

## ARGUMENTOS CONSECUENCIALISTAS, CONCURRENCIA DE IMPRUDENCIAS Y EVALUACIÓN DE SOLUCIONES TÉCNICO- JURÍDICAS

**Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro**

Universidad de La Laguna

**Resumen:** La evaluación de una solución en Derecho no se agota necesariamente en los argumentos explicitados a su favor, sino que comprende también sus distintas consecuencias. Ello nos lleva a encontrarnos buenas soluciones mal argumentadas o soluciones no tan buenas con un desarrollo argumentativo importante. Veamos algunos ejemplos en materia de concurrencia de imprudencias.

**Palabras clave:** Delitos imprudentes, consecuencialismo, concurrencia de imprudencias.

**Abstract:** The evaluation of a solution in Law comprises not only the arguments offered in its favour, but also encompasses its various consequences. This explains why we find good solutions with bad arguments or not so good solutions with a major argumentative development. Here we offer some examples on contributory negligence.

---

Recibido: junio 2010. Aceptado: octubre 2010

**Keywords:** Negligent delicts, consequentialism, contributory negligence.

**Sumario:** Introducción. II. Algunos problemas de concurrencia de imprudencias: tres soluciones técnico-jurídicas. A. Valoración individual de las diversas contribuciones. B. Compensación de las diversas contribuciones. C. Interpretación estricta del principio de culpabilidad. III. Evaluación de las soluciones. IV. Márgenes de objetividad y arbitrariedad en las evaluaciones

## I. Introducción

Si A y B se exponen como dos buenas razones a favor de una conclusión C, por ejemplo: el bien jurídico protegido en el artículo 318 bis del Código penal español lo constituyen los derechos de los ciudadanos extranjeros (luego,  $A \wedge B \rightarrow C$ ). Parece, a primera vista, que el peso argumentativo a favor de esta conclusión se reduce a la suma de aquellos factores ( $A \wedge B$ ), por concretar algo más el ejemplo: razones sistemáticas, como la referencia al enunciado del Título XXV bis de este Código —“Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, y razones de proporcionalidad, buscándose una razón material al precepto en la lesión de los citados intereses<sup>1</sup>. Sin embargo, ello no es necesariamente así, y puede suceder, y sucede, que se encuentren buenas razones —razones consecuencialistas— en una posterior proyección de las consecuencias<sup>2</sup>; por desarrollar algo más el

---

1 Sobre la discusión al respecto, con exhaustivas referencias, HORTAL IBARRA, Juan Carlos: “A vueltas sobre el bien jurídico-penal protegido en los mal llamados ‘delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros’”, en Política criminal y reforma penal, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2007, pp. 463 y ss.

2 Con carácter general MACCORMICK, Neil: Legal reasoning and legal theory, Clarendon, Oxford University Press, 1994 (1978), p. 105: “a *consequentialist* mode of argument... considers the consequences of making a ruling one way or the other, to the extent at least of examining the types of decision which would have to be given in other hypothetical cases which might occur and which would come within the terms of the ruling”; ilustrativo, igualmente v. pp. 108 y ss.

ejemplo: nuevas razones sistemáticas, en tanto que esta solución permite un mejor engranaje entre el artículo 318 bis del Código penal español y el ilícito administrativo previsto en el art. 54.1 b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>3</sup>. Se trata de que la conclusión se presta a ulteriores valoraciones, permitiendo inferir argumentos no advertidos o explicitados a favor —aunque también en contra— de su realización; o desde otra perspectiva, que las razones esgrimidas no siempre agotan las posibles, y que en el discurso jurídico las diversas soluciones propuestas ofrecen elementos que merecen igualmente su consideración. Se adivinan aquí distintos factores, entre otros: la siempre limitada capacidad del operador jurídico —extraño a la figura del “Hércules”, acuñada por *Dworkin*— o, particularmente, en relación con la jurisprudencia, el factor tiempo. Se muestra nuevamente también, cierto paralelismo entre los discursos de creación y aplicación del Derecho<sup>4</sup>, pues tampoco éste suele presentarse como un proceder lineal, sino como una serie de reflexiones provisionales desde perspectivas diversas —también consecuencialistas. Veamos algunos ejemplos al respecto, sobre

- 
- 3 Así, por ejemplo, desde posiciones mayoritarias, ilustrativos CANCIO MELIÁ, Manuel/MARAVÉ GÓMEZ, Mario: “El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, en *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 366 y s.; HORTAL IBARRA, Juan Carlos: “A vueltas sobre el bien jurídico-penal protegido en los mal llamados ‘delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros’”, cit. n. 1, pp. 498 y s.; LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel: “Movimientos migratorios y Derecho penal. Sobre el bien jurídico protegido por el artículo 318 bis del Código penal español”, ejercicio de habilitación, inédito, pp. 28 y ss.
  - 4 Dada la imposibilidad de advertir desde un principio la totalidad de los distintos aspectos que condicionan o afectan la creación o la interpretación del precepto, cfr. NOLL, Peter: *Gesetzgebungslehre*, Rowohlt, Reinbek, 1973, pp. 72 y s. Más recientemente VAN AAKEN, Anne: „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft. Zum Stellenwert der ökonomischen Theorien im Recht, Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 19 y ss., 70 y ss.; con carácter general, p. 152: “die Folgenantizipation de lege lata ist methodisch mit der Folgenantizipation de lege ferenda identisch”.

un problema que ha recibido en estos últimos años un importante tratamiento doctrinal y jurisprudencial<sup>5</sup>:

## II. Algunos problemas de concurrencia de imprudencias: tres soluciones técnico-jurídicas

### A. Valoración individual de las diversas contribuciones

En su obra, Curso de Derecho penal español, apunta CERZO MIR que “en los supuestos de la llamada concurrencia de culpas o imprudencias (del autor y de la víctima) hay que examinar con independencia cada una de las conductas, pues no se admite en el ámbito del Derecho penal, a diferencia del Derecho civil, la compensación de imprudencias”<sup>6</sup>. Al respecto, arguye CERZO que “no le será imputado al autor el resultado si éste no se ha producido como consecuencia de su inobservancia del cuidado objetivamente debido o si no era uno de los resultados que trataba de evitar la norma de cuidado por él infringida”. Pero en caso contrario, cuando el resultado sea objetivamente imputable al autor, concluye: “no influirá para nada en la calificación de la gravedad de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (imprudencia grave o leve) la conducta imprudente de la víctima”<sup>7</sup>.

- 
- 5 Por lo demás, sobre la discusión aludida, con amplias referencias bibliográficas y jurisprudenciales, SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Intervención delictiva e imprudencia, Comares, Granada, 2004, pp. 317 y ss.; en particular, también EL MISMO: “Strafbarkeit nicht voll zurechenbarer Rechtsgutsverletzungen nach Versuchsgrundsätzen im Fahrlässigkeitsbereich”, GA 2005, pp. 700 y ss.
  - 6 CERZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. Parte General II. Teoría Jurídica del delito, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, pp. 184 y s. En esta línea, aparentemente también MIR PUIG, Santiago: “Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente”, ADPCP, 1991, p. 262. Con amplias referencias bibliográficas y jurisprudenciales, SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Intervención delictiva e imprudencia, cit. n. 5, pp. 317 y ss.
  - 7 CERZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. Parte General II, cit. n. 6, pp. 184 y s. En un sentido distinto, ubicando la conducta de la víctima en el marco de la imputación objetiva, CANCIO MELLÁ, Manuel: Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudios sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, 2ª ed., J. M. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 361 y ss.

Según la opinión de este penalista, en tales casos se trata, por tanto, de problemas de imputación objetiva del resultado que no trascienden a la determinación de la consecuencia jurídica.

Mas allá de la estructura típica —explicativa— del delito imprudente de resultado, CEREZO MIR recurre asimismo al carácter público de este sector del Ordenamiento jurídico, señalando que en caso contrario —esto es, si se admitiese en Derecho penal cualquier suerte de compensación entre las diversas conductas imprudentes concurrentes: “la gravedad de la infracción del cuidado objetivamente debido por el autor dependería de la realización o no de una conducta imprudente de la víctima. Habría que admitir, sin embargo, entonces que la gravedad de la infracción del cuidado objetivamente debido por parte de la víctima era también menor. Estaríamos ante una compensación parcial del desvalor de la acción en los delitos imprudentes... ¿y por qué no admitirla también en el desvalor de resultado? (en un supuesto, por ejemplo, en que tanto un conductor como el otro fueran autor y víctima de unas lesiones corporales imprudentes)”<sup>8</sup>, lo que a juicio de este autor “sería contrario..., al carácter público del Derecho penal”<sup>9</sup>. En un segundo momento, frente a *Luzón* y la tesis de degradar o no la imprudencia del autor en función del grado de influencia —relevante o mínima— de la conducta de la víctima, mantiene asimismo que “no es posible medir..., la eficacia causal de las diversas condiciones y, aunque ello fuera posible, no sería decisivo para determinar la medida de lo injusto”<sup>10</sup>.

