

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA

**EL DESVALOR MATERIAL DE LA ACCIÓN: UNA REVISIÓN DEL
INJUSTO A LA LUZ DE LA CONCEPCIÓN SIGNIFICATIVA DE LA
ACCIÓN**

**Tesis doctoral presentada por Jordi Casas Hervilla
Dirigida por el Dr. Rafael Rebollo Vargas
Catedrático acreditado de Derecho penal**

**A Fang, por darle sentido a
todo...**

**A Rafa, por su fe
inquebrantable... por
transmitirme su pasión...**

**A mi familia, por su
incondicionalidad...**

**A todos aquellos que creen que un
mundo más justo es posible, y
luchan por lograrlo...**

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA

**EL DESVALOR MATERIAL DE LA ACCIÓN: UNA REVISIÓN DEL
INJUSTO A LA LUZ DE LA CONCEPCIÓN SIGNIFICATIVA DE LA
ACCIÓN**

**Tesis doctoral presentada por Jordi Casas Hervilla
Dirigida por el Dr. Rafael Rebollo Vargas
Catedrático acreditado de Derecho penal**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	pág. 1
--------------------------	---------------

CAPÍTULO I.- LA ACCIÓN

1.- El concepto de acción.....	pág. 7
2.- El concepto causal de acción.....	pág. 12
3.- El concepto neokantiano de acción.....	pág. 25
4.- El concepto final de acción.....	pág. 35
5.- El concepto social de acción.....	pág. 48
6.- Las dogmáticas funcionalistas.....	pág. 52
6.1.- La Teoría de la evitabilidad individual de Günther JAKOBS.....	pág. 53
6.2.- El concepto personal de acción de Claus Roxin.....	pág. 63
7.- El giro pragmático.....	pág. 69

CAPÍTULO II.- LA CONCEPCIÓN SIGNIFICATIVA DE LA ACCIÓN DE TOMÁS SALVADOR

VIVES ANTÓN

1.- Introducción.....	pág. 72
2.- Fundamentos filosóficos.....	pág. 75
3.- El concepto de acción de VIVES ANTÓN.....	pág. 89
4.- Análisis de la intención en el pensamiento de VIVES ANTÓN.....	pág. 94
5.- El contenido material de la acción.....	pág. 97
6.- Análisis de la acción e imputación objetiva.....	pág. 103
7.- Los contenidos de la mente.....	pág. 105
8.- La teoría de la norma en VIVES ANTÓN.....	pág. 111
9.- El nuevo sistema del delito.....	pág. 122

10.- Acción y causalidad.....	pág. 128
11.- El concepto comunicativo de acción de George P. Fletcher.....	pág. 132
12.- A modo de conclusión.....	pág. 139

CAPÍTULO III.- LA ADECUACIÓN SOCIAL

1.- Introducción.....	pág. 142
2.- Antecedentes.....	pág. 148
3.- Naturaleza jurídica de la adecuación social.....	pág. 153
4.- Contenido de la adecuación social.....	pág. 157
5.- Crítica de la adecuación social.....	pág. 161
6.- Estado jurisprudencial.....	pág. 164
7.- Algunas consideraciones finales.....	pág. 174

CAPÍTULO IV.- ANÁLISIS DEL DESVALOR DE ACCIÓN (I)

1.- Introducción.....	pág. 177
2.- Orígenes del moderno sistema de Derecho penal.....	pág. 178
3.- El sistema del delito de FEUERBACH.....	pág. 194
4.- La propuesta de HEGEL.....	pág. 196
5.- Reflexiones acerca del actual modelo de injusto penal.....	pág. 200

CAPÍTULO V.- ANÁLISIS DEL DESVALOR DE ACCIÓN (II)

1.- Revisión del concepto de injusto.....	pág. 207
2.- Propuesta de reformulación del injusto penal.....	pág. 218
2.1.- La superposición de las nociones de desvalor de resultado y desvalor de acción.....	pág. 219
2.2.- La confusión entre causalidad y desvalor de acción.....	pág. 224
2.3.- La actual configuración de un modelo formal de desvalor de acción.....	pág. 230
3.- Nueva propuesta: la tesis del desvalor material de la acción.....	pág. 235
4.- A modo de conclusión.....	pág. 247

