

La “concepción significativa de la acción” de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito*

Carlos Martínez-Buján Pérez

I.-INTRODUCCION

Como es sabido, ha sido característica de la llamada ciencia penal haber elaborado los fundamentos y las categorías del sistema penal a partir de las premisas proporcionadas por las diferentes construcciones filosóficas predominantes a lo largo de las diversas fases del desarrollo histórico del Derecho penal. Así, *la concepción clásica del delito* estaba fundamentada en el pensamiento jurídico del positivismo científico; *la concepción neoclásica del delito* se cimentaba en la teoría del conocimiento del neokantismo (de STAMMLER, RICKERT y LASK); el sistema *finalista* del delito se apoyó en las contribuciones filosóficas de WELZEL, quien a su vez se había inspirado fundamentalmente en la ontología crítica de N. HARTMANN; en fin, los modernos sistemas de orientación funcionalista hallan su fundamento en el funcionalismo estructural de PARSONS (que da lugar en el ámbito del Derecho penal al llamado funcionalismo teleológico, valorativo o “moderado”) o en el funcionalismo sistémico de LUHMANN (que en el terreno penal origina el funcionalismo estratégico, normativista o “radical”)¹.

Pues bien, en un momento en el que se puede afirmar que las modernas sistemáticas penales de orientación funcionalista se hallan todavía en fase de asentamiento y de desarrollo (aunque quepa asegurar que se han ido convirtiendo en mayoritarias -sobre todo las de orientación teleológica- en el panorama actual) ha aparecido en fecha reciente en la doctrina penal española una investigación básica sobre los fundamentos del sistema penal, efectuada por VIVES ANTON², que posee la característica de apartarse de las construcciones filosóficas que han inspirado los sistemas antecitados y proponer una nueva sistemática penal que se articula sobre una base filosófica diferente, de acuerdo con una de las principales corrientes (tal vez la de mayor relevancia en la actualidad) de pensamiento del siglo XX.

* Este trabajo fue elaborado como contribución al Libro-Homenaje dedicado al Profesor Marino Barbero Santos y objeto de la Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidade da Coruña el día de la festividad de S. Raimundo de Peñafort.

1 Sobre la correspondencia de los diferentes sistemas penales con las respectivas construcciones filosóficas, vid. por todos en la doctrina alemana SCHÜNEMANN, **Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal**, en **El sistema moderno del Derecho penal**, 1991 (trad. J. Silva), pp. 43 ss.; en la española SILVA SANCHEZ, **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**, 1992, pp. 48 ss.

2 VIVES ANTON, T., **Fundamentos del sistema penal**, Valencia 1996, con un **Estudio preliminar** a cargo de M. JIMENEZ REDONDO, pp. 33 a 98.

Evidentemente, la obra de VIVES es de una envergadura tal que exigirá un profundo y pormenorizado análisis de los fundamentos en que se apoya, así como de las diversas consecuencias sistemáticas que pueden extraerse en el ámbito del Derecho penal, puesto que la aparición de una concepción totalmente nueva del delito, basada en un nuevo sistema filosófico como en este caso, es algo que sólo ocurre en muy contadas veces a lo largo de un siglo. En mi opinión, cabe avanzar ya que el edificio conceptual que propone VIVES es *prima facie* convincente: se trata de un sistema que, de un lado, resulta plenamente congruente y que, de otro lado, llega a resultados satisfactorios a la hora de elaborar las categorías e instituciones básicas del Derecho penal. De ahí que sin duda estemos asistiendo al nacimiento del primer sistema penal del siglo XXI y que además esté destinado a recibir en el futuro una amplia acogida en la doctrina científica y en la praxis de nuestros tribunales.

En este contexto mi propósito en las páginas que siguen es obviamente modesto, dado que no pretendo ir más allá de la misión de contribuir a iniciar el necesario debate sobre esta nueva concepción del delito, poniendo en relación las categorías bosquejadas por VIVES con el acervo existente en nuestra tradición dogmática y en particular con las tesis de la dominantes construcciones teleológico-funcionales. Por consiguiente, aquí no pretendo en modo alguno efectuar una valoración desde el prisma de la filosofía, sino tan sólo exponer las consecuencias que, a partir de la perspectiva filosófica adoptada por él, se derivan para la construcción del sistema del delito con indicación de las categorías que pueden individualizarse. Y, en este sentido, hay que poner de relieve que en la parte final de su obra VIVES recoge de forma sintética un esquema de las categorías esenciales del nuevo sistema del delito, sin perjuicio de que, a lo largo de las páginas precedentes, en diferentes lugares de la obra puedan hallarse asimismo ulteriores reflexiones sobre dichas categorías, así como sobre determinadas instituciones fundamentales de la teoría del delito.

Así las cosas, en el presente trabajo mi objetivo se dirigirá, ante todo, a agrupar³ las ideas que, a causa de su propio método expositivo, VIVES ha ido desvelando en diversos pasajes de su obra y que pueden servir para completar el breve cuadro categorial con el que finaliza el libro. Eso sí, lo que haré en su caso será limitarme a añadir algunas conclusiones que, si bien no han sido expresamente señaladas por VIVES, pueden -en mi opinión- ser deducidas implícitamente a partir de las premisas asumidas por él⁴.

Finalmente, me interesa subrayar que la estrecha vinculación de las categorías del sistema del delito a los postulados filosóficos de que parte no ha sido un obstáculo para que VIVES haya reconducido tales categorías (y en su caso subcategorías) a los conceptos usuales manejados en la dogmática penal. Con respecto a ello, señala explícitamente que su objetivo es simplemente ofrecer una nueva perspectiva que permita **clarificar** los conceptos básicos del sistema penal, que la dogmática ha ido elaborando minuciosa y brillantemente a lo largo de dos siglos; no se trata, pues, en modo alguno de una tarea de demolición del edificio construido, sino de proponer un nuevo modo de determinar el **significado** (o el sentido) de los conceptos, que en todo caso lo que lleva aparejado es el propósito de superar (o “disolver”) algunas antinomias o aporías provenientes de los procedimientos empleados hasta ahora por la dogmática⁵. En definitiva, no se trata en el fondo sino de una nueva manera de analizar y ordenar los problemas planteados en la teoría jurídica del delito.

3 Me interesa resaltar que, por supuesto, no hay desorden expositivo alguno en la investigación de VIVES, dado que confesadamente (vid. su Prólogo, pp. 27 s.) este autor se ha centrado en el estudio de los **fundamentos filosóficos** del sistema penal, a cuyo efecto ha recurrido al método expositivo que sin duda era el único posible.

4 Conviene tener en cuenta que conscientemente VIVES ha dejado para trabajos futuros el análisis de la dimensión técnica de algunos de los temas que examina en la presente obra (vid. **Fundamentos**, p. 29).

5 VIVES, **Fundamentos**, p. 29.

De lo que antecede se desprende que el segundo objetivo de mi trabajo se vea facilitado, un objetivo que, a medida que se vayan exponiendo ordenadamente las categorías del sistema propuesto por VIVES, se centrará -como anticipé más arriba- en tratar de confrontar los resultados obtenidos con las conclusiones a las que llegan las versiones más acabadas (y a mi juicio más aceptables) de la concepción teleológico-funcional y, en especial, la moderna concepción “abierta” de orientación teleológica⁶, que poco a poco se va imponiendo en la más reciente doctrina penalista española e incluso comienza a tener ya una significativa repercusión en nuestra jurisprudencia.

II.- LOS FUNDAMENTOS FILOSOFICO-JURIDICOS

2.1. El punto de partida

Aunque -como indiqué en el apartado anterior- no es mi intención adentrarme en los pormenores de la perspectiva filosófica, y menos aún efectuar una valoración de la misma, lo cierto es que la cabal comprensión del sistema de VIVES requiere una somera referencia al sistema filosófico en el que se inserta, así como una breve explicación de los conceptos básicos de los que parte. Téngase en cuenta, pues, que el apretado resumen que a continuación realizo no tiene más función que la propedéutica de exponer del modo más sintético posible las muchas páginas que VIVES ha escrito al respecto, con el fin estar en condiciones de comprender las razones que le han conducido a adoptar la nueva sistemática penal que propone.

En la obra se parte del “giro pragmático” efectuado en la filosofía a partir de la construcción de WITTGENSTEIN, desarrollada en torno a la acción y a la racionalidad práctica. Asumiendo la auténtica “revolución filosófica” de este autor⁷, VIVES acoge efectivamente las ideas básicas del pensamiento wittgensteiniano y orienta la reflexión filosófica hacia la acción y el lenguaje, en lugar de hacerlo hacia el sujeto. Ahora bien, si en los conceptos básicos (la doctrina de la acción y la teoría de la norma) se apoya en la contribución de WITTGENSTEIN, en la metodología empleada para su exposición sigue confesadamente a HABERMAS⁸, quien -como es conocido- encuentra, a su vez, en el pensamiento de aquél una de las bases de su aportación.

Pues bien, conviene insistir en que con semejante arsenal conceptual lo que pretende VIVES es ofrecer una nueva perspectiva de clarificación de los conceptos (o sea, de determinación del significado), lo cual comportaba efectuar constantes referencias a

6 Paradigma de esta concepción es en nuestra doctrina la construcción de SILVA (Ob. cit.).

7 La calificación (que se debe a D. PEARS) no parece exagerada, como se desprende -entre otras razones- del hecho de que algunos de los más conspicuos exponentes del empirismo (DAVIDSON) y del funcionalismo (PUTNAM) se hayan aproximado al paradigma de WITTGENSTEIN, asumiendo en gran medida sus ideas centrales (vid. VIVES, **Fundamentos**, p. 26).

8 En su exposición VIVES presenta las ideas según la trama histórica en que se proclaman y evolucionan (**Fundamentos**, pp. 27 s.). Por otra parte, cabe apuntar que la metodología de HABERMAS se inspira en HEGEL y, sobre todo y en particular, en lo que aquí interesa, en la rotunda afirmación del primado hegeliano de la teoría de la acción, en contraposición a la metodología adoptada en la actualidad por la teoría funcionalista de los sistemas: la aplicación al ámbito del Derecho del postulado de la primacía de la teoría de la acción sobre la teoría de los sistemas conducirá a entender que en última instancia las cuestiones que se plantean en el terreno del Derecho deben ser decididas en términos de acción (vid. JIMENEZ REDONDO, **Estudio preliminar**, pp. 49 s.). Por lo demás, como ha recordado MIR PUIG (RDPCr, 1998, n° 2, pp. 445 s.), conviene no olvidar que las obras de HABERMAS (en cuanto que máximo teórico crítico de la sociedad) y LUHMANN han venido polemizando en Alemania desde comienzos de la década de los setenta y que inicialmente la visión acrítica de la sociedad del segundo gozó de mucho mayor predicamento entre los penalistas, sobre todo a raíz de la contribución de JAKÖBS.

la gramática “profunda” o “filosófica”⁹. Y, a tal efecto, comienza señalando que los conceptos más básicos para la construcción del sistema penal son dos: el de acción y el de norma; sin embargo, a ello ha de añadirse necesariamente el decisivo papel que en su construcción juega la “libertad de acción”, como punto de unión entre la doctrina de la acción y la de la norma¹⁰. A la vista de todo ello, no puede pasarse por alto que la construcción sistemática que propone en el terreno del Derecho penal esté inspirada inequívocamente en los principios del Derecho penal liberal, lo cual constituye una preocupación que le ha acompañado a través de toda su trayectoria investigadora.

2.2. La doctrina de la acción

Tras un minucioso estudio de la dogmática jurídico-penal de la acción (que va desde el concepto naturalístico hasta las más recientes concepciones doctrinales) y la correspondiente denuncia de las contradicciones en que se debate la doctrina en torno a este extremo, propone VIVES “restablecer el sentido de la pregunta por la acción”¹¹.

De ahí que, después de llevar a cabo un exhaustivo repaso de la filosofía de la acción (que discurre críticamente desde la concepción “cartesiana” de la mente hasta el funcionalismo sociológico y psicológico), se centre en el examen de la teoría de la acción comunicativa, a la luz del giro lingüístico operado en la filosofía a raíz de WITTGENSTEIN, con especial referencia a las contribuciones de WINCH y HABERMAS¹². A la postre, las conclusiones obtenidas de semejante repaso no pueden ser más sugerentes. De un lado, afirma VIVES que, por de pronto, debe ponerse en tela de juicio la concepción cartesiana de la mente como sustancia, que en el ámbito del Derecho penal conducía a una doctrina según la cual la acción venía siendo concebida como un hecho compuesto, esto es como la reunión de un hecho físico (el movimiento corporal) y otro mental (la volición); de este modo, resultaba factible establecer una diferencia ontológica entre las acciones y los demás hechos, basada en la aportación de la mente. De otro lado, pone de relieve el cambio de paradigma que modernamente se ha ido operando ya en el marco de la filosofía de la acción, de tal manera que la concepción ontológica de la acción, como algo que hay en el mundo, ha pasado a entenderse de una forma diferente: no como algo que los hombres hacen, sino como el **significado** de lo que hacen; no como un sustrato, sino como un sentido. En atención a todo ello, concluye VIVES que la determinación de si se está ante una acción -así como la del tipo de acción ante el que se está- ya no se efectúa con parámetros psicofísicos, mediante el recurso a la experiencia externa e interna, sino que tiene lugar en términos de reglas, o sea, en términos normativos. Es, en definitiva, el nuevo *concepto significativo de acción*¹³.

9 En palabras del propio VIVES (**Fundamentos**, p. 29) se trata de la gramática que indaga las condiciones universales que rigen la producción de significados, a diferencia de la gramática superficial, que se refiere a las reglas de un lenguaje dado y que determina sólo cómo hablamos nuestros lenguajes.

10 Vid. expresamente VIVES, **Fundamentos**, p. 334.

11 Vid. VIVES, **Fundamentos**, pp. 103 a 140, en donde llega a la conclusión de que el problema reside en que tal vez la doctrina ha ido buscando en la acción lo que ésta no podía darle, esto es, un sustrato unitario o un fundamento unitario de la responsabilidad. Y es que, en efecto, su análisis le lleva a entender que no es posible formular un concepto de acción bajo el que subsumir las acciones positivas y las omisiones, las acciones dolosas y las imprudentes; con todo, no se le oculta que lo cierto es que nos referimos constantemente a todas ellas como acciones (pp. 140 y 143).

12 Vid. VIVES, **Fundamentos**, pp. 143 a 197.

13 Cfr. VIVES, **Fundamentos**, p. 197, quien acaba afirmando entonces que será el “**seguimiento de reglas** (y no un inaprehensible acontecimiento mental) lo que permite hablar de **acciones**, al dar lugar a lo que las constituye como tales (el **significado**) y las **diferencia** de los simples hechos”. Por lo demás, con respecto a las corrientes de pensamiento funcionalistas observa que, aunque parten también del “sentido”, siguen definiendo la acción en términos de **sustrato**, y continúan por tanto concibiéndola como **sustancia** (como el movimiento o la ausencia de movimiento corporal en que descansa el sentido): en última instancia, pues, el problema de la acción se reduce en esta tesitura al de la imputación, puesto que se trata simplemente de definir un sustrato conceptual al que puedan imputarse las diversas modalidades de sentido (p. 204).

Partiendo de tales premisas y, en concreto, partiendo de esta nueva concepción significativa de la acción, examinará VIVES las categorías básicas del sistema penal. Ello comporta -como el propio autor reconoce- realizar un auténtico giro copernicano en la teoría de la acción, dado que la acción ya no será un hecho específico ni podrá ser definida como sustrato de la imputación jurídico-penal; antes al contrario, las acciones serán interpretaciones que, según los distintos tipos de reglas sociales, podrán darse al comportamiento humano. Empleando literalmente sus palabras, la acción pasará a ser definida no “como sustrato conductual susceptible de recibir un sentido, sino como sentido que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse a determinados comportamientos humanos”. En síntesis, ya no será el **sustrato de un sentido**, sino a la inversa el **sentido de un sustrato**¹⁴.

Pues bien, con arreglo a esta definición se puede trazar la diferencia entre “acciones” y “hechos”, entre lo que hacemos y lo que, simplemente, nos sucede: los hechos acaecen, las acciones tienen sentido (significan); los hechos pueden ser descritos, las acciones han de ser entendidas; los hechos se explican mediante leyes físicas, químicas, biológicas, etc., las acciones se interpretan mediante reglas gramaticales¹⁵. De ello se sigue, ante todo, que el problema del supraconcepto de acción se hallaba mal planteado y que era, pues, un pseudoproblema, toda vez que se ha pretendido identificar la diferencia entre acciones y hechos en alguna entidad o proceso real (físico o psíquico) que la justificase, buscando un sustrato de la imputación de sentido, con lo cual lo que ha sucedido es que se han venido confundiendo dos cuestiones: por una parte, la de la capacidad de acción; por otra parte, la de la acción misma. En lo que atañe a la primera de tales cuestiones ciertamente puede identificarse un sustrato (que existe incluso ya en el ámbito biológico), en la medida en que la acción humana posee una dimensión significativa de la que carecen las conductas animales; pero en lo que concierne a la segunda sería absurdo intentar buscar sustrato diferencial alguno con los demás hechos del mundo, porque el significado no **existe**, o sea, no es ninguna clase de objeto del mundo que percibimos, sino que se limita a significar¹⁶.

