

FUNDAMENTAR Y DECIDIR

(Sobre la obra homónima de Carsten BÄCKER, *Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts*) *

Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro

Universidad de La Laguna

RESUMEN. En su reciente obra, *Begründen und Entscheiden*, plantea BÄCKER un sugerente desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica formulada por ALEXY, mediante su relativización. Tal relativización conlleva, entre otros aspectos, la renuncia a la idea de «la única respuesta correcta», asumiendo en su lugar una idea de corrección relativa en función de las circunstancias concurrentes. Sin embargo, el alto grado de relativismo de este planteamiento acentúa al mismo tiempo su principal debilidad, así como en general, el descuido de las cuestiones evaluativas —frente a las analíticas— en el seno de las teorías de la argumentación. Pues corrección (y en particular, corrección relativa) no significa equivalencia en Derecho: en el marco del discurso jurídico, hay mejores y peores soluciones dentro de lo discursivamente posible. En este último sentido, se esbozan también las posibilidades de una comprensión normativa de la idea de eficiencia.

Palabras clave: teoría de la argumentación jurídica, evaluación y eficiencia en Derecho, C. BÄCKER.

ABSTRACT. BÄCKER'S last work, *Begründen und Entscheiden*, propounds an interesting relativization and development of ALEXY'S theory of legal argumentation. This relativization means as well, that there cannot be only one right answer to interpretive questions. Interpretive questions allow different right answers and there can be only a relative concept of correction. However the relativization of BÄCKER'S approach emphasizes its weakness: the overlooking of the evaluative questions. The different right answers must not be equivalent in Law: there are better and worse answers than others. In connection with this last question, in this paper the possibilities of a normative understanding of the concept of efficiency will be outlined.

Keywords: theory of legal argumentation, evaluation and efficiency in Law, C. BÄCKER.

* Fecha de recepción: 25 de marzo de 2010. Fecha de aceptación: de 18 de abril de 2010.

C. BÄCKER, 2008: *Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts*, Baden-Baden, Nomos.

1. INTRODUCCIÓN

Si para un problema jurídico se proponen tres posibles soluciones, se plantean —al mismo tiempo y entre otras— una serie de cuestiones relacionadas con el fundamento y corrección de estas últimas. Por desarrollar algo más este ejemplo, si para los supuestos de concurrencia de imprudencias —esto es, la concurrencia de varias conductas imprudentes en la producción de un resultado lesivo— se plantean en Derecho penal y entre otras, las siguientes tesis: valorar individual y separadamente las distintas conductas, compensar las distintas conductas o excluir —luego, sin compensar— la responsabilidad cuando no se pueda determinar en el resultado lesivo el riesgo generado individualmente por cada uno de los actores¹; se empuja al operador jurídico a justificar la comprensión adoptada —también frente a las otras comprensiones posibles— y con ello, su decisión. De este modo, se esboza igualmente el principal objeto de las teorías de la argumentación jurídica: la cuestión de cómo se diferencia la fundamentación o fundamentaciones correctas de las incorrectas y con ello, en un segundo momento, de cómo se diferencian las decisiones jurídicas correctas de las incorrectas, pues del problema del fundamento deriva el problema relativo a la corrección de la decisión (BuE 18). Se trata, con otras palabras, y una vez más, de «cómo analizar una argumentación jurídica, cómo evaluarla y cómo argumentar en el Derecho»². A ello, particularmente a la cuestión analítica, dedica su esfuerzo el discípulo de R. ALEXY en esta reciente contribución.

2. FUNDAMENTAR Y DECIDIR

El propósito de esta obra se centra en el análisis de la teoría de la argumentación jurídica de ALEXY, y más concretamente, de su teoría del discurso. Ya desde un primer momento, avanza el autor la necesidad de renunciar a la dimensión ideal de la teoría del discurso, asumiendo como costes una completa relativización, lo que sin embargo permite —a su juicio— una mayor optimización de la misma y la superación de una parte importante del aparato crítico desarrollado en su contra (BuE 5, 18).

2.1. Tres modelos de decisión en Derecho

En un primer momento, se señala la necesidad de la teoría de la argumentación jurídica. Así, frente a un modelo como el planteado por KELSEN, donde se reconoce al operador jurídico un margen de discrecionalidad en la decisión —hablando del modelo de discrecionalidad («*Ermessensmodell*»)³— que fundamenta ésta, en última instancia, y en relación con las decisiones judiciales, en el poder jurídicamente reco-

¹ Por lo demás, al respecto, F. G. SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, Granada, Comares, 2004, 317 y ss.; en particular, también «Strafbarkeit nicht voll zurechenbarer Rechtsgutsverletzungen nach Versuchsgrundsätzen im Fahrlässigkeitsbereich», 2005, 152, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 700 y ss.

² M. ATIENZA, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, 7.

³ En particular, para diferenciarlo de modelos propiamente decisionistas, como el de SCHMITT (BuE 32 y ss., n. 65).

nocido al juez, apunta la necesidad de racionalidad también en tales actos. De forma que aun cuando juez y legislador se diferenciarían únicamente mediante un criterio cuantitativo, no cualitativo, afrontando también el juez en su margen de decisión un problema de tipo —no ya técnico jurídico sino— político jurídico, ello no resuelve la cuestión relativa a la racionalidad de ésta: «la mera necesidad de la decisión judicial en el marco de su libre discrecionalidad no responde a la cuestión de un criterio de corrección de esta decisión» (BuE 30). Mientras que frente a un modelo como el planteado por DWORKIN, donde la labor del operador jurídico se agotaría no ya en la creación de la norma, sino en su conocimiento o concreción («*Erkenntnismodell*»), apunta la necesidad de subsumir y ponderar —en particular, en los casos difíciles—. El operador jurídico, en oposición a *Hércules*, debe justificar la concreta decisión adoptada y con ello, su concreción, y al respecto no se encuentran respuestas en el modelo de DWORKIN (BuE 33). De esta forma, la teoría de la argumentación jurídica —en particular, el modelo de Alexy— se muestra como una tercera vía frente a los modelos anteriores, pues se trata no ya de márgenes de libre discrecionalidad o de reconocer la única decisión correcta posible, sino de la elaboración de «criterios para la racionalidad del discurso jurídico» (siguiendo a su maestro, BuE 33 y s., 184), compatibilizando así elementos deterministas y decisionistas con exigencias de racionalidad (BuE 37). Sin embargo, se ha desarrollado un importante aparato crítico al respecto.