CAPÍTULO VI.- ANÁLISIS DEL DESVALOR DE ACCIÓN (III)

1.- Evolución del concepto de antijuridicidad material.....	pág. 256
1.1.- El concepto liberal de bien jurídico.....	pág. 257
1.2.- El bien jurídico en la Restauración.....	pág. 260
1.3.- La noción material de bien jurídico.....	pág. 265
2.- Concepto material de bien jurídico.....	pág. 269
3.- WELZEL: la distinción entre desvalor de acto y desvalor de resultado.....	pág. 270
4.- Clasificación: concepto material y formal.....	pág. 273
4.1.- Concepto material de bien jurídico.....	pág. 273
4.2.- Concepto formal de bien jurídico.....	pág. 278
5.- Alternativas al concepto de bien jurídico.....	pág. 279
6.- El bien jurídico en la encrucijada.....	pág. 283
7.- Antijuridicidad material y tesis del desvalor material del acto.....	pág. 301
8.- Nuevas propuestas.....	pág. 309

CAPÍTULO VII.- CONSECUENCIAS DE UNA TEORÍA MATERIAL DEL DESVALOR DE ACCIÓN

1.- Acerca de la necesaria simbiosis entre dogmática y <i>praxis</i>	pág. 315
2.- Análisis de la denominada “participación neutra”	pág. 317
3.- De lo viejo y lo nuevo en el análisis de la participación neutra.....	pág. 321
4.- Análisis de las diferentes propuestas académicas.....	pág. 323
4.1.- Teorías subjetivas.....	pág. 324
4.2.- Teorías mixtas.....	pág. 327
4.2.1.- Teorías mixto-objetivas.....	pág. 327
4.2.2.- Teorías mixto-subjetivas.....	pág. 332
4.3.- Teorías objetivas puras.....	pág. 335
5.- Actividades neutrales y tesis del desvalor material del acto.....	pág. 342
6.- Otras consecuencias.....	pág. 349

CAPÍTULO VIII.- ANÁLISIS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

1.- Introducción.....	pág. 355
2.- Antecedentes históricos.....	pág. 356
3.- Fundamentos de la teoría de la imputación objetiva.....	pág. 362
4.- Teorías de la imputación objetiva.....	pág. 364
4.1.- La frustración de las expectativas sociales de Günther JAKOBS.....	pág. 365
4.2.- La teoría del incremento del riesgo de Claus ROXIN.....	pág. 369
4.3.- El desbordamiento de la teoría de la imputación objetiva de Wolfgang FRISCH.....	pág. 374
5.- Postura personal.....	pág. 378
6.- Imputación objetiva y teoría del desvalor material del acto.....	pág. 387
CONCLUSIONES	pág. 391
BIBLIOGRAFÍA	pág. 397

INTRODUCCIÓN

Comprender en profundidad el moderno sistema del hecho punible, exige analizar con un cierto rigor el desarrollo experimentado a lo largo de los años por el injusto penal. Sólo si conocemos el fundamento último que se encuentra tras la sanción penal, seremos capaces de analizar la legitimidad de la labor legislativa, pudiendo entonces aplicar con corrección las normas penales.

El paso de un sistema monista de responsabilidad criminal, exclusiva o cuasi exclusivamente construido alrededor de los conceptos de resultado y autor, a un sistema de responsabilidad dual, construido en torno a la noción de resultado y también de acción, constituyó sin ningún género de dudas una auténtica revolución. Según mi parecer, el más importante hito en la historia del Derecho penal.

El punto de partida en esta evolución debe ubicarse en el moderno Derecho penal del hecho o de la culpabilidad, cuya aparición, lejos de resultar fortuita, en realidad, supuso la culminación de la revisión antropológica y filosófica iniciada por los pensadores de la Ilustración, y culminada por los revolucionarios franceses de finales del s. XVIII.

En el plano antropológico la constatación de que todas las personas merecían la consideración de seres humanos, iguales y libres, por el simple hecho de serlo, de que todo ser humano merecía ser tratado de forma digna, y, por ello, como un fin en sí mismo, de que todos somos iguales ante la ley, etc... determinó el cambio de tendencia, imponiendo importantes límites a la intervención del *ius puniendi*. El ser humano en tanto que entidad con valor propio no debía hallarse sometido a las necesidades del Estado, objeto en cambio, éste sí, al servicio de los ciudadanos.

Por su parte, en el plano filosófico, la revolución vendría de la mano de la racionalización de las Ciencias jurídicas impuesta por su emancipación tanto respecto de la teología como de la filosofía moral.

En lo que a nosotros interesa, debe señalarse que la revisión antropológico-filosófica ilustrada implicó trasladar el acento en la fundamentación de lo injusto penal al ámbito de la imputación. El ser humano únicamente podía ser considerado responsable de aquellos eventos que de modo libre hubieran sido ejecutados bajo su

dominio. En definitiva, la nueva conceptualización del ser humano como libre, igual y por ello sometido a los exclusivos designios de su propia voluntad, así lo exigía.

De ahí precisamente la importancia que ya desde el primer tercio del siglo XIX cobró la determinación de lo que por acción debiera entenderse, así como su distinción respecto de los meros acontecimientos o eventos fortuitos.

Sin embargo, y por más que la cuestión resultara, al menos en un plano abstracto, sencilla, lo cierto es que la doctrina no sería capaz de zanjar en más de dos siglos el interrogante acerca de aquello que la acción fuera, ni así tampoco acerca del momento exacto en que debía situarse el origen de la acción.

Adviértase, por lo tanto, que el fracaso vendría determinado no sólo por la incapacidad de la doctrina para hallar definiciones más o menos razonables de aquello que la acción fuese, sino también y especialmente para hallar mecanismos que permitieran determinar de entre el conjunto de movimientos corporales ejecutados por un ser humano cuáles de ellos debían reducirse a la unidad configurándose como una acción determinada. Todo ello, por no hablar de las dificultades para hallar un supraconcepto de acción que diera cabida a los casos de omisión pura o comisión por omisión, así como de imprudencia.

En definitiva, y a modo de ejemplo, se trataba de precisar cuándo inicia el homicida la acción de matar. ¿Será el momento en que pregunte a la víctima si a las 20:00 horas se hallará a solas en su domicilio? ¿El momento en que adquiera el cuchillo con el que le asestará el golpe mortal? ¿O se tratará del instante en que alce la mano para asestar el golpe?

Dejando a un lado al concepto hegeliano de acción, el primer intento jurídico serio por determinar aquello que la acción fuera podemos aparece de la mano de los causalistas, quienes definieron la acción como todo movimiento corporal voluntario que produjera una modificación en el mundo exterior.

Tradicionalmente se ha sostenido que para los causalistas el común denominador en la determinación del grupo de movimientos corporales que configuran una acción determinada sería la noción de causalidad. Por ello, integrarían el acto con relevancia penal todos aquellos movimientos causalmente conectados con la producción de un resultado, extremo que en no pocas ocasiones pudiera acarrear

una suerte de *regressum ad infinitum*, ya que, en definitiva, en mayor o menor grado casi todo puede hallarse en cierta medida causalmente conectado.

A la vista de ello, a pesar de que los causalistas nunca manejaron la noción de desvalor del acto por tratarse de una construcción welzeliana, resulta relativamente sencillo inferir que la relevancia penal de las acciones, y por lo tanto el que las mismas fueran consideradas disvaliosas, se hizo depender por ellos de dos condiciones: en primer lugar de que la acción en cuestión hubiera sido declarada penalmente relevante y, por ello, declarada disvaliosa, por el legislador mediante su tipificación, en segundo lugar de que su ejecución acarrearra un resultado físicamente constatable consistente en una modificación del mundo exterior. Por lo tanto, de que el resultado en términos físicos fuera imputable al acto desarrollado por el sujeto activo del ilícito. Imputabilidad que para los causalistas debía hacerse depender de la existencia de una relación de causalidad entre acto y resultado.

Adviértase, pues, que para los causalistas, el análisis del mérito o demérito de las acciones se reducía a una cuestión de mera imputabilidad o atribuibilidad de los resultados acaecidos al acto ejecutado y de su posterior subsunción en el texto de la ley.

Más allá del relativo seguimiento que el concepto causal de acción encuentra hoy día entre la doctrina académica, al menos en lo que a nuestro ámbito cultural se refiere, lo cierto es que la relevancia de la noción causal de acción sigue resultando aún a fecha de hoy extraordinaria.

Con la salvedad de los finalistas, para quienes el común denominador que dotaría de unidad a los diferentes movimientos corporales que configuran la acción sería la voluntad del sujeto activo del delito, las diferentes concepciones jurídico-penales de acción que se han desarrollado, sean estas de carácter ontológico o normativo, se han caracterizado por idear concepciones causales del comportamiento humano con relevancia penal, apareciendo siempre la noción de causalidad como elemento nuclear en la conjunción de los movimientos corporales que configuran el acto con relevancia penal. Y ello, con independencia de que la noción física de resultado haya sido sustituida por una noción normativa, que identificaría resultado con afectación de bienes jurídicos.

En efecto, a pesar de que la doctrina hace ya varias décadas que cesó en su empeño por elaborar un supraconcepto de acción del que resultaran predicables las notas de ser típica, antijurídica y culpable, y que, a su vez, fuera capaz de reducir a la unidad acción y omisión, dolo e imprudencia, trasladando el acento en el ámbito del sistema del hecho punible en favor de la categoría dogmática de la tipicidad, la nota de la causalidad ha subsistido.

Actualmente, la doctrina mayoritaria no distingue ya entre acción y tipo penal. No cabe así pues en el ámbito del Derecho penal otra acción que la típica, cuya ejecución dependerá de la exclusiva concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos exigidos por la norma penal. Sin embargo, no cualquier acción que resulte subsumible en la literalidad del tipo será considerada, sin más, penalmente relevante, sino que para que lo sea, además, resultará necesario que la misma sea idónea desde una perspectiva antecedente para la causación del resultado típico.

A la vista de ello, no parece excesivo afirmar que nos encontramos de nuevo en el punto de partida, en un lugar muy próximo a aquel que los causalistas situaron como línea de salida en la búsqueda por el concepto de acción penalmente relevante.

La única diferencia se encuentra, en realidad, en la normativización de los términos en tanto el concepto ontológico de acción entendido como concatenación de movimientos corporales que producen una modificación perceptible se habría visto sustituido por el concepto de acción típica, mientras que el concepto de resultado en el mundo sensible se habría visto sustituido por el de afectación de bienes jurídicos. Normativización ésta que sin embargo desde un punto de vista práctico en nada cambia las cosas.

En primer lugar, en lo que a la sustitución del concepto de acción por el de acción típica, debe señalarse que se trata ésta de una modificación que únicamente pudiera adquirir auténtica relevancia en el caso de que el análisis del mérito o demérito del acto para los causalistas trascendiera a la valoración efectuada por el legislador a través del tipo penal, extremo éste que desde luego jamás se dio. En la práctica la acción siempre era analizada partiendo del tipo penal, por lo que, en definitiva, en el plano jurídico penal sólo adquiriría relevancia desde la óptica de la norma penal, tal y como ocurre hoy día.

En segundo lugar, debe advertirse que el único cambio sustancial que cabe apreciar en relación a la normativización de los resultados sería el de la sustitución del concepto de imputabilidad con arreglo a las tradicionales reglas de la causalidad, por el de imputación objetiva. De modo que en la actualidad, de nuevo, el análisis del desvalor del acto se reducirá a una cuestión de subsunción de la conducta en la literalidad del texto de la ley, así como de constatación de la existencia de una relación de causalidad entre el acto ejecutado y el resultado acaecido. La única diferencia consiste en que en esta ocasión en lugar de analizar si la conducta es causa del resultado físico, analizaremos si la conducta es idónea para causar la afectación del bien jurídico. Es decir, que mientras que antes el análisis desvalor del acto se confundía con el resultado físico ahora se confunde con el resultado en sentido normativo, entendido como afectación de bienes jurídicos, en tanto que toda conducta idónea desde una perspectiva antecedente para la producción de un resultado lesivo supondrá, en mayor o menor medida, una puesta en peligro de los bienes jurídico en juego, lo que desde luego conllevará su afectación.

El análisis de las conductas desde la óptica de la imputación objetiva, según mi opinión, no permite constatar aquello que la acción sea ni tampoco analizar el mérito o demérito de las acciones, sino tan sólo si los resultados acaecidos normativamente resultan atribuibles a la acción ejecutada, extremo este que desde luego también resulta de interés y cuya importancia no debe obviarse.

Lo antedicho permite concluir que el análisis del desvalor del acto se desarrolla en la actualidad, en sede de la teoría del delito, en términos exclusivamente formales, en tanto se confunde con el análisis de la tipicidad y de la causalidad.

Semejante valoración, en abstracto, no puede sorprendernos por resultar conceptualmente coherente con los postulados predicables de un Estado democrático de Derecho en donde el legislador aparece caracterizado como representante de la soberanía popular. Sin embargo, la actividad judicial pone de manifiesto diariamente que el análisis del mérito o demérito de las conductas desarrollado en abstracto por el legislador no permite en demasiadas ocasiones atender a las singulares circunstancias que constituyen el contexto en que el comportamiento se desarrolla, circunstancias estas, a todas luces importantes en la determinación del sentido de las acciones, y que

de ser tomadas en consideración pudieran suponer un cambio en la valoración de lo valioso o disvalioso.

Fruto del método lógico-deductivo de la subsunción aquello que no se encuentra expresamente previsto en la redacción del tipo penal debe tenerse por inexistente.

La doctrina no se muestra ajena a la problemática hasta ahora expuesta. Sin embargo, a pesar de las diferentes propuestas elaboradas al respecto (cabe citar las teorías del riesgo permitido, del principio de confianza, o del ámbito de protección de la norma), no ha sido capaz de desarrollar una tesis que ofrezca auténtica solución a la necesidad cada vez más apremiante, fruto de la preocupante expansión del Derecho penal, de superar los rigores que en ocasiones se derivan de una aplicación estricta del tipo penal.

El trabajo de investigación que ahora se inicia pretende abordar el análisis del concepto de acción a la luz de las nuevas propuestas formuladas por el profesor Tomás Salvador VIVES ANTÓN, apareciendo, ante todo, como ejercicio de reflexión acerca de los fundamentos del injusto penal, del papel del legislador en la actual sociedad, así como sobre la necesidad de formulación de un concepto material de desvalor del acto como mecanismo a través del que solucionar los problemas inherentes al método de la subsunción a fin de conseguir un análisis realmente individualizado de los casos sometidos a enjuiciamiento.

CAPÍTULO I

LA ACCIÓN.

1.- El concepto hegeliano de acción.

La doctrina mayoritaria tiende a situar la génesis¹ del análisis del concepto jurídico penal de acción en la filosofía de Georg Wilhelm Friedrich HEGEL² y más en concreto en su obra *“Grundlinien der Philosophie des Rechts”*³, obra impresa en el año 1820 –a pesar de que no saldría a la luz hasta el 1821- orientada, en un momento histórico convulso, a superar la crisis filosófica existente mediante un sistema teórico que aspiraba a captar la realidad a través de la racionalidad⁴.

¹ Vid. Paulo César BUSATO, *Derecho Penal y acción significativa*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007 pág. 29: “Se suele considerar a HEGEL el padre del concepto jurídico penal de acción, en la medida en que identifica en su obra la actividad como expresión de la voluntad correspondiente a la culpabilidad”; Asimismo, Vid. Gustav RADBRUCH, *El concepto de acción y su importancia para el sistema de Derecho penal*, editorial B de F, Montevideo, 2011, pág. 110; “El concepto de acción entra en el Derecho penal de la mano de Hegel”[...] pág. 117; “El mérito de haber forzado la materialización del concepto de acción, que hasta este punto deambulaba anónimo e informe por el sistema, corresponde a los discípulos criminalistas de Hegel, en primer término ABEGG y, después, BERNER y KÖSTLIN”.

² Vid. Bertrand RUSSELL, *Historia de la Filosofía Occidental (Tomo II, la Filosofía Moderna)*, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2007, página 413: “HEGEL (1770-1831) fue la culminación del movimiento en la filosofía alemana que se inició con Kant;[...] Su influencia, aunque ahora decreciente, ha sido muy grande, no sólo en Alemania. A finales del siglo XIX, los principales filósofos académicos, tanto en América como en Gran Bretaña, eran muy hegelianos. [...] La filosofía de HEGEL es muy difícil; es, diría yo, el más difícil de entender de los grandes filósofos”.

³ A fin de entender mejor el estado de la doctrina penal en el momento en que HEGEL desarrolló su teoría resulta muy interesante acudir a la obra de Gustav RADBRUCH; Gustav RADBRUCH, *El Concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*, editorial B de F, Montevideo, 2011, pág. 108: “Todos los antiguos sistemas pueden ser reconducidos [...] a dos tipos: unos apadrinados por GROLMANN y otros por FEUERBACH. Algunos autores, con GROLMANN, tratan del delito, primero según su característica objetiva, su tipo objetivo, su aspecto fáctico [...]; luego, según su característica subjetiva, su tipo subjetivo, su aspecto volitivo (dolo y culpa, imputabilidad) [...]. Otros, con FEUERBACH, dividen los caracteres del delito en necesarios o esenciales (manifestación exterior, antijuridicidad) y [...] necesarios alternativamente o accidentales (autoría y participación, consumación y tentativa, dolo y culpa) [...]. Por cierto, en ninguno de estos escritores falta la acción en la definición de delito, pero por otro lado, en ninguno juega ella algún papel en la teoría del último. O sea, al empezar el análisis del concepto de éste ellos no preguntan ¿cuáles son los elementos del delito?, sino ¿qué elementos convierten una acción en delito? O lo que es igual ¿cuáles son los elementos del delito”[...] pág. 112; “El concepto de acción de GROLMANN venció con razón al de FEUERBACH”.

⁴ Vid. Nicolás LÓPEZ CALERA, *Mensajes Hegelianos*, La *“Filosofía del Derecho de G.W.F. Hegel”*, editorial lustel, Madrid, 2012, pág. 21: “Para superar esa crisis de la filosofía trata de establecer una compleja y extraña relación entre lo real y lo racional como argumento central de su filosofía del Derecho y del Estado. [...] Su gran imperativo filosófico es famoso “lo que es racional es real, y lo que es real es racional” (*Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig*)” [...] pág. 24; “La verdad está en la realidad, pero en una realidad cuya racionalidad hay que desvelar a través del

Para HEGEL “La exteriorización de la voluntad como voluntad subjetiva o moral es la acción. La acción contiene las determinaciones señaladas de: a) ser sabida como mía en su exterioridad, b) tener una relación esencial al concepto en la forma de un deber ser y c) estar referida a la voluntad de los demás. El derecho de la voluntad consiste en que un hecho suyo sólo se reconozca como su acción propia y sólo tenga responsabilidad sobre aquello que ella sabía en su fin acerca del objeto presupuesto, es decir, lo que estaba en su propósito. El hecho sólo puede ser imputado como responsabilidad de la voluntad: éste es el derecho del saber [...] La acción, al trasladarse a una existencia exterior, que de acuerdo con sus diversas conexiones se desarrolla en todos sus aspectos de un modo externamente necesario, tiene múltiples consecuencias. Estas consecuencias son propias de la acción (le pertenecen) en la medida en que conforman una figura que tiene como alma el fin de la acción. Pero al mismo tiempo, en cuanto fin puesto en la exterioridad, está abandonada a fuerzas exteriores que pueden unirla con algo totalmente diferente de lo que ella es por sí y llevarla a extrañas y lejanas consecuencias. Es asimismo un derecho de la voluntad imputar sólo lo primero, porque es lo único que estaba en su propósito”.⁵

El análisis de la obra de HEGEL permite inferir en forma meridianamente clara que el elemento nuclear en su teoría de la acción se hallaba en la “voluntad” del sujeto. La voluntad expresada a través del comportamiento es lo que permite exigir responsabilidad al ser humano, aquello que nos autoriza a atribuir lo acaecido a una persona determinada⁶.

En realidad, semejante conceptualización de lo que la acción fuera, obedecía al importantísimo papel que la noción de libertad jugaba en la filosofía del derecho hegeliana: “El Derecho y la justicia debe tener lugar en la libertad y la voluntad y no en la falta de libertad a la que se dirige la amenaza⁷”. No debemos olvidar que la filosofía del Derecho de HEGEL se circunscribe a un momento histórico en que la división entre Derecho y moral no resultaba nítida, y en que los modelos de imputación propios de la filosofía moral resultaban de plena aplicación al mundo jurídico.

Lo antedicho permite extraer algunas conclusiones relevantes: en primer lugar que el concepto hegeliano de acción es un concepto ontológico, toda vez que resulta evidente que su formulación parte de una concepción prejurídica más propia de la filosofía moral⁸ –no puede olvidarse que nos encontramos ante el que ha sido considerado como máximo exponente del idealismo alemán-. Así las cosas, en HEGEL

pensamiento [...] no se trata de inventar una teoría, sino pensar o comprender la universalidad desde lo real y hacer lo real universal, extraer de la realidad lo racional e intentar que lo racional fuese real”.

⁵ Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Filosofía del Derecho*, editorial D.F.: Juan Pablos, México, 1986, parágrafo 113.

⁶ En idéntico sentido Vid. Manuel JAÉN VALLEJO, *El concepto de acción en la dogmática penal*, editorial Colex, Madrid, 1994, pág. 19: “Según la concepción hegeliana, la acción es la exteriorización de la voluntad moral”.

⁷ Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Filosofía del Derecho*, ob. cit., pfo. 99.

⁸ Vid. Nicolás LÓPEZ CALERA, *Mensajes hegelianos, La “Filosofía del Derecho” de G.W.F. Hegel*, ob. cit., pág. 67: En relación a la filosofía del Derecho de HEGEL: “Se podría decir que Hegel mantiene una concepción casi ontológica”.

se aprecia una superposición de los planos filosófico y jurídico que conduce asimismo a la elaboración de un concepto ontológico de delito –inferido de la propia realidad a través de la razón-. En definitiva, para el filósofo idealista el delito, y por lo tanto el Derecho penal, gozaban de una esencia propia susceptible de ser captada por el intelecto⁹.

En segundo lugar, puede asimismo afirmarse que se aprecia en la filosofía de HEGEL una identificación casi total entre los conceptos de acción e imputación¹⁰, fruto esencialmente de la ya apuntada confusión entre Derecho penal y filosofía moral que imperaba por aquel entonces. Debe decirse que los juristas y filósofos que desarrollaron el concepto hegeliano de acción, entre los que destacan ABEGG, BERNER, KÖSTLING y HALSCHNER, llevaron el planteamiento apuntado hasta sus últimas consecuencias situando la acción como elemento esencial de la definición del delito, lo que por otro lado es razonable e incluso inevitable si partimos de una identificación plena entre acción e imputación¹¹.

Hay que destacar, no obstante, que la identificación entre lo que vino en denominarse “*imputatio facti*” e “*imputatio iuri*” le valió al filósofo alemán innumerables críticas toda vez que semejante conceptualización no tomaba en consideración –o al menos no de forma rigurosa- la culpabilidad del sujeto activo del delito.

⁹ Vid. Nicolás LÓPEZ CALERA, *Mensajes hegelianos, La “Filosofía del Derecho” de G.W.F. Hegel*, ob. cit., pág. 52: “En Hegel no hay todavía una clara diferencia entre el Derecho y la Filosofía del Derecho, por lo que no tiene inconveniente en hablar de la “ciencia filosófica del Derecho” y de cuál sea su objeto específico: “la ciencia filosófica del Derecho tiene por objeto la idea de Derecho, esto es, el concepto de Derecho y su realización”. Incluso llