (conurrencia de márgenes de actuación alternativa)<sup>29</sup>. De la racionalidad de esta ponderación, concluye el autor, dependerá la racionalidad de las decisiones judiciales<sup>30</sup>.

4. En el capítulo III el autor examina los márgenes de los modelos dogmáticos que se han elaborado sobre la eximente de miedo insuperable<sup>31</sup>. Concretamente examina los propuestos por CUERDA ARNAU<sup>32</sup>, HIGUERA GUIMERÁ Y QUINTANAR DÍEZ<sup>33</sup> Y VARONA GÓMEZ<sup>34</sup>. Y aunque reconoce que estas construcciones cuentan con un mayor grado de desarrollo, no escapan finalmente de la crítica de que al discurso subyace un importante componente intuitivo<sup>35</sup>. En concreto, critica SÁNCHEZ LÁZARO la rigidez del pensamiento dogmático, orientado sobre todo a la verificación de estructuras típicas, que olvida que, sobre todo en los casos difíciles, jugarán razones de principios y, en general, materiales argumentativos flexibles (razones de prevención general, razones relativas al principio de culpabilidad, razones de proporcionalidad, razones sistemáticas...) que suponen priorizar, desplazar o subordinar unas razones frente a otras de manera justificada (lo que muchas veces no se hace), además de permitir una mayor orientación hacia las consecuencias<sup>36</sup>. En este último sentido, echa de menos el autor la ponderación de razones derivadas del grado de eficiencia de las posibles consecuencias jurídicas<sup>37</sup>, que tornarían más visibles las diferencias de las distintas soluciones que se pueden ofrecer a un mismo caso y que permitirían concretar, por ejemplo, los costes iusfundamentales o de prevención general o especial<sup>38</sup>.

---

<sup>27</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 93.

<sup>28</sup> Véase algunos ejemplos en SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 94-7.

<sup>29</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 96.

<sup>30</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 97 y 101. Sobre la importancia de esta afirmación v. también p. 139. Frente a ello, para este autor (p. 97) atendido el peso de unas y otras razones, parece que correspondería la "asunción de costes preventivo-generales en aras de maximizar, en el caso concreto, las razones — relativas al principio — de culpabilidad". Pero no parece que este sea el camino seguido por el Tribunal Supremo; v. un ejemplo en p. 96.

<sup>31</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 103-56.

<sup>32</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 104-11.

<sup>33</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 111-8.

<sup>34</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 118-29. Más adelante dedica también unas reflexiones al trabajo de MARTÍNEZ GARAY; pp. 147 y ss.

<sup>35</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 103-4.

<sup>36</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 130 y 154. En concreto, en relación con la construcción de VARONA GÓMEZ, señala (pp. 138-9) que "en el sugerente trabajo de este autor, se señalan más las cuestiones — los concretos presupuestos típicos — que las razones pertinentes al respecto — esto es, las razones a ponderar en la apreciación o no de tales presupuestos. Tampoco se orienta sobre la fuerza discursiva de los probables argumentos". Sobre la orientación a las consecuencias véase pp. 139 y ss.

<sup>37</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 144.

<sup>38</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 146.

Frente a ello, la doctrina tiende a acentuar los argumentos relativos al tenor literal de las definiciones legales; cuando lo cierto es que este tipo de argumentos tendrán fuerza definitiva en supuestos muy extraños, siendo lo común la imposibilidad de excluir *prima facie* otro tipo de interpretaciones<sup>39</sup>. Para SÁNCHEZ LÁZARO es criticable “el frecuente abuso que se hace en nuestro pensamiento del argumento semántico” en particular en los discursos relativos a la Parte especial del Código penal<sup>40</sup>, así como el olvido de que “nuestro discurso versa fundamentalmente, sobre ‘mandatos de optimización’”; lo que parece incompatible con el carácter rígido del pensamiento dogmático<sup>41</sup>.

5. Finalmente en el capítulo IV el autor propone su propio modelo de argumentación jurídica, con el que trata de superar los aspectos que le parecen especialmente censurables de los actuales discursos dogmático y jurisprudencial: su alto componente intuitivo, que hace valer razones con fuerza (muchas veces) excluyente, sin que se justifique el *peso* de tales razones; y la rigidez de las resoluciones, que no se corresponde con la flexibilidad de sus razones<sup>42</sup>. A la hora de analizar una argumentación jurídica el autor propone seguir el esquema de Manuel ATIENZA sobre los distintos niveles de racionalidad (ética, teleológica, pragmática, jurídico-formal y lingüística)<sup>43</sup>; y aunque reconoce que se trata de materiales creados para la teoría de la legislación, sugiere trasladarlos a este otro plano<sup>44</sup>.

Es precisamente esta distinción entre distintos niveles de racionalidad lo que le permite posteriormente ordenar la argumentación, realizando evaluaciones de las razones aducidas en cada plano y ponderando las mismas en cada una de estos peldaños y luego entre ellas (destacando en todo caso la prevalencia de la racionalidad ética frente a los sucesivos niveles de análisis)<sup>45</sup>. El concreto *instrumento* del que se sirve a la hora de realizar la ponderación es la fórmula del peso de Robert ALEXY<sup>46</sup>. La argumentación en Derecho (penal) consiste así, para SÁNCHEZ LÁZARO, en “ofrecer razones significativas a favor o en contra de una solución jurídica, y más concretamente, significativas en los diversos planos problemáticos — o de racionalidad — que sujetan al operador jurídico, sea el juez, el legislador o el profesor de Derecho penal, en la elaboración de sus distintas soluciones; planos que (...) permiten igualmente su evaluación”<sup>47</sup>.