2.2. Sobre la teoría del discurso práctico general

2.2.1. Fundamento de las reglas del discurso en el pensamiento de ALEXY

Como es sabido, en su teoría del discurso práctico general, ALEXY recoge y precisa un catálogo de 28 reglas y formas discursivas que permitirían discriminar las proposiciones normativas válidas de las inválidas⁴. Sin embargo, el principal esfuerzo de fundamentación de éstas lo realiza posteriormente en su obra *Diskurstheorie und Menschenrechte*, donde concreta con mayor detalle el denominado argumento pragmático-trascendental («*das transzendentalpragmatische Argument*»). BÄCKER disecciona este argumento en 7 pasos para proceder a un análisis del material crítico desarrollado en su contra, si bien avanza en un primer momento —siguiendo, entre otros, a ATIENZA— la necesidad de relativización (BuE 52 y ss.). En concreto, el argumento trascendental (T) se disecciona como sigue:

(T.1) El acto de habla de afirmar es (en un determinado sentido) necesario.

(T.2) Rigen determinadas reglas, las cuales «pueden mostrarse como presupuestos necesarios de la posibilidad de afirmaciones». Según estas reglas:

(T.2.1) «Quien afirma algo, plantea una pretensión de verdad o corrección».

(T.2.2) «La pretensión de verdad o corrección implica una pretensión de fundamentabilidad («*Begründbarkeit*»)».

(T.2.3) «La pretensión de fundamentabilidad implica un deber *prima facie*, de fundamentar lo afirmado en caso de requerimiento».

⁴ R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. castellana de M. Atienza e I. Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, 51 y ss., 131 y ss., 185 y ss.

(T.2.4) «Mediante las afirmaciones se plantean, en cualquier caso por lo que respecta al fundamentar en cuanto tal, las pretensiones de igualdad, ausencia de coerción (“*Zwanglosigkeit*”) y universalidad».

(T.3) Con ello, las reglas del acto de habla de la afirmación rigen (en un determinado sentido) necesariamente.

De este modo, se fundamentaría la necesidad trascendental de las denominadas reglas de razón⁵; sin embargo, para justificar la necesidad de su efectiva observancia recurre ALEXY a un argumento empírico-utilitarista (U, «*das utilitaristisch-empirische Argument*»), el cual puede reducirse al siguiente esquema (BuE 55 y s.):

«(U.1) Hay personas que por su interés en la corrección dan valor a la observancia de las reglas del discurso y ofrecerían una resistencia considerable en caso de infracción.

(U.2) A largo plazo, la ventaja creíble de la observancia de las reglas del discurso resulta más ventajosa que la superación de esa resistencia.

(U.3) A largo plazo, todos cuando menos priorizarán la observancia de las reglas del discurso».

Pues bien, frente al carácter fuerte del que dota ALEXY a su propuesta de fundamentación («presupuestos necesarios», «quien afirma algo plantea una pretensión de corrección»), BÄCKER sugiere una relativización de las mismas, hablando a lo sumo de «una necesidad relativa». Así, por ejemplo, en relación con la necesidad de aserciones o afirmaciones (BuE 58 y ss., 64), no cabe probar «la necesidad del acto de habla de afirmar... Con todo, no se advierte un fundamento razonable por el que debiera dudarse de (T.1). De este modo, la primera premisa de ALEXY se revelaría sólo como una hipótesis, pero con todo, como una hipótesis altamente plausible» que se presta a ulteriores fundamentos. Asimismo, en relación con los presupuestos necesarios para la posibilidad de afirmaciones (T.2), apunta la necesidad de dar cuenta de su relatividad en función de la vigente práctica del lenguaje y de nuestro conocimiento sobre la misma (BuE 74 y ss., 90), de esta forma (T.2) mutaría en (T.2’): «Rigen necesariamente algunas reglas, las cuales pueden mostrarse como presupuestos de la posibilidad de afirmaciones». Mientras que la contradicción preformativa que apuntaría a considerar toda afirmación como una pretensión de corrección, sería nada más que eso, una buena razón sobre la cual cabe entender en cada afirmación una pretensión de corrección, pero ello no excluye posibles razones en contra, de ahí que sólo quepa considerarla como una regla del lenguaje relativamente necesaria, por lo que (T.2.1’) se concreta en términos más suaves (BuE 67 y ss., 78): «Quien afirma algo, plantea de forma relativamente necesaria una pretensión de verdad o corrección». Ciertamente, así se renuncia a la pretensión de una fundamentación trascendental, lo que no implica la disfuncionalidad de un fundamento relativo.

⁵ R. ALEXY, *op. cit.*, n. 4, 188 y ss.; más recientemente, al respecto «Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs», en *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden, Nomos, 2003, 118, en concreto:

(2.1) Quien pueda hablar puede formar parte en el discurso.

(2.2) (a) Todos pueden problematizar cualquier aserción.

(2.2) (b) Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.

(2.2) (c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.

(2.3) A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en (2.1) y (2.2) mediante coerción interna o externa al discurso.