Una vez resuelto el pseudoproblema del supraconcepto de acción, aparecerán entonces los auténticos problemas de la imputación (de los que me ocuparé posteriormente), a saber -como pormenoriza el propio VIVES- ¿por qué podemos hablar de “acciones”, agrupando bajo ese término único significados diferentes que nada tienen en común?, ¿qué es y cómo se produce el significado?, ¿qué es una intención y cuándo atribuimos intenciones?, ¿qué papel cabe atribuir a la causalidad en la doctrina de la acción?, ¿hemos de **presuponer** la libertad de acción o por el contrario podemos hacer abstracción de este principio?¹⁷.

2.3. La teoría de la norma

Tras hacerse eco de la polémica habida en torno a la concepción imperativa de la norma que caracteriza al primer positivismo jurídico, VIVES llega a la conclusión de que las normas jurídicas poseen una doble esencia: son decisiones del poder y son también determinaciones de la razón. Solamente atribuyéndoles ese doble carácter podemos entender la estructura de los sistemas del Derecho positivo moderno. Y es que, ciertamente, las normas jurídicas deben ser concebidas como directivas de conducta (mandatos), pero ello no implica que tengan que ser consideradas **sólo** meras decisiones de

14 VIVES, **Fundamentos**, p. 205.

15 VIVES, *ibíd.*, aclarando que alude a la idea wittgensteiniana de la “gramática profunda”.

16 Vid. VIVES, **Fundamentos**, pp. 206 ss.

17 Cfr. VIVES, **Fundamentos**, p. 206.

poder, ajenas a la racionalidad práctica; antes al contrario, la dimensión directiva inherente a las normas va acompañada -en virtud de su misma gramática- de una pretensión de validez, que cabe enjuiciar en el marco de un proceso de argumentación racional¹⁸.

Ahora bien, esa pretensión de validez (o de legitimidad) no es una pretensión de verdad ni puede en última instancia reducirse a ella, puesto que el delito no es un objeto real y, por ende, la estructura del sistema no puede basarse en estructura objetiva alguna. La dogmática no es, pues, una ciencia sino sólo una forma de argumentar alrededor de unos tópicos (un conjunto ordenado de tópicos), que en nuestro caso vienen representados por una acción y por una norma jurídica y por el proceso en virtud del cual podemos enjuiciar aquélla desde ésta y desde los **valores** que la norma jurídica transmite. Así las cosas, posee notable interés señalar la conclusión a la que a renglón seguido llega VIVES con relación a la cuestión de los valores que la norma canaliza: tales valores pueden resumirse ciertamente en uno, que constituye el valor central de todo el Ordenamiento jurídico, a saber la justicia, pero evidentemente sobreentendiendo que la materialización de este valor central ha de satisfacer otros requerimientos, como son “seguridad jurídica, libertad, eficacia, utilidad, etc., que no son sino aspectos parciales de la idea central de justicia que el ordenamiento jurídico pretende instaurar”¹⁹.

A la vista de la concepción que VIVES sustenta de la norma penal me interesa examinar sucintamente dos cuestiones diferentes, desde el punto de vista de su correspondencia con las tesis funcionales. La primera de ellas es la relativa a lo que podemos denominar *fundamento y contenido* de la norma; la segunda cuestión es la que versa sobre la *función* de la norma.

En punto a la primera cuestión, hay que subrayar que la concepción de VIVES se aparta ya claramente de todas aquellas concepciones (funcionalistas, pero también de otras no funcionalistas) que otorgan un fundamento único a la norma penal, sobre la base de tomar exclusivamente en consideración la norma de determinación para la integración del injusto (o sea, para la integración de la norma primaria), prescindiendo de todo aspecto valorativo. Así ha sucedido con los partidarios de la concepción del “finalismo radical”, que han desembocado en la construcción de la doctrina del injusto personal²⁰, y así ha ocurrido también con aquel sector de la corriente teleológico-funcional

18 La doctrina de la norma es expuesta extensamente por VIVES en el capítulo 10º de la tercera parte de la obra (pp. 455 ss.). Como aclara al respecto JIMENEZ REDONDO, la pretensión de una norma jurídica de hallarse racionalmente fundada puede ser denominada “**pretensión de legitimidad**”, la cual, por tanto, es interna a la norma jurídica y al sistema jurídico y, en consecuencia, no puede darse por resuelta en virtud de un acto de autoridad sino que tiene que quedar entregada a la decisión reflexiva y deliberativa de los sujetos. Por lo demás, conviene tener en cuenta que dicha pretensión de legitimidad no convierte en rigor a las normas jurídicas en normas morales, toda vez que estamos ante dos tipos de normas esencialmente distintos; lo que sí puede afirmarse, empero, es que la pretensión de legitimidad dota a las normas jurídicas de una pretensión interna de *validez análoga* a la de las normas morales (**Estudio preliminar**, p. 71). En este sentido, hay que aclarar, pues, que la interpretación de WITTGENSTEIN orientada a HABERMAS lleva a VIVES a excluir cualquier conexión de tipo conceptual entre el Derecho y la Moral-virtud, desde el momento en que esa sedicente “moral-virtud” no es unívoca, dado que en la realidad existirán muchas morales-virtud, respecto de las cuales el Derecho ha de mantenerse neutral. Y, por ello mismo, queda excluida también postmetafísicamente toda apelación a un Derecho natural que quedase por encima de un Derecho positivo. En efecto, no hay una instancia externa al Derecho, puesto que la única conexión conceptualmente afirmable es la conexión entre el Derecho y la Moral-justicia (vid. JIMENEZ REDONDO, **Estudio preliminar**, p. 69), en el sentido que se refleja a continuación en el texto.

19 Cfr. VIVES, **Fundamentos**, p. 482, quien agrega paladinamente que todos esos valores que se cobijan en el más amplio concepto de justicia “entran en juego a la hora de proceder a la exigencia de responsabilidades jurídico-penales”. Y conviene precisar que con esta afirmación VIVES está indicando que todos los valores citados habrán de tomarse en consideración a la hora de elaborar las diversas categorías del sistema penal (o sea, a la hora de articular las diversas “pretensiones de validez de la norma penal”).

20 Paradigmática es la posición -frecuentemente citada en la doctrina- de ZIELINSKI (**Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff**, 1973, pp. 143 s.), para quien, consecuentemente, el prototipo del injusto debe ser situado en la tentativa inidónea.

que llega a similares conclusiones²¹. En cambio, la construcción de VIVES viene a coincidir en los resultados con una importante corriente de pensamiento que, en el seno de las concepciones funcional-teleológicas, estiman -a mi juicio acertadamente- que si bien la norma penal debe entenderse como una norma (objetiva, general) de determinación en el ámbito de la antijuridicidad, poseyendo un carácter imperativo, al propio tiempo debe entenderse asimismo como norma de valoración, desde el momento en que la norma de determinación, concebida como un imperativo, está basada en valoraciones y desvaloraciones, o sea, en aprobaciones y desaprobaciones²².

En lo que afecta a la segunda de las cuestiones apuntadas -la referente a la función de la norma penal- conviene resaltar una ulterior diferencia del pensamiento de VIVES con respecto a las construcciones que acogen el paradigma funcionalista²³. En efecto, estas últimas poseen como nota común el contemplar la función de la norma (y, en su virtud, los conceptos categoriales de la teoría del delito) a partir de la teoría de la pena, de tal suerte que la pena es precisamente el modo a través del cual la norma penal opera como medio de control social; de este modo, la elaboración de la teoría del delito aparece presidida por los fines de la pena y, en particular, por la idea de la prevención general. Con todo, sería muy simplificador no diferenciar aquí entre el funcionalismo que hemos denominado "radical" o estratégico²⁴ y el llamado funcionalismo "moderado" o teleológico²⁵; y especialmente no puede pasarse por alto en este contexto la posición de quienes en el marco de este último enfoque teleológico-funcional rechazan que los fines de la pena constituyan el exclusivo punto de partida para la justificación del Derecho penal. Vayamos por partes.

21 Así sucede paladinamente en la doctrina alemana con la concepción de FRISCH (vid. **Vorsatz und Risiko**, 1983, pássim, especialmente pp. 120 ss. y 352 ss., donde acaba llegando a conclusiones que rebasan incluso las posiciones del propio finalismo radical, situando el injusto en la tentativa imprudente inidónea) y en la doctrina española con la tesis de la denominada perspectiva objetiva *ex ante* para la construcción del injusto, defendida por MIR y SILVA. A esta última tesis me referiré posteriormente, al abordar la cuestión de la ubicación del desvalor de resultado en la teoría del delito (vid. *infra* apdo. 3.2.2.2.).

22 En efecto, se aduce al respecto que si bien es cierto que la fuerza del imperativo resulta esencial para la efectividad y el carácter vinculante de la norma penal, no lo es menos que dicho imperativo no es una pura arbitrariedad sino que obedece a previas reflexiones y valoraciones, que, por ende, constituyen su *prius* lógico. En este sentido, vid. por todos en la doctrina alemana las consideraciones de SCHÜNEMANN, Introducción, pp. 75 s., y en la española vid. QUINTERO/MORALES/PRATS, **Manual de Derecho penal**. P.G., 1999, pp. 51 ss., LUZON, **Derecho penal. P.G., I**, 1996, pp. 63 ss., quien aclara que es norma de valoración en un doble aspecto: primero, en cuanto que valora un determinado bien como digno de protección jurídica; segundo, en cuanto que consecuentemente desvalora la conducta que en determinadas circunstancias ataca tal bien jurídicamente protegido y por ello también el orden jurídico (en igual sentido DIAZ y G.CONLLEDO, RDPCr, n°2, 1998, p. 387).

23 Aunque el objeto primordial de análisis sea para VIVES el estudio de las modernas corrientes funcionalistas, también se ocupa brevemente de examinar críticamente la original y destacada concepción de la norma de GIMBERNAT, sustentada en una interpretación del psicoanálisis freudiando (vid. VIVES, **Fundamentos**, pp. 436 ss. n. 16).

24 La concepción más representativa de este paradigma puede personalizarse -según señalé anteriormente- en la obra de JAKOBS (vid. **Strafrecht. A.T.**, 2. Aufl., 1991 = **Derecho penal**. P.G., trad. Cuello/Serrano, 1997, pássim, especialmente L. 1/Nm. 4 ss.), quien entiende la infracción de la norma no ya como la desobediencia de un mandato, sino como un "rechazo" o "frustración" de la expectativas estabilizadas "contrafacticamente" por ella, a cuyo efecto sitúa la prevención general positiva como *fundamento* de la pena con el fin cumplir la misión central atribuida por él al Derecho penal, a saber, reafirmar los valores ético-sociales de la convivencia. Vid. la crítica de VIVES a este planteamiento (**Fundamentos**, pp. 450 ss.). Y, por lo demás, conviene recordar que la idea de fundamentar el Derecho penal en la prevención general positiva o estabilizadora (concepción fundamentadora de la prevención general positiva) ha sido mayoritariamente criticada en la doctrina desde diversas perspectivas metodológicas, incluso a partir de premisas funcionalistas (teleológicas). Vid. por todos PEREZ MANZANO, **Culpabilidad y prevención**, 1990, pp. 43 ss., 263 ss.; SILVA, **Aproximación**, pp. 237 s. y bibliografía cit. en estos lugares.

25 Esta corriente aparece delineada por la conocida construcción de ROXIN (Vid. **Strafrecht. A.T. I**, 2. Aufl., 1994, = **Derecho penal. P.G.**, trad. Luzón/Díaz/De Vicente, 1997).

Con relación al pensamiento de ROXIN (y al de quienes mantienen sus mismos presupuestos en la construcción del sistema) ha afirmado VIVES que su funcionalismo teleológico es tan “moderado” que, en realidad, no acaba de ser funcionalismo. Así, el autor alemán consigue, ciertamente, resultados jurídicamente aceptables, pero -objeta VIVES- paga por ello un alto coste: su sistema deviene “gramaticalmente” incongruente, particularmente en la concepción de la tipicidad, cuyo problema no es tanto la sobrecarga de funciones que el funcionalismo teleológico atribuye al tipo, cuanto la falta de coordinación gramatical entre ellas, o sea, la ausencia de criterios que eviten la confusión de unas con otras²⁶.

A mi juicio, la crítica al pensamiento de ROXIN, basada en la antecitada incongruencia gramatical, debe ser asumida. Sin embargo, esa crítica no puede hacerse extensiva en toda su dimensión a aquellas construcciones que en el seno de un sistema abierto de orientación teleológica no parten ya en rigor de los mismos presupuestos que ROXIN²⁷. Y esto es lo que sucede señaladamente con la tesis que podemos denominar de la “**relación dialéctica**”, formulada en nuestro país por SILVA, según la cual para la legitimación o justificación del Derecho penal no puede acudirse exclusivamente, como único punto de partida, a las teorías de la pena. Los fines de la pena no agotan los fines del Derecho penal, puesto que al lado del interés en eliminar la violencia social extrapenal existe, en un plano de igualdad, el interés en disminuir la propia violencia del sistema penal (sea por razones de utilidad, sea en atención a otras finalidades garantísticas asumidas)²⁸. En mi opinión, la versión que someramente se acaba de enunciar constituye la construcción más acabada en el marco de un enfoque teleológico-funcional, sin que quepa oponerle los reparos esenciales que se formulaban a la construcción de ROXIN. En efecto, la tesis de la relación dialéctica permite eludir razonablemente la “incongruencia gramatical” en la que desemboca el sistema de ROXIN, en la medida en que adopta dos criterios diferentes como fundamento del Derecho penal que operan en pie de igualdad, en situación de conflicto permanente, dando lugar a una síntesis que se proyecta sobre la elaboración de cada categoría del sistema penal. En efecto, no se trata ya de que para la conceptualización de una determinada categoría de la teoría del delito un criterio venga a superponerse o a sustituir a otro, sino que se está ofreciendo una auténtica “regla de transformación”, puesto que la caracterización de cada categoría será el resultado de la síntesis entre las dos lógicas o fundamentos dialécticamente enfrentados²⁹.

26 Y es que, en efecto, aunque, v. gr., ROXIN define el bien jurídico en términos funcionales, lo cierto es que al propio tiempo delimita el bien jurídico desde parámetros constitucionales entendidos valorativamente (vid. L. 2/Nm. 9 ss.); asimismo, a pesar de que en su concepción de la categoría de la “responsabilidad” la culpabilidad opera como simple límite de la responsabilidad, ROXIN ancla esta idea no sólo en la Constitución, sino en la propia idea de la “dignidad del hombre” (vid. L. 19/Nm. 34 ss.). Así las cosas, parece haber entonces una incongruencia gramatical en la construcción de ROXIN, puesto que no se comprende bien cómo es posible entender las normas constitucionales desde la dignidad del hombre -esto es, axiológicamente- y las penales desde los fines de la pena -o sea, empíricamente-. Como razona VIVES, si se admite la unidad del Derecho, entonces la forma lógica que adopten sus normas (la de mandatos o prohibiciones o la de autorizaciones) no podrá alterar el fundamento de su significado, que habrá de ser unitario (“o” la dignidad del hombre “o” los fines empíricos de la pena) a no ser que, si se proponen varios criterios, se ofrezca una regla de transformación (vid. VIVES, **Fundamentos**, pp. 448 s.).

27 Como reconoce expresamente el propio VIVES, **Fundamentos**, p. 447, aunque sin especificar, en concreto, de qué construcciones se trata.

28 Vid. SILVA, **Aproximación**, pássim, especialmente pp. 179 ss. De este modo, los tradicionalmente denominados límites al *ius puniendi* deberán ser considerados como auténticos fines del Derecho penal, que entrarán en conflicto con los fines de la pena. En suma, el conjunto del Derecho penal se hallaría sometido a una tensión dialéctica que provoca sucesivas “síntesis”, que reflejan el producto de la tensión entre una “tesis” (la lógica de la prevención) y una “antítesis” (la lógica de las garantías), o, dicho de otro modo, una tensión entre lo “punitivo” y lo “jurídico”, que estará siempre presente en la construcción de la idea de la teoría jurídica del delito (elaboración categorial y sistemática del Derecho penal).