- 
- 8 CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. Parte General II, cit. n. 6, p. 185 n. 102. En un sentido próximo MIR PUIG, Santiago: “Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente”, cit. n. 6, p. 262, para quien es “imposible ninguna forma de reparto de la responsabilidad penal entre el sujeto activo y el pasivo”. De otra opinión SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: “¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática”, *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, pp. 636 y s., 640 y ss.
- 9 CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. Parte General II, cit. n. 6, p. 185 n. 102.
- 10 CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. Parte General II, cit. n. 6, p. 185 n. 103.

La solución de CEREZO resulta, en cierta medida, coherente. Según el modelo recogido por este autor, la determinación de la imprudencia “exige, en primer lugar, tener en cuenta todas las consecuencias objetivamente previsibles de la acción. Sólo cuando la producción del resultado fuera objetivamente previsible, es decir, apareciera ex ante como una consecuencia no absolutamente improbable de la acción (causalidad adecuada), será posible apreciar una inobservancia del cuidado objetivamente debido”<sup>11</sup>. Ahora bien, matiza, “no toda acción de la que sea objetivamente previsible que se derive un resultado delictivo supone una infracción del cuidado objetivamente debido. En las modernas sociedades industrializadas es imposible prohibir toda acción que implique un peligro de lesión de bienes jurídicos... Es preciso completar, por ello..., el criterio intelectual de la previsibilidad objetiva con un criterio normativo, para determinar el cuidado objetivamente debido. Sólo estarán prohibidas aquellas acciones peligrosas de cuya realización se abstendría una persona inteligente y sensata”<sup>12</sup>. Criterio que en las actividades positivamente regladas, como en los ámbitos de circulación de vehículos

---

11 CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. Parte General II, cit. n. 6, p. 167.

12 CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. Parte General II, cit. n. 6, p. 168. Igualmente v. MIR PUIG, Santiago: Derecho Penal. Parte General, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008, p. 286 marg. 12, para quien “a estos efectos, deben tenerse en cuenta tanto la *peligrosidad* de la conducta como la *valoración social* del riesgo. Para determinar la peligrosidad de la conducta deben combinarse dos variables fundamentales: el grado mayor o menor de probabilidad de la lesión y la mayor o menor importancia del bien jurídico afectado (a igual probabilidad de lesión, mayor gravedad si se refiere a un bien jurídico más importante). La valoración social del riesgo depende de si se produce en ámbitos en que se admiten determinados grados de riesgo permitido: un grado de peligrosidad que podría ser grave fuera de uno de estos ámbitos puede ser leve dentro de ellos”; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/GARCÍA ARÁN, Mercedes: Derecho Penal. Parte General, 7ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p. 285: “dos son los elementos de este juicio normativo: uno intelectual, según el cual es necesaria la consideración de todas las consecuencias de la conducta que, conforme a un juicio razonable («objetivo») eran de previsible producción («previsibilidad objetiva»); y otro valorativo, según el cual sólo es contraria al cuidado aquella conducta que queda por debajo de la medida adecuada socialmente”.

a motor, apunta, suele encontrarse determinado en disposiciones de carácter administrativo.

Luego, si la valoración de la imprudencia se establece en función de las premisas señaladas —previsibilidad objetiva y este último criterio normativo— hay margen para coincidir con este autor. En tanto que la conducta de la víctima o de un tercero no incide directamente en el grado de peligrosidad de la conducta del autor y, aún en menor medida, en los criterios normativos de gestión del riesgo, cabe rechazar su influencia “en la calificación de la gravedad de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (imprudencia grave o leve)”. Por poner un ejemplo: quien genera unos márgenes de riesgo de 150 —sobre un máximo permitido de 90— no deja de generar tal margen de riesgo porque la víctima contribuya a ello con una actuación imprudente de su parte —por ejemplo, situándose “en medio de la carretera, en cuclillas y desnudo de cintura para arriba”<sup>13</sup>. Inversamente, tampoco, si el sujeto activo circula a una velocidad “inferior al límite señalado -90 kilómetros, según reza en el atestado”, cabría apreciar en tal caso responsabilidad por su parte: pues “conducía correctamente”<sup>14</sup>. La referencia al carácter público del Derecho penal resulta menos elocuente, pues no se trata de que los actores compensen, sino de la valoración de sus conductas —en un contexto particularmente complejo: concurrencia de comportamientos imprudentes— para el establecimiento de las posibles responsabilidades *personales*.

---

13 SAP Granada 365/1999, de 20 mayo, antecedentes de hecho primero.

14 SAP Granada 365/1999, de 20 mayo, fundamento jurídico quinto: “no era previsible que en la calzada hubiera un peatón, y mucho menos que éste se encontrara en «cuclillas» en la calzada, en cuanto que a los peatones les está prohibido su acceso a las autovías, y finalmente no pudo ver «el bulto», que luego resultó ser la víctima, sino cuando ya estaba muy próximo, por lo que su facultad de reacción prácticamente fue nula, y de aquí que se acepten los hechos declarados probados, en cuanto que en la misma se dice, como ya se expresó, que el acusado no pudo esquivarlo, y esa imposibilidad se debió a las circunstancias expresadas”; sin embargo, también: “pero en todo caso habría una duda razonable acerca de si su conducta es merecedora o no del reproche penal, que habrá que resolverse en su favor, por aplicación del principio *«in dubio pro reo»*”.

Sin embargo, de la aplicación de la solución propuesta —de sus diversas consecuencias— se infieren razones también, para cuestionar su corrección. Así, cuando “un camión tractor con semirremolque [circula] por una carretera nacional, con alumbrado de cruce y a velocidad superior al límite permitido para el vehículo de 80 kilómetros-hora”, de forma que no puede frenar suficientemente el vehículo y embiste a un “viandante, de 54 años... [que atravesaba] la calzada sin cerciorarse previamente de los vehículos que pudieran aproximarse, de tal modo que, encontrándose en la parte central del carril de la calzada por la que circulaba el camión, fue alcanzado de lleno por éste, pese a frenar su conductor dejando una huella en el pavimento de 68 metros”<sup>15</sup>, se advierte que la lesión del bien jurídico resulta tanto de la actuación imprudente del conductor como de la del viandante —cruce descuidado de la calzada. También que la modalidad de imprudencia no sólo funge como criterio de valoración de la conducta —imprudencia grave o leve— sino igualmente como título de imputación y con ello, de responsabilidad. Este otro aspecto se muestra en particular, en la solución ofrecida para ese supuesto por nuestro TS: “de la no compensación de culpas en lo penal, así expresado como reacción iuspenalista al instituto de la compensación de las obligaciones en lo civil, tiende a ser explicado por la actual jurisprudencia de esta Sala, en alianza con la mejor doctrina científica, como un supuesto de concurrencia de conductas de autor y víctima dentro del plano causal, con la consiguiente repercusión en la culpabilidad, de tal modo que si la actuación del sujeto pasivo se muestra como causa deficiente o adecuada del resultado, habrá de reputarse la del sujeto activo como accidental y fortuita y que, por el contrario, si predomina la imprudente conducta del reo sobre la arbitraria del ofendido o se muestran ambas como igualmente favorecedoras del daño causado, habrá lugar a imputar el primero su negligente acción, si bien adecuando el grado de su culpa —imprudencia temeraria

---

15 STS 9 mayo de 1979, considerando segundo.

o simple...— a la respectiva eficacia causal de las conductas concurrentes”<sup>16</sup>.

Desde esta otra perspectiva, concluir —en el sentido sugerido por *Cerezo*— que una vez establecida la imputación objetiva del resultado, la conducta imprudente de la víctima no influye en la calificación de la gravedad de la imprudencia<sup>17</sup>, puede aceptarse si con ello se valoran únicamente los márgenes de riesgo generados por el autor, pero en términos de responsabilidad supone obviar que en la producción del resultado lesivo han incidido dos actores, el autor y la víctima, y que también ésta ha contribuido descuidadamente a la lesión de sus propios bienes. Con otras palabras, que el muerto no es sólo cosa de uno —el autor, también de la propia víctima, en tanto que se expuso particular y antinormativamente al riesgo generado por aquél. Luego, si cada uno debe responder según su merecimiento. Parece que, con carácter general, el autor que produce un resultado lesivo al que contribuye también, una conducta imprudente de la víctima *merece* en menor medida —luego, en términos de

---

16 STS 9 mayo de 1979, considerando primero, no obstante, también, señalando un menor desvalor de acción: “al aumentar el peligro, disminuye en la misma medida el poder de previsión (factor psicológico de la culpa) y el deber de cuidado (factor normativo); por lo que todo queda ya reducido a determinar si dicha imprudencia disminuida del procesado infringió o no preceptos reglamentarios para mantenerla en la categoría delictual o rebajarla a la de simple falta”.

17 CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. Parte General II, cit. n. 6, pp. 184 y s. En esta línea, en nuestra jurisprudencia, recientemente STS 860/2009, de 16 julio, fundamento jurídico segundo: “la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo ha abandonado la doctrina de la compensación de culpas y sitúa la cuestión en el ámbito de la doctrina de la imputación objetiva. Así, en la STS 1611/2000, de 19 octubre, se sustenta la atribución de la responsabilidad en el hecho de que el resultado producido es la realización o concreción del peligro creado por el acusado. La posible contribución del perjudicado al resultado deviene irrelevante cuando ha sido el acusado el que ha creado el riesgo que se concreta en el resultado lesivo. Únicamente cabrá hablar de compensación en la cuantificación de las responsabilidades civiles”.

responsabilidad— que aquél otro que genera íntegramente el riesgo no permitido realizado en la lesión<sup>18</sup>.

En este otro sentido, la solución ofrecida por *Cerezo Mir*, pese a que muestra cierto grado de corrección dogmática, conduce a castigar igual lo desigual, en tanto que obvia aspectos concurrentes en la producción del resultado —realización de riesgo ajeno— en detrimento del sujeto de imputación. Ello admite asimismo, una expresión en términos dogmáticos: la generación de un riesgo alto —por lo general, imprudencia grave— pudiera, en determinadas circunstancias, conducir a una responsabilidad moderada —imprudencia leve— cuando aquél, el riesgo generado, sólo se concreta parcialmente —en concreto, en el supuesto analizado, junto con riesgos derivados de la actuación imprudente de la víctima— en el desvalor de resultado<sup>19</sup>. Desde esta perspectiva, la determinación de la imprudencia únicamente en función de la conducta refleja un déficit analítico —en tanto que descuida la imprudencia como título de imputación— en la atribución de responsabilidad jurídico-penal. Frente al desarrollo argumentativo que ofrece este y otros autores dentro de nuestra doctrina<sup>20</sup>, la jurisprudencia no se detiene siempre en la justificación de sus soluciones, lo que, sin embargo, no prejuzga necesariamente la bondad de las mismas.

---

18 Así también CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte General III. Teoría Jurídica del delito*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 16: “el principio de... que la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad, es un principio fundamental del Derecho penal moderno”.

19 Sobre la constitución de lo injusto en el pensamiento de CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte General II*, cit. n. 6, pp. 186 y ss.; en un sentido próximo MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho Penal. Parte General*, cit. n. 12, pp. 288 y s. En esta última línea, entre otros, v. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo J.: *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, Edijus, Zaragoza, 1999, pp. 263 y s.; TAMARIT SUMALLA, Josep M.: *La víctima en el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 127 y ss., 157 y ss.

20 En particular, al respecto SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: “Strafbarkeit nicht voll zurechenbarer Rechtsgutsverletzungen nach Versuchsgrundsätzen im Fahrlässigkeitsbereich”, cit. n. 5, pp. 700 y ss.

## B. Compensación de las diversas contribuciones

En un reciente pronunciamiento, apunta la Audiencia Provincial de Madrid: “la mayor o menor ‘potencia’ o ‘virtualidad’ causal de las conductas de autor o víctima tienen como consecuencia principal para la sala segunda del Tribunal Supremo en su caso, la degradación de la imprudencia del autor (sentencias del Tribunal Supremo 15-4-1988, 25-10-1988, 26-12-1989, 8-3-1990, 29-2-1992 y 20-2-1993). En determinados supuestos esta degradación puede llevar a la eliminación total de la culpa de la agente no lesionada (sentencias del Tribunal Supremo 4-7-1984 y 20-2-1993), reflejándose el resultado de esta ponderación y la consiguiente degradación, en su caso, también en el importe de la correspondiente indemnización derivada del delito (sentencia del Tribunal Supremo 29-10-1994)”<sup>21</sup>. De esta forma, se reconoce expresamente en la sentencia, que “en la práctica la concurrencia de culpas o de conductas produce efectos similares a la compensación [en el campo del Derecho civil]”<sup>22</sup>.

- 
- 21 SAP Madrid 250/2008, de 25 septiembre, fundamento jurídico segundo. Igualmente v. STS 491/2002, de 18 marzo, fundamento jurídico único; STS 1611/2000, de 19 octubre, fundamento jurídico sexto. En un sentido distinto, últimamente STS 860/2009, de 16 julio, fundamento jurídico segundo, igualmente con ulteriores referencias. Por lo demás, al respecto SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Intervención delictiva e imprudencia, cit. n. 5, p. 319 n. 18.
- 22 Fundamento jurídico segundo. En esta línea, en la doctrina, entre otros CANCIO MELIÁ, Manuel: Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal, cit. n. 7, pp. 347 y s.; EL MISMO: “Opferverhalten und objektive Zurechnung”, ZStW 111 (1999), p. 382 n. 91; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, PPU, Barcelona, 1989, pp. 359 y s.; FRISCH, Wolfgang: “Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik”, ZStW, 99, (1987), pp. 759 y ss., con ulteriores referencias en p. 760; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: Curso de Derecho penal. Parte general I, Universitas, Madrid, 1996, p. 527: “hay que contemplar la [posibilidad] de que la imprudencia concurrente de la víctima o de un tercero, con una aportación de cierta importancia al resultado, degrade la inicial imprudencia del autor, que podrá pasar de imprudencia grave o temeraria a imprudencia leve o simple”; TAMARIT SUMALLA, Josep M.: La víctima en el Derecho penal, cit. n. 19, pp. 127 y ss., 157 y ss., sugiriendo su consideración de *lege ferenda*, cfr. p. 227.

La argumentación recogida es meramente descriptiva, esto es, se agota en una exposición de la evolución al respecto del pensamiento jurisprudencial: “el debate científico sobre las posibles aportaciones o vínculos de la víctima con la producción delictiva, se ha visto recientemente incrementado, a la vista de nuevas aportaciones doctrinales y la apertura de una vía interpretativa novedosa en las resoluciones del Tribunal Supremo. En efecto, en materia de compensación de culpas o autopuesta en peligro de la víctima se ha observado en las últimas décadas una marcada evolución en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En un primer momento el criterio jurisprudencial era de total rechazo a la apertura del ámbito punitivo a las tesis civilistas de la compensación de culpas. Desde este punto de vista la contribución de la víctima a la producción del resultado lesivo sólo podía ser objeto de valoración en la fijación del “quantum” indemnizatorio (vid. SSTS de 19 de junio de 1972, 8 de junio de 1985 y 6 de febrero de 1987). Hacia mediados de los años ochenta se observa una importante evolución en la que el Tribunal Supremo comienza a utilizar la llamada concurrencia concausal de culpas para destacar la aportación de la víctima al suceso, planteándose básicamente la cuestión en el ámbito de la relación de causalidad (cfr. SSTS de 27 de enero de 1984, 6 de febrero de 1987, 8 de junio de 1985, 16 de mayo de 1988, 25 de octubre de 1988 y 24 de mayo de 1991). La asunción por parte del Tribunal de criterios de imputación objetiva, ofrece el último estado de evolución en esta materia, perfilándose la cuestión como participación de la víctima en el riesgo generador o incrementador del riesgo, cuyos efectos se hacen sentir dogmáticamente en sede de imputación objetiva, pudiendo significar, en su caso, la declaración de atipicidad del comportamiento del autor, o, al menos, una disminución de injusto, bien por la vía de llamada degradación de la imprudencia, bien a través de la aplicación de una atenuante analógica (vid. STS de 4 de julio de 1984 y STS de 17 de julio de 1990). La responsabilidad de la víctima ha sido objeto de recientes estudios doctrinales tendentes a perfilar el grupo de criterios, bajo cuya presencia resulta adecuado trasladar al ámbito de responsabilidad de la víctima la creación o el aumento del riesgo generador del

resultado y sus efectos jurídicos. En este sentido se ha afirmado que para que resulte plausible la imputación del riesgo al ámbito de la víctima es necesario: 1. que la actividad generadora del riesgo permanezca dentro de los márgenes de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, esto es, dentro del margen de riesgo asumido por la víctima en ejercicio de su autonomía personal, sin que se traspasen los límites de esta organización; 2. que la víctima no carezca de responsabilidad o padezca defectos cognitivos que hayan sido instrumentalizados por el autor; y 3. que el autor no tenga encomendados deberes jurídicos de protección en relación con los bienes de la víctima. En relación con el primero de los requisitos, resulta decisivo que la actividad de riesgo que se pretende efectuar se constriña a lo asumido por los intervinientes, esto es, que no se excedan por el autor los riesgos que la actividad acordada por ambos en sí misma signifique, aportando aquél factores adicionales que puedan señalarse como los generadores de una situación de riesgo agravado para el bien jurídico”<sup>23</sup>. Con ello, y pese a la extensión del discurso, se alcanza un valor de justificación escaso: no se ofrecen razones a favor o en contra, simplemente se recoge la evolución del pensamiento de nuestra jurisprudencia sin justificar —pese a señalarse— las presuntas bondades del mismo<sup>24</sup>.

En un segundo momento, y en cierta contradicción con lo mantenido en otra parte —“la concurrencia de culpas o

---

23 SAP Madrid 250/2008, de 25 septiembre, fundamento jurídico segundo, con ulteriores referencias; en un sentido próximo SAP Alicante 461/2000, de 22 junio, fundamento jurídico segundo.

24 Para una definición de argumentación, cfr. ATIENZA, Manuel: *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 73. Igualmente ilustrativo de LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho* (trad. castellana de M. Rodríguez Molinero), 2ª ed. (de la 4ª ed. alemana), Ariel, Barcelona, 2001, p. 507: “indicar las razones que permiten que una afirmación aparezca justificada, acertada o, al menos, discutible”. En un sentido distinto NEUMANN, Ulfrid: “Theorie der juristischen Argumentation”, en Kaufmann/Hassemer/Neumann: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2004, p. 342: “die Qualität der juristischen Begründung [ist] für die Qualität der von ihr getragenen Rechtsauffassung konstitutiv”.

de conductas produce efectos similares a la compensación”, se insiste nuevamente: “no se trata de una compensación de culpas, totalmente inadmisibles en el Derecho Penal, sino de una concurrencia de culpas, y es que cuando dos o más vehículos sean protagonistas de un accidente de tráfico, para determinar las responsabilidades procedentes, habrán los Tribunales de analizar y ponderar los respectivos comportamientos de los conductores a fin de comprobar si la conducta de todos ellos fue equivalente en el aporte causal a la producción del resultado lesivo, o si fue, por el contrario, alguna de ellas la principalmente determinante del mismo con una actuación de la otra u otras meramente favorecedora de la producción del resultado entre cuyas dos posturas o juicios valorativos puede todavía darse una tercera cuando la conducción del entonces principal causante del evento es de tal entidad por la naturaleza del deber objetivo de cuidado dejado de observar, que deba reputarse como causa directa, material, eficiente y exclusiva, siendo irrelevante completamente los hechos generados por los demás conductores”<sup>25</sup>. Se subraya que “no se trata de concurrencia de culpas de agente y víctima, sino de conductas paralelas que confluyen a un mismo evento sin perder su individualidad (STS de 5 abril 1995)”<sup>26</sup>. Sin embargo, con ello, se sigue sin ofrecer razones que justifiquen adicionalmente la solución adoptada<sup>27</sup>, simplemente se explicita la misma, esto es,

---

25 SAP Madrid 250/2008, de 25 septiembre, fundamento jurídico segundo. Más abiertamente, en la jurisprudencia menor, SAP Granada 365/1999, de 20 mayo, fundamento jurídico sexto; SAP Lleida, 171/1998, de 16 octubre, fundamento jurídico primero; SAP Almería 341/1998, de 3 junio, fundamento jurídico tercero: “como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo si concurren conductas plurales y simétricas en el suceso procedente de varias personas que ocasionan un evento dañoso se origina un concurso de conductas que hay que examinar para determinar el grado de influencia de cada una en el resultado, pudiendo la culpa de la víctima interferir en el resultado común, lo que a su vez puede originar que la culpa del agente se degrade, se modere el «quantum» indemnizatorio y excepcionalmente se minimice la culpa del agente hasta quedar exonerado de toda responsabilidad. (SSTS 1 octubre 1985 y 2 junio 1986)”.

26 SAP Madrid 250/2008, de 25 septiembre, fundamento jurídico segundo.

27 Igualmente SAP Almería 341/1998, de 3 junio, fundamento jurídico tercero: “pues no otro efecto [?] puede producir la concurrencia del proceder del

la forma en que se procede —pese a lo que se afirma— mediante tal compensación.

Frente a la anterior postura (II, A), preocupada por ofrecer un engarce sistemático —a través de la estructura del delito imprudente de resultado— de la solución propuesta para este tipo de problemas, la jurisprudencia prescinde de argumentos relativos a la corrección o idoneidad de su tesis, más allá de las vacuas referencias a la “mejor doctrina”, “nuevas aportaciones” de ésta o “la apertura de una vía interpretativa novedosa”, igualmente sin justificar. En los pasajes expuestos no se ofrecen buenas razones para preferir o defender este planteamiento, por ejemplo, frente al esbozado por *Cerezo*. El operador jurídico se limita simplemente, a exponer la evolución del pensamiento jurisprudencial, adhiriéndose —sin una reflexión sobre sus bondades— a lo que parece ser la comprensión dominante en la actualidad. Luego, si el valor de una conclusión se agotase en el valor justificativo de las premisas que la preceden, el valor de esta solución jurisprudencial resultaría bastante modesto. Básicamente, se agotaría en argumentos jurídico-formales: en tanto que se asume el pensamiento

---

conductor y usuarios del vehículo que ya hemos referido, de modo que si la causación de los disparos a corta distancia (posiblemente no tanta por la velocidad admitida a la que circulaba el turismo) debe calificarse como una negligencia temeraria por las circunstancias de espacio y tiempo, como lo acredita el propio resultado dañoso evidenciado en los impactos del vehículo, sin embargo es posible calificarse la negligencia como constitutiva de una falta de imprudencia del art. 586 bis del Código Penal de 1973 al haber interferido en aquella conducta la de los perjudicados que ya ha quedado examinada”. En un sentido distinto SAP Álava 76/1999, de 25 junio, fundamento jurídico tercero, donde se esboza la estructura del delito imprudente de resultado y se vincula, sin embargo, el deber de previsión del actor [en principio, determinable *ex ante*] al grado de incidencia de la conducta de la víctima [sólo determinable *ex post*, esto es, una vez que ha actuado ésta]: “la eficacia causal del comportamiento de la víctima para determinar la culpabilidad del sujeto activo, por cuanto la mayor incidencia de aquélla implica una disminución en la exigencia del deber de previsión [?], hasta el punto de reconocerse en algunos casos que la gran incidencia de la conducta de la víctima eclipse, absorba o desvanezca la del agente, quedando éste exonerado de responsabilidad penal”.

jurisprudencial mayoritario<sup>28</sup>, obviando todo ulterior esfuerzo argumentativo —sobre sus posibles bondades— para justificar esta asunción. Con todo, no se desconocen aquí las funciones de estabilización, técnica o control que favorecen estas formas de argumentos; en particular, los relativos al discurso doctrinal y jurisprudencial<sup>29</sup>.

Sin embargo, el valor de esta segunda solución —la ponderación y compensación de las diversas contribuciones en el establecimiento de las responsabilidades jurídico-penales— tampoco se agota en las razones más o menos explícitas que la subyacen, siendo posible inferir de nuevo aquí, ulteriores argumentos del análisis de las consecuencias<sup>30</sup>. En este sentido, en la crítica de la solución anterior (A, II), se apuntaba como —frente a aquélla, la comprensión de *Cerezo*— la solución jurisprudencial referida permite dar cuenta en mayor medida, de la imprudencia como título de imputación y responsabilidad —imprudencia grave y leve, así como de la particular complejidad de estos supuestos, donde concurren diversos comportamientos imprudentes en la producción de un resultado lesivo. Lo afirmado entonces, “con carácter general, el autor que produce un resultado lesivo al que contribuye también, una conducta imprudente de la víctima *merece* en menor medida —luego, en términos de responsabilidad— que aquél otro que genera íntegramente el riesgo no permitido realizado en la lesión”, permite ahora deducir razones de proporcionalidad y —relativas al principio de— culpabilidad a favor de esta segunda postura, en tanto que la fórmula de la compensación, mediante la ponderación de las contribuciones

---

28 Ilustrativo ALEXY, Robert: Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica (trad. castellana de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 262 y s.: “(J.13) cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión debe hacerse”, “(J.14) quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación”.