Es importante destacar que la evaluación en cada nivel de racionalidad toma en cuenta tres *indicadores*. Y así por ejemplo, a la hora de evaluar la racionalidad ética de una concreta argumentación, no es suficiente con asignar un peso abstracto (leve, medio o grave) a una serie de principios que entran en conflicto<sup>48</sup>, sino que en la ponderación, y junto al peso abstracto, habrá que atender también a la intensidad de la intervención (que a su vez puede

---

<sup>39</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 136-7.

<sup>40</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 154-5.

<sup>41</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 154.

<sup>42</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 157.

<sup>43</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 159 y ss.

<sup>44</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 160.

<sup>45</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 175.

<sup>46</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 175 y ss.

<sup>47</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 212.

<sup>48</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 176.

ser también leve, media o grave)<sup>49</sup> y a la base empírica de la concreta intervención, que valora la certeza de las premisas que fundamentan esa intervención<sup>50</sup>. Este esquema se reproduce en los siguientes peldaños de racionalidad<sup>51</sup>. Y de las concretas ponderaciones entre los mismos, y teniendo en cuenta que el orden entre niveles de racionalidad es también un orden valorativo, el autor llega a la calificación de concretas resoluciones de casos como ineficientes o eficientes en términos de racionalidad<sup>52</sup>.

Las concretas operaciones que tienen lugar en aplicación del esquema ponderativo son además susceptibles de ser representadas mediante cantidades numéricas<sup>53</sup>, aunque el autor se cuida de advertir que tales representaciones “no son más que ilustraciones o metáforas de lo anteriormente expuesto”<sup>54</sup>.

En relación con la exigente de miedo insuperable, el método de situar los distintos argumentos en distintos planos, donde unos pesan más que otros, le permite llegar a concretos resultados, como por ejemplo, que “la formulación de un juicio de reproche es una cuestión esencialmente ética que se dilucida (...) en los dos niveles anteriores (*ético y teleológico*), y que sólo dentro de estos márgenes cabe atender otras consideraciones — y entre ellas, también, razones de prevención general”<sup>55</sup>.

### III.

1. Cualquier intento de inyectar contenidos de racionalidad al discurso jurídico-penal, y en general, de acercar el Derecho penal a las teorías de la argumentación jurídica, debe ser bienvenido. Y muy especialmente un estudio tan serio y profundo como el llevado a cabo por el Prof. SÁNCHEZ LÁZARO. No obstante, con aportaciones de este tipo lo que se hace en realidad es abrir (o continuar) un debate que de ningún modo está cerrado. A él tratan de contribuir (aunque evidentemente de forma muy modesta) las siguientes observaciones.

2. Como se dijo al comienzo, el impulso de este trabajo es la preocupación del autor por el hecho de que distintos operadores jurídicos puedan llegar a conclusiones muy diferentes sobre un mismo caso, aun cuando tales decisiones “se sitúen dentro de lo válidamente argumentable”<sup>56</sup>; y además que a éstas se llegue de manera en gran medida intuitiva<sup>57</sup>. Respecto a este punto de partida, hubiera sido quizá preferible distinguir un poco más. Y ello porque si bien queda claro que el autor presenta materiales con los que trata de superar el componente intuitivo que denuncia del actual discurso jurisprudencial y doctrinal (trata

<sup>49</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 179.

<sup>50</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 180-1.

<sup>51</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 182 y ss.

<sup>52</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 204.

<sup>53</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 204 y ss.

<sup>54</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 210.

<sup>55</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 188-9.

<sup>56</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 4.

<sup>57</sup> Crítica de la que no escapa ni el propio autor; Véase SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 133 n. 131.

de contribuir a la superación del segundo problema), no queda tan claro sin finalmente cree haber contribuido también a la solución del primero. Esto es: si incluso con la aplicación del método propuesto en esta monografía nos seguiríamos encontrando con distintas soluciones al mismo caso (aunque mejor argumentadas), o si se trata de un método del que el operador jurídico podrá extraer una única solución correcta. No parece que éste sea el caso<sup>58</sup>, y además tampoco creemos que pudiera llegar a serlo. Porque un método como el propuesto por el autor, enfocado a la resolución caso por caso de los conflictos entre principios (orientado, por tanto, fundamentalmente a lograr la justicia en el caso concreto), no deja mucho margen a la justicia generalizadora, a la seguridad, igualdad, etc. Sobre esto volveremos. De cualquier forma, se echa de menos alguna declaración *relativizadora* de la potencia de los resultados del modelo propuesto, al estilo de los propios ALEXY<sup>59</sup> y MACCORMICK<sup>60</sup>.

3. El primer gran mérito de la obra de SÁNCHEZ LÁZARO es el tratar de ordenar y de priorizar los distintos argumentos que concurren al discurso jurídico, evitando reducir la argumentación a un mero recurso a tópicos de cuyo enfrentamiento *parece* deducirse una solución, cuando lo cierto es que la misma se alcanza de manera más bien intuitiva. El autor trata así de establecer prelación entre las distintas formas de argumento y de presentar la solución a un caso, no como resultado aleatorio de la confrontación entre los mismos, sino como ponderación *casi matemática* entre las distintas razones<sup>61</sup>. Con este fin presenta diversos niveles de racionalidad (ética, teleológica, pragmática, jurídico-formal y lingüística) cuyo orden indica además el de su prevalencia o valor dentro del juicio final de ponderación. El autor hace valer esta prevalencia en forma numérica multiplicando por 3 el resultado de la ponderación en el plano de la racionalidad ética, por 2 en el de la racionalidad teleológica, por 1,75 en la racionalidad pragmática, por 1,5 en la racionalidad jurídico-formal y por 1 en la racionalidad lingüística<sup>62</sup>.

Sin embargo, la primera crítica que se puede hacer al respecto es precisamente el orden o la prelación que el autor establece entre los planos de racionalidad, pues como él mismo reconoce la racionalidad ética se ha antepuesto a las demás en modelos que tratan de orientar al legislador<sup>63</sup>, y no al juez o, en general, al aplicador del Derecho. El juez no es el

---

<sup>58</sup> De hecho, SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 133, al comentar los resultados de una determinada ponderación llega a decir: “no pretendo afirmar que mi postura sea — la — correcta”.

<sup>59</sup> Véase SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 40.

<sup>60</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 68.

<sup>61</sup> Aunque el autor aclara que la representación matemática es puramente metafórica; SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 210.

<sup>62</sup> Véase al respecto SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 175 y 216.

<sup>63</sup> Véase al respecto SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 160. Efectivamente lo que plantea Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, 2003, p. 91, al que sigue SÁNCHEZ LÁZARO, «¿Cómo se valora un texto normativo? Sobre el ejemplo del reciente Anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores» en SOLA RECHE/ HERNÁNDEZ PLASENCIA/FLORES MENDOZA/GARCÍA MEDINA (eds.), *Derecho penal y psicología del menor*, 2007, pp. 59-74, p. 64 n. 16, es que si se quiere establecer un modelo de elaboración de leyes y no simplemente de análisis de las existentes, habría que invertir el orden de estudio de los niveles de racionalidad; es decir, primero, racionalidad ética, y a continuación las racionalidades teleológica, pragmática, jurídico-formal y lingüística. El propio ATIENZA RODRÍGUEZ, «Argumentación y



legislador: ni está en la posición institucional del legislador, ni cumple una función equiparable a la suya. El juez es un *aplicador* de Derecho<sup>64</sup> y lo primero que encontrará al realizar su labor serán concretos *enunciados jurídicos* (no *valores*) en los que el legislador habrá establecido cómo han de resolverse determinados conflictos. Evidentemente si nada se ha establecido por el legislador estaremos ya ante otro problema. Pero la función del juez será, en principio, aplicar Derecho, y en el caso del Derecho penal, hablaremos de aplicar la ley penal, pues la legitimación del juez no alcanza para otra cosa<sup>65</sup>. Es evidente entonces que el nivel de racionalidad lingüística (o el de racionalidad jurídico-formal) no tiene la misma relevancia en la tarea del juez que en la tarea del legislador. Mientras que el legislador se preocupa de cómo hacer fructificar en el texto de la ley principios y fines reconocidos en niveles más abstractos de racionalidad, para que su proclamación no quede en papel mojado, el juez debe desentrañar los fines y principios que inspiran esa ley, en primer lugar, a partir de los términos de la misma<sup>66</sup>.

Ordenar los niveles de racionalidad de un modo u otro no es una opción entre alternativas iguales, sino que al contrario, y como se ha dicho, tendrá una gran trascendencia en la posterior valoración. El orden que propone SÁNCHEZ LÁZARO implica por ello el concreto posicionamiento del autor en una corriente que ve en la aplicación del Derecho ante todo aplicación de valores, más que aplicación de enunciados jurídicos<sup>67</sup>. Sin entrar a valorar el fondo de tales opciones, sí parece que tomar tal punto de partida hubiera requerido alguna justificación adicional, más allá de afirmar que “ciertamente, se trata de materiales sugeridos en el marco de una teoría de la legislación, pero en la medida en que el discurso legislativo constituye una de las posibles formas de manifestación del discurso jurídico, tales materiales se prestan igualmente para una explicación de cómo analizar una argumentación que se orienta no a la creación, sino a la interpretación y aplicación del

---

legislación» en DÍEZ RIPOLLÉS/PRIETO DEL PINO/SOTO NAVARRO (eds.), *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*, 2005, pp. 19-45, p. 44, se ha mostrado de acuerdo con esta inversión del orden cuando de lo que se trata no es de analizar o evaluar, sino de proponer una ley. Pero en su construcción original, el orden era el inverso, y además aclaraba este autor [ATIENZA RODRÍGUEZ, *Contribución a una teoría de la legislación*, 1997, p. 92)], que cada nivel de racionalidad (lingüístico, jurídico-formal, pragmático, teleológico y ético) era superior al anterior.

<sup>64</sup> Al menos, es lo que se deduce de preceptos como el art. 117 CE.

<sup>65</sup> Como declara el Tribunal Constitucional en su STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 16, “los órganos judiciales (...) en su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales se encuentran, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, en situación de sujeción estricta a la ley penal”.

<sup>66</sup> Véase al respecto NAVARRO FRÍAS, Irene, «Técnica legislativa y Derecho penal», *EPC*, 2010, pp. 219-67, p. 17.

<sup>67</sup> GARCÍA AMADO, «Interpretar, argumentar, decidir» en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADO/MARTÍNEZ LÁZARO (dirs.), *El juez y la cultura jurídica contemporánea, III, La función y los poderes del juez en una sociedad democrática*, 2009, pp. 97-143, pp. 109-14, distingue tres concepciones de la interpretación jurídica: la positivista, que entiende que el Derecho se contiene y se agota en enunciados normativos y en las que prevalece el valor seguridad jurídica; la intencionalista, que considera que el Derecho es ante todo un conjunto de contenidos de voluntad de la persona o personas legitimadas para dictar normas jurídicas, en las que el valor autoridad (legítima) prevalece sobre los otros valores jurídicos; y la axiológica, que comprende el sistema jurídico como un conjunto ordenado de valores, que son su base y le dan su sentido último y más determinante, para las que el valor justicia gana a la seguridad jurídica y a la legitimidad de la autoridad. Por lo demás v. SÁNCHEZ LÁZARO, «El tenor literal como forma de argumento», *Doxa*, en prensa.

Derecho –sin perjuicio de las divergencias y matices que imponen uno y otro tipo de contexto”<sup>68</sup>.