29 Eso sí, a la construcción de SILVA podría tal vez seguir objetándosele el mantenimiento de una sobrecarga en las funciones que se atribuyen a la categoría del tipo de injusto (o, para utilizar su terminología, la categoría de la antijuridicidad penal), al incluir en la misma toda la teoría de la antijuridicidad, así

Finalmente, resulta claramente perceptible -en mi opinión- la proximidad que, desde esta última perspectiva de la fundamentación del Derecho penal, cabe detectar -salvadas las debidas distancias fruto de los diferentes enfoques metodológicos- entre las construcciones de VIVES y de SILVA, puesto que como queda dicho a la hora de elaborar las diversas categorías del sistema penal (esto es, a la hora de articular las diversas “pretensiones de validez de la norma penal”), VIVES señala que entre los valores que la norma canaliza, reconducibles en última instancia al amplio concepto de justicia, debe contarse necesariamente una pluralidad de fines similares a los enunciados por SILVA³⁰. Ahora bien, evidentemente ello no quiere decir que esa proximidad en la fundamentación del Derecho penal se proyecte asimismo sobre la elaboración de las diversas categorías del sistema penal.

2.4. La libertad de acción

Según indiqué más arriba, en la concepción de VIVES la libertad de acción constituye el punto de unión entre la doctrina de la acción y la de la norma. Ello posee una explicación tan sencilla como contundente, que aparece claramente proporcionada de forma resumida por este autor: el análisis de las normas como algo distinto de la investigación de las leyes de la naturaleza únicamente tiene sentido a partir de la presuposición de la libertad de acción, puesto que sólo si los movimientos corporales no se hallan enteramente regidos por leyes causales (es decir, sólo si hay un margen de indeterminación que permita hablar de las acciones como distintas de los hechos naturales) puede pretenderse, a su vez, *que las acciones se rijan por normas*. La libertad de acción se erige así en presupuesto necesario sobre el que habrá de girar la sistemática penal³¹.

Conviene resaltar que con semejante planteamiento, VIVES ofrece una nueva perspectiva para la resolución de uno de los problemas medulares de la imputación jurídico-penal, esto es, el problema de la libertad (el del poder actuar de otro modo), que tradicionalmente ha venido siendo estudiado en la esfera de la denominada “culpabilidad” y a menudo desde la inadecuada perspectiva (de progeñe escolástica) del “libre albedrío”, bajo la cual las opiniones se han venido dividiendo en torno a la demostrabilidad o indemostrabilidad del mismo. Frente a este último punto de vista, VIVES parte de la premisa de que la libertad no es fundamento de la culpabilidad, sino presupuesto de la acción misma, o sea, de la imagen del mundo desde la perspectiva de la acción. Y, en este sentido, es obvio que la libertad no puede afirmarse o negarse a partir de datos empíricos, habida cuenta de que de lo que en ella se trata es de ver el mundo de un modo u de otro. Así las cosas, conviene resaltar que, según este enfoque, la alternativa parece clara: o se concibe el mundo desde la libertad (entendida desde la acción, como capa-

como la problemática tradicional de la acción, las cuestiones relativas al llamado tipo objetivo y subjetivo y las causas de exclusión de la antijuridicidad (o del injusto penal) (Vid. SILVA, **Aproximación**, pp. 383 ss.). Ello no obstante, conviene advertir que en el sistema de SILVA esa sobrecarga queda aligerada desde un doble punto de vista: de un lado, merced a la decisión de distinguir dentro del juicio valorativo esencial de antijuridicidad diversas “subcategorías” o subniveles de diferenciación a los que asigna funciones diversas; de otro lado, merced a la (a mi juicio no compartible) adopción de la antecitada perspectiva *ex ante*, en virtud de la cual la lesividad para el bien jurídico pasa a situarse fuera de la categoría de la antijuridicidad, inspirada desde la óptica de la norma secundaria (**Ob. cit.**, pp. 379 y 417 s.)

30 En este sentido, conviene tener presente que, según indicaré *infra* (apdo. 3.6.) con más detenimiento, la concepción de los fines de la pena de SILVA viene a coincidir confesadamente de forma sustancial con la sostenida -aunque no en el libro que se examina en el presente trabajo, sino en otras publicaciones- por VIVES.

31 Vid. VIVES, **Fundamentos**, p. 334. Por lo demás, parece innecesario insistir en la enorme envergadura del cambio que propone este autor en la estructura conceptual del sistema penal, en el que la causalidad queda desplazada como categoría dominante (a diferencia de lo que ocurría en las sistemáticas neoclásicas e incluso en las finalistas), al ser sustituida por la idea de la “afirmación de la libertad como clave de bóveda” de dicha estructura conceptual.

cidad de autodeterminarse por razones) o no se puede concebir en absoluto. En síntesis, lo que quiere indicar VIVES es que el reconocimiento de la libertad de acción conduce ineluctablemente a entender que el comportamiento humano no puede concebirse enteramente gobernado por leyes causales, a diferencia de lo que ocurre con la caída de una piedra, y que esta afirmación no impide referirlo (sino todo lo contrario) a motivos, dado que, precisamente por no estar prefigurado causalmente, es posible asegurar que el comportamiento humano normal es motivable por normas y, por consiguiente, interpretable como acción³².

Por último, cabe resaltar que, precisamente en atención a lo que se acaba de indicar, la norma penal posee también en el pensamiento de VIVES una función motivadora, aunque el sentido último de esta misión no posea el mismo alcance que se le ha venido otorgando por algunos autores en nuestra doctrina a raíz de la contribución de GIMBERNAT³³. Por lo demás, entiendo que hay que reconocer que si se parte de la base de que la norma penal encierra en todo caso un imperativo (como hace VIVES), lógica consecuencia de ello será asignarle a la misma una misión de motivación, en la medida en que es innegable que a través de los imperativos penales se consigue una gran influencia en la motivación humana, orientada a disuadir a los destinatarios de la ejecución de conductas delictivas; desde esta perspectiva es incuestionable que la norma penal (con la amenaza de la sanción) influye sobre la *conducta externa* del destinatario³⁴. Ahora bien, ello no prejuzga -a mi juicio- la posición que se mantenga sobre la propia esencia de la motivación, es decir, ello no implica paralelamente tener que asumir la idea (defendida por algunos partidarios de la teoría de la motivación) de que la norma penal posee la misión de configurar la conciencia personal a través de su interiorización y de la formación del superyó³⁵.

32 Vid. VIVES, **Fundamentos**, pp. 313 s. Por lo demás, para una completa exposición de los “argumentos sobre la libertad” vid. pp. 315 ss., recurriendo a dos vías, una conceptual (kantiana) y otra lingüística (wittgensteiniana). A la postre, VIVES llega a la conclusión de que, si bien la libertad es ciertamente inde demostrable (en el sentido que ese término tiene en la ciencia), no es menos cierto que el hombre ejecuta acciones, esto es, que al hombre se le atribuyen sentimientos, deseos, intenciones y razones que rigen su conducta según unas reglas; por consiguiente, si conforme a estas reglas otorgamos significado a las acciones, la afirmación de la libertad comporta sólo la afirmación de que todo eso, que a diario vivimos como real, es también posible. En definitiva, la “afirmación de la libertad” no es una afirmación acerca de lo que hay, sino acerca de los fundamentos, y que, por ello mismo, los seres humanos han de ser concebidos como agentes y, por lo tanto, como libres en el mundo de la experiencia (en el mundo de cada día) y tienen, por así decirlo, **derecho** a hacerlo (pp. 331 ss.).

33 La idea de una finalidad de motivación de las normas penales fue perfeñada primigeniamente en nuestra doctrina por este autor, y es a partir de la contribución de este autor cuando comienza a hablarse de una “teoría de la motivación de la norma” (vid. GIMBERNAT, **Estudios de Derecho penal**, 3ª ed., 1990, pássim, especialmente, pp. 146 ss. y 174 ss.). Con posterioridad otros autores inscritos en la corriente teleológico-funcional (v. gr., MUÑOZ CONDE, LUZÓN, MIR, SILVA) han asumido aquella idea básica aunque con importantes matices diferenciales en cada caso. A su vez, otro sector doctrinal se ha venido oponiendo a la aludida teoría de la motivación (vid. por todos BAJO, EPCr I, 1977).

34 Sobre esta función motivadora, vinculada a un entendimiento imperativo de la norma vid. la atinada exposición de OCTAVIO DE TOLEDO (**Sobre el concepto**, pp. 126 ss.), quien aclara que se trata de una “motivación en contra de la realización del delito”, y no de una “motivación en contra del delito”.

35 Desde luego, es obvio que en la construcción de VIVES la norma penal no puede poseer la función de configurar la conciencia personal del destinatario. Asimismo, hay que subrayar que también en el seno de la corriente teleológico-funcional hay autores que, si bien parten de la base de que la norma despliega una función motivadora sobre la *conducta externa* del individuo, rechazan empero que la norma pueda cumplir la misión de forjar la conciencia ético-social del individuo desde la perspectiva de los fines legitimadores de la intervención del Derecho penal (vid. así MIR, ADP, 1986, pp. 56 s.; SILVA, **Aproximación**, pp. 356 ss.). Sobre esta cuestión vid. además ya las juiciosas observaciones de OCTAVIO DE TOLEDO (**Sobre el concepto**, pp. 134 y 274), diferenciando con claridad entre la perspectiva puramente empírica (desde la que puede admitirse que la norma cumpla generalmente -aunque no en todo caso, por cierto- una función de “internalización de valores”) y la perspectiva de los fines que legitiman al Derecho penal.

III.- LOS PRESUPUESTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA (las pretensiones de validez de la norma penal)

3.1. Consideraciones generales

Antes de entrar en el análisis de las diversas pretensiones de validez de la norma que constituyen los ejes sobre los que se construyen las categorías del sistema, conviene efectuar algunas aclaraciones con relación al papel que desempeña la propia noción de “sistema” en el ámbito de la concepción significativa de la acción de VIVES.

En diferentes pasajes de su obra insiste VIVES en la idea metodológica básica del “debilitamiento del sistema” frente a las restantes concepciones fundamentales del delito (neoclásica, finalista, funcionalista sistémica e incluso teleológico-funcional). Y semejante insistencia resulta lógica en la medida en que -como reiteradamente expone también el propio VIVES- en el seno de su concepción el sistema no es ya el reflejo de una estructura objetiva, sino sólo un modo de ordenar los tópicos acerca de los que versan las citadas pretensiones de validez. Sin embargo, entiendo que la idea del “debilitamiento” sistemático va referida fundamentalmente a la propia lógica de la argumentación y en su caso a la construcción de las diversas instituciones penales, mas no a la configuración de las categorías básicas o ejes del sistema puesto que, antes al contrario, justamente estos últimos (tipo de acción, antijuridicidad formal, culpabilidad y punibilidad) aparecerán férreamente prefijados por las diversas pretensiones de validez de la norma penal (pretensiones de relevancia, de ilicitud, de reproche y de necesidad de pena)³⁶.

Así las cosas, está claro que la concepción que propone difiere diametralmente de lo que conocemos por un sistema cerrado o sistema axiomático, pero tampoco podemos afirmar que VIVES inscriba su construcción en el pensamiento tópico, tal y como éste se concibe usualmente, o sea, como un razonamiento que opera completamente al margen del sistema. De ahí que, a mi juicio, también desde la perspectiva del razonamiento sistemático la concepción de VIVES guarde más proximidad con el denominado “sistema abierto” de orientación teleológica (y en especial con el antecitado sistema abierto de la relación dialéctica) que con cualquier otro³⁷.

Finalmente, debe llamarse la atención acerca del dato de que la construcción de VIVES conduce en principio a adoptar un sistema tripartito³⁸ -y no uno bipartito- para

36 De hecho el propio VIVES (*Fundamentos*, p. 483, n. 70) llega a afirmar que “puesto que las pretensiones de validez de la norma no pueden dejar de ser las que se han expresado, la configuración del sistema que se propugna es, en algún sentido, más fuerte de lo que usualmente se admite”.

37 Sobre los conceptos de sistema axiomático, pensamiento tópico sistema abierto, vid. p. ej., SCHÜNEMANN, *Introducción*, pp. 34 ss. Por lo demás, recuérdese lo dicho supra en el apdo. 2.3. al comentar la teoría de la norma.

38 En realidad el sistema es cuatripartito, pero hay que tener en cuenta que cuando en la doctrina se alude al número de partes del delito se está pensando solamente en el número de elementos esenciales (es decir, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) y que la polémica por antonomasia gira en este punto en torno a la consideración de la tipicidad como un elemento autónomo, o no, de la teoría del delito. De ahí pues que la doctrina se refiera habitualmente aquí a la alternativa representada por la dicotomía bipartición o tripartición, alternativa sobre la que -como es sabido- hay división de opiniones, incluso dentro de la propia corriente teleológico-funcional: para un sector doctrinal resulta preferible la bipartición, puesto que la antijuridicidad -concebida como “injusto penal específico”- y la culpabilidad representan los dos elementos valorativos esenciales para conformar la base del sistema teleológico del Derecho penal, caracterizado precisamente por que sus categorías cumplen la misión de encerrar los juicios de valor fundamentales sobre el hecho (vid. en la doctrina alemana por todos SCHÜNEMANN, *El sistema*, 71 s., acogiendo una posición que puede considerarse mayoritaria desde perspectivas teleológicas, con la significada y matizada posición de ROXIN; en la española, vid. SILVA, *Aproximación*, pp. 374 s., quien recuerda que la bipartición fue ya adoptada en nuestro país por MIR, en el marco de un sistema teleológico-funcional, y por COBO/VIVES, desde una óptica valorativa neoclásica); sin embargo, en el seno de un sistema teleológico también se cuentan partidarios

el estudio de la teoría del delito; sin embargo, obsérvese que la cuestión no se plantea en términos idénticos a los que se emplean usualmente en la polémica sobre el número de categorías fundamentales del sistema penal sino en otros diferentes, basados en la peculiaridad que supone ubicar la intencionalidad y la antijuridicidad formal en una pretensión de la norma distinta a la que corresponde al tipo de acción. Por eso no puede decirse que su concepción se halle más próxima estructuralmente a un sistema que a otro, toda vez que en cuanto a su estructura la concepción de VIVES se aparta tanto de las construcciones finalistas (modelo de sistema tripartito) como de las modernas corrientes teleológicas (modelo de sistema bipartito)³⁹.

3.2. La pretensión de relevancia: el tipo de acción

3.2.1. Concepto y función dogmática del tipo de acción

Según puse antes de relieve, en el sistema de VIVES la primera pretensión de validez de la norma se halla vinculada a la concurrencia de un *tipo de acción*. Es una pretensión que tiene por objeto afirmar que la acción realizada por el ser humano es una de las que interesan al Derecho penal, a cuyo efecto es preciso verificar que dicha acción puede ser entendida conforme a un tipo de acción definido en la ley⁴⁰.

Con respecto a ello, conviene reiterar que una vez que se ha descartado la idea de situar la acción en la base del sistema⁴¹, el dato primario aparece representado por la pertenencia a un tipo de acción, que determina a su vez la “aparición de acción”, en el sentido de que representa el punto de partida para fijar en la mayoría de los casos si

de la tripartición, como señaladamente son en nuestra doctrina MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN (P.G., pp. 283 ss.) o como sucede en la alemana con la peculiar posición de ROXIN, quien adopta una perspectiva prácticamente coincidente con la clásica en el sentido de otorgar en principio a la tipicidad una consideración autónoma como elemento diferenciado de la antijuridicidad y de la culpabilidad, sobre la base de asignar a la tipicidad una función diferente que opera en un plano estrictamente formal como expresión del principio político-criminal de legalidad, mientras que la función de las causas de justificación discurre en un plano no específicamente penal, sino general, como ámbito de la solución de conflictos sociales (A.T., § 10, NM. 13 ss.).

39 Y por tales razones no puede dirigirse a la construcción de VIVES la objeción que se esgrime frente a la tripartición por parte de los defensores de un sistema bipartito con base en razones meramente lógico-estructurales, a saber, la objeción de que la tripartición ofrecería una configuración descompensada de la estructura del delito, al mezclar dos niveles diferentes de la jerarquía conceptual, de tal suerte que únicamente la bipartición produciría una configuración armónica del sistema (vid. SILVA, **Aproximación**, p. 375, siguiendo a HAFT, A.T., 2ª ed., pp. 8 ss.). Obviamente estos últimos autores están pensando sobre todo en que la tipicidad pertenece al mismo ámbito que la antijuridicidad, con la simple salvedad de que no es más que un subelemento de la misma; sin embargo, en el pensamiento de VIVES la objeción no sería de recibo, desde el momento en que la tripartición se apoya en presupuestos estructurales totalmente diferentes.

40 Cfr. VIVES, **Fundamentos**, p. 484, quien equipara, por consiguiente, la pretensión de relevancia a una pretensión **epistémica**.

41 Conviene aclarar, no obstante, que en la esfera del moderno pensamiento teleológico-funcional existe una importante corriente que rechaza también que la acción o conducta humana represente un elemento plenamente independiente y autónomo en el marco de la teoría del delito, o, al menos, un elemento situado al mismo nivel que los juicios de antijuridicidad y culpabilidad. Desde esta línea de pensamiento se arguye que la tradicional materia atinente a la acción debe ser incardinada en el juicio de valor básico de la antijuridicidad, dentro del cual la acción no sería sino un subnivel, cuya misión se derivaría de la propia estructura de los procesos de motivación a través de los que se canaliza la misión preventiva del Derecho penal. Vid. en este sentido, p. ej., SILVA (**Aproximación**, p. 399), quien atribuye entonces a la acción una función de carácter meramente negativo, en el sentido de que permitiría excluir ya *a priori* de la esfera penal aquellos procesos en los que está ausente toda posibilidad de incidencia motivatoria y consiguientemente posibilitaría deslindar los procesos que resultan meramente explicables de aquellos en los que además es factible una concreta atribución de sentido, esto es, la atribución de sentido en que consiste la tipicidad, y cuyo contenido se caracteriza ante todo por ir referido a un riesgo relevante para bienes jurídicos, diferente y más específico que el que puede desprenderse de la *mera posibilidad genérica* de atribuir algún contenido de sentido.

efectivamente estamos o no ante una acción de la clase de que se trate o aun si podemos o no hablar de una acción. Es la primera categoría básica del sistema, que está llamada a cumplir el papel conceptual (metodológico) de delimitar el objeto al que han de referirse las valoraciones sustantivas que toda norma penal presupone⁴².

Y en este sentido interesa precisar que, para que la categoría básica pueda desempeñar la misión de servir de “suelo sobre el que levantar el edificio valorativo de la teoría del delito”, habrá que perfilar inequívocamente su concepto, habida cuenta de que entonces no podrá ser entendido éste según la concepción mayoritaria del tipo de injusto (como conjunto de presupuestos objetivos y subjetivos de la acción punible), sino que tendrá que limitarse a abarcar aquellos presupuestos de la acción punible que cumplan una *función definitoria* de la clase de acción de que se trate. En consecuencia, entre esos presupuestos *no podrá* incluirse *necesariamente* (aunque sí eventualmente) -como después veremos- la **intención** (y menos aún los motivos, tendencias o fines subjetivos del autor), dado que hay clases de acciones que (como p. ej. matar o lesionar) pueden ser realizadas con intención o sin ella; de ahí, en fin, que la intención subjetiva no pueda pertenecer siempre al tipo de acción⁴³.

Con respecto a este último baste, pues, de momento con dejar constancia de que, al relegar la intención a la pretensión de ilicitud, VIVES se aleja de todas las construcciones que, a partir de la aparición de la concepción final de la acción, han venido coincidiendo en situar la contrariedad al deber en el seno del tipo de injusto como “tipo subjetivo” (algo común no sólo a los partidarios del finalismo, sino a quienes desde enfoques metodológicos diferentes han acogido también dicha conclusión sistemática)⁴⁴. De esta manera, en suma, el elemento categorial base del sistema, integrado por el nuevo concepto del “tipo de acción”, se ve sensiblemente aligerado con relación al de las construcciones dominantes.

3.2.2. *Contenido del tipo de acción*

La pretensión de relevancia debe ser concebida desde una doble perspectiva. En primer lugar ha de ser comprendida ante todo como una pretensión *conceptual* de relevancia, en el sentido de que supone, de un lado, una correcta comprensión de la *formulación lingüística* con que se define el tipo de acción en la ley, y, de otro lado, una comprobación de que los movimientos corporales realizados por el sujeto sean efectivamente aquellos que se acomodan a la regla de acción seguida para tipificarlos. En segundo lugar la antecitada pretensión de relevancia ha de ser concebida como una pretensión de *ofensividad*, que comporta acreditar que la acción del sujeto reviste el carácter peligroso o dañoso que indujo al legislador a sancionarla con penas criminales⁴⁵.

42 Sobre la función dogmática del tipo de acción, vid. ampliamente VIVES, **Fundamentos**, pp. 258 ss., especialmente pp. 271 s., en donde pone de relieve la inconveniencia metodológica en que incurre la doctrina penalista mayoritaria al edificar el sistema sobre una categoría básica multiforme y sobrecargada (la del tipo de injusto), que agrupa indiscriminadamente momentos tan diversos como los de la configuración de la acción destinados a delimitar su relevancia penal, aquellos en los que reside la lesividad del acto y, en fin, aquellos otros en los que radica su contrariedad al deber. Así, esta categoría básica se convierte -objeto VIVES- en una categoría hegemónica, en la que aunque se distinguen ulteriormente estratos diversos (v. gr. tipo objetivo y tipo subjetivo), ello no siempre se lleva a cabo con criterios valorativamente unívocos ni funcionalmente útiles (p. 272). Con respecto a esto último, interesa con todo llamar la atención sobre recientes construcciones como las de SILVA (pp. 398 ss.) que -según señalé más arriba- propone establecer nítidamente dentro del tipo de injusto diversas subcategorías o subniveles de diferenciación.

43 Vid. VIVES, **Fundamentos**, pp. 273 s., en donde resalta que el tipo de acción tampoco puede ser equiparado a las ideas de figura rectora o “*Tatbestand*” legal, conforme a la tradicional formulación de BELING.

44 Vid. infra apdo. 3.3.1.

45 Cfr. VIVES, **Fundamentos**, p. 484.

Así las cosas, puede decirse, por tanto, que en el seno de la categoría básica del tipo de acción, vinculada a la pretensión general de relevancia, es posible distinguir dos sub-categorías diferentes: por una parte la tipicidad, ligada a la pretensión *conceptual* de relevancia; por otra parte, la antijuridicidad material, ligada a la pretensión de *ofensividad*. A continuación expondré separadamente estos dos niveles que integran el tipo de acción.

3.2.2.1. La tipicidad (pretensión conceptual de relevancia)

El *momento básico* de la tipicidad viene representado por la **acción**, del cual depende incluso la configuración objetiva de la materia tipificada⁴⁶. Y en este sentido la concordancia de la manifestación externa con un tipo de acción determina -según señalé más arriba- “una apariencia de acción”, apariencia que requiere una indagación ulterior para precisar que efectivamente nos hallamos ante una acción (o sea, ante una conducta que “sigue una regla” y que por ello puede ser entendida como acción en tanto que incorpora un significado) y no ante un hecho natural⁴⁷.

Como también anticipé, si bien es cierto que para conceptuar el tipo de acción no puede incluirse entre sus elementos *necesariamente* la intención, no lo es menos que existen casos en que el tipo de acción puede aparecer integrado con momentos subjetivos, en la medida en que hay clases de acciones que no podrían ser definidas sin tales momentos⁴⁸. Así, en el marco de la concepción significativa de la acción los tradicionalmente calificados en la dogmática penal como “elementos subjetivos del injusto” o “elementos subjetivos de la antijuridicidad”⁴⁹, que no se identifican con el dolo, quedan incorporados al tipo de acción como **elementos subjetivos del tipo de acción**, desempeñando ya una función definitoria del mismo o papel sustantivo a fuer de constituir un criterio conceptual más para valorar la acción. A mayor abundamiento, interesa subrayar que, al igual que sucede con el dolo, en el ámbito de la concepción significativa de la acción los aludidos elementos subjetivos de la acción (que son estados y procesos

46 Vid. VIVES, **Fundamentos**, p. 277, quien agrega que sólo a partir de la idea de que hay acción cabe plantearse el problema de si -y hasta qué punto- es posible la imputación de un sentido determinado al autor.

47 Cfr. VIVES, **Fundamentos**, p. 276, y vid. más ampliamente pp. 211 ss.

48 Así, ejemplifica VIVES (p. 274), sucedería con *mentir*, que es un tipo de acción relevante, v. g., para el delito de falso testimonio. Comoquiera que mentir consiste en conocer lo verdadero y decir intencionalmente lo falso, la intención juega aquí un papel definitorio (en el sentido más arriba apuntado de la *función definitoria*) y pertenecerá, por ende, al tipo de acción.

49 A mi juicio, la concepción de VIVES sobre tales elementos subjetivos del tipo, caracterizados como genuinos elementos *definitorios* o conceptuales de la propia acción e informados pues por una pretensión de validez de la norma diferente a la que rige el dolo, permite acotar cabalmente y con claridad los perfiles de esta institución, y paralelamente ofrecer un criterio sencillo para poner coto a ciertas tendencias doctrinales o jurisprudenciales a exacerbar el alcance y la función de dichos elementos subjetivos, sobre todo por la vía de los elementos “implícitos” o “tácitos”, que en la mayoría de los casos no son sino exponentes de simples móviles o motivos, penalmente irrelevantes (sobre esto último vid., p. ej., MARTINEZ-BUJAN, **Derecho penal económico. P.G.**, 1998, pp. 175 s.). Y es que, en efecto, frente a lo que puede desprenderse de lo sostenido por un significativo sector doctrinal, las razones de la necesaria presencia de tales elementos en determinadas figuras delictivas pueden reconducirse en realidad únicamente dos: bien a la equívocidad del aspecto objetivo de la acción o bien al propósito de adelantar la línea de punibilidad. El primer caso es el que en realidad dio lugar a la formulación de la doctrina de los “elementos subjetivos del injusto” en el seno de la concepción neoclásica, esto es, la imposibilidad de determinar el injusto específico de numerosos delitos de una manera puramente objetiva y en consecuencia la necesidad de hacer referencia normativamente a aspectos subjetivos que otorgasen sentido a la exteriorización de la conducta; así las cosas, cabría decir que desde esta configuración tradicional el legislador sólo puede recurrir a los aludidos elementos cuando la propia acción penalmente relevante no pueda ser *definida* (en el sentido de la pretensión conceptual de relevancia fijada por VIVES) sin tomar en consideración un momento subjetivo (como, v. gr., y paradigmáticamente sucede con el ánimo de lucro en el delito de hurto). Por su parte, en lo que atañe a los casos en que el legislador pretende simplemente adelantar la línea de punibilidad (como sucede señaladamente en los “delitos de resultado cortado” o con la propia resolución delictiva de consumir el delito en la tentativa) la constatación del elemento subjetivo de que se trate resultará esencial ya para la definición de la acción que se pretende tipificar y, en su caso, para diferenciar conceptualmente el tipo de acción que lo incorpora de otros tipos penales.

mentales) no pueden ser equiparados a los estados y procesos físicos, dado que, al tratarse de estados y procesos que se hallan situados en la mente de otra persona, únicamente se podrán verificar por *observación* sus *manifestaciones externas*. De ahí que tales elementos subjetivos deban ser configurados y entendidos no como procesos internos semejantes a los físicos, sino como momentos de la acción, o sea, como componentes de un sentido exteriorizado⁵⁰.

Obsérvese pues que, en lo que atañe al debatido problema de la constatación de los elementos subjetivos del delito⁵¹, VIVES adopta una decidida postura a favor de la “normativización”, sobre la base de una reorientación de lo subjetivo anclada en las premisas de su concepción de la acción: la verificación de los elementos subjetivos se llevará entonces a cabo con arreglo a las competencias del autor del hecho y las características públicas de su acción, y no en función de la imposible acreditación de las “representaciones, creencias o voliciones acaecidas en algún opaco lugar de su mente”⁵².

Por otra parte, importa retener la idea de que el concepto de acción propugnado por VIVES abarca con toda naturalidad también la **omisión**, dado que ésta aparece definida como una espera de algo que normalmente habría de ocurrir. En efecto, al igual que sucedía con la acción positiva, el problema de la omisión es también lógicamente un problema de **sentido** y no de sustrato, y, por tanto, no puede ser resuelto desde la perspectiva naturalística, sino conforme a pautas normativas. La relevancia penal de una omisión vendrá dada por la relevancia penal (la tipicidad) de la situación o posición de espera que la hace ser tal; por consiguiente, resultará necesario no solamente el poder actuar de otro modo, sino además un momento normativo del que quepa inferir la espera de lo no realizado⁵³. Con respecto a la omisión cabe recordar que esta opción por una concepción normativa viene a coincidir con la opinión mayoritaria en la doctrina actual, que parte de la base de que, a diferencia de la tradicional metodología naturalista, la distinción entre un tipo de acción y un tipo de omisión no se fundamenta en el carácter *activo* o *pasivo* de la conducta, o sea, en el carácter físico-naturalístico de una conducta como activa o pasiva, sino en la diferente *estructura* de los propios tipos y en su diverso *significado normativo* como base positiva del injusto; y de ello se infiere que no puede tratarse la problemática de la omisión como realidad que la ley presupone y que se da con independencia de ella, sino que deberá abordarse sólo en el seno de la teoría del tipo de injusto, como una de sus modalidades según la clase de norma que puede infringir⁵⁴.

50 Sobre los elementos subjetivos del tipo de acción, vid. VIVES, **Fundamentos**, pp. 252 ss., quien para mayores detalles se remite a su vez a lo que expone en relación con el dolo. Sin perjuicio, pues, de remitirme a lo que diré al analizar este último elemento, baste ahora con añadir aquí la importancia que posee configurar de la manera apuntada los elementos subjetivos, tanto desde la perspectiva de las garantías del Derecho penal material como desde el prisma de las del proceso penal, particularmente en lo concerniente a la presunción de inocencia (p. 257 y n. 152). Finalmente, conviene insistir en el dato de que, con la reorientación del problema de lo subjetivo que preconiza, VIVES no rechaza en modo alguno la importancia de la pericia psicológica para la constatación de los elementos subjetivos; simplemente niega que esa pericia sea del mismo género que el saber del físico, del biólogo o del neurofisiólogo (pp. 257 s.).

51 Sobre esta cuestión es básica en nuestra doctrina la monografía de DIEZ RIPOLLES, **Los elementos subjetivos del delito**, 1990.

52 VIVES, **Fundamentos**, p. 253.

53 Vid. VIVES, **Fundamentos**, pp. 241 ss. y 277 ss., quien, por lo demás, recuerda la procedencia de distinguir entonces la omisión en sí misma considerada (que carece de toda materialidad) del hecho omisivo (que es el que configura el tipo de la omisión).

54 Vid. por todos MIR, P.G., L. 12/1 ss., quien aclara, por otra parte, que lo que se indica en el texto no quiere decir que el concepto de comportamiento que interesa al Derecho penal no deba decidirse con base en las exigencias del mismo; simplemente ocurre que esta decisión supone una selección que se lleva a cabo entre sentidos previos de comportamiento (nota 3, y más ampliamente L. 7/23 ss.; de otra opinión vid. sin embargo GIMBERNAT, ADPCP, 1987, 583 ss., quien cree posible partir de un concepto ontológico de acción). Por lo demás, sobre la estructura y el significado normativo de los tipos de omisión vid. por todos ampliamente SILVA, **El delito de omisión**, 1986, pp. 123 ss.

Finalmente, lógica consecuencia de partir del concepto del “tipo de acción” será incluir la problemática de la **causalidad** en el seno de dicho tipo, cuando el sentido de acción de un determinado acontecimiento se anuda a su carácter de “causa” del resultado⁵⁵. La cuestión de la conexión del resultado material con el movimiento -o, en su caso, la ausencia de movimiento- corporal es algo que pertenece al tipo de acción, porque dicho resultado y su vinculación a un determinado movimiento (o a su ausencia) son *momentos internos* de la acción típica. Por lo demás, es preciso reiterar que para VIVES la resolución del problema de la causalidad no implica tener que acometer la elaboración de una teoría “científica”, sino simplemente saber cuándo podemos entender un proceso determinado como una acción típica relevante para el Derecho penal. Y si esto es así, entonces no podrán existir criterios generales (del mismo modo que tampoco cabe formular un supraconcepto de acción), sino sólo prácticas, interpretaciones y nuevas prácticas⁵⁶.

3.2.2.2. La antijuridicidad material (pretensión de ofensividad)

La antijuridicidad material, corolario de la pretensión de ofensividad, queda incardinada en el tipo de acción en tanto en cuanto sólo son relevantes para el Derecho penal las acciones que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicamente protegidos. Con respecto a ello, baste aquí con subrayar que VIVES descarta una concepción sustancial del bien jurídico, toda vez que, al considerarlo ya como el primer tópico de la argumentación en torno a la validez de la norma, se concibe de modo “**procedimental**”⁵⁷.

Por consiguiente, merece ser resaltado que en el sistema de VIVES el desvalor de resultado pasa a ser integrado en el tipo de acción, incardinado en la propia pretensión de relevancia. De este modo, VIVES se opone a aquellas formulaciones -encabezadas en nuestro país por MIR y SILVA- que en el seno de un sistema teleológico-funcional acogen la denominada *perspectiva “ex ante”*, según la cual el contenido de la norma primaria (concebida como norma determinadora de conductas) se agota en el “desvalor de la intención” y en otros componentes objetivos del desvalor de acción, como el modo o las circunstancias de la ejecución, sin que se incluya en ella la presencia del desvalor de resultado (lesión o puesta en peligro de un bien jurídico), que pasaría a quedar integrado en la esfera de la norma secundaria⁵⁸.

55 Cfr. VIVES, **Fundamentos**, p. 279

56 Cfr. VIVES, **Fundamentos**, pp. 309 s. En su opinión, dado que aplicamos la causalidad a procesos de índole muy distinta, el problema metodológico que se plantea como obstáculo insalvable es que no resultará factible unificar tales procesos bajo un concepto unitario y formal, ni siquiera concibiendo la causalidad en términos condicionales al estilo de MILL, puesto que es absurdo desde la perspectiva “gramatical” unir lógicamente lo que es independiente y diverso. En suma, la identidad de método de la denominada teoría de la equivalencia de las condiciones, según su formulación clásica, es sólo aparente (pp. 301 ss.). Por otra parte, un reparo metodológico similar puede dirigirse a la moderna **teoría de la imputación objetiva**, habida cuenta de que, si bien es cierto que esta teoría ha pasado a ser en la actualidad una doctrina de la imputación del resultado o una teoría del tipo (con lo que aparece parcialmente liberada de la concepción naturalística), no lo es menos que sigue aferrada a la concepción “lógica” (o “científica”) de la causalidad, que constituye el primer grado o nivel de dicha teoría; pero a mayor abundamiento cabe agregar que, aunque quepa reconocer que todos los criterios valorativos de imputación de esta teoría son reconducibles a la conducta típica, lo que no se puede olvidar es que no hay una “categoría” (o sea, un “género”) de conducta típica, sino conductas típicas particulares conforme a las que hay que interpretar las acciones, de tal suerte que la imputación objetiva se “disuelve” en las concretas interpretaciones de los tipos de la Parte especial (pp. 304 ss.).

57 Vid. VIVES, **Fundamentos**, p. 484 y n. 71.

58 Esta posición doctrinal se basa en la idea -explicada ya inicialmente por MIR- de que el Derecho no puede prohibir resultados ni que se causen efectivamente resultados, puesto que esto último es algo que únicamente puede constatarse desde una perspectiva *ex post* y que, por tanto, depende del azar; antes al contrario, según este sector doctrinal el Derecho sólo puede prohibir acciones peligrosas capaces, desde una perspectiva *ex ante*, de causar aquellos resultados. Vid. por todos ya el primer trabajo de MIR PUIG, **Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho**, 1982, pp. 57 ss., así como el último trabajo de este autor sobre la materia: **Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal**, en el libro **El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho**, 1994, pp.

Con todo, y sin perjuicio de lo que se acaba de indicar, merece ser resaltada la peculiar posición del propio MIR en sus últimas reformulaciones sobre la materia, en las que se ha esforzado precisamente por resaltar el papel que corresponde al desvalor de resultado, llegando a proponer incluso que su examen constituya el primer momento del análisis de los elementos del delito⁵⁹. Con tal posición resulta, a mi juicio, claro que MIR se viene a aproximar de forma notoria en cuanto a los resultados a la posición de VIVES⁶⁰.

En otro orden de cosas, hay que insistir en la novedad que -frente a las tesis dominantes- supone que este aspecto material de la antijuridicidad (la ofensividad) quede desligado sistemáticamente del aspecto formal de la misma, que en la construcción de VIVES se articula sobre la base de otra pretensión de validez, la pretensión de ilicitud⁶¹, que se examinará a continuación.

3.2.3. Ausencia del tipo de acción

Aunque VIVES no aluda expresamente a ello, es evidente que, en lo que atañe a la vertiente negativa del tipo, la construcción de este autor conduce coherentemente a diferenciar nítidamente los supuestos en los que falta ya el tipo de acción (esto es, la pretensión de relevancia) de aquellos otros casos en los que concurre una causa de exclusión de la ilicitud, regidos por una pretensión distinta (la pretensión de ilicitud o de antijuridicidad formal).

228 ss. (las conclusiones obtenidas en este trabajo son incorporadas ya al Manual de P.G., a partir de la 5ª ed). En idéntico sentido, vid. SILVA, **Aproximación**, pp. 361 s., quien, desarrollando hasta sus últimas consecuencias el punto de vista de Mir, que no se hallaba explícitamente recogido en las primeras ediciones de su Manual, ha llegado -de forma coherente con su punto de partida- a concluir que el resultado (o sea, la perspectiva *ex post* del hecho) tiene que pasar a quedar considerado bajo la óptica directa de la norma secundaria y que su contenido y su estructura deben ser contemplados consiguientemente a partir de la decisión político-criminal que la norma secundaria implica (p. 379, n. 296). Por lo demás, baste con dejar constancia aquí de que a idéntica conclusión sobre el ámbito de la norma secundaria llegan también aquellos partidarios de una concepción puramente subjetiva de la antijuridicidad, que estiman que las prohibiciones (concebidas como puras normas de determinación) solamente van referidas a conductas que las desobedecen dolosa o imprudentemente.

59 En efecto, pese a seguir sosteniendo que el resultado no es lo prohibido por la norma primaria y que su ausencia no impide la infracción de la norma, MIR considera que el desvalor de resultado no sólo integra lo que él denomina el “tipo penal”, sino que “lo objetivamente antijurídico es ante todo un **resultado** de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico”. Para ello propone este autor distinguir entre los conceptos de “antijuridicidad objetiva” y “antinormatividad”, que, a su juicio, son ambos útiles y convenientes, a condición de que se adviertan su distinto significado y sus diversas funciones. Vid. ya MIR, 1994, pp. 228 ss. y recientemente vid. su P.G., 5ª ed., L.6/28 ss., en donde se recoge idéntico planteamiento y en concreto se indica que, pese a entender que el desvalor de resultado constituye el primer presupuesto exigido por la norma secundaria que impone la pena (L. 5/27), la antijuridicidad penal empieza por exigir la comprobación *ex post* de la realización del tipo, es decir, por el desvalor de resultado (L. 6/46).

60 El gran alcance de la reformulación de MIR no ha pasado por supuesto desapercibido en el seno de la propia corriente teleológico-funcional. En este sentido ha observado DÍAZ y G. CONLLEDO (RDPCr, nº2, 1998, pp. 383 ss. y 392 ss.), que la nueva reformulación de MIR, aun manteniendo su concepción imperativa de la norma que impone penas, comporta un acercamiento a la tesis de quienes piensan que la norma de valoración supone un *prius* lógico con respecto a la norma de determinación, aunque ésta sea en todo caso básica. Y en esta línea de pensamiento destaca aquel autor el interés de MIR en poner de relieve la importancia de las valoraciones jurídicas como precedentes de los imperativos, aunque éste siga manteniendo la concepción de las normas penales como imperativas (expresión de un imperativo), con las correspondientes consecuencias para la función de la pena y la teoría del delito. En suma, se ha pasado de no aceptar el desvalor de resultado como desaprobación jurídica (sino tan sólo como “pura nocividad resultante”) a hacer de él el punto de partida de la antijuridicidad objetiva, en virtud de lo cual MIR se aproxima más a la doctrina mayoritaria en los rasgos esenciales, aunque no, claro es, en la fundamentación ni en alguna de las consecuencias.

61 Crítica VIVES (**Fundamentos**, p. 486, n. 72) al respecto que la doctrina mayoritaria haya venido concibiendo la antijuridicidad como una especie de objeto unitario, sin distinguir ambos aspectos, el material y el formal.

En otras palabras, en la concepción de VIVES posee pleno sentido acoger las causas que, en el seno del pensamiento teleológico, modernamente vienen denominándose “causas de exclusión del tipo indiciario”, caracterizadas por el dato de que excluyen el tipo legal (concebido éste como tipo de injusto), de tal suerte que no hace falta ya seguir buscando circunstancias materiales de justificación, dado que la conducta no es de entrada jurídicamente (y, por tanto, tampoco jurídico-penalmente) relevante⁶². En definitiva, la categoría del tipo de acción, regida por la pretensión conceptual de relevancia y por la pretensión de ofensividad, comporta necesariamente la asignación de una función autónoma a las causas de exclusión de dicho tipo de acción frente a las causas de justificación y, en su caso, otras “causas de exclusión del injusto penal” a las que me referiré posteriormente⁶³.

Por lo demás, es obvio que las tradicionalmente denominadas en la doctrina “causas de exclusión de la acción” pasan a quedar integradas en la concepción de VIVES en el marco de la vertiente negativa del tipo de acción. Conviene aclarar con todo que -según indiqué anteriormente⁶⁴, de acuerdo con las premisas de las que parte este autor, me estoy refiriendo a la ausencia de “*capacidad de acción*”, capacidad en virtud de la cual la acción humana posee una dimensión significativa de la que carecen las conductas animales.

3.3. La pretensión de ilicitud: la antijuridicidad formal

3.3.1. Concepto y función

Después de la pretensión de relevancia, la norma penal encierra una segunda pretensión de validez, la pretensión de ilicitud (o antijuridicidad formal), según la cual habrá de acreditarse que la acción -aparte de ser una de aquellas que se describen en la ley como ofensivas para bienes jurídicos- consiste en una realización de lo prohibido (en el caso de la conducta positiva) o en una no realización de lo mandado (en el caso de la conducta omisiva). En definitiva, el intérprete debe constatar que la acción ejecutada por el sujeto *infringe la norma*, concebida como directiva de conducta o mandato⁶⁵, o, lo que es lo mismo, comprobar que la *intención* que regía la ejecución de una acción ofensiva para un bien jurídico no se ajustaba a las exigencias del Ordenamiento⁶⁶.

Hay que recalcar de nuevo, pues, que lo que usualmente viene conociéndose por la doctrina dominante como **tipo subjetivo**, integrado por el dolo y la imprudencia, no pasa en el sistema de VIVES a formar parte del juicio de reproche como una forma de “culpabilidad”, sino que, como lógica consecuencia de su concepción de la norma como directiva de conducta, pasa a incardinarse en la antijuridicidad. Con ello, se produce un apar-

62 Sobre dichas causas, vid. especialmente en nuestra doctrina LUZON, **Causas de atipicidad y causas de justificación**, en el libro **Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal**, (Luzón/Mir, ed.), 1995, pp. 21 y ss.; vid. también P.G., I, pp. 558 ss. Cuestión diferente será dilucidar cuáles son los casos que pueden ser incluidos entre dichas causas. A mi juicio, entre las que cita LUZON, cabría reconducir a la ausencia del tipo de acción delineado por VIVES los siguientes: algunos casos de consentimiento (supuestos en que, v. gr. en el hurto, se excluye ya la lesión o afectación del bien jurídico); algunos casos de adecuación social (y jurídica), en que, dado el carácter totalmente usual del hecho, puede estimarse excluido el tipo indiciario sin necesidad de recurrir a alguna causa de justificación; los casos de ausencia de algún elemento expreso o tácito del tipo. Sin embargo, no puede ser incluido aquí el caso fortuito, puesto que -como reconoce el propio LUZON- en realidad es un supuesto de ausencia de la parte subjetiva del tipo, por falta de dolo e imprudencia, por lo que en la construcción de VIVES deberá ser relegado a la pretensión de ilicitud.

63 Vid. infra apdo. 3.3.3.

64 Vid. supra apdo. 2.2

65 Cfr. VIVES, **Fundamentos**, p. 485.

66 Cfr. VIVES, **Fundamentos**, pp. 482 s.

tamiento de la concepción neoclásica del delito y, en cambio, una correspondencia sustancial con las sistemáticas posteriores (a raíz de la concepción finalista del delito) y en particular con las teleológicas. Ahora bien, conviene señalar que, a diferencia de estas últimas, en la construcción de VIVES no hay una sobrecarga del primer elemento categorial del delito, dado que el contenido del sedicente “tipo subjetivo” no es una vertiente más (o una subcategoría) del tipo de acción, sino un elemento integrado en una categoría diferente, inspirada por una pretensión de validez de la norma también distinta. En definitiva, ni el dolo ni la imprudencia desempeñan necesariamente en la construcción de VIVES una función conceptual o definitoria de la acción: “en principio, y salvo que el significado objetivo (social) de la acción los integre como momentos constitutivos del concepto de la acción de que se trate, dolo e imprudencia representan instancias de imputación de la anti-normatividad de una acción o de una omisión previamente entendidas como tales”⁶⁷.

Por otra parte, en el ámbito de la antijuridicidad formal hay que tener en cuenta que la aludida ilicitud puede quedar **excluida** por la concurrencia de supuestos contemplados en leyes permisivas, que, a su vez, pueden otorgar un derecho o “permiso fuerte” (causas de justificación) o un “permiso débil” (excusas o causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho)⁶⁸.

Veamos entonces separadamente ambos aspectos vinculados a la pretensión de ilicitud.

3.3.2. *La intención, el dolo y la imprudencia*

Hay que comenzar aclarando que cuando VIVES se refiere a la “gramática” de la intención en el seno de la pretensión de ilicitud, se está refiriendo a la llamada “**intención subjetiva**”, es decir, a aquella que consiste en la atribución concreta de intenciones al sujeto y que, aunque -como ya se dijo- no desempeña necesariamente un papel definitorio en la delimitación conceptual de la acción, despliega la función sustantiva de posibilitar el enjuiciamiento de la conducta realizada por el sujeto⁶⁹. Asimismo, hay que aclarar que la relación entre intención y acción es una relación interna, dado que la intención alude al sentido de la acción⁷⁰.

Pues bien, con base en tales premisas VIVES llega a la conclusión de que, a diferencia de lo que ocurre con el deseo e incluso con el propósito, no se puede atribuir una intención a un sujeto si no media el *compromiso* de llevar a cabo la acción correspondiente. En otras palabras, para determinar si una acción ha sido intencional habrá que atender no a inverificables procesos mentales que residen en el fondo del alma, a deseos y propósitos, sino al dato de si en la acción realizada se pone o no de manifiesto un compromiso de actuar por parte del autor⁷¹.

67 VIVES, **Fundamentos**, p. 244.

68 Cfr. VIVES, **Fundamentos**, p. 485.

69 El papel conceptual o definitorio es cumplido en principio por la denominada “intencionalidad objetiva”. Sobre la “gramática de la intención” en general, vid. VIVES, **Fundamentos**, pp. 223 ss. y, más concretamente, sobre la “objetivación de la acción” vid. pp. 244 ss., en donde resalta que la acción, como *significado* (y no como hecho) atribuido jurídicamente a ciertos movimientos corporales o a cierta ausencia de ellos, tiende a *objetivarse*, es decir, a definirse con independencia de la intención subjetiva, del mismo modo que las palabras tienen un significado objetivo, que no depende necesariamente de la intención con que fueron pronunciadas.

70 Sobre esa relación interna y sobre la diferencia entre intención, deseo y propósito, y entre intención y voluntariedad, vid. VIVES, **Fundamentos**, pp. 224 ss.

71 Vid. VIVES, **Fundamentos**, pp. 232 s., quien agrega que el mencionado compromiso no es sino el trasunto de la relación que une la intención a su objeto (la acción) y que, de este modo, la intención -inasequible como proceso psicológico- se muestra en una doble dimensión normativa, a saber, “en primer término, en las *reglas* que la identifican y la hacen posible y cognoscible; y, en segundo lugar, en la relación entre

Así las cosas, y a la vista de todo lo expuesto, extrae VIVES las consecuencias pertinentes en orden a la concepción del dolo, denunciando los “errores categoriales” en que, a su juicio, ha venido incurriendo la doctrina mayoritaria. De esos errores corresponde analizar ahora el referente a la configuración del dolo como un proceso psicológico⁷². Frente a la concepción tradicional, parte VIVES de la base de que el dolo sólo puede concurrir si en la acción realizada se ha puesto de manifiesto un *compromiso* de actuar del autor, compromiso que no puede fundamentarse naturalísticamente en un proceso psicológico, sino desde un plano normativo. Y en este sentido, para determinar si ha existido ese compromiso de ejecutar una determinada figura delictiva habrá que examinar ante todo las reglas (sociales y jurídicas) que definen la acción como una acción típica y ponerlas en relación con el bagaje de conocimientos o la competencia del autor (o sea, las técnicas que éste dominaba), de tal modo que sea posible afirmar que el autor *sabía* que estaba llevando a cabo la decisión contraria al bien jurídico⁷³.

Con respecto a esto último, interesa destacar que en la actualidad un sector doctrinal que cuenta cada vez con más adeptos llega también -a partir de enfoques metodológicos diferentes al de VIVES- a la conclusión de que debe prescindirse de toda connotación psicológica, preconizando en su lugar una concepción puramente cognitiva o normativa del dolo⁷⁴.

Por su parte, en punto a la **imprudencia**, baste con indicar que comoquiera que el dolo aparece definido como compromiso con la acción antinormativa (o sea, como un juicio normativo), entonces se produce una “simetría” entre dolo e imprudencia y el esquema conceptual resulta congruente. De este modo, la imprudencia quedará delimitada por una doble ausencia de compromiso: de un lado, por la ausencia del compromiso con el resultado típico que es característico del dolo; de otro lado, por la ausencia de un compromiso normativamente exigido con la evitación de la lesión (la infracción del deber de cuidado)⁷⁵.

el autor y la acción: a través del significado de sus actos, de las competencias que cabe atribuirle y del entramado de los estados intencionales que se plasman en su vida, imputamos -o no- una determinada intención al autor” (p. 233).

72 Recuérdese que para VIVES la contemplación del dolo (como en general la de la atribución de intención) como un proceso psicológico obedece a una concepción sustancial de la mente que no puede ser asumida. Y es que, en efecto, sobre la base de la configuración del dolo como un proceso psicológico resulta imposible, de un lado, reconducir a un género común las diversas actitudes psicológicas que se incluyen tradicionalmente bajo la noción de dolo (dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual), así como resulta también imposible, de otro lado, determinar en la mayoría de los casos cuándo concurre, y cuándo no, el elemento intelectual del dolo (**Fundamentos**, pp. 233 s.). El otro error categorial al que alude VIVES ya ha sido puesto antes de manifiesto con carácter general: consiste en atribuir a la intención subjetiva un papel definitorio de la acción sin reparar en que la determinación de la intención entra a menudo en juego **después** de que la acción se halle definida, sirviendo al interés **sustantivo** de enjuiciarla (p. 233). Huelga insistir en que, en lógica consonancia con ello, la doctrina dominante extrae la consecuencia dogmática de incluir el dolo en el “tipo de injusto” de los delitos dolosos.

73 Vid. VIVES, **Fundamentos**, pp. 237 y s. Ello no obstante, hay que matizar, por otra parte, que -como razona este autor- con ser el mencionado saber una condición necesaria no puede reputarse todavía condición suficiente en todo caso para afirmar que concurre el susodicho compromiso con la vulneración del bien jurídico, puesto que puede suceder que, a pesar de que exista el dominio de una técnica en la actividad de que se trate, no quepa afirmar la presencia del dolo. En suma, la mera probabilidad de que, conforme al dominio de la técnica de una actividad, se produzca la violación del bien jurídico no implica ya la presencia del compromiso con dicha violación característico del dolo; al incorporar un genuino componente normativo, la intención definidora del dolo es el fruto de una valoración que en última instancia permitirá deslindar caso por caso los supuestos fronterizos entre el dolo eventual y la imprudencia con arreglo a una práctica propia de la actividad delictiva que se analice (pp. 240 y s.).

74 Vid. indicaciones sobre esta concepción en MARTINEZ-BUJAN, **Derecho penal económico**, P.G., pp. 167 y ss. Aparte de la bibliografía allí citada, vid. últimamente FEIJOO SANCHEZ (CPCr, n° 65, 1998, pp. 269 ss., con las referencias bibliográficas de pp. 298 s., n. 71).

75 Por consiguiente -como añade VIVES a renglón seguido-, de lo que antecede se desprende claramente que la acreditación de la imprudencia no puede reconducirse (como tampoco puede hacerse en el

Por último, por lo que respecta a la **vertiente negativa** de la intencionalidad, cabe inferir de todo lo que antecede -aunque VIVES no haga explícita referencia a ello- que en el marco de la concepción significativa de la acción el error sobre el tipo de acción debe excluir consecuentemente el dolo y, por tanto, debe recibir un tratamiento diferente al que merecerá el error sobre la prohibición (ubicado sistemáticamente en la esfera de la pretensión de reproche o culpabilidad), que deja subsistente el tipo doloso y simplemente excluye el conocimiento de la antijuridicidad en cuanto que requisito autónomo de la culpabilidad separado del dolo. La construcción de VIVES conduce, por consiguiente, a sostener la teoría de la culpabilidad en materia de error, con lo cual viene a coincidir *en cuanto a sus resultados* con la regulación legal del error contenida en el vigente art. 14 C.p.⁷⁶ y viene a coincidir también con la opinión doctrinal ampliamente mayoritaria que, a partir de diferentes enfoques, acoge la mencionada teoría en materia de error. Ahora bien, importa señalar al respecto que si el mantenimiento de esta teoría resulta coherente con las premisas sobre las que se asienta la concepción de VIVES, no puede decirse lo mismo en todo caso con relación a otras construcciones sistemáticas, según indicaré posteriormente⁷⁷.

3.3.3. La exclusión de la ilicitud o de la antijuridicidad formal

En lo que concierne a la exclusión de la ilicitud, merece ser destacado ante todo que en la construcción de VIVES el **fundamento** de dicha exclusión, otorgado por leyes permisivas, se basa en la fuerza que el legislador ha decidido dar a la *libertad de actuar*, rechazando que en tal caso sea posible recurrir a la idea de la ponderación de concretos intereses materiales⁷⁸. Por lo demás, en consonancia con lo que se acaba de exponer y con su antecitada premisa de diferenciar los aspectos material y formal de la antijuridicidad, agrega VIVES que, frente a las tesis propugnadas por las sistemáticas usuales (que conciben la antijuridicidad como una especie de objeto unitario y la justificación

dolo) a la idea de si hubo o no una representación en la mente del autor (algo que jamás podremos saber), sino al dato de la gravedad de la infracción del deber de cuidado cometida por el autor, por lo que también aquí resultará decisivo determinar sus competencias teóricas y prácticas y sus capacidades de autodirección y autocontrol (p. 244).

76 Con la expresión subrayada en el texto pretendo recordar que, aunque la regulación prevista para el error en el art. 14 del C.p. se halla mucho más próxima a la teoría de la culpabilidad que a la teoría del dolo, tampoco se ajusta exactamente a todos los postulados de aquella teoría: vid. por todos MARTINEZ-BUJAN, **Derecho penal económico. P.G.**, pp. 180 s., con indicaciones bibliográficas. Además de lo allí expuesto he de añadir que en la última edición de su Manual de **Derecho penal** MIR sigue sosteniendo la compatibilidad del art. 14-3 con la teoría del dolo, entendiendo la rebaja obligatoria de pena como una norma de determinación de la pena para la *culpa iuris* y poniendo especial énfasis en la mayor necesidad de cubrir las lagunas de punición que supondría aplicar a la imprudencia de Derecho las reglas generales de la *imprudencia facti*, dado el carácter excepcional del castigo de ésta en el nuevo C.p. de 1995. Ahora bien, como ha observado atinadamente DIAZ y G.-CONLLEDO (RDPCr, n°2, 1998, pp. 435 s.), a la vista de su nueva reformulación de la categoría de la antijuridicidad, la teoría de MIR en esta materia se halla más próxima ahora a la teoría de la culpabilidad. Por lo demás, y en cualquier caso, creo que debe convenirse con el propio DIAZ y G.-CONLLEDO (p. 435) en que, aunque sea posible defender la teoría del dolo en el seno del art. 14 C.p., hay en su conjunto más argumentos a favor de la teoría de la culpabilidad: así, en concreto, la teoría del dolo no permitiría justificar por qué la imprudencia de Derecho (si es una verdadera imprudencia) debe recibir un tratamiento más duro que el de la imprudencia de hecho; por el contrario, la objeción esgrimida en contra de la teoría de la culpabilidad, ante la inconveniencia de una rebaja obligatoria de la pena en casos extremos como el del error burdo o el de la hostilidad al Derecho, puede ser salvada interpretando que estas figuras no suponen un verdadero desconocimiento de la ilicitud en el sentido del art. 14-3 C.p.

77 Vid. infra apdo. 3.4.

78 Frente a la idea de la ponderación de intereses, objeta VIVES (**Fundamentos**, pp. 486 s. n. 72) que el interés del Ordenamiento en la configuración de la libertad no puede “ponderarse” al lado, v. gr., del interés del Ordenamiento en la vida humana, porque este último es un interés que versa sobre un “objeto” mientras que el primero es un interés del Ordenamiento que recae sobre sí mismo.

como una especie de sombra chinesca de la tipicidad), hay que desvincular la justificación de la tipicidad, en atención a lo cual debe desterrarse la idea de que aquélla acompañe a ésta, la excluya o la “vuelva del revés”. De ahí se infiere, en suma, que la justificación no puede eliminar ni compensar la ofensa producida ni, mucho menos, puede ser catalogada como un elemento negativo del tipo⁷⁹.

Interesa recalcar, pues, que con todo ello se aparta VIVES, por de pronto, de las fundamentaciones doctrinales dominantes en el ámbito de la justificación, inspiradas en el criterio de la ponderación de intereses⁸⁰. Por otra parte, se opone también radicalmente a la controvertida teoría de los elementos negativos del tipo⁸¹, puesto que comoquiera que en el marco de la construcción de VIVES las causas de exclusión de la ilicitud son contempladas desde la óptica de una pretensión de validez de la norma (pretensión de ilicitud) diferente a la que inspira el tipo de acción (pretensión de relevancia), con la consiguiente atribución de significados y funciones en cada caso diversos, la teoría de los elementos negativos del tipo carece aquí ya por definición de todo sentido⁸².

En otro orden de cosas, es preciso señalar que, como lógica consecuencia de su concepción de la justificación, en la categoría de la ilicitud no sólo se contemplan las causas de justificación, sino también las que VIVES denomina “excusas” o “causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho” (tradicionalmente incardinadas en la esfera de la culpabilidad como causas de inculpabilidad). En su opinión no existe diferencia ontológica, por razón de la materia, entre ambas, en virtud de lo cual cabe afirmar que “con el mismo fundamento material (v. g., la no exigibilidad) el legislador puede otorgar un permiso fuerte (una causa de justificación) o uno débil (una excusa)”⁸³.

A la vista de ello cabe comentar que los resultados a los que llega VIVES en este punto (o sea, la negación de diferencia sustantiva entre causas de justificación y excusas) encuentra su correspondencia *mutatis mutandis* en algunas tesis incardinadas en la esfera de las modernas concepciones preventivas, que se han venido sosteniendo en nuestra

79 VIVES, **Fundamentos**, p. 486, n. 72.

80 Como es sabido, para un importante sector el fundamento puede ser reconducido privativamente al denominado principio del “interés preponderante” (así, vid. por todos COBO/VIVES, **P.G.**, pp. 433 s. y CARBONELL, **La justificación penal**, 1982, pp. 43 ss., en el marco de un enfoque neoclásico, y MIR, **P.G.**, L. 16/12, en el seno de la corriente teleológico-funcional), aunque para otro sector el citado principio no permita explicar bien el fundamento de algunas causas de justificación, por lo que recurre además a otros principios (así, vid. p. ej., LUZON, **P.G.**, pp. 574 ss.; MUÑOZ CONDE/G. ARAN, **P.G.**, p. 348).

81 Aunque dicha teoría cuenta con relevantes representantes en la doctrina española (vid. p. ej., GIMBERNAT, **Introducción**, pp. 51 ss.; LUZON, **P.G.**, I, pp. 299 ss.), se trata de una teoría minoritaria. En particular, dentro de la corriente teleológico-funcional se ha argumentado -convincientemente a mi juicio- en contra de la admisibilidad de esta teoría, en el sentido de rechazar la idea de la total identidad de significado (e intercambiabilidad) de los elementos “positivos” y “negativos” del “tipo total de injusto”, a pesar de que se preconice una relativización de las diferencias entre atipicidad y justificación en el seno de la categoría de la antijuridicidad penal (o tipo de injusto) (cfr. SILVA, **Aproximación**, pp. 376 y 396 s.)

82 Sin embargo, ello no es obstáculo para que, según veremos inmediatamente en el próximo apartado (vid. infra apdo. 3.4.), dentro de la construcción de VIVES pueda llegarse a una coincidencia en lo tocante a la principal repercusión dogmática a la que aboca la teoría de los elementos negativos del tipo, a saber, la de que el *error sobre los presupuestos objetivos o fácticos* de las causas de justificación deba recibir el tratamiento previsto para el error sobre el tipo, y no el previsto para el error sobre la prohibición.

83 VIVES, **Fundamentos**, p. 486, n. 72. Sobre esta última cuestión vid. además del propio VIVES, **La libertad como pretexto**, 1995, pp. 221 s., en donde, a propósito de la naturaleza de las tres “indicaciones” del delito de aborto contenidas en el n° 1 del art. 417 bis, argumenta que el hecho de que se invoque la situación de inexigibilidad como fundamento material de la renuncia al castigo (como ha entendido nuestro T.C.) no implica tener forzosamente que admitir que dichas indicaciones deban ser calificadas como causas de exclusión de la culpabilidad, puesto que la no exigibilidad puede operar aquí en un momento sistemático anterior, a saber, otorgando un derecho a realizar el comportamiento (con lo que las aludidas indicaciones tienen la naturaleza de especiales causas de justificación): el contenido mínimo de los derechos constitucionales de la mujer en esta materia obliga a considerar conforme a derecho la práctica del aborto en los casos relatados.

doctrina a raíz de la aportación de GIMBERNAT⁸⁴. Particular mención merece al respecto, en el sentido de su correspondencia con la idea de VIVES, la tesis formulada por SILVA, inscrita en el marco de su concepción mixta, quien si bien comparte en líneas esenciales el razonamiento de GIMBERNAT (y su concepción acerca del fundamento de la justificación), introduce el importante matiz de que aunque entre las llamadas causas de justificación y las denominadas causas de exculpación no exista una diferencia ontológica, ello no conlleva inevitablemente la consecuencia de que no quepa establecer diferencia alguna entre unas causas y otras, puesto que hay una diferencia de grado, en el sentido de que la exculpación es -en el plano objetivo- una justificación incompleta, que no resulta pues suficiente para conseguir excluir el injusto del hecho⁸⁵.

Finalmente, aunque VIVES no aluda expresamente a las denominadas “*causas de exclusión del injusto penal*”, es claro -a mi juicio- que esta ulterior diferenciación, que ha venido siendo adoptada por un número cada vez mayor de penalistas a raíz de las aportaciones de GÜNTHER⁸⁶, debe hallar pleno acomodo en la categoría genérica de la exclusión de la ilicitud, delineada en torno a la idea de los permisos fuertes (que otorgan un derecho) y los permisos débiles (que se limitan a tolerar la acción). Es más, entiendo que la propia construcción de VIVES conduce ya coherentemente a semejante diferenciación, así como a mayor abundamiento -según señalé anteriormente- al reconocimiento de las llamadas *causas de exclusión del “tipo indiciario”* en el sentido admitido en la moderna corriente teleológico-funcional⁸⁷.

84 Con base en premisas metódicas diferentes sobre la justificación, ha llegado este autor incluso a la conclusión de que las causas de exculpación no se diferencian en nada de las causas de justificación. Vid. GIMBERNAT, *Estudios*, 3ª ed., pp. 224 ss., **Introducción**, pp. 61 ss., quien operando en concreto con los supuestos del estado de necesidad y del miedo insuperable concluye que tanto el estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales como el miedo insuperable serían auténticas causas de justificación.

85 Vid. SILVA, **Aproximación**, p. 414. Sin embargo, en opinión de SILVA las causas de exculpación deben seguir situadas en el ámbito sistemático del juicio de culpabilidad, a diferencia de lo que propone VIVES, lo cual resulta congruente con la fundamentación que SILVA sigue otorgando a la justificación, basada en el principio de ponderación de intereses, en el seno de la cual se produce una “compensación” de la previa lesividad (desvalor de resultado) para el bien jurídico merced a un resultado de salvaguarda para otro u otros bienes jurídicos. Eso sí, como reconoce a mayores agudamente SILVA, el panorama de las relaciones entre justificación y exculpación en el seno de un sistema teleológico se ha visto sustancialmente alterado por la teoría de las “causas de exclusión del injusto penal”, desarrollada por GÜNTHER (a la que me refiero seguidamente en el texto), habida cuenta de que algunas causas de exculpación (dado que en ellas hay elementos de justificación incompleta) podrían ser contempladas como “causas de exclusión del injusto penal”, pasando a incardinarse en el ámbito sistemático de la antijuridicidad (casos límite, que se encuentren muy cerca de la permisón).

86 El trabajo programático inicial de GÜNTHER es **Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss**, publicado en 1983, que provocó un inmediato y fructífero debate en la doctrina penal. Con posterioridad el autor alemán ha ido perfilando su tesis inicial. En nuestra doctrina es fundamental el -ya citado- libro **Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal** (Luzón/Mir, ed.), que recopila diversos trabajos sobre esta materia, incluyendo además uno del propio GÜNTHER, **La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal**, pp. 45 ss. Según este autor, es preciso diferenciar entre causas que se limitan a eliminar solamente el merecimiento y la necesidad de la prohibición penal y causas que excluyen por completo el carácter jurídicamente prohibido del hecho: las primeras, que él denomina “causas de exclusión del injusto penal”, excluyen simplemente el injusto penal, o mejor dicho el carácter penal del injusto, sin que ello comporte que el hecho aparezca permitido desde la perspectiva de todo el Ordenamiento jurídico; las segundas serían las causas de justificación en sentido estricto, al estilo tradicional, que no sólo excluirían el injusto penal, sino que conllevan el efecto de convertir el hecho en jurídicamente permitido (para el Derecho penal y para los restantes sectores del Ordenamiento).

87 Vid. supra apdo. 3.2.3., en donde se citan las contribuciones de LUZON (a las que me remito), cuya posición en este punto viene a ser básicamente coincidente en lo sustancial con la propugnada por GÜNTHER, aunque introduciendo unos matices que a mi juicio resultan plenamente asumibles, entre los cuales cabe destacar aquí la idea de añadir a la subcategoría de las causas de exclusión del injusto penal la subcategoría previa de las (más arriba mencionadas) “causas de exclusión del tipo indiciario”; por su parte, las “causas de exclusión del injusto penal”, que LUZON también denomina “causas de exclusión de la tipicidad penal”, son concebidas -al estilo de GÜNTHER- como causas de exclusión **sólo** de la tipicidad **penal**, en el sentido de que la conducta, que sí es jurídicamente relevante, no llega a estar jurídicamente permitida o justificada, pero no es lo suficientemente grave como para constituir un injusto penal.

3.4. La pretensión de reproche: el juicio de culpabilidad

Tras la pretensión de ilicitud, que recae sobre la acción, la siguiente pretensión de validez de la norma penal aparece representada por la pretensión de reproche, que versa *sobre el autor*.

De conformidad con el postulado de la *libertad de acción*, al que ya me referí más arriba⁸⁸, merced a esta pretensión se dirige al autor un reproche jurídico por haber realizado una acción ilícita, pese a que le era jurídicamente exigible obrar de otro modo⁸⁹. Así las cosas, en la sistemática de VIVES el juicio de reproche -o, si se quiere, juicio de culpabilidad para emplear la terminología tradicional⁹⁰, que este autor también emplea- se compone de dos elementos: por una parte, la imputabilidad, según la cual se determina si el sujeto posee la capacidad de reproche; por otra parte, la conciencia de la ilicitud de su acción.

En lo que atañe a la categoría de la culpabilidad, conviene llamar la atención acerca de que con la firme exigencia del susodicho postulado de la presuposición de la “libertad de acción”, VIVES se aparta tanto de las tradicionales tesis que partían de la base del reconocimiento del “libre albedrío” (para las que la libertad era ya el fundamento de la propia culpabilidad)⁹¹, cuanto de las modernas y dominantes construcciones doctrinales sobre el contenido de la culpabilidad, acuñado desde perspectivas preventivas, trátase de concepciones puramente preventivas⁹², trátase de concepciones mix-

88 Vid. supra apdo. 2.3.

89 Al lado de lo expuesto en el apartado destinado a examinar la libertad de acción como presupuesto necesario sobre el que tiene que girar la sistemática penal, insiste ahora VIVES (**Fundamentos**, p. 487) en resaltar que dicho juicio de reproche es “una consecuencia inevitable de postular, de una parte la validez de la norma y, de otra, de situarse ante el presunto infractor en actitud **participativa**, esto es, de no considerarlo meramente como un objeto de manipulación, sino como persona. El **reproche** -no la pena- restituye al delincuente su dignidad de ser racional, porque se dirige a él como persona y le trata como sujeto, no como objeto”.

90 Recuérdese que en la concepción de VIVES la cuestión de la llamada culpabilidad (del poder actuar de otro modo) no es entendida en el sentido escolástico del libre albedrío, sino desde la propia filosofía de la acción (vid. supra apdo. 2.3.).

91 Sea en la versión tradicional del poder individual de actuar de otro modo, sea en la versión moderna (que ha gozado de cierto predicamento en la doctrina alemana de los últimos años) del llamado “concepto social o general de culpabilidad”, que recurre al baremo del poder del hombre medio. En el **planteamiento clásico** el juicio de culpabilidad servía para dirigir al autor un reproche personal por haber infringido la norma de Derecho (por haberse comportado antijurídicamente) cuando podía haber actuado de acuerdo con ella. Por tanto, la *ratio essendi* del juicio de culpabilidad se situaba en la idea de que el autor debía tener la posibilidad de obrar de modo diverso a como lo hizo, lo cual comportaba presuponer que el hombre es libre para autodeterminarse (libre albedrío) conforme a las exigencias de la llamada “norma subjetiva de determinación”. De esta suerte, el juicio de culpabilidad se concebía como determinación (y desaprobación) del enlace personal o subjetivo entre el autor y su acción, esto es, una caracterización eminentemente individual que dependía de la especificidad de la personalidad singular del autor. Por su parte, para la moderna versión de la denominada “**concepción general o social**” de la culpabilidad (concepción de marcada connotación normativa, pergeñada fundamentalmente con la finalidad de eludir la problemática del libre albedrío), resulta suficiente para el juicio de reproche el dato de que, en virtud de un juicio comparativo social, pueda determinarse si un hombre medio colocado en el lugar del autor hubiera actuado de otro modo (vid., entre otros, principalmente JESCHECK, en JESCHECK/WEIGEND, A.T., § 39, III, 2, y, en nuestra doctrina, QUINTERO, **Locos y culpables**, 1999, pp. 235 ss.). Sin embargo, esta moderna versión ha sido criticada con razón en el seno de la propia concepción de la culpabilidad como reproche, en la medida en que -se arguye- la propia idea de una culpabilidad “social o general” resulta en sí misma contradictoria y en que, por ende, desvirtúa este elemento del delito desde una perspectiva lógica y sistemática y elimina la función garantista de la noción de culpabilidad (vid. en nuestra doctrina por todos TORIO, ADPCP, 1985, 287 ss.).

92 Común a tales concepciones es construir el juicio de atribución individual del hecho al autor exclusivamente como una imputación de responsabilidad desde perspectivas funcionales, sin que se otorgue papel alguno a la constatación empírica de un estado individual preexistente. En nuestra doctrina ha sido mérito originario de GIMBERNAT defender la sustitución del principio de culpabilidad por un principio de necesidad de la pena (fundamentando la pena exclusivamente en la prevención general), sobre la base de la teoría

tas o intermedias⁹³. Ello no obstante, tampoco se puede pasar por alto que en el marco de las modernas construcciones teleológicas existen algunas concepciones mixtas que se aproximan a la concepción de VIVES, como sucede especialmente con las propugnadas en nuestra doctrina por PEREZ MANZANO o SILVA, quienes rechazan que la culpabilidad sea un simple correlato de una “necesidad preventiva” de pena o la mera expresión de una “garantía” en sí misma considerada (enfrentada a la finalidad de prevención) que serviría de “límite al *ius puniendi*”⁹⁴.

Finalmente, en lo que se refiere a la **vertiente negativa** de la conciencia de la antijuridicidad, hay que situar aquí -según anticipé anteriormente- el denominado *error sobre la prohibición*, desligado del error sobre el tipo, en sintonía con la teoría de la culpabilidad. La asunción de semejante teoría es plenamente coherente con las premisas sobre las que se asienta la concepción de VIVES⁹⁵, algo que no puede predicarse igual-

de la motivación y partiendo de la imposibilidad de demostrar, por medios empíricos, el libre albedrío. Vid. GIMBERNAT, *Estudios*, 3ª ed., 142 ss. y 175 ss. Posteriormente otros autores se han adherido a ella.

93 Entre éstas hay que destacar señaladamente la construcción de ROXIN, quien sostiene que en la decisión de atribuir un hecho a su autor inciden tanto consideraciones preventivas como garantísticas. En efecto, según ROXIN, la culpabilidad, concebida como capacidad psicológica de autoconducción en cuanto que propiedad del común de los hombres en situaciones normales, es un elemento que se integra en la más amplia categoría de la -denominada por él- “responsabilidad”, en el seno de la cual esta culpabilidad propiamente dicha convive con las necesidades preventivas de pena en relación de limitación recíproca. Ahora bien, para ROXIN los dos elementos que integran la “responsabilidad” pueden ser perfectamente separados, de tal manera que la exclusión de dicha responsabilidad puede ser debida en algunos supuestos a la ausencia de culpabilidad en sentido propio y en otros a la ausencia de necesidad preventiva de pena (vid. ROXIN, A.T., § 19, Rn. 1-7).

Intermedia puede considerarse asimismo en la doctrina española la concepción de MIR (vid. MIR, P.G., L. 20/47 ss.), quien estima que la culpabilidad presupone “motivabilidad normal” y que la inculpabilidad se basa en la “anormalidad de la motivación” y quien, por lo demás, de acuerdo con su nueva configuración de la estructura del delito, distingue ahora además entre los supuestos de imposibilidad *absoluta* de motivación normativa que afectan a todo ser humano o al hombre medio ideal, en los que falta ya la antijuridicidad, y los que afectan al sujeto concreto, en los que no falta la antijuridicidad sino el primer requisito de la culpabilidad, o sea, la concreta prohibición al sujeto.

94 En efecto, a diferencia de lo sostenido por ROXIN, estos últimos autores consideran que no resulta posible separar ambas clases de consideraciones, desde el momento en que la culpabilidad aparece como el resultado de una decisión mixta o sintética en la que han incidido indisolublemente, de un lado, consideraciones ligadas a las necesidades preventivas y, de otro lado, consideraciones garantísticas, como pueden ser la igualdad, la humanidad, la condescendencia ante debilidades humanas, etc. Vid. PEREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, pp. 114 ss., 140 y 210 ss.; SILVA, *Aproximación*, pp. 294 s. y 410 ss.; también puede inscribirse en esta idea a MUÑOZ CONDE, P.G., pp. 393 ss. Por lo demás, como agudamente ha observado SILVA (p. 410), el propio ROXIN acaba por reconocer implícitamente que la aludida separación no es posible en todo caso, puesto que el autor alemán admite que en la inimputabilidad (núcleo aparente de la ausencia de culpabilidad en sentido propio) inciden también consideraciones de índole preventiva, de necesidad de pena. Por otra parte, aclara SILVA que la concepción sintética por él propugnada no encierra, en sí misma, una toma de posición contraria al libre albedrío (y, por ende, determinista), dado que estima que todos partimos en nuestra vida social de una recíproca atribución de libertad. Ello no obstante, entiende que la atribución de responsabilidad en Derecho penal puede hacer abstracción de este aspecto, de tal suerte que, de un lado, la exclusión de la responsabilidad no requerirá partir de la base de que el sujeto ha obrado sin libre albedrío y que, de otro lado, la fundamentación de la responsabilidad, sentado un principio de existencia de libre albedrío, exigirá además una fundamentación positiva en los aspectos preventivos y garantísticos implicados (ibíd., n. 423). En definitiva, de conformidad con esta concepción la culpabilidad debe ser contemplada desde la óptica de la exigibilidad, en el sentido de que actuará culpablemente la persona a la que puede exigírsele actuar conforme a las normas y en el de que la determinación del grado concreto de exigibilidad será el resultado de una síntesis derivada de la conflictiva puesta en relación de, por un lado, las necesidades preventivas, y, por otro lado, de las consideraciones utilitaristas de intervención mínima, así como de criterios humanitarios y garantistas (p. 413). Construyendo la categoría de la culpabilidad como una auténtica decisión “sintética” de fines, vid. asimismo, en la doctrina alemana, especialmente BAURMANN, *Zweckrationalität und Strafrecht*, 1987, pp. 186 ss.

95 Vid. supra apdo. 2.4., en donde se expone la premisa de que la libertad no es fundamento de la culpabilidad, sino presupuesto de la acción misma.

mente de otras construcciones sistemáticas, como sucede con las tesis -ampliamente difundidas en la doctrina actual- que sobre la base de una concepción imperativa asignan a la norma una función esencial de motivación⁹⁶. Parece que en tal caso no resulta totalmente coherente acoger la teoría de la culpabilidad⁹⁷, puesto que lo verdaderamente congruente sería asumir las conclusiones propias de la teoría del dolo, como coherentemente ha hecho MIR⁹⁸.

Por lo demás, y aunque VIVES tampoco alude explícitamente a ello, entiendo que en el seno de la concepción significativa de la acción será consecuencia lógica concluir que el *error sobre los presupuestos objetivos o fácticos* de las causas de justificación (causas de exclusión de la ilicitud) debe recibir el tratamiento previsto para el error sobre el tipo, y no el previsto para el error sobre la prohibición, habida cuenta de que la concepción de VIVES aboca a distinguir nítidamente (en contra de la tesis finalista) entre el “objeto de la valoración” y la “valoración del objeto”, de tal suerte que autoriza a deslindar claramente entonces lo que es la *situación penalmente antijurídica* (o supuesto de hecho penalmente prohibido) y el *juicio de antijuridicidad penal* que recae sobre esa situación⁹⁹. De ahí que, aunque no se trate en rigor de un error sobre el tipo de

96 Esta incongruencia fue ya denunciada por BAJO en nuestra doctrina, quien indicó que la concepción motivadora de la norma debería conducir en rigor a situar dicho error en el ámbito sistemático de la antijuridicidad, dado que quien no conoce la norma no puede, por definición, recibir la motivación de la misma (cfr. BAJO, EPCr I, 1977, 34). Y es que, en efecto, si se asigna a la norma una función imperativa y si se quiere que ésta pueda desarrollar además una eficacia motivadora, parece que sería una consecuencia lógica que la norma jurídico-penal pueda ser reconocida como tal por el sujeto, que éste sepa cuáles son las directrices de conducta que emanan de ella y que estas últimas se hallen respaldadas por la amenaza de la pena (así, cfr. SILVA, *Aproximación*, p. 403). De este modo entonces, lo coherente sería entender que el error invencible sobre la prohibición penal abstracta del hecho determina que éste, en concreto, no sea penalmente antijurídico y que, en el supuesto de que el desconocimiento fuese debido a una situación superable por el sujeto (o sea, un error vencible, que es el que sucederá en la mayoría de las ocasiones), la única norma infringida será la conocida (y que ha motivado), esto es, la norma penal de cuidado.

97 Sin embargo, esta teoría es ampliamente mayoritaria en el seno de esta corriente. Vid. por todos LUZON, P.G., pp. 466 s.

98 Para expresarlo en palabras de este autor, (P.G., L. 21/24): “si el error es vencible, deja paso a una **imprudencia de derecho** por la falta de cuidado que el sujeto demuestra al no haber advertido la antijuridicidad, y si es invencible determina la impunidad por falta de dolo e imprudencia”. Y conviene insistir en que la razón de ello estriba en la atribución a la norma penal de una función imperativa y motivadora para la misión de protección de bienes jurídicos: si esto es así, resulta evidente que el Derecho penal “sólo puede prohibir aquellos comportamientos que puedan evitarse mediante la motivación” y que, consecuentemente a su vez, “para que el sujeto pueda ser motivado por una norma penal que protege un bien jurídico-penal determinado, es preciso que dicho sujeto pueda saber que se encuentra frente a un tal bien protegido por el Derecho”. La conclusión es obvia: si el sujeto no puede saber que su acción va a lesionar un bien amparado por el Derecho, no podrá sentirse motivado a evitar dicha acción si no puede ser motivado por la norma penal; y si la norma penal no puede motivarlo, no tiene sentido que lo intente prohibiéndole el hecho (cfr. MIR, L. 21/23). Por eso -según este autor- el error sobre la prohibición invencible ha de impedir la infracción de la norma de determinación; y el vencible debe disminuir su gravedad.

99 Ello supone llegar a una conclusión diferente a la preconizada por la denominada teoría estricta de la culpabilidad, defendida por el finalismo ortodoxo de WELZEL, y asumir, en cambio, la llamada teoría limitada o restringida de la culpabilidad, solución propugnada por la opinión doctrinal mayoritaria, sea a partir de la teoría de los elementos negativos del tipo (cfr., p. ej., GIMBERNAT, *Introducción*, p. 34; LUZON, P.G., p. 473), sea a partir de las propias premisas de una concepción teleológica del delito, que reclaman la necesidad de entender que el error sobre los presupuestos fácticos de la justificación es un error que no va referido a la valoración jurídico-penal global del hecho (que es lo penalmente prohibido y lo permitido, y, por tanto, lo definitorio del error sobre la prohibición), valoración que el sujeto puede tener en términos perfectamente conformes con el Ordenamiento jurídico, sino que más bien afecta a la completa caracterización (en el plano de la realidad) del hecho. Vid. en este último sentido SILVA, *Aproximación*, pp. 396 s., quien, por lo demás, hace suyo el atinado razonamiento de MIR cuando escribe (ADPCP, 1988, 679) que “el hecho realizado sin causas de justificación no sólo merece una valoración distinta que el realizado, por ejemplo, en legítima defensa, sino que requiere la ausencia de los presupuestos **situacionales** que integran el supuesto de hecho o tipo de la legítima defensa. Si el homicidio necesario del injusto agresor no merece el juicio de antijuridicidad es precisamente porque constituye un **hecho distinto** en su propia existencia fáctica al del

acción en sentido estricto (desde el momento en que las causas de justificación no forman parte del tipo, sino que aparecen integradas en una diferente pretensión de validez de la norma), lo cierto es que debe merecer un tratamiento análogo al del error sobre el tipo al tratarse de un supuesto de error equiparable a éste, puesto que recae sobre la *situación* penalmente prohibida (elementos caracterizadores de la propia acción) y no sobre la *valoración* global jurídico-penal del hecho¹⁰⁰.

3.5. La pretensión de necesidad de pena (punibilidad)

La concurrencia de las tres pretensiones anteriores (relevancia, ilicitud y reproche) agota el contenido *material* de la infracción. Sin embargo, la norma penal se halla supeditada todavía a una ulterior pretensión de validez, la pretensión de necesidad de pena, que, según VIVES, debe ser considerada como un momento del principio constitucional de proporcionalidad y que debe ser acreditada *en el caso concreto*¹⁰¹.

Con relación a dicha pretensión es conveniente insistir en este último aspecto, dado que de lo que se trata es precisamente de reconocer que, más allá de la acción ilícita y culpable, pueden concurrir circunstancias que hagan innecesaria la imposición de la pena en el caso concreto. De este modo se viene a admitir que al margen de las categorías del tipo de acción, de la ilicitud y de la culpabilidad existe una ulterior categoría que vendría a identificarse con lo que tradicionalmente la doctrina mayoritaria ha venido llamando “punibilidad”, aunque él no la denomine expresamente así.

Ahora bien, de la sintética formulación que ofrece VIVES puede deducirse ya que esta categoría no se corresponde con el **concepto estricto** de punibilidad, caracterizado por ir referido a aquellos elementos que concurren en el *momento de la realización* de la acción (condiciones objetivas de punibilidad y causas personales de exclusión de la pena)¹⁰², sino con el **concepto amplio**, que, además de estos elementos, integraría también las instituciones que concurren con posterioridad a la ejecución de la acción ilícita por el autor. De esta suerte, en la última categoría del sistema habría que incluir, además de las mencionadas, las causas personales de anulación o levantamiento de la pena, así como todas las medidas de gracia previstas en el Ordenamiento¹⁰³.

homicidio de quien no agrede ilegítimamente”. De ahí que MIR (P.G., L. 10/68 s.) proponga distinguir a efectos terminológicos entre el vocablo “tipo”, en el sentido clásico de tipo positivo, y “supuesto de hecho”, como hecho prohibido que requiere además la ausencia de los presupuestos de una causa de justificación. En la doctrina alemana, vid. por todos SCHÜNEMANN, **El sistema**, 59 s., quien subraya que a esta conclusión también se llega por parte de algunos autores sobre la base de consideraciones materiales (*teoría de la culpabilidad que remite a la consecuencia jurídica*); vid. sin embargo de otra opinión en nuestra doctrina MUÑOZ CONDE (**El error en Derecho penal**, 1989, pp. 131 ss.) quien se inclina por la teoría estricta de la culpabilidad desde una perspectiva “orientada a las consecuencias”.

100 Y esta es una tesis que, a la vista de lo dispuesto en el art. 14-1 del C.p. español vigente, resulta perfectamente defendible de *lege lata*, en la medida en que que la susodicha clase de error representa un error “sobre un hecho constitutivo de la infracción penal”.

101 VIVES, **Fundamentos** p. 487.

102 Sobre este concepto estricto de la categoría de la punibilidad, vid. por todos DE VICENTE REMESAL, **El comportamiento postdelictivo**, 1985, pp. 337 y ss.; LUZON **Observaciones sobre la rectificación postdelictiva espontánea**, en Estudios penales, 1991, p. 257; MARTINEZ-BUJAN, **Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social**, 1995, pp. 132 s.

103 La concepción amplia de la punibilidad puede colegirse claramente de la propia exposición de VIVES (**Fundamentos**, p. 487), cuando, al aludir a la necesidad de la pena, indica literalmente que “el sistema penal ha de contar con posibilidades de gracia, que eviten la injusticia en el caso concreto”. Por lo demás, estas medidas de gracia pueden provenir “de circunstancias legalmente previstas como por otras no previstas”, con lo cual VIVES viene a resaltar el carácter autónomo del principio de proporcionalidad en la construcción del sistema.

Esta configuración de la punibilidad en sentido amplio vendría a coincidir, en cuanto a los contenidos, con la categoría delimitada recientemente en nuestra doctrina por GARCIA PEREZ, aunque la fundamentación sea diferente: basada en el principio de proporcionalidad en el caso de VIVES; basada en el principio de subsidiariedad, vinculado a su vez a las necesidades de protección de bienes jurídicos en el marco de la prevención, en el caso de GARCIA PEREZ¹⁰⁴.

Finalmente, hay que señalar que VIVES no rechaza (como no podía ser de otro modo) que el principio constitucional de proporcionalidad desempeñe un papel en el marco de las aludidas pretensiones de validez **material** (relevancia, ilicitud y culpabilidad). Antes al contrario, es claro que tal principio debe desplegar su eficacia en todas esas pretensiones; lo que sucede es simplemente que en éstas se trata de *medir en abstracto*¹⁰⁵ la necesidad de pena, mientras que en la última pretensión de validez de la norma se mide -como queda dicho- exclusivamente la necesidad del caso concreto.

De todo ello cabe colegir, además, que en la construcción de VIVES se acoge la idea de que la noción de necesidad de pena (y por supuesto la de merecimiento de pena) no son categorías sistemáticas autónomas, es decir, no son conceptos que puedan operar al margen de las categorías tradicionales del delito, sino que justamente deben ser integradas en ellas, operando tanto en la fundamentación como en la limitación y exclusión de todos los elementos del delito¹⁰⁶, aunque evidentemente tales conceptos no incidan de forma idéntica en cada una de las categorías penales.

3.6. La concepción de la pena

Aunque en consonancia con las premisas que sirven de punto de partida a su construcción VIVES no destina un apartado específico a la exposición de su concepción sobre el fundamento de la pena, no resulta empero difícil extraer del contenido de su libro cuál es la concepción de la pena que va ligada a su concepción significativa de la acción. En este sentido, a lo largo de la obra existen referencias a esta cuestión que permiten confirmar que la concepción significativa de la acción aparece vinculada a una fundamentación mixta de la pena, como la ya pergeñada por el propio VIVES en otros trabajos¹⁰⁷.

Y es que, en efecto, resulta claro que el sistema de la teoría del delito basado en la concepción significativa de la acción debe ser inscrito en las coordenadas de una concepción de la pena que encuentra su justificación en un *doble fundamento*, que se resume en la expresión “tutela jurídica”: el castigo se justifica por su utilidad (o sea, por sus efectos preventivos), pero sólo dentro de ciertos límites, en los que se expresa la idea de justicia distributiva propia de un Estado de Derecho¹⁰⁸.

104 Vid. GARCIA PEREZ, **La punibilidad en el Derecho penal**, 1997, pássim, especialmente pp. 303 ss., quien, aparte de los elementos integrados en la noción de punibilidad en sentido estricto, incluye en la categoría todos aquellos elementos que (configurados como simples causas de supresión de la pena) se erigen en presupuestos materiales de imposición de la pena, aunque no pertenezcan al delito (vid. además mi recensión a este libro en RDPCr, n° 4, 1999).

105 Cfr. VIVES, **Fundamentos**, p. 487.

106 El tema de la incidencia de los conceptos de merecimiento y necesidad de pena en las categorías del delito es una materia debatida en la moderna doctrina. Aparte de la investigación básica de OTTO (G. f. H. Schröder, 1978, pp. 53 ss.), vid. en el sentido del texto el trabajo de VOLK (ZStW, 97, 1985, pp. 871 ss.) en la doctrina alemana, y el de LUZON (ADPCP, 1993, pp. 21 ss.) en la española.

107 Vid. fundamentalmente COBO/VIVES, **P.G.**, pp. 745 ss.

108 COBO/VIVES, **P.G.**, p. 746. Pudiera pensarse, con todo, que, a la vista de la terminología que emplean en algunos pasajes, estos autores se circunscriben en realidad a señalar que el verdadero y único fundamento justificativo del Derecho penal radica en la idea de tutela a través del principio de utilidad, mientras que los principios que plasman la idea de justicia distributiva representan sólo un “límite”. Sin embargo, lo cierto es que, aparte de apelar inequívocamente a “un doble fundamento” -según reflejo en el

Con semejante fundamentación, en la que por cierto se acogieron por vez primera en la doctrina española las aportaciones de la corriente del denominado “neoclasicismo”¹⁰⁹, se pretendía poner específicamente de relieve la antinomia que en el fondo del problema de la justificación del castigo late entre utilitarismo y derechos humanos, y a su vez aclarar que dicha antinomia no se puede resolver con la simple afirmación de que las exigencias de un punto de vista se contienen también en el otro, sino elaborando un modelo integrado en el que la idea de utilidad juegue dentro de ciertos principios distributivos¹¹⁰.

Ahora bien, en esta línea de pensamiento merecen ser destacadas las (tan atinadas como trascendentes) matizaciones que COBO/VIVES efectuaron en su momento a la básica idea del pensamiento neoclasicista, consistente en estimar que el elemento corrector del principio fundamental utilitarista de la prevención operaba únicamente en el instante en que se trata de justificar la imposición de una pena en concreto a un sujeto determinado, con lo que dicho pensamiento establecía así una distinción sustancial entre el nivel de la pena “como institución” y el nivel de los “actos punitivos concretos”. Frente a semejante distinción matizaron entonces COBO/VIVES con clarividencia que no pueden admitirse las diferencias tajantes que los autores anglosajones establecen entre la justificación del castigo como institución y la justificación de los castigos particulares, o las diferencias entre los diversos momentos (legislativo, judicial y de ejecución) a través de los cuales se realiza la pena¹¹¹.

Así las cosas, en lo que atañe en concreto a la incidencia de los fines de la pena sobre las categorías del delito, cabe recordar ahora que -como ya se anticipó más arriba- en la concepción de VIVES la norma penal canaliza una serie de valores entre los cuales -y al lado de los principios garantísticos- se cuentan la eficacia y la utilidad, en

texto- a mayor abundamiento aclaran estos autores que cuando hablan de “fundamento y límite” del castigo, no pretenden señalar ideas contrapuestas al estilo de la doctrina tradicional, pues lo que fundamenta también limita y viceversa, “sino que meramente se establece una distinción entre lo que principalmente actúa de modo positivo en la justificación de la pena y lo que, más bien, opera negativamente” (n. 55).

109 Se trata de aquella corriente que, inscrita en planteamientos realmente eclécticos, puso claramente de relieve la necesidad de lograr un marco de acuerdo y encuentro entre las perspectivas utilitaristas de la prevención y las consideraciones de la justicia distributiva, y cuyo principal mérito residió en haber explicado certeramente la idea de combinar un fundamento preventivo general de la pena con la necesidad de respetar los principios garantísticos (Sobre esta corriente, en la que se cuentan autores anglosajones como RAWLS, HART o FLETCHER, o latino-americanos como NINO, vid. SILVA, **Aproximación**, pp. 34 ss.). Aunque en algunas ocasiones se emplee también la expresión “neorretribucionismo” para referirse a dicha corriente, lo cierto es que en rigor esta última expresión es utilizada como un concepto más amplio que englobaría asimismo a otras corrientes como, señaladamente, la del llamado “garantismo radical” (v. gr., sobre todo CALLIES o también, con matices, NAUCKE), que se caracteriza por basar la justificación del Derecho penal en su aspecto de garantía (bien material o bien formal del ciudadano, desvirtuando la relevancia de la idea de prevención (vid. sobre ello SILVA, *ibíd.*, pp. 206 s.).

110 Por tal motivo, indican gráficamente los autores citados que la función de la pena reside en la aludida “**tutela jurídica**”, expresión ésta en la que ambos vocablos encierran el doble fundamento apuntado: “la *tutela* jurídica es, en primer término, tutela de bienes e intereses, y ello incorpora la idea de justificación de la pena en virtud del principio de utilidad, es decir, por sus consecuencias beneficiosas. Mas obviamente, no se trata de cualquier clase de tutela, sino precisamente de una tutela *jurídica*, que no puede obtenerse a cualquier precio, sino que ha de respetar también los derechos del delincuente, en virtud del principio distributivo propio de cualquier régimen constitucional (y en particular del nuestro)” (COBO/VIVES: P.G., p. 746).

111 Con razón han argumentado COBO/VIVES que, aunque ciertamente no sea lo mismo justificar el castigo como institución que un castigo particular, ello no autoriza a sostener que la legitimación de ambos pueda obedecer a **fundamentos** distintos, en la medida en que el sentido de la institución viene dado a través del conjunto de actos en que se materializa y que cada uno de esos actos es precisamente una aplicación concreta de la institución o práctica de que se trate. De ahí que estos autores hayan podido concluir que si justicia distributiva, prevención general y prevención especial son los tres componentes sobre los que se asienta la justificación de la pena, necesariamente han de estar presentes -aunque ciertamente en distinta medida- en cada una de las fases de la vida de la pena (Vid. COBO/VIVES: P.G., 747 con ulteriores explicaciones).

la medida en que todos ellos no son sino aspectos parciales de la idea central de justicia que el Ordenamiento jurídico pretende instaurar. Por tanto, desde esta perspectiva parece claro que todos los valores citados entrarán en juego a la hora de proceder a la exigencia de responsabilidades jurídico-penales¹¹² y, en concreto, habrán de tomarse en consideración a la hora de articular las diversas pretensiones de validez de la norma penal (o sea, llegado el momento de elaborar las diversas categorías del sistema penal).

Finalmente, en lo que concierne a esta materia de la fundamentación de la pena, hay que llamar la atención acerca de la proximidad que de nuevo cabe detectar entre la concepción ofrecida por VIVES y la de un autor inscrito en principio en el enfoque teleológico-funcional, como es el caso de SILVA. Es más, este último penalista, compartiendo en esencia los postulados básicos sobre la justificación de la pena delineados en su momento por COBO/VIVES y asumiendo además confesadamente la línea crítica trazada por ellos con respecto al pensamiento “neoclasicista”, ha desarrollado la tesis de que los aspectos garantísticos de justicia distributiva no sólo deben tenerse en cuenta en el momento de la imposición de una pena concreta, sino que inciden directamente en la propia justificación del Derecho penal moderno, o sea, y en definitiva, la tesis de que el Derecho penal no se justifica sólo por el fundamento utilitarista, sino que es preciso que responda también -en toda su globalidad como institución- a las exigencias garantísticas, de tal suerte que todos ellos son fines del Derecho penal, que se encuentran permanentemente enfrentados y de cuya “síntesis” se deducirá el auténtico fin legitimador del castigo¹¹³.

112 Cfr. VIVES, **Fundamentos**, p. 482.

113 Vid. SILVA, **Aproximación**, pp. 210 s., quien en particular aclara con nitidez que las funciones garantísticas aludidas no solo operan a la hora de determinar la aplicación de una pena concreta a un sujeto, “sino ya en el primer momento en que tiene lugar su intervención: en el de la selección de objetos de protección jurídico-penal y la tipificación de las conductas merecedoras -en abstracto- de pena” (p. 210).