29 Cfr. ALEXY, Robert: Teoría de la argumentación jurídica, cit. n. 28, pp. 255 y ss.

30 Cfr. MACCORMICK, Neil: Legal reasoning and legal theory, cit. n. 2, pp. 104 y ss.

de unos y otros actores en el establecimiento de las respectivas responsabilidades personales, permite dar cuenta en mayor medida de las correspondientes divergencias de merecimiento<sup>31</sup>. Ciertamente, la argumentación recogida en este otro pronunciamiento —II, B, SAP Madrid 250/2008, de 25 septiembre— se muestra en tal sentido deficiente, en tanto que obvia muy buenas razones a su favor. Pero del análisis de sus consecuencias —moderación de las responsabilidades en función del grado de intervención— se infieren razones no advertidas o explicitadas en su justificación: adecuación del grado de responsabilidad a la incidencia de la intervención y con ello, en un siguiente peldaño analítico, a la medida de la culpabilidad del autor.

### C. Interpretación estricta del principio de culpabilidad

En un anterior trabajo me manifestaba en contra de la autoría accesoria y de la punibilidad de aquellos otros supuestos de concurrencia de conductas imprudentes en los que “no existe base normativa o subjetiva sobre la que imputar al autor el riesgo generado por la víctima”<sup>32</sup>. Sobre una comprensión estricta del principio de culpabilidad —o en sede de tipicidad, principio de responsabilidad subjetiva— mantenía que “cuando no cabe una valoración e imputación global del resultado de lesión a ninguno de los ... [actores, en la autoría accesoria], ni tampoco es posible individualizar en concretos resultados de lesión parciales los riesgos unilateralmente creados por cada uno de los sujetos..., sólo

---

31 Expresamente STS 491/2002, de 18 marzo, fundamento jurídico 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 CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. Parte General III, cit. n. 18, pp. 16 y ss.: “la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad”.

32 SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanteme: Intervención delictiva e imprudencia, cit. n. 5, pp. 335 y s.; EL MISMO: “Strafbarkeit nicht voll zurechenbarer Rechtsgutsverletzungen nach Versuchsgrundsätzen im Fahrlässigkeitsbereich”, cit. n. 5, pp. 700 y ss.

cabe la impunidad... , puesto que la tentativa de delito imprudente no se castiga en nuestro Código penal”<sup>33</sup>. Mientras que los supuestos de contribución imprudente de la víctima eran comprendidos fundamentalmente como problemas de tipicidad —e imputación de lo injusto, no como una cuestión de determinación de la pena. De esta forma, cuando los riesgos generados por la víctima no eran imputables subjetiva o normativamente al autor, se rechazaba la imputación del resultado lesivo, y con ello una posible responsabilidad “como autor de un delito imprudente” de tal naturaleza<sup>34</sup>. Se trata, en definitiva, de que la ausencia de una base sobre la que sustentar la imputación al autor de los riesgos ajenos —generados por la víctima o por un tercero, en los supuestos de autoría accesoria— realizados también en el resultado lesivo impide la imputación típica —luego, según tal comprensión, en su integridad— del mismo y con ello su consideración como autor de un delito imprudente de resultado.

A esta solución subyace, primeramente, una cuestionable comprensión del argumento semántico: “la autoría accesoria no sólo conlleva una interpretación extensiva de los delitos imprudentes de resultado que desvirtúa formal y materialmente el principio de legalidad”<sup>35</sup>. Así, frente a ello, cabe apuntar ahora que del tenor literal, por ejemplo, del artículo 142.1 del Código penal español —“el que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años” — no se infiere necesariamente que, en tales casos, la imputación del resultado deba efectuarse en su integridad; con otras palabras: no se infiere la exclusión de los supuestos de concurrencia de conductas imprudentes<sup>36</sup>. De hecho, en los casos de autoría accesoria o de contribución imprudente

---

33 SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Intervención delictiva e imprudencia, cit. n. 5, p. 319.

34 SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Intervención delictiva e imprudencia, cit. n. 5, p. 333.

35 IBIDEM.

36 No obstante, frente a la relativización de este argumento, con carácter general v. KLATT, Matthias: Theorie der Wortlautgrenze, Nomos, Baden-Baden,

de la víctima cabe hablar igualmente de causar “por imprudencia grave... la muerte de otro”<sup>37</sup>. Ciertamente, tal interpretación puede comprenderse como extensiva frente a aquella que limita el tenor literal del artículo 142.1 del Código a los supuestos en los que la lesión del bien jurídico se puede imputar de forma plena —excluyendo, por tanto, aquellos supuestos en los que concurren en su producción conductas imprudentes de terceros o de la víctima no imputables al autor. Pero con ello, la discusión se sitúa en otro plano —pero, en cualquier caso— dentro del marco

---

2004, p. 128: “Der intrinsischen Wahrheitsanspruch jeder Behauptung schafft eine notwendige Verbindung zwischen Wahrheit und normativ verstandener sprachlicher Bedeutung. Die empirischen Eigenschaften der Objekte, auf die sich Behauptungen beziehen, sind nicht nur für die Wahrheit der Behauptungen, sondern auch für deren semantische Korrektheit relevant. Aus der Objektbezogenheit sprachlicher Bedeutung kann eine Grenzlinie sprachlicher Bedeutung gewonnen werden”; subrayando igualmente la “Normativität... und... Intersubjektivität sprachlicher Bedeutung”, cfr. pp. 137 ff., 215 ff., pues “nur in einer normativen Sprachpraxis besteht die Möglichkeit eines linguistischen Fehlers” (p. 218), 284 ff. Si bien, matiza: “Diese Relevanz [empirischer feststellbarer Eigenschaften von Objekten] geht aufgrund der anderen beiden Dimensionen sprachlicher Bedeutung indessen nicht so weit, da Bedeutung schlicht mit der Objektbezogenheit identifiziert werden könnte... die semantische Objektbezogenheit [liefert] ein notwendiges, aber kein hinreichendes semantisches Kriterium”; en relación con los conceptos carentes de referencia empírica directa, pp. 232 y ss.: “Juristische Begriffe setzen soziale Praxis voraus. Sie bleiben aber epistemisch zugänglich, weil die Praxis selbst analysiert werden kann”; EL MISMO: “Die Wortlautgrenze”, Die Sprache des Rechts. Band 2. Recht verhandeln: Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2005, pp. 350 y ss. No obstante, sobre la flexibilidad del discurso jurídico, igualmente v. BÄCKER, Carsten: “Die diskurstheoretische Notwendigkeit der Flexibilität im Recht”, ARSP 2005 (103), pp. 96 y ss., en particular sobre las deficiencias del lenguaje, n. 4.

- 37 Pues también en los supuestos de concurrencia de conductas imprudentes se encuentran “hinreichende Bedingungen für den inferentiellen Übergang zur Begriffsverwendung”, KLATT, Matthias: Theorie der Wortlautgrenze, cit. n. 36, pp. 237, 272 y s.: imprudencia, relación de causalidad y resultado lesivo. Igualmente, ilustrativo EL MISMO: “Die Wortlautgrenze”, cit. n. 36, p. 359: “Wortgebrauchsregeln geben an, welche Eigenschaften ein Objekt erfüllen muss, damit es unter einen Gesetzesbegriff fällt... Sie zählen die Merkmale auf, die aufgrund der Bedeutung eines Ausdrucks erfüllt sein müssen, damit der Ausdruck auf ein Objekt richtigerweise angewendet wird”.

semántico del citado precepto<sup>38</sup>: el de la ponderación de las razones a favor y en contra de esa concreta forma de interpretación —extensiva<sup>39</sup>. El hecho de que en relación con los supuestos dolosos se recojan separadamente en la parte general del Código —mediante un modelo de cláusula general, en su art. 16.1— las formas imperfectas de ejecución, frente a los tipos consumados previstos en la parte especial, no supone necesariamente que una interpretación extensiva de los delitos imprudentes de resultado que permita la subsunción en los mismos de estos otros supuestos problemáticos —de autoría accesoria y contribución imprudente de la víctima, en los casos que impiden una imputación íntegra del desvalor de resultado— desvirtúe “formal y materialmente el principio de legalidad”. A esta crítica subyace una valoración de estos problemas de imputación en la imprudencia conforme a los modelos de imputación —tentativa, consumación— al uso en los delitos dolosos, pero la idoneidad de esta perspectiva también se presta a discusión. De momento, cabe apuntar en contra una razón consecuencialista: dificultaría el castigo de supuestos —autoría accesoria, contribución imprudente de la víctima— sobre los cuales existe un importante consenso en relación con su punibilidad<sup>40</sup>.

En este otro sentido, la interpretación mantenida en los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos (II, B), ponderación de las conductas imprudentes, permite dar cuenta de razones

---

38 Sobre la distinción entre analogía e interpretación extensiva, CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. PG I. Introducción, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, pp. 208 y ss.

39 Con carácter general, en los supuestos de ambigüedad, KLATT, Matthias: Theorie der Wortlautgrenze, cit. n. 36, p. 278: “Die semantische Interpretation ergibt ein *non liquet*, so daß bei rein semantischer Betrachtung nicht klar ist, welcher Kontext zu wählen ist... Demnach sind also zwingend außersprachliche Gründe einzubeziehen”.

40 Con amplias referencias, cfr. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Intervención delictiva e imprudencia, cit. n. 5, pp. 317 y ss. En relación con la diversa estructura típica del delito imprudente de resultado, ilustrativo también SOLA RECHE, Esteban: La llamada «tentativa inidónea» de delito, Comares, Granada, 1996, pp. 134 y ss.

—relativas al principio— de culpabilidad y proporcionalidad sin conducir a la impunidad en tales casos. Pues de esta otra forma, la concurrencia de riesgos se considera no como causa de exclusión de la imputación, sino como un factor determinante a considerar en la correlación injusto/punibilidad; luego, también en la determinación de la pena. La realización de riesgo ajeno conlleva un menor desvalor de resultado —en tanto que éste, la lesión del bien jurídico, es realización también, del mismo— y con ello razones para atenuar la punibilidad de la conducta del autor. Frente a una interpretación estricta del principio de culpabilidad, como factor determinante y excluyente de los márgenes de imputación, una interpretación flexible de este principio permite la imputación del resultado típico en supuestos de realización —también— de riesgo ajeno, pero permitiendo, al mismo tiempo, dar cuenta de tal aspecto en la atribución de responsabilidad: bien degradando la imprudencia —en tanto que título de responsabilidad— de grave a leve, bien sin degradar, en la determinación de la concreta consecuencia jurídica o, como se apuntaba anteriormente, por la vía de una atenuante analógica<sup>41</sup>.

### III. Evaluación de las soluciones

En su influyente obra, “*Legal reasoning and legal theory*”, apuntaba Neil MACCORMICK que los “argumentos consecuencialistas... son esencialmente evaluativos y por ello, en cierta medida, subjetivos”<sup>42</sup>. En concreto, señala que en la ponderación de las consecuencias, el operador jurídico puede adscribir diferente

---

41 SAP Madrid 250/2008, de 25 septiembre, fundamento jurídico segundo, con ulteriores referencias jurisprudenciales.

42 MACCORMICK, Neil: *Legal reasoning and legal theory*, cit. n. 2, p. 106; más recientemente, con matices, p. XV: “the discussion of consequentialism [in chapters 5 and 6] needs to acknowledge much more fully the complexity of so-called ‘consequences’, and to differentiate the favoured approach yet more clearly from what is Commonly deemed ‘consequentialism’ in the philosophical literature”, en particular, frente a la anterior distinción entre tres clases de argumento consecuencialista: intereses de carácter general, razones de justicia y sentido común, cfr. pp. 111 y ss.

peso a los diversos criterios de evaluación<sup>43</sup>, y que en ello, se trata en el fondo, de la cuestión, “de las preferencias valorativas que informan nuestro razonamiento pero que no son justificables (“*demonstrable*”) por sí mismas. En este plano, puede haber simplemente, diferencias irresolubles de opinión”<sup>44</sup>. Frente a ello, cabe apuntar que las razones consecuencialistas aquí inferidas no se agotan en —genéricas— razones relativas a la idea de justicia, sentido común o intereses de carácter general<sup>45</sup>; por ejemplo: consecuencias injustas, así, como intuición sin más, relativa a aquella idea —de justicia— o al sentido común. Se trata de formas no infrecuentes de argumentos, en particular, aquí, de razones relativas a principios como los de culpabilidad o proporcionalidad, cuya especificidad reside, fundamentalmente, en el hecho de que se manifiestan, en relación con las anteriores soluciones, mediante el análisis de las consecuencias o aplicación de las mismas. Asimismo, en el marco discursivo en el que se esgrimen —el discurso jurídico, se encuentran materiales para minimizar el riesgo de subjetivismo en su evaluación frente a lo que pudiera ocurrir, quizá, en el seno del denominado discurso práctico general —o discurso moral.

Así, en relación con la primera postura, valoración individual de las contribuciones, veámos que las razones que se esgrimen a favor de la misma son esencialmente razones de carácter jurídico-formal: cierto grado de adecuación a la estructura del tipo de lo injusto del delito imprudente de resultado. Sin embargo, del análisis de su aplicación —de sus consecuencias— se advierten importantes razones para su superación: razones relativas a los

---

43 MACCORMICK, Neil: Legal reasoning and legal theory, cit. n. 2, p. 105: “Judges evaluating consequences of rival possible rulings may give different weight to different criteria of evaluation, differ as to the degree of perceived injustice, or of predicted inconvenience which will arise from adoption or rejection of a given ruling. Not surprisingly, the differ, sometimes sharply and even passionately in relation to their final judgement of the acceptability or unacceptability all things considered of a ruling under scrutiny”.

44 MACCORMICK Neil: Legal reasoning and legal theory, cit. n. 2, p. 106.

45 Cfr. MACCORMICK Neil: Legal reasoning and legal theory, cit. n. 2, p. 111; no obstante, con matices, también p. XV.

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 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 lesiones<sup>46</sup>, se encuentran buenas razones para no examinar individualmente y “con independencia cada una de las conductas”<sup>47</sup>, 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”<sup>48</sup>. 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”<sup>49</sup>, 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, razones —relativas al principio— de culpabilidad: “la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad”<sup>50</sup>.

Frente a lo apuntado por *MacCormick*, la ponderación de estas razones no muestra particulares riesgos de subjetivismo

---

46 SAP Lleida, 171/1998, de 16 octubre, fundamento jurídico primero.

47 En contra de lo que sugiere CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. Parte General II, cit. n. 6, pp. 184 y s. Sobre la comprensión de lo injusto, EL MISMO: “La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del Derecho Penal española”, en: Problemas fundamentales de Derecho Penal, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 125-8; EL MISMO: Curso de Derecho Penal español. Parte General II, cit. n. 6, pp. 186-8.

48 CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. Parte General II, cit. n. 6, pp. 184 y s.

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

50 CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. Parte General III, cit. n. 18, p. 16.

—frente a las explicitadas por *Cerezo* en el desarrollo de su argumentación. Así, en relación con el principio de culpabilidad, se apunta que la Constitución española “consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal”<sup>51</sup>, y se refuerza su posición mediante su 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”<sup>52</sup>. 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 aquellos”<sup>53</sup>. Ciertamente, el *peso abstracto* de estas razones no basta sin más, para la ponderación de las mismas, sino que es

- 
- 51 STC 150/1991, de 4 julio, fundamento jurídico cuarto. Asimismo, v. BVerfGE 26.2.2008 (Akt.Z: 2 BvR 392/07): “Der Grundsatz ‘keine Strafe ohne Schuld’ hat Verfassungsrang; er findet seine Grundlage im Gebot der Achtung der Menschenwürde sowie in Art. 2 Abs. 1 GG und im Rechtsstaatsprinzip (vgl. BVerfGE 9, 167 <169>; 86, 288 <313>; 95, 96 <140>). Aus diesem Grundsatz folgt für die Strafgerichte das Gebot schuldangemessenen Strafens im Einzelfall. Danach muss Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Maß der Schuld des Täters stehen”. En relación con la potestad sancionadora de la administración, igualmente ilustrativo, STC 198/1995, de 21 diciembre, fundamento jurídico segundo.
- 52 STC 181/2004, de 2 noviembre, fundamento jurídico décimo tercero. Igualmente ilustrativa BVerfGE 27/1, p. 6: “In der Wertordnung des Grundgesetzes ist die Menschenwürde der oberste Wert”. De otra opinión, excluyendo al principio de culpabilidad de toda ponderación MIR PUIG, Santiago: “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, en Juan Carlos Carbonell Mateu, José Luis González Cussac y Enrique Orts Berenguer (dir.): Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1380 y ss.
- 53 ALEXY, Robert: “Die Gewichtsformel”, en Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, de Gruyter, Berlin, 2003, p. 772. Entre nosotros, últimamente MIR PUIG, Santiago: “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, cit. n. 52, pp. 1370 y ss.

preciso analizar en que medida se afectan o se satisfacen tales principios: importantes razones de proporcionalidad, moderadas razones de proporcionalidad, por poner dos ejemplos<sup>54</sup>. 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”<sup>55</sup>, aquí se trata 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”?<sup>56</sup>, 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: esta preso, por tanto, *ciertamente* se afecta el principio de libertad. En este sentido, los principios de culpabilidad y proporcionalidad permiten una base empírica más débil, lo que modera correspondientemente su significación en el caso concreto.