4. La concreta visión del autor sobre el Derecho y su interpretación, aparece también — lo que, por otro lado, tiene conexión con haber relegado previamente hasta los últimos escalones de racionalidad las razones jurídico-formales y lingüísticas —, en su valoración del principio de legalidad, y de forma más general, de valores que se encuentran en la base del mismo como la seguridad jurídica, la igualdad o la legitimidad democrática<sup>69</sup>.

En realidad, la concreta importancia que el autor da al principio de legalidad no está del todo clara. Y así, por un lado, parece oponerse a la interpretación *contra legem* (aunque al mismo tiempo pone a disposición de la jurisprudencia distintas vías para tener en cuenta en la ponderación el peso de la quiebra del principio de legalidad)<sup>70</sup>; pero por otro, afirma que la pérdida de sensibilidad cultural ante el socavamiento del principio de legalidad formal puede reflejarse mediante la adscripción al mismo de un valor abstracto “medio” o “leve”<sup>71</sup>. Hablar de que el principio de legalidad puede llegar a tener un peso leve (se entiende que en la ponderación) implica en realidad dos cosas en lugar de una: primero, que esa pérdida de sensibilidad cultural lleva a tratarlo como un *principio* (y no como una regla) en el sentido de ALEXI (es decir, de un mandato de optimización abierto a una ponderación de razones y que puede perder vigencia en el caso concreto); y segundo, que dentro de tal balance o ponderación de razones va a tener un peso abstracto medio o leve. A mi juicio antes de dar un concreto peso al principio de legalidad, habría que decidir si nuestra constitución jurídica permite que éste se interprete como tal *principio*, y que entre en la ponderación, pudiendo llegar a perder vigencia en el caso concreto<sup>72</sup>, lo que me parece de por sí muy cuestionable; y sólo después fundamentar la atribución al mismo de un concreto peso<sup>73</sup>.

5. La concreta postura del autor sobre este tema no termina de aclararse en la obra quizás, en parte, porque el caso elegido como *excusa* para argumentar, la eximente de miedo

<sup>68</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 160. Si bien el autor, en sus recientes trabajos prescinde de la sistemática de los niveles de racionalidad y se centra en el análisis y evaluación de las distintas razones, confróntese SÁNCHEZ LÁZARO, «Eine Dekonstruktion der Schuld», *GA*, 2012, pp. 93-106, *pássim*; EL MISMO, «Eine Dekonstruktion der Massregeln der Besserung und Sicherung» en HEINRICH/JÄGER/ACHENBACH/AMELUNG/BOTTKE/HAFFKE/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *FS-Roxin*, 2011, t. II, 2011, pp. 1215-30, *pássim*.

<sup>69</sup> Sobre los fundamentos del principio de legalidad véase NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, 2010, pp. 23 y ss.

<sup>70</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 223-4. Por lo demás, con detalle véase SÁNCHEZ LÁZARO, *Doxa*, en prensa.

<sup>71</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 166.

<sup>72</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 158, insiste en que no puede olvidarse que nuestro discurso acontece dentro de una concreta constitución jurídica.

<sup>73</sup> A este respecto recalca SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 176, que “la asignación de valores abstractos no puede entenderse como un espacio de decisionismo. Particularmente, en el nivel de racionalidad ética y en el contexto jurídico vigente”. Y en este sentido, a la hora de atribuir un peso abstracto al principio de culpabilidad (pp. 176-7), remite a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y a la vinculación del mismo con el art. 10. 1 CE. Surge entonces la duda de por qué no se ha seguido el mismo camino con el principio de legalidad a la hora de atribuirle un peso abstracto (posición en la Constitución, valoración por el Tribunal Constitucional, etc.).

insuperable, no lo permite. Al elegir una causa de exclusión de la culpabilidad, donde en parte se relaja el mandato de determinación<sup>74</sup>, no se vislumbra hasta dónde podría llegar el planteamiento de este autor en casos más *determinados* por el legislador. Pero sí se intuye que si nos moviéramos en el ámbito de la tipicidad podríamos llegar a concretas ponderaciones en las que el principio de legalidad, desacreditado en la sociedad, entraría en la ponderación y, además, con una relevancia moderada. De hecho, el autor remite a un anterior escrito suyo sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros<sup>75</sup> en el que concluye que el principio de vigencia de las normas puede ceder ante otras razones<sup>76</sup>. Y continúa: “en términos generales, he cuestionado el principio de vigencia en relación con el número tercero del artículo 4 de nuestro Código penal”; “en mi opinión, el tenor literal del número 3 de este artículo 4 comprende como significado, en un primer plano, un imperativo de ejecutar sentencias desproporcionadas”; “sin embargo, se nos ocurren buenas razones para preferir otros posibles significados frente a éste. Incluso (...) en posibles razones para vaciarlo en buena medida de contenido”<sup>77</sup>.

Respecto al significado que comprende el art. 4. 3 CP, podría oponerse que más que un imperativo de dictar sentencias desproporcionadas se trata de un imperativo de dictar sentencias *aunque al concreto juez le parezcan desproporcionadas*. Se trataría de casos en los que agotados los recursos interpretativos *restrictivos* (que no son pocos) en manos del juez, a éste le siga pareciendo que la solución a la que llega y, por tanto, la aplicación al caso concreto de la previa decisión (¿ponderación?) legislativa, sigue siendo desproporcionada. En este caso, el art. 4. 3 CP viene a solucionar el conflicto entre la valoración judicial y la previa valoración legislativa imponiendo que la primera ceda ante la segunda. En definitiva, la ponderación legislativa debe primar frente a la ponderación judicial, por, entre otras, razones institucionales de legitimación democrática. También es importante señalar que no se trata de que ahora se impida al juez tener en cuenta la presencia de unos principios que se han ignorado. Por el contrario, el enunciado jurídico que se encuentra el juez es el producto de la *ponderación* llevada a cabo por el legislador; el resultado, por tanto, de una (mejor o peor realizada) labor de desnormativización<sup>78</sup>. La conversión de determinados *principios* en *reglas* aplicables por el juez, que evidentemente puede llevar a distintos resultados<sup>79</sup> pero que al legislador compete por razones que coinciden con los

<sup>74</sup> Denunciaba ya que el significado del principio *nullum crimen sine lege* no estaba claro para las causas de justificación y de inculpabilidad LENCKNER, «Wertauffüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz ‘nullum crimen sine lege’», *JuS*, 1968, pp. 249-57, p. 252 n. 30.