En esta misma línea, se aborda la crítica —en particular, la desarrollada por GRIL— del denominado argumento empírico-utilitarista. Así, en relación con la imposibilidad de realizar constataciones empíricas en relación con el devenir —con el futuro— apunta que la constatación en el presente de personas con interés en la corrección (U.1) permite suponer —luego, no necesaria pero sí— razonablemente que los habrá también en el futuro (BuE 94 y s.). Igualmente, la premisa (U.3) debe dar cuenta de la relatividad de intereses (BuE 107 y ss.), y ciertamente, quien tiene un interés pretende realizar el mismo, y en este sentido, puede entenderse la pretensión de una realización del ideal discursivo como consecuencia necesaria de un interés en la corrección o en la maximización de beneficios, pero con ello (U.3') debiera formularse en los términos siguientes: «En todo caso, aquel que tiene un interés en maximizar beneficios, planteará al menos objetivamente la pretensión a una realización óptima del ideal de discurso» (BuE 108). De este modo, los argumentos anteriores adoptan la siguiente forma (BuE 114 y ss.):

«(T.1) El acto de habla de afirmar es (en un determinado sentido) necesario.

(T.1.1) Todo ser humano, en la vida en común con otros seres, debe comunicarse con un limitado número de seres humanos, cuando menos en determinados momentos.

(T.1.2) Quien quiere comunicarse con otros seres humanos, debe para tal fin realizar afirmaciones, ofrecer fundamentaciones y admitir cuestiones.

(T.1.2.1) La comunicación sólo puede ser alcanzada a través de afirmaciones, fundamentaciones y cuestiones.

(T.1.2.2) Sólo quien quiere comunicarse, debe comunicarse en el sentido de (T.1.2.1).

(T.1.3') Todo ser humano quiere, en la vida común con otros seres y en todo caso, en determinados momentos, comunicarse con un limitado número de seres humanos y debe para tal fin realizar afirmaciones, ofrecer fundamentaciones y admitir cuestiones.

(T.2') Rigen necesariamente algunas reglas, las cuales pueden mostrarse como presupuestos de la posibilidad de afirmaciones.

(T.2.1') Quien afirma algo, plantea de forma relativamente necesaria una pretensión de verdad o corrección.

(T.2.2) La pretensión de verdad o corrección implica una pretensión de fundamentabilidad (“*Begründbarkeit*”).

(T.2.3) La pretensión de fundamentabilidad implica un deber *prima facie*, de fundamentar lo afirmado en caso de requerimiento.

(T.2.4) Mediante las afirmaciones se plantean, en cualquier caso por lo que respecta al fundamentar en cuanto tal, las pretensiones de igualdad, ausencia de coerción (“*Zwanglosigkeit*”) y universalidad.

(T.3') Siempre cuando alguien realiza una afirmación — en tanto que todos en algún momento deben realizar afirmaciones (T.1.3')— plantea de forma relativamente necesaria las pretensiones de igualdad, ausencia de coerción (“*Zwanglosigkeit*”) y universalidad».

Mientras que en relación con el argumento empírico-utilitarista:

«(U.1') Hay personas que por su interés en la corrección dan valor al planteamiento de una pretensión a una realización óptima del ideal de discurso y ofrecerían una resistencia considerable en caso de no plantearse.

(U.2') El planteamiento cuando menos objetivo de una pretensión a una realización óptima del ideal de discurso es para todos siempre más ventajosa que la superación de esa resistencia.

(U.3') En todo caso, aquel que tiene un interés en maximizar beneficios, planteará al menos objetivamente la pretensión a una realización óptima del ideal de discurso».

2.2.2. *Un modelo de discurso de tres planos*

Esta relativización del fundamento, que permite hablar —meramente, pero con todo— de una mera necesidad relativa del planteamiento de una pretensión a una realización óptima del ideal de discurso, sugiere diversas cuestiones. En particular, las relativas al concepto de ideal discursivo y al proceso de su optimización. A ello trata de responder BÄCKER mediante el esbozo de un modelo discursivo de tres planos (BuE 117 y ss.). Frente al modelo de ALEXY, que diferencia entre un discurso ideal y un discurso real, donde el primero se caracterizaría frente al segundo, por unas condiciones de tiempo y participación ilimitadas, ausencia absoluta de coerción, así como plena información, claridad conceptual y ausencia de prejuicios, sirviendo a éste —al discurso real, caracterizado por la limitación de tales presupuestos— como idea regulativa; BÄCKER propone un modelo discursivo de tres planos: el plano del ideal de discurso, el de los principios del discurso y el plano del discurso efectivo o real («*der tatsächliche Diskurs*»). Así, frente al discurso ideal opuesto a las limitaciones de los partícipes y a las condiciones en que éstos participan, BÄCKER sitúa en un primer plano un ideal de discurso («*Diskursideals*») que permite dar cuenta de tales limitaciones, y en el cual el concepto de discurso ideal ofrece meramente —y nada menos que— claridad sobre el concepto y las condiciones de un ideal de discurso (BuE 127 y ss., 130). En un segundo plano se situarían los principios discursivos —o del discurso— que fungan como criterios manejables para la realización efectiva de aquéllos. Bäckker recurre aquí, fundamentalmente, al concepto de principio formulado por su maestro, proponiendo los principios del discurso como el instrumento de transmisión entre los planos ideal y real de la teoría del discurso (BuE 130 y ss., 137 y ss., 141 y ss.). En ello consisten las reglas y formas del discurso práctico general —por poner un ejemplo: «quien pueda hablar puede formar parte en el discurso»⁶— en tanto que sólo realizables de forma aproximada; o más concretamente, en cuanto «mandatos de realización óptima de un fin», esto es, el ideal de discurso en cuanto ideal a optimizar (BuE 140, 142). Finalmente, el plano del discurso efectivo o real, es el plano de referencia de los principios discursivos, en cuanto mandatos de optimización en función de las circunstancias concurrentes (BuE 143 y ss.). Ciertamente, este modelo supone costes de relativización, en tanto que se desplaza el discurso ideal por el real y éste sólo es capaz de una corrección relativa y en ello residen sus ventajas pero también sus debilidades (BuE 147 y ss., 156 y ss.). La orientación de los principios hacia el discurso real permite, aunque de forma limitada, su realización (posteriormente, también BuE 179), igualmente obliga a renunciar a la idea de «la única respuesta correcta», situando en su lugar una idea de corrección óptima relativa en función de las circunstancias concurrentes. La indeterminación del ideal de discurso, en la medida en que da cuenta de una concepción de ideal cultural e históricamente contingente, le confiere flexibilidad y una mayor capacidad explicativa, en tanto que permite comprender los distintos cambios a lo largo de la historia como por poner un ejemplo, las divergencias en la comprensión del principio de igualdad en la antigua Roma —donde la esclavitud resultaba discursivamente posible— y en la actualidad (BuE 152 y ss.).

⁶ R. ALEXY, *op. cit.*, n. 4, 188 y ss.

2.2.3. Problemas de fundamentación última

El modelo esbozado permite asimismo, en opinión de su autor, superar los problemas que plantea la pretensión de una fundamentación última, si bien a costa de los márgenes de relativismo que conlleva renunciar a una certeza última, en favor de la racionalidad (BuE 166 y ss., 182). Se trata entonces, no ya de verdades o certezas últimas, sino de una corrección relativa que es sometida continuamente a examen en discursos reales. En lugar de un fundamento teórico-discursivo último e incuestionable, se sugiere aquí un fundamento cuestionable en todo momento sobre buenas razones. Con ello la teoría del discurso ofrece la posibilidad no ya de esquivar el trilema de Münchhausen, sino de atravesar y quebrar el mismo (BuE 171). BÄCKER habla aquí de la dictadura de la racionalidad, en tanto que las fundamentaciones últimas dejan lugar a discursos reales continuamente revisables donde cabe cuestionar todos los conocimientos vigentes hasta entonces (en particular, BuE 175 y ss., 178 y ss.).

2.3. Sobre la teoría del discurso jurídico

Las limitaciones del discurso práctico general, específicamente su limitada capacidad resolutoria («*Erkenntnisproblem*»), ausencia de coerción («*Durchsetzungsproblem*») y estructura para su realización («*Organisationsproblem*»), determinan —siguiendo a ALEXY— la necesidad del Derecho positivo (BuE 186 y ss.). En la segunda parte de la obra, BÄCKER aborda un análisis de las singularidades de este otro discurso —el discurso jurídico— frente al anterior:

2.3.1. La tesis del caso especial

En particular, el autor centra su atención en la tesis del caso especial, según la cual el discurso jurídico sería un caso especial del discurso práctico general en tanto que (1) en el discurso jurídico se trata de cuestiones prácticas, sobre lo que se debe hacer u omitir (BuE 195 y ss.), (2) en las cuales se plantean pretensiones de corrección, si bien (3, lo que constituiría la tesis del caso especial en sentido estricto) la discusión jurídica de tales cuestiones tiene lugar bajo determinadas limitaciones jurídicas, esto es, la vinculación a la ley, los precedentes y la dogmática (BuE 190 y ss., en particular 252 y ss.), centrándose fundamentalmente en el análisis de la segunda de estas premisas.

En este sentido, BÄCKER subraya la relatividad del concepto de corrección en ALEXY. En el marco del discurso jurídico, la pretensión de corrección se entiende como una pretensión de fundamentación racional en el marco del Ordenamiento jurídico vigente. De esta forma, el concepto de corrección vendría determinado, no por una concreta definición material, sino por las reglas y materiales del discurso, concibiéndose la teoría del discurso como un instrumento para posibilitar decisiones —correctas o— racionales en la mayor medida posible: «para ALEXY, correcto o racional es aquello que puede

fundamentarse en el discurso» (BuE 200)⁷. Con todo, ello no impide distinguir entre lo discursivamente posible e imposible, tampoco frente a lo discursivamente necesario: «conclusiones discursivamente necesarias son aquéllas, relativas al discurso, justificadas en mayor medida que las meramente posibles» (BuE 206). Aquí, el autor se centra en justificar como también la pretensión jurídica implica corrección práctica general. Así, señala —siguiendo el modelo procedimental del Derecho esbozado por su maestro— cómo el discurso jurídico se encuentra unido al discurso práctico general: en un primer plano, el del discurso práctico general, se trata de discutir cuestiones prácticas sobre las que, en un segundo plano, decide el legislador mediante la legislación, el grado de abstracción de las normas legislativas, la vaguedad del lenguaje o la mutabilidad de su objeto deja numerosas cuestiones abiertas para las que se precisa, en un tercer plano, del discurso jurídico, el cual se caracterizaría frente al discurso práctico general por su sujeción a lo establecido por la legislación, la necesidad de respuestas definitivas explicaría la necesidad de un cuarto plano, el del proceso judicial (BuE 213 y ss., 245). La corrección práctica general de las pretensiones jurídicas se decidiría en un primer momento, en el plano superior: ¿por qué el legislador debe decidirse por lo correcto o discursivamente posible? Se trata de una decisión política: si se opta por el discurso y la racionalidad argumentativa —frente a otros modelos, como por ejemplo los fundamentalistas—, ello implica la preferencia de las soluciones discursivamente posibles frente a las imposibles (BuE 240 y ss., 247), y de ese modo, en un tercer momento —o plano— la ubicación del discurso jurídico en el marco del discurso práctico general (BuE 245)⁸. Sin embargo, esta vinculación no debe exagerarse como prueba, por ejemplo, la existencia de leyes irracionales, si bien ello se presta a una comprensión mediante el modelo discursivo de tres planos esbozado por BÄCKER: el discurso real es relativo al ideal del discurso, al proceso de aplicación de los principios derivados de aquél y a las condiciones discursivas concurrentes. Por ello, puede suceder que un cambio en el ideal o las condiciones del discurso determinen que lo discursivamente posible torne imposible. En este sentido, la posibilidad de leyes irracionales se entiende como consecuencia de la relatividad del discurso (BuE 246 y ss.). De esta forma, no puede hablarse de un grado de vinculación cierta por parte de las instancias decisorias, sino de una pretensión de vinculación a lo establecido en el Ordenamiento jurídico y a lo relativamente correcto en la actualidad (BuE 248). Pero con ello ya basta para confirmar que también en el discurso jurídico se plantean pretensiones de corrección práctica general⁹.

Finalmente, en relación con la tesis del caso especial en sentido estricto (3), la vinculación a la ley, al precedente y la dogmática, señala los mayores márgenes del discurso científico para la realización de los principios discursivos (BuE 260), mientras que en relación con el proceso judicial, apunta que las limitaciones procesales pueden entenderse —en principio— como consecuencia de la aplicación de los principios discursivos a las efectivas condiciones del proceso, entre otras, las limitaciones de tiempo, participación, conocimiento y la necesidad de decisión, con lo que no deben privarlo del carácter discursivo (BuE 262). En cuanto a la actuaciones conforme a intereses

⁷ Críticamente, sin embargo, M. ATIENZA, *op. cit.*, n. 2, 226.

⁸ Señalando igualmente aquí la vinculación a los pronunciamientos legislativos anteriores, BuE 243 y s.

⁹ Por lo demás, sobre la necesidad de operar con principios en el discurso jurídico y con ello, de incorporar contenidos morales, lo que conferiría a estas decisiones —también— una pretensión de corrección en el sentido de una moral fundamentable y por ello, correcta (siguiendo a ALEXY, BuE 229 y ss., 235).

(«*strategisches Handeln*») que tiene lugar en estos ámbitos, señala siguiendo a ALEXY que para tales actuaciones, con independencia de los concretos intereses subjetivos, la pretensión de corrección se presenta no sólo como una condición del éxito sino también del juego procesal, de forma que el proceso impone a tales actuaciones estratégicas un corsé discursivo («*diskursives Korsett*», BuE 262 y ss., 265 y s.). De esta forma, concluye, las limitaciones del discurso jurídico no sustraen a éste el carácter de discurso mientras puedan entenderse como realización óptima de los principios del discurso, si bien presentan al mismo como un caso especial del discurso práctico general (BuE 267 y s.).

2.3.2. *La relación entre el discurso jurídico y el discurso práctico general*

Esta comprensión del discurso jurídico, como un discurso práctico general sujeto a particulares limitaciones mediante su vinculación al Derecho vigente, empuja a entender la relación de ambos mediante la tesis de integración («*Integrationsthese*») ¹⁰. BÄCKER confirma aquí tres de los cuatro argumentos esgrimidos por su maestro a favor de la misma: (1) la necesidad del discurso jurídico por razón de la constitución del discurso práctico general, en particular por el déficit resolutorio de éste y los márgenes de incertidumbre que deja abierto —en el segundo plano del modelo procedimental del Derecho esbozado por su maestro— el legislador (BuE 281), (2) la coincidencia parcial entre las pretensiones de corrección jurídica y general práctica, en tanto que aquélla —la pretensión jurídica— se plantea también en el marco de lo discursivamente posible señalado por el legislador, de ahí que implique al mismo tiempo una pretensión de racionalidad en el sentido de lo relativamente correcto o discursivamente posible en la actualidad (BuE 282) ¹¹, así como (3) la necesidad de argumentos prácticos generales en el marco de la argumentación jurídica, en tanto que ésta no es más que una forma especial del discurso práctico general (en particular, BuE 302 y s.). Sin embargo, en relación con la coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con las reglas y formas del discurso práctico general (BuE 283 y ss.), apunta la posibilidad de tales coincidencias, pero ello no puede sustentarse en las meras apreciaciones del teórico del Derecho R. ALEXY; en particular, cuando éste esboza las mismas mediante una formalización unificadora de las ideas desarrolladas al respecto ¹².

2.3.3. *Teoría del discurso y decisión jurídica*

El autor concluye, señalando la relatividad del discurso jurídico en tanto discurso real: «todo lo que puede alcanzarse en el discurso efectivo es una respuesta correcta

¹⁰ Sobre las tesis de la secundariedad y de la adición, BuE 269 y ss.

¹¹ De otra opinión M. ATIENZA, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, 231, 223.

¹² Críticamente, también M. ATIENZA, *op. cit.*, n. 11, 231, señalando las diversas perspectivas, principalmente normativa y descriptiva, en el tratamiento de los dos discursos. Por lo demás, sobre la comprensión de la analogía en ALEXY, como tercera forma fundamental de la argumentación jurídica —junto con la subsunción y la ponderación— críticamente, BuE 297 y ss., comprendiendo la misma no como una tercera forma fundamental, sino como una combinación de las dos anteriores.

discursivamente posible, esto es, relativa al discurso» (BuE 305). Ello implica que el operador jurídico, y en particular, el juez «sólo puede plantear la pretensión a una corrección relativa de su decisión, por lo que no [se] debe por ello, renunciar a decisiones judiciales y jurídicas correctas», sólo asumir su relatividad (BuE 307 y s.). Esto constituye la razón esencial de esta concreta figura jurídica, el órgano judicial, la necesidad de responder mediante elementos extradiscursivos —en particular, razones de autoridad y competencia— a una cuestión práctica para la que se prestan distintas respuestas discursivamente posibles.

3. SIN EMBARGO, ¿CÓMO SE EVALÚA UNA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA?

El planteamiento de BÄCKER supone un importante desarrollo del modelo esbozado por su maestro. Pero en particular, mediante la relativización que sugiere, debilita considerablemente el aparato crítico desarrollado en su contra. Así, ahora¹³, cabe convenir con el autor en (T.2.1'), «quien afirma algo, plantea de forma *relativamente necesaria* una pretensión de verdad o corrección», esto es, como una regla del lenguaje relativamente necesaria, en cuyo favor habla —luego, como argumento derrotable— la contradicción preformativa que se advierte en las posibles excepciones. Se trata de que la formulación más débil de (T.2.1) —«quien afirma algo, plantea una pretensión de verdad o corrección»— permite dar cuenta de actuaciones estratégicas o de cualquier otro tipo de excepciones a la misma sin negar su validez. Asimismo, la relativización que sugiere para la tesis del caso especial ofrece nuevas razones a favor de ésta¹⁴. En este sentido, la decisión legislativa de optar por el discurso y la racionalidad argumentativa —ubicable en el segundo plano del modelo procedimental del Derecho esbozado por ALEXY— se presenta como una decisión política para la que se advierten buenas razones, si bien aun en los casos en los que se opta por otro tipo de razones —por ejemplo, fundamentalistas— más allá de lo discursivamente posible, también resultan relativamente necesarias reglas y formas del discurso práctico general; por poner un ejemplo: todo hablante que aplique un predicado *F* a un objeto *a*, debe estar dispuesto a aplicar *F* también a cualquier otro objeto igual a *a* en todos los aspectos relevantes¹⁵. Se trata de que se advierten buenas razones —también— para racionalizar relativamente un Ordenamiento jurídico injusto, por ejemplo, dando cuenta del principio de universalidad, de modo que éstas pudieran surgir posteriormente en el —tercer— plano del discurso jurídico¹⁶. Sin embargo, el alto grado de relativismo de este planteamiento acentúa al mismo tiempo su principal debilidad, así como, en general, el descuido de las cuestiones evaluativas —frente a las analíticas— en el seno de las distintas teorías de la argumentación.

En este sentido, la relativización del modelo de ALEXY y, con ello, de sus posibilidades problemáticas (BuE 148 y s., 150) nos lleva a echar en falta algún desarrollo

¹³ Frente a lo manifestado entonces, F. G. SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal. Un segundo desarrollo, de la mano de algunos problemas de miedo insuperable*, Granada, Comares, 2009, 42 y s.

¹⁴ En un sentido distinto M. ATIENZA, *op. cit.* n. 2, 270 y 283.

¹⁵ Cfr. R. ALEXY, *op. cit.*, n. 4, 79 y ss., 91 y 110.

¹⁶ Así ya F. G. SÁNCHEZ LÁZARO, *op. cit.*, n. 13, 41 y s.

sobre posibles criterios relativos de racionalidad o corrección (en particular, BuE 156 y ss.). En principio, parecen asumibles las razones esgrimidas en contra del modelo de la «única respuesta correcta» (en particular, BuE 308). Sin embargo, no se perfilan ulteriores soluciones así como una comprensión en el modelo discursivo esbozado, de «la fórmula del peso». Al respecto, cabe apuntar aquí la idoneidad de una perspectiva económica para la elaboración de un criterio relativo de corrección —como eficiencia¹⁷—. También la flexibilidad de los mismos para el establecimiento de los márgenes de lo discursivamente racional —o correcto, irracional, o sea, incorrecto— o necesario. En este sentido, retomando el ejemplo del principio —conurrencia de imprudencias— cabe avanzar que no es lo mismo la valoración individual y separada de las distintas contribuciones¹⁸ que proceder a la compensación de las mismas¹⁹. También que las razones que subyacen a la primera —básicamente, adecuación a la estructura dogmática del delito imprudente de resultado— pesan menos que las razones que subyacen a la segunda —la solución de la compensación²⁰—: razones relativas a los principios de proporcionalidad y culpabilidad, en tanto que la fórmula de la compensación, mediante la ponderación de las contribuciones de unos y otros actores en el establecimiento de las respectivas responsabilidades personales, permite dar cuenta en mayor medida de las correspondientes divergencias de merecimiento²¹. Y de esta forma, ya es posible establecer grados de corrección y preferencia discursiva; por desarrollar algo más el ejemplo: en el marco del discurso jurídico, la solución de la ponderación se muestra preferente a la solución de la valoración aislada e individual de las distintas contribuciones, en tanto que las razones que hablan a favor de aquella —razones relativas a los principios de proporcionalidad y culpabilidad— prevalecen frente a las razones que hablan a favor de ésta —razones de adecuación a la estructura dogmática del delito imprudente de resultado—. Asimismo, es posible pensar en un criterio relativo de corrección o eficiencia: márgenes de rendimiento positivo.

Así, en relación con la primera postura, valoración individual de las contribuciones, apuntamos que las razones que se esgrimen a favor de la misma se agotan en cierto grado de adecuación a la estructura del tipo de lo injusto del delito imprudente de resultado. Sin embargo, también conlleva importantes costes: razones relativas a los principios de culpabilidad y proporcionalidad. Con otras palabras: si un sujeto, Gabriel C. S., irrumpe «con su ciclomotor en una vía preferente sin respetar la señal

¹⁷ En este sentido, ilustrativa A. VAN AAKEN, 2003: «*Rational Choice*» in *der Rechtswissenschaft. Zum Stellenwert der ökonomischen Theorien im Recht*, Nomos, Baden-Baden, 2003, 19 y ss., 70 y ss., 181 y ss., 266 y ss., 296 y ss., 325 y ss., 337 y s. Igualmente, BuE 181, 184: «una decisión jurídica debe siempre plantear la pretensión de ser tan racional como es posible».

¹⁸ Como propone, entre otros, J. CERZO, *Curso de Derecho Penal español. Parte General II. Teoría Jurídica del delito*, 6.ª ed., Madrid, Tecnos, 1998, 184 y s.

¹⁹ Últimamente SAP Madrid 250/2008, de 25 septiembre, fundamento de derecho segundo. Anteriormente, también STS 491/2002, de 18 marzo, fundamento de derecho único; STS 1611/2000, de 19 octubre, fundamento de derecho sexto. En un sentido distinto, últimamente STS 860/2009, de 16 julio, fundamento de derecho segundo, igualmente con ulteriores referencias.

²⁰ Sobre el valor de unas y otras, *vid.* F. G. SÁNCHEZ LÁZARO, *op. cit.*, n. 13, 175 y ss.

²¹ Expresamente STS 491/2002, de 18 marzo, fundamento de derecho único: «[se trata de medir] la incidencia de cada conducta en el resultado para atribuir éste al sobreviviente y a la víctima en proporción a la diferente contribución de cada una en la producción del daño». En relación con el principio de culpabilidad, igualmente ilustrativo J. CERZO, *Curso de Derecho Penal español. Parte General III. Teoría Jurídica del delito*, Madrid, Tecnos, 2001, 16 y ss.: «la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad».

de “ceda el paso” que le obligaba», colisiona con otro, «Jordi M. G. (condenado en la instancia precedente por una falta de imprudencia con resultado de lesiones del art. 621.3...), que circulaba en tramo urbano por aquella vía preferente a una velocidad excesiva o inadecuada y que, en el referido trance, colisionó con el primero» causándole —el resultado señalado— una serie de lesiones²², se encuentran buenas razones para no examinar individualmente y «con independencia cada una de las conductas»²³, o en sentido contrario, para que «en la calificación de la gravedad de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (imprudencia grave o leve) [en tanto que título de imputación, influya también] la conducta imprudente de la víctima»²⁴. Se trata de que, en estos casos, el resultado de lesión no es sólo realización del riesgo generado por el autor, Jordi M. G., sino de la concurrencia «de dos conductas abstractamente imprudentes y, cuando menos, antirreglamentarias»²⁵, y parece que también a ello debiera ajustarse la responsabilidad de aquél; luego, razones de adecuación —o proporcionalidad— de la responsabilidad a lo injusto imputable y con ello, en un siguiente nivel analítico de la teoría jurídica del delito, razones —relativas al principio— de culpabilidad: «la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad»²⁶.

En cuanto al peso de unas y otras razones, cabe apuntar en relación con el principio de culpabilidad, su consagración constitucional «como principio estructural básico del Derecho penal»²⁷, así como la vinculación con el derecho a la dignidad de la persona humana que, «según lo dispuesto en el art. 10.1 CE, representa uno de los fundamentos del orden político y de la paz social»²⁸. También el principio de proporcionalidad adquiere en nuestra disciplina un peso notable, en tanto que se trata por lo general de posiciones iusfundamentales. En este sentido, apunta ALEXY «que el carácter de principio de los pilares fundamentales de nuestro Derecho constitucional material implica el principio de proporcionalidad, e inversamente, éste a aquéllos»²⁹. Ciertamente, el *peso abstracto* de estas razones no basta sin más, para la ponderación de las mismas, sino que es preciso analizar en qué medida se afectan o se satisfacen tales principios: importantes razones de proporcionalidad, moderadas razones de proporcionalidad,

²² SAP Lleida, 171/1998, de 16 octubre, fundamento de derecho primero.

²³ En contra de lo que sugiere J. CEREZO, *op. cit.*, n. 18, 184 y ss.; sobre la comprensión de lo injusto, 186-188.

²⁴ J. CEREZO, *op. cit.*, n. 18, 184 y s.

²⁵ En los términos de la SAP Lleida, 171/1998, de 16 octubre, fundamento de derecho primero.

²⁶ J. CEREZO, *op. cit.*, n. 21, 16.

²⁷ STC 150/1991, de 4 julio, fundamento de derecho cuarto. Asimismo, *vid.* BVerfGE 26.2.2008 (Akt.Z: 2 BvR 392/07): «el principio “no hay pena sin culpabilidad” posee rango constitucional; el mismo encuentra su fundamento en el mandato de respeto a la dignidad de la persona humana, así como en el art. 2 apartado 1 de la Ley fundamental y en el principio del Estado de Derecho (*cf.* BVerfGE 9, 167 <169>; 86, 288 <313>; 95, 96 <140>»). En relación con la potestad sancionadora de la administración, igualmente ilustrativa STC 198/1995, de 21 diciembre, fundamento de derecho segundo.

²⁸ STC 181/2004, de 2 noviembre, fundamento de derecho decimotercero. Igualmente ilustrativa BVerfGE 27/1, p. 6: «en el orden valorativo de la Ley fundamental la dignidad de la persona constituye su valor superior». De otra opinión, excluyendo al principio de culpabilidad de toda ponderación S. MIR, «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal», en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, 1380 y ss.

²⁹ R. ALEXY, «Die Gewichtsformel», en *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin, de Gruyter, 772. Entre nosotros, últimamente S. MIR, *op. cit.*, n. 28, 2003, 1370 y ss.

por poner dos ejemplos³⁰. En este sentido, y frente a supuestos de afectación extrema o considerable como, por ejemplo, la apreciación de culpabilidad —aun disminuida— en un caso donde «el sujeto activo había cometido dos delitos consumados y tres delitos frustrados de asesinato en una misma noche... en un supuesto de brote agudo de esquizofrenia»³¹, aquí se trataría de *afectaciones moderadas*: se obvia la concurrencia de riesgos ajenos en la lesión del bien jurídico en el establecimiento de las responsabilidades al respecto, menoscabando con ello los principios citados. La naturaleza de estas razones tampoco permite grandes certezas en relación con sus *bases empíricas*: ¿«plausible menoscabo de los citados principios»?³², pues no se trata, por poner otro ejemplo, de ejecutar una pena de siete años de privación de libertad y establecer el grado en que se afecta este otro principio —de libertad—, para lo que pudiéramos acudir a la efectiva situación del sujeto: se encuentra preso, por tanto, *ciertamente* se afecta el principio de libertad. Frente a ello, los principios de culpabilidad y proporcionalidad permitirían una base empírica más débil, lo que modera correspondientemente su significación en el caso concreto.

En un sentido contrario, las razones esgrimidas a su favor —corrección dogmática: adecuación a la estructura del tipo de lo injusto del delito imprudente del resultado— muestran un *peso abstracto* notoriamente inferior: cuestionables razones de adecuación a una comprensión de la teoría jurídica del delito. Ciertamente, se apunta en relación con este tipo de discurso, entre otras, las funciones de consistencia y estabilización, «en cuanto que con ayuda de enunciados dogmáticos, se fijan, y se hacen por ello reproducibles, determinadas soluciones a cuestiones prácticas»³³. Y ello, en particular, en relación con un ejemplar desarrollo finalista de la teoría del delito. Sin embargo, la relatividad del pensamiento dogmático —«¿para qué sirve la solución de un problema jurídico que, a pesar de su hermosa claridad y uniformidad, es desde el punto de vista político-criminal erróneo?»³⁴—, la flexibilidad de su instrumental así como el creciente desmembramiento del pensamiento jurídico-penal en aras de la maximización de sus instituciones concretas³⁵, desaconsejarían la consideración de estas formas de argumento como razones de seguridad jurídica equiparables a las razones de proporcionalidad —o justicia distributiva—. La tesis de la valoración individual de las contribuciones tampoco permite una *satisfacción* —frente al concepto de intervención, quizá más adecuado para cuantificar una argumentación crítica— significativa del concreto modelo dogmático, en tanto que también se abre a la consideración y ponderación de riesgos ajenos concurrentes en la lesión del bien jurídico³⁶. La *base epistémica* de esta forma de argumentos —argumentos jurídico-formales— se mueve, por lo general,

³⁰ Al respecto, *cf.* R. ALEXY, *op. cit.*, n. 29, 785 y ss., 789.

³¹ *Cfr.* A. URRUELA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Bilbao-Granada, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Comares, 2004, 262, censurando totalmente, en este caso, el excesivo acento puesto en «criterios defensivistas o ligados a la alarma social generada».

³² Al respecto, *cf.* R. ALEXY, *op. cit.*, n. 29, 789.

³³ R. ALEXY, *op. cit.*, n. 4, 255 y ss.

³⁴ C. ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal* (trad. castellana e introducción de F. Muñoz Conde), Barcelona, Bosch, 1972, 19.

³⁵ En aparente correspondencia con una sociedad que plantea «a la ciencia penal en este período gran cantidad de preguntas de detalle, pero ninguna pregunta de carácter comprensivo», G. JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica* (trad. castellana e introducción de Á. van Weezel), Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008, p. 83.

³⁶ *Cfr.* J. CEREZO, *op. cit.*, n. 18, 186 y ss.

en los umbrales más bajos: ¿la valoración individual de las diversas contribuciones se adecua en mayor medida al tipo de lo injusto del delito imprudente de resultado? Aquí no es posible señalar la situación en prisión de un reo para ponderar el grado de afectación del principio de libertad, volviendo al anterior ejemplo, sino que se agota en relativas ponderaciones sutiles. Luego, difícilmente cabría hablar de «cierto»; quizá, «plausible», cuando no: «no evidentemente falso».

Pues bien, el mayor peso de los argumentos contrarios a este primer modelo de solución, frente a los que pesan a favor del mismo, empuja a una valoración como ineficiente —o incorrecta— en tanto que prevalecen los costes de su aplicación³⁷. Y ello admite otras representaciones. Así, si se conviene en atribuir un valor alto (por ejemplo, 3) al principio de culpabilidad en relación con las razones de corrección dogmática citadas (en relación con las anteriores, a lo sumo 1), mientras que al principio de proporcionalidad según esta correlación, se le pudiera adscribir un valor moderado en relación con el principio de culpabilidad, pero superior a este último tipo de razones (por ejemplo, 1,5), resultaría un cuadro próximo al siguiente:

valoración individual de las diversas contribuciones	
márgenes de rendimiento	costes
+ 1,0	- 4,5

La prevalencia de los costes y el resultado negativo = - 3,5 reflejaría la citada ineficiencia³⁸. Los valores moderados señalados en relación con el grado de satisfacción/intervención de tales formas de argumento así como con respecto a su base empírica permiten asimismo, su compensación —mediante su no computación—.

Este tipo de criterios se presta igualmente a una expresión relativa de lo discursivamente necesario —«conclusiones discursivamente necesarias son aquéllas, relativas al discurso, justificadas en mayor medida que las meramente posibles» (BuE 206)— en tanto que se trataría de soluciones con altos márgenes de eficiencia. De esta forma el fundamento y la corrección de la decisión tornan una cuestión de los márgenes de rendimiento de las razones subyacentes, dándose un paso más en la limitación de los elementos arbitrarios y decisionistas consecuencia de la confrontación entre teoría y ausencia de idealidad en el discurso real (BuE 150, 158, 271, n. 414)³⁹. Pero sobre esta y otras cuestiones se habrá de entrar ya en otro lugar. En este último sentido, aquí sólo resta señalar que la obra de C. BÄCKER —como todas las grandes obras— deja muchas cuestiones abiertas, pero lo abordado en ella, así como la rotundidad y claridad expositiva en todos sus pronunciamientos, da constancia de la ambición de este autor.

³⁷ Se trataría, por tanto, de un concepto normativo de eficiencia que atiende a la significación para el Derecho de los citados costes y márgenes de rendimiento; al respecto ilustrativo, BuE 150, señalando el problema de la optimización («*Optimierungsproblem*»). Asimismo *vid.* A. VAN AAKEN, *op. cit.*, n. 17, 19 y ss., 70 y ss., 181 y ss., 266 y ss., 296 y ss., 325 y ss., 337 y ss.

³⁸ Igualmente, *vid.* R. ALEXY, *op. cit.*, n. 29, 784 y ss.

³⁹ Igualmente *vid.* M. ATIENZA, *op. cit.*, n. 2, 232.