Frente a ello, las razones esgrimidas por *Cerezo* —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

---

54 Al respecto, cfr. ALEXY, Robert: “Die Gewichtsformel”, cit. n. 53, pp. 785 y ss., 789.

55 Cfr. URRUELA MORA, Asier: Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares, Bilbao-Granada, 2004, p. 262, censurando totalmente, en este caso, el excesivo acento puesto en “criterios defensivistas o ligados a la alarma social generada”.

56 Al respecto, cfr. ALEXY, Robert: “Die Gewichtsformel”, cit. n. 53, p. 789. Ampliamente, también SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Una teoría de la argumentación jurídico-penal. Un segundo desarrollo de la mano de algunos problemas de miedo insuperable, Comares, Granada, 2009, pp. 175 y ss.

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”<sup>57</sup>. 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 políticocriminal erróneo?”<sup>58</sup>, la flexibilidad de su instrumental así como el creciente desmembramiento del pensamiento jurídico-penal en aras de la maximización de sus instituciones concretas<sup>59</sup>, desaconsejan la consideración de estas formas de argumento como razones de seguridad jurídica —justicia conmutativa— equiparables a las razones de proporcionalidad —justicia distributiva<sup>60</sup>. 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 comprende en lo injusto, junto al desvalor de acción, el desvalor de resultado<sup>61</sup>. Luego parece que también se abre a la consideración y ponderación de riesgos ajenos concurrentes en la lesión del bien jurídico. La *base epistémica* de

---

57 ALEXY, Robert: Teoría de la argumentación jurídica, cit. n. 28, pp. 255 y ss.

58 ROXIN, Claus: Política criminal y sistema del Derecho penal (trad. castellana e introducción de Francisco Muñoz Conde), Bosch, Barcelona, 1972, p. 19.

59 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”, JAKOBS, Günther: El Derecho penal como disciplina científica (trad. castellana e introducción e Álex van Weezel), Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 83.

60 Por lo demás, en relación con las razones relativas al principio de culpabilidad, cfr. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Una teoría de la argumentación jurídico-penal, cit. n. 56, pp. 196 y ss.

61 Cfr. CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. Parte General II, cit. n. 6, pp. 186 y ss.

esta forma de argumentos —argumentos jurídico-formales— se mueve, por lo general, 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? La base epistémica de este tipo de discurso no trasciende, por lo general, del propio discurso jurídico —no es posible señalar la situación en prisión del reo para ponderar el grado de afectación del principio de libertad, volviendo al anterior ejemplo— sino que se agota en el mismo con sus notables limitaciones. Luego, difícilmente cabría hablar aquí de “cierto”; a lo sumo, “plausible”, cuando no: “no evidentemente falso”.

En un segundo momento, el mayor peso de los argumentos consecuencialistas —o inferidos del análisis de las consecuencias— contrarios a este primer modelo de solución, frente a los que explicita *Cerezo Mir* a favor del mismo, empuja a una valoración como ineficiente —insisto, en tanto que prevalecen los costes de su aplicación<sup>62</sup>. 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 coherencia y consistencia citadas que subyacen a esta otra forma de argumento (argumentos jurídico-formales, 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 el principio de culpabilidad, pero superior a este último

---

62 Se trata, 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 ilustrativa VAN AAKEN, Anne: „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, cit. n. 4, pp. 19 y ss., 70 y ss., 181 y ss., 266 y ss., 296 y ss, 325 y ss., 337 y s.; por lo demás, en relación con las insuficiencias de la teoría de sistemas, cfr. 54 y s. Igualmente MACCORMICK, Neil: Legal reasoning and legal theory, cit. n. 2, p. 115: “consequentialist argument is indeed concerned to establish that a preferred ruling is the best all things considered; but that conclusion as to the ‘best’ is not determined by reference to a single scale of evaluation (e.g. the pleasure-pain scale as in the hedonistic utilitarianism of a Bentham); it is a final judgment passed in summation of the cumulating or competing results of evaluation by reference to a number of criteria of value”.

tipo de razones (por ejemplo, 1,5)<sup>63</sup>, ya es posible expresarlo de la siguiente forma:

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, refleja por su parte la citada ineficiencia. 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.

Frente a ello, la solución propuesta por nuestra jurisprudencia, la compensación de las diversas contribuciones, ofrece mayores márgenes de rendimiento. Estos no se infieren de su deficiente argumentación —descriptiva y contradictoria: “cuando la conducción del entonces principal causante del evento es de tal entidad por la naturaleza del deber objetivo de cuidado dejado de observar, que deba reputarse como causa directa, material, eficiente y exclusiva, siendo irrelevante completamente los hechos generados por los demás conductores”<sup>64</sup>— sino del análisis de su aplicación y consecuencias. En este sentido, cuando se procede a “examinar [cada una de las conductas] para determinar el grado de influencia de cada una en el resultado, pudiendo la culpa de la víctima interferir en el resultado común, lo que a su vez puede originar que la culpa del agente se degrade, se modere el «quantum» indemnizatorio y excepcionalmente se minimice la culpa del agente hasta quedar exonerado de toda responsabilidad”<sup>65</sup>, se da cuenta de las razones esgrimidas en contra de la postura

---

63 Sobre la evaluación de estas formas de argumento, v. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Una teoría de la argumentación jurídico-penal, cit. n. 56, pp. 175 y ss.

64 Mezclando, por tanto, el deber de cuidado con la relación de causalidad, entre otros aspectos, cfr. SAP Madrid 250/2008, de 25 septiembre, fundamento jurídico segundo.

65 SAP Almería 341/1998, de 3 junio, fundamento jurídico tercero.

anterior: se adecua la responsabilidad al grado de intervención e injusto imputable a la víctima —tratándose, por tanto, de razones de proporcionalidad— y con ello también, en un siguiente peldaño, a la medida de la culpabilidad. Ciertamente, se advierten significativas carencias técnico jurídicas, en particular: se echa en falta un mayor desarrollo de los criterios de compensación<sup>66</sup>. Si bien, en sentido contrario, cabe apuntar —parece— la asunción del pensamiento jurisprudencial mayoritario<sup>67</sup> y las correspondientes razones de estabilización, técnica o control que subyacen a estas formas de argumento<sup>68</sup>. De este modo, una representación numérica se aproximaría a los siguientes términos:

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

Las razones de culpabilidad y proporcionalidad computarían ahora de forma positiva = + 4,5. Asimismo, la asunción del discurso mayoritario permite computar —como argumentos técnico-jurídicos— también aquí las citadas razones técnicas, de coherencia y consistencia que subyacen a esta forma de argumento = + 1. Mientras que como costes cabe señalar el déficit técnico jurídico de esta solución, en particular, la necesidad de un mayor desarrollo de los criterios de compensación. Ello relativiza el valor del discurso dogmático, por ejemplo, en - 0,5. La prevalencia de los márgenes de rendimiento: + 5,5 - 0,5 = + 5, refleja que nos movemos ya en la eficiencia<sup>69</sup>. También aquí la relatividad

66 Críticamente, con carácter general, CEREZO MIR, José: Curso de Derecho Penal español. Parte General II, cit. n. 6, p. 185 n. 103: “no es posible medir..., la eficacia causal de las diversas condiciones y, aunque ello fuera posible, no sería decisivo para determinar la medida de lo injusto”.

67 Con carácter general ALEXY, Robert: Teoría de la argumentación jurídica, cit. n. 28, p. 261: “(J.14) quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación”.

68 ALEXY, Robert: Teoría de la argumentación jurídica, cit. n. 28, pp. 255 y ss.

69 Y en este sentido cabe asumir, “daß es in juristischen Diskursen immer möglich sein kann, mehrere relativ richtige Antworten auf eine praktische

y moderación de los valores en relación con el grado de satisfacción/intervención en tales principios así como con respecto a la calidad de las premisas empíricas permiten su compensación —nuevamente, mediante su no computación.