<sup>75</sup> Véase en SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 131-2.

<sup>76</sup> Para SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 132.

<sup>77</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 132-3.

<sup>78</sup> En el sentido expuesto por SILVA SÁNCHEZ, «Zur sogenannten teleologischen Auslegung» en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *FS-Jakobs*, 2007, p. 650, de que “der Gesetzgebung ist in der Regel ein *Entnormativierungsverfahren* eigen. Die Entnormativierung liegt hier im Konkretisierungsprozess des Regelungszwecks des betreffenden Gesetzessatzes, indem man seine Formulierung mit tendenziell deskriptiven Merkmale vornimmt, die ihre Anwendung seitens des Richters vereinfachen und außerdem soweit wie möglich deren Werturteile einschränken sollen. Diese gesetzliche Entnormativierung, die eine fundamentale Prämisse des aufgeklärten Richtersmodells darstellt, findet auch heute noch statt, auch wenn in immer geringerem Maße” (cursiva en el original).

<sup>79</sup> En el texto de SÁNCHEZ LÁZARO no se pone de relieve una idea que es fundamental: el pluralismo de nuestras sociedades. Y es que cuando se deposita en el juez esta función de ponderar valores, y como indica GARCÍA AMADO, «¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?», *Isegoría*, (35), 2006, , p. 167,

fundamentos del principio de legalidad (legitimidad democrática, previsibilidad objetiva y subjetiva, igualdad, distancia del caso concreto...) <sup>80</sup>. Frente a ello propone SÁNCHEZ LÁZARO que el juez pueda vaciar de contenido un determinado precepto si para ello encuentra en el resto del ordenamiento razones (que a él le parezcan) mejores, conforme al juicio de ponderación <sup>81</sup>.

6. En conexión con lo anterior, pero de forma más general, se echan también de menos en las ponderaciones realizadas por el autor referencias a valores como la seguridad, la igualdad, la justicia generalizadora, etc. <sup>82</sup> Por ejemplo: ¿cómo se reflejan en la ponderación los costes en seguridad jurídica que derivan de optar por la solución *menos obvia*? <sup>83</sup> SÁNCHEZ LÁZARO tampoco parece conceder un especial peso a la significación más obvia. Más bien concibe la racionalidad lingüística “como un límite negativo con un peso abstracto próximo al primer tipo de argumentos de racionalidad jurídico-formal” <sup>84</sup>, pero aclarando que “una vez que se discute dentro de las posibilidades semánticas del concreto término jurídico positivo, cede ante los anteriores contenidos de racionalidad” <sup>85</sup>. Parece, en definitiva, que no va a conceder relevancia al hecho de que dentro de las posibilidades semánticas del concreto término jurídico las haya más o menos obvias, salvo que se trate de casos extremos <sup>86</sup>.

---

“siempre queda pendiente la cuestión epistemológica: puesto que en una sociedad plural y de libertades con toda legitimidad rigen socialmente múltiples y muy variadas concepciones sobre qué sea lo justo, a qué obliga la solidaridad o en qué consiste el desarrollo libre de una auténtica personalidad, ¿cómo puede conocer ese juez el verdadero contenido de tales valores o principios, a fin de que podamos confiar en que no haga pasar por tales lo que no son más que sus personales convicciones sobre el particular?”. En otro sitio [“¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, *AFD*, (XIII), 1996, pp. 65-85, p. 75] se preguntaba ya, “¿cómo se averigua ese sentido objetivo de expresiones de principio o valor (justicia, libertad, solidaridad...) cuya ambigüedad e inconcreción es aún mayor que la de la mayor parte de las leyes?”.

<sup>80</sup> Véase al respecto NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación*, 2010, pp. 23 y ss.

<sup>81</sup> Esto plantea nuevos interrogantes. Por ejemplo: ¿son *casos difíciles* los casos claramente resueltos por la ley pero decididos, en opinión del juez, de forma ineficiente? Parece que sí, según el modelo que desarrolla este autor. Atribuir a un enunciado jurídico una significación que sea la más obvia, desde el punto de vista lingüístico, que además sea la más coherente desde un punto de vista de coherencia y consistencia valorativa del sistema, pero que al juez le parezca que no realiza suficientemente este o aquel principio plantearía un caso difícil. También surge la duda de qué opinión le merece al autor el art. 4. 2 CP, si parte de atribuir al principio de legalidad un peso leve o medio.

<sup>82</sup> Todos ellos, por cierto, principios vinculados al principio de legalidad. Véase al respecto NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación*, 2010, pp. 23 y ss. El propio autor (*Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 164), parece situar en la racionalidad ética, siguiendo a Díez RIPOLLÉS, los principios de certeza o seguridad jurídica.

<sup>83</sup> Por utilizar la terminología de MACCORMICK, que plantea dar preeminencia *prima facie* a las significaciones más obvias; v. al respecto SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 62 y 198.

<sup>84</sup> Se refiere a los argumentos que atienden a la estructura del precepto o a su situación en el texto legal, así como a su relación lógica o teleológica con otras normas. De estos argumentos diferencia, aunque dentro del mismo plano de racionalidad jurídico-formal, los argumentos relativos a la estructura del pensamiento dogmático; v. al respecto SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 194.

<sup>85</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 198. En cualquier caso, con detalle SÁNCHEZ LÁZARO, *Doxa*, en prensa.

<sup>86</sup> Para SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 199, se deben apreciar grados de satisfacción-intervención equivalentes, salvo cuando “se fuerce de forma visible los límites semánticos”. Sin embargo, no hay que olvidar que a la hora de criticar la construcción de HIGUERA GUIMERÁ por su déficit de operatividad (pp. 189-90) el autor, sumándose a MACCORMICK, señalaba que “la crítica planteada a HIGUERA (...) supone costes de seguridad jurídica y con ello, de justicia e igualdad: tratar por igual los casos iguales y desigualmente los desiguales”, lo que trasladaría el problema al plano ético.

Además, no queda claro a qué se refiere el autor cuando, por un lado, afirma que el argumento lingüístico es un *límite* negativo de la interpretación (que, entendemos que, puede vedar de por sí y sin más consideraciones una determinada significación; por ejemplo, una interpretación que no encajara con el tenor literal del precepto), pero a renglón seguido añade que se le concede un “peso abstracto próximo al primer tipo de argumentos de racionalidad jurídico-formal” en la ponderación. Porque de ser eso así, y partiendo de la estructura que propone el autor para el juicio de ponderación<sup>87</sup>, aunque la racionalidad lingüística puntuara 0 o tuviera una alta puntuación negativa, el resultado de la ponderación final podría ser siendo que la solución es eficiente. No obstante, en otros lugares de la obra el autor se pronuncia de forma expresa en contra de la interpretación *contra legem* como discurso de interpretación y aplicación del Derecho<sup>88</sup>.

7. Algo parecido ocurre con la racionalidad jurídico-formal. Y así, aunque reconoce que tras la racionalidad jurídico-formal, y al hablar de dar a la norma el significado más coherente y consistente posible con otras reglas legales pertenecientes al sistema, encontramos razones de seguridad jurídica, autoridad y democracia<sup>89</sup>, lo que parece que nos situaría de nuevo en el plano de la racionalidad ética, el autor rápidamente aclara que en los casos difíciles, que son en los que, en su opinión, aparecen esta clase de argumentos, éstos pueden apuntar a distintas soluciones y, utilizando una metáfora ferroviaria añade que “todos ellos, unos y otros rieles, entroncan — en mayor o menor medida — con el argumento democrático, en la medida en que se esbozan dentro del margen semántico de esta u otra norma. En este sentido, la argumentación jurídico-formal cede ante la argumentación ética entre otras razones, pero en particular aquí, por la mayor fuerza institucional de aquellas, muchas veces dotadas de rango iusfundamental. También frente a las razones teleológicas, en la medida que versan — más allá de la estructura formal de la ley — sobre la función de tutela de bienes jurídicos (...) y se infieren, como éstas, de los distintos textos legales”<sup>90</sup>.

En primer lugar, y de nuevo, si hablamos de ponderación, no se entiende por qué ese entroncar con el argumento democrático *en mayor o menor medida* no se tiene en cuenta en la misma (pues habrá veces en que la solución sistemáticamente correcta esté clarísima y otras en las que resulte más dudosa)<sup>91</sup>. En segundo lugar, tampoco se entiende la afirmación general de la mayor fuerza institucional de las razones éticas frente a las jurídico-formales, cuando estas últimas, como reconoce el propio autor, pueden entroncar también con posiciones iusfundamentales (por ejemplo, con la seguridad, la igualdad, el principio de legalidad, etc.)<sup>92</sup>. Por último, el asumir en los casos difíciles un mismo peso (o una especie

<sup>87</sup> Véase por ejemplo, SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 216.

<sup>88</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 223-4.

<sup>89</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 194.

<sup>90</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 195.

<sup>91</sup> Sin embargo, para SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 195 n. 160, “parafraseando a ALEXI (...) en tanto que el argumento democrático en los argumentos enfrentados muestra un valor aproximado, ‘entonces esta variable puede eliminarse de la ponderación’”. En todo caso, sí toma en cuenta la existencia de un discurso jurisprudencial mayoritario en determinado sentido en la racionalidad jurídico-formal (p. 217).

<sup>92</sup> GARCÍA AMADO, «El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica» en GARCÍA MANRIQUE (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, 2ª ed., 2009, pp. 249-331, pp. 256-7, ha criticado del juicio de ponderación de ALEXI que poner a competir un principio con otro y no con otro/s principios diferentes “es una *decisión* del

de *compensación*) de las razones jurídico-formales (y por tanto, otorgarles valor 0 en la ponderación) todavía tendría sentido cuando efectivamente unas nos llevaran por un par de rieles y otras por otros, pero no cuando los distintos argumentos jurídico-formales apuntaran en una misma dirección y frente a ellos se esgrimieran, por ejemplo, (¿otras?) razones éticas.

También en el ámbito de la racionalidad jurídico-formal ha criticado el autor el que la doctrina se centre casi exclusivamente en la existencia de estructuras típicas<sup>93</sup>, la relatividad del pensamiento dogmático<sup>94</sup> y el que se trate siempre de reconducir el problema a través del sistema<sup>95</sup>. El autor censura que se señalen más las *cuestiones*, los concretos presupuestos típicos, que las *razones* pertinentes al respecto<sup>96</sup>. En este sentido, y aunque no se duda de que en casos difíciles pueda ser necesario recurrir a las razones que están detrás de determinadas estructuras típicas, habría que admitir que en la discusión de un caso difícil puedan concurrir proposiciones aceptadas como lugares comunes por doctrina, que no se discuten, y en relación con las cuales la carga de la argumentación recae en aquél que la ataca, sin que se pueda entonces criticar la argumentación de quien la esgrime de intuitiva<sup>97</sup>. Lo contrario exigiría que en cada argumentación se regrese (*¿ad infinitum?*) y se expliciten todos los principios que están en la base de las estructuras típicas (aunque sean estructuras compartidas por todos los hablantes competentes en la materia).

Por otro lado, hay que recordar que las estructuras típicas no salen de la nada, sino de un esfuerzo de la doctrina de concretizar *principios* en *reglas*. La dogmática toma principios que pertenecen a nuestro acervo jurídico (legalidad, igualdad, libertad, proporcionalidad, justicia) y trata de concretarlos en reglas que ya no cuenten con ese grado de abstracción para hacerlos aplicables y para que orienten, además con cierta seguridad, las actividades del juez<sup>98</sup>. Uno podrá estar más o menos de acuerdo con los elementos que se eligen para conformar esas estructuras típicas, pero como método, éste me parece preferible a uno orientado a la búsqueda de la *justicia* en cada caso concreto.

8. Otro mérito del trabajo de SÁNCHEZ LÁZARO es poner de relieve que en la discusión no es suficiente con mencionar determinados principios de gran peso abstracto para

---

tribunal”, que casi siempre aparece justificada mediante un razonamiento que tiene como principal fin eliminar a tales principios como posibles competidores o contrapesos en el caso. Y más adelante (p. 259) “la verdadera clave está en determinar cuáles son los principios que se comparan, y muy especialmente cuál es el principio cuyo beneficio se considera que es el fin justificatorio de la norma”, pues en opinión de este autor la clave está en lo que ‘pesen’ las razones por las que se establece que el candidato a medirse con un principio *x*, es un principio *y* y no otro/s. En el caso de SÁNCHEZ LÁZARO, habría, por tanto, una decisión valorativa previa a la ponderación, no lo suficientemente explícita, que es la que le lleva a incluir en la misma determinados principios y no otros, y termina condicionando el resultado final.

<sup>93</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 130 y 154.

<sup>94</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 172.

<sup>95</sup> “En este sentido, la comprensión expuesta tiende a relativizar la necesidad de reconducir — por principio — el problema a través del sistema: ante mejores razones, es mejor asumir costes sistemáticos en la solución de un problema (...)”; SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 174.

<sup>96</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 138-9.

<sup>97</sup> ALEXY se refiere a quién tiene en estos supuestos la carga de la argumentación; Véase SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 28.

<sup>98</sup> Véase NAVARRO FRÍAS, *EPC*, 2010, pp. 250-2.

fundamentar una determinada solución, sino que es fundamental argumentar también sobre la gravedad de la intervención en los mismos y sobre la base empírica en la que se asienta la argumentación<sup>99</sup>. Ahora bien: parece que habría que llevar estos planteamientos hasta sus últimas consecuencias. Y en este sentido, no se entiende que, por un lado, al tratar sobre la base empírica en el plano de la racionalidad teleológica, se señale el “déficit empírico en relación con las razones preventivo-generales”, lo que tendrá concreto reflejo en la ponderación<sup>100</sup>, pero por otro lado, en la racionalidad ética no se aprecie problema empírico alguno en relación con el principio de culpabilidad, cuando la base empírica del principio de culpabilidad es cualquier cosa menos algo pacíficamente aceptado<sup>101</sup>.

9. Para terminar, y respecto de la concreta aplicación de la eximente de miedo insuperable, queda latente en el trabajo una última pregunta, y es si, de lo expuesto por el autor debemos concluir que no puede decirse de manera general que el principio de culpabilidad opera como límite a los fines preventivos de la pena, lo que derivaría precisamente de su condición de principio. Es decir, si ni siquiera en los *más fáciles de los casos difíciles* (donde el Tribunal Supremo llega a decir que la víctima “no tuvo más remedio” que actuar como lo hizo), podría esgrimirse sin más *ponderación* tal límite<sup>102</sup>. Y la duda surge porque si incluso en esos casos se está dispuesto a ponderar, es porque se está dispuesto a aceptar que los beneficios de la intervención del Derecho penal pesen más que los costes; a aceptar ponderaciones favorables a *apurar al máximo los márgenes del principio de culpabilidad*, porque de ello se extraerán más beneficios que costes. A no ser, claro, que se trate de una ponderación en la que el resultado ya está en alguna medida predeterminado.

Por este motivo otra duda que suscita el trabajo es si, de alguna manera, al determinar los factores de la ponderación no se están realizando ya valoraciones que predeterminarán el resultado al que supuestamente se quiere llegar con la ponderación. Por ejemplo, al tratar de resolver un caso difícil de miedo insuperable y, por tanto, de principio de culpabilidad, sitúo en un lado de la balanza, como valoración previa a la ponderación, *una intervención cierta y grave en el principio de culpabilidad que además califico de principio de primer orden dentro*

<sup>99</sup> Véase sobre la concreta valoración de la STS 778/2004, de 17 de junio, SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 215-6.

<sup>100</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 187.

<sup>101</sup> Véase por todos CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General III, Teoría jurídica del delito*, (2), 2001, pp. 26 y ss. Véase SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 216, donde califica de *cierta* la incidencia en el principio de culpabilidad “en la medida en que se acreditan las circunstancias extremas en las que obró la acusada”. Ya antes (p. 207) había advertido el autor: “si bien debe matizarse (...) que no se dispone de una base empírica fuerte sobre la que podamos afirmar que se satisface efectivamente el principio de culpabilidad, y en concreto, de forma leve, sino de los elementos que explican los — a lo sumo — escasos márgenes del juicio de reproche”. Es decir, aunque de lo que habla el autor es de la intervención en el principio de culpabilidad, y pese a afirmar que se carece de base empírica fuerte sobre la que afirmar si se satisface o no, termina (p. 216) dándole la máxima puntuación (*cierta*) a tal base empírica, a través del rodeo de predicar esa certeza, no de la afectación del principio, sino de la concurrencia de determinadas circunstancias extremas en las que obró la acusada.

<sup>102</sup> El autor recientemente parece pronunciarse en tal sentido; véase SÁNCHEZ LÁZARO, *GA*, 2012, *pássim*. Véase un resumen de la STS 778/2004, de 17 de junio, en SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 11-2 y el juicio de ponderación en pp. 212 y ss. No obstante, el autor (p. 188) aclara que la remisión de la Sentencia a que la autora “no tuvo más remedio” que actuar como lo hizo puede tratarse de un error de redacción

de la racionalidad ética<sup>103</sup>. Con ello, parece que se introduce como un elemento más de la ponderación aquello que en el fondo se quería decidir; atribuyéndole además 81 puntos contrarios a la eficiencia de la decisión<sup>104</sup>, con lo que se hace muy complicado darle la vuelta al marcador de la eficiencia normativa (idea que subyace a todo el pensamiento del autor). No quiere decirse con ello que, en general, a la hora de decidir sobre estas cuestiones no esté presente un momento de valoración/ponderación. Sino que a veces parece que el autor — pese a sus esfuerzos de sustentar sus valoraciones en el marco del Derecho — nos presenta esta premisa de la ponderación como un dato objetivo, casi derivado necesariamente de los hechos y no como su personal valoración del principio de culpabilidad, de la intensidad con la que se ha intervenido en el mismo en el caso concreto y de la base empírica de las anteriores afirmaciones<sup>105</sup>.

10. En cualquier caso, y aunque al final se pueda llegar a soluciones que ya son ampliamente compartidas<sup>106</sup>, el planteamiento del autor tiene el gran valor de hacer explícito lo que muchas veces está implícito; de traer a la superficie y estar dispuesto a discutir sobre las razones que muchas veces se esconden detrás de nuestros argumentos, y, en definitiva, de escribir la partitura de lo que parece que muchas veces tocamos de oído.

### **Bibliografía**

Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ (2005), «Argumentación y legislación» en José-Luis Díez RIPOLLÉS/PRIETO DEL PINO/SOTO NAVARRO (eds.), *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 19-45.

- EL MISMO (1997), *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid.

José CEREZO MIR (2001), *Curso de Derecho penal español. Parte General III, Teoría jurídica del delito (2)*, Tecnos, Madrid.

José-Luis Díez RIPOLLÉS (2003), *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Trotta, Madrid.

<sup>103</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, pp. 202-3.

<sup>104</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 216. En realidad, - 27 puntos, que por la prevalencia de la racionalidad ética terminan convirtiéndose en - 81.

<sup>105</sup> GARCÍA AMADO en GARCÍA MANRIQUE (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, 2ª ed., 2009, pp. 292-3, ha mantenido que “las diferencias entre el procedimiento o método de ponderación y el de subsunción son sólo aparentes o superficiales y todos o la mayoría de los casos judiciales (o al menos todos los casos difíciles) pueden ser reconstruidos o tratados de las dos maneras”, con la diferencia de que (pp. 303-4) “el rigor y los controles posibles son claramente distintos en un caso y otro”.

<sup>106</sup> Por ejemplo, SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, 2009, p. 215, critica la STS 778/2004, de 17 de junio porque “se subordinan importantes razones éticas — en particular, principios de libertad y culpabilidad — de carácter iusfundamental a razones éticas menores — bien jurídico salud pública —, y, en un plano inferior, a razones de prevención general en relación con estas últimas”.



Juan-Antonio GARCÍA AMADO (2009), «El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica» en GARCÍA MANRIQUE (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, 2ª ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, pp. 249-331.

- EL MISMO (2009), «Interpretar, argumentar, decidir» en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADO/MARTÍNEZ LÁZARO (dirs.), *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, III, *La función y los poderes del juez en una sociedad democrática*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 97-143.
- EL MISMO (2006), «¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?», *Isegoría*, (35), 2006, pp. 151-72.
- EL MISMO (1996), «¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios», *Anuario de Filosofía del Derecho*, (XIII), 1996, pp. 65-85.

Theodor LENCKNER (1968), «Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz 'nullum crimen sine lege'», *JuS*, 1968, pp. 249-57.

Irene NAVARRO FRÍAS (2010), *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Comares, Granada.

- EL MISMO (2010), «Técnica legislativa y Derecho penal», *Estudios penales y criminológicos*, (XXX), 2010, pp. 219-67.

Fernando-Guanarteme SÁNCHEZ LÁZARO (¿), «El tenor literal como forma de argumento», *Doxa*, en prensa.

- EL MISMO (2012), «Eine Dekonstruktion der Schuld», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, (3), pp. 93-106.
- EL MISMO (2011), «Eine Dekonstruktion der Massregeln der Besserung und Sicherung» en HEINRICH/JÄGER/ACHENBACH/AMELUNG/BOTTKE/HAFFKE/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, t. II, De Gruyter, Berlin, New York, pp. 1215-30.
- EL MISMO (2010), ««Fundamentar y decidir. (Sobre la obra homónima de Carsten Bäcker, Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts)», *Doxa*, (33), 2010, pp. 129-142.
- EL MISMO (2007), «¿Cómo se valora un texto normativo? Sobre el ejemplo del reciente Anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores» en SOLA RECHE/HERNÁNDEZ PLASENCIA/FLORES MENDOZA/GARCÍA MEDINA (eds.), *Derecho penal y psicología del menor*, Comares, Granada, pp. 59-74.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (2007), «Zur sogenannten teleologischen Auslegung» en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Carl Heymann, Köln-Berlin-München, pp. 645-661.