Finalmente, la interpretación estricta del principio de culpabilidad, da ante todo cuenta de este principio, en tanto que condiciona la punibilidad de estas conductas a que —también— el desvalor de resultado constituya íntegramente injusto imputable —normativa o— subjetivamente al autor<sup>70</sup>. Frente a la anterior postura, se descuida aquí en mayor medida el principio de proporcionalidad, en tanto que no se gradúa la responsabilidad en todo caso, en función de la peligrosidad y grado de realización de la conducta del autor, sino que simplemente se excluye ésta “cuando no cabe una valoración e imputación global del resultado de lesión” al actor, “ni tampoco es posible individualizar en concretos resultados de lesión parciales [por ejemplo, de lesiones] los riesgos unilateralmente creados por cada uno de los

---

Frage zu geben. Wenn es immer möglich ist, daß mehrere relativ richtige Antworten auf eine praktische juristische Frage gegeben werden können, ist es unmöglich, auf eine praktische juristische Frage eine einzig richtige Antwort zu geben. Diese Unmöglichkeit ergibt sich zwingend aus der nicht-idealen Natur tatsächlicher Diskurse, die es nur erlaubt, relative Richtigkeiten zu erkennen”, BÄCKER, Carsten: “Die diskurstheoretische Notwendigkeit der Flexibilität im Recht”, cit. n. 36, pp. 96 y ss., 109; ahora bien, la relatividad en relación con la corrección no excluye la ponderación y evaluación dentro de lo discursivamente posible —o correcto, siendo aquí donde se echa de menos posteriores desarrollos en la obra de este autor. En este último sentido, igualmente ilustrativa VAN AAKEN, Anne: „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, cit. n. 4, pp. 73 y ss., 181 y ss.; p. 150: “juristische Entscheidungen [sind] nicht vollständig determiniert... und daher [entstehen] Wertungsspielräume bei der Rechtsanwendung..., die durch eine Folgenorientierung ausgefüllt werden können”. En un sentido distinto, entendiéndolo “das Modell der einzig richtigen Entscheidung” como una idea regulativa irrenunciable, NEUMANN, Ulfrid: “Theorie der juristischen Argumentation”, cit. n. 24, p. 342: “Aus der internen Perspektive des Richters kann es nur eine richtige Entscheidung geben”.

70 Cfr. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Intervención delictiva e imprudencia, cit. n. 5, pp. 335 y s.

sujetos”<sup>71</sup>. Ello, desde una perspectiva consecuencialista, produce una serie de costes: dificulta o impide el castigo de los supuestos mencionados —autoría accesoria, contribución imprudente de la víctima— con los correspondientes costes de prevención general. En cuanto al *peso abstracto* de estas últimas razones —razones de prevención, se trata fundamentalmente de la vida e integridad física —como bienes jurídicos tutelados y en relación con los cuales cobra sentido y peso la idea de prevención. Ahora bien, de la vida e integridad física desde la perspectiva preventivo-general de las necesidades de autoprotección de la sociedad, lo que determina un peso interior al adscrito al principio de culpabilidad<sup>72</sup>. En tal ponderación debe considerarse el déficit relativo al grado de *intervención/satisfacción* de las razones preventivo-generales y la correlativa incertidumbre en relación con su *base empírica*: ¿mediante el castigo de estas conductas se satisfacen efectivamente, necesidades preventivo-generales en relación con los citados bienes?, y si es así, ¿en qué medida?<sup>73</sup> En cuanto a otras posibles razones problemáticas, consecuencia de las lagunas de punibilidad que favorece esta solución, no revelan aquí una significación ulterior a tales costes preventivos: no se trata de resolver problemas porque sí, sino de la tutela de los citados

---

71 SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: Intervención delictiva e imprudencia, cit. n. 5, p. 319, y en relación con los supuestos de contribución imprudente de la víctima, cfr. p. 333.

72 En correspondencia con la subordinación en nuestro marco jurídico, con carácter general, de los intereses colectivos a los individuales y en definitiva el establecimiento de la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, como fundamento del orden político y de la paz social; en este sentido, igualmente ALEXY, Robert: *Theorie der Grundrechte*, 5ª ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2006, p. 319: “das Grundgesetz [hat] von seiner *Textfassung* und seiner *Entstehungsgeschichte* her primär den Charakter einer an Abwehrrechten orientierten bürgerlich-rechtsstaatlichen Verfassung”.

73 Al respecto, ilustrativo BOCK, Michael: “Prävention und Empirie – Über das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen”, *JuS*, 1994, p. 99, señalando que en el marco de la prevención general “gar nichts anderes übrig [bleibt], als im Vakuum des ‘empirischen’ Nichtwissens mit ‘Erfahrung’ und ‘common sense’ zu operieren”.

bienes —en ello se agota, aquí, todo significado pragmático. Lo cual puede representarse así:

interpretación estricta del principio de culpabilidad

márgenes de rendimiento

+ 3,0

costes

- 1,5;

seguimos atribuyendo un valor alto al principio de culpabilidad (por ejemplo, 3), mientras que en relación con tales razones, las relativas a la prevención general con respecto a bienes jurídicos como los mencionados no alcanzarían más allá de un valor medio. El signo negativo refleja, una vez más, que se trata de costes —en este caso, de prevención general con respecto a los citados bienes jurídicos. La prevalencia de los márgenes permite hablar de una solución eficiente = + 1,5; pero en menor medida que la solución jurisprudencial en tanto que descuida razones de proporcionalidad.

#### **IV. Márgenes de objetividad y arbitrariedad en las evaluaciones**

La evaluación de estas tres soluciones muestra, ciertamente, contenidos de arbitrariedad. En particular, mediante su expresión numérica. Así, a las razones relativas al principio de culpabilidad se les ha asignado un valor 3, pero bien pudo ser un múltiplo del mismo —6 o 9— o cualquier otro dígito —por ejemplo, 5. En cualquier caso, no se trata más que de una ilustración metafórica del discurso subyacente<sup>74</sup>. También en la determinación de los distintos valores y su correlación se evidencian tales componentes: grave-medio, leve-leve, grave-leve, etcétera; o en la concreción de los márgenes de eficiencia: + 1,5; + 5, - 3,5. En relación con la primera cuestión, apunta ALEXY que con frecuencia, ya la clasificación de los diferentes principios en colisión como medio, leve o grave genera problemas, y “a veces sólo se puede diferenciar entre leve y grave, y en algunos casos incluso esto parece ser imposible”<sup>75</sup>. Pero aquí se trata ya de la naturaleza

74 Cfr. ALEXY, Robert: “Die Gewichtsformel”, cit. n. 53, pp. 782 y s.

75 Cfr. ALEXY, Robert: “Die Gewichtsformel”, cit. n. 53, p. 783.

de la materia jurídica, que impide mayores márgenes de precisión en su comprensión. En cualquier caso, debe subrayarse que la arbitrariedad se manifiesta particularmente en la concreción del grado de prevalencia de las razones relativas al principio de culpabilidad, por poner un ejemplo, frente a las relativas a la prevención general: ¿por qué grave (3) *versus* medio (1,5) y no grave (3) *versus* leve (1) o leve-leve (1/3)? Pero en ello se trata, simplemente, de expresar lo materialmente justificado en otros términos: el peso del principio de culpabilidad se deriva del de dignidad de la persona humana, el cual “si no se quiere entender en forma puramente retórica plantea como exigencia fundamental la de tratar a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias”<sup>76</sup>, y constituye “el valor supremo en la escala valorativa de la Constitución”<sup>77</sup>. En consecuencia, las razones relativas al mismo prevalecen —al menos en un primer momento, esto es, en su *peso abstracto*— frente a las razones relativas a la estructura típica del delito imprudente de resultado o a las razones de prevención general, por poner otros dos ejemplos<sup>78</sup>. Ciertamente, los márgenes de arbitrariedad aumentan a medida que crece el grado de complejidad del concreto problema jurídico: supuestos de equivalencia entre los márgenes y costes de rendimiento, por poner un ejemplo<sup>79</sup>. Pero tampoco en este punto, las razones consecuencialistas —o deducibles en particular, en el análisis de las consecuencias— se diferencian de las explicitadas previamente a favor de su realización<sup>80</sup>.

---

76 ATIENZA, Manuel: *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993, pp. 234 y s.

77 STC 181/2004, de 2 noviembre, fundamento jurídico décimo tercero; BVerfGE 27/1, p. 6: “In der Wertordnung des Grundgesetzes ist die Menschenwürde der oberste Wert”. En particular, en relación con el principio de culpabilidad, igualmente v. STC 150/1991, de 4 julio, fundamento jurídico cuarto.

78 Con matices BÄCKER, Carsten: “Die diskurstheoretische Notwendigkeit der Flexibilität im Recht”, cit. n. 36, pp. 107 y ss. No obstante, también VAN AAKEN, Anne: „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, cit. n. 4, pp. 325 y ss.

79 No obstante, sobre la evaluación de las consecuencias jurídicas, asimismo v. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, cit. n. 56, pp. 218 y ss.

80 Así, en relación con el principio de culpabilidad, cfr. II.B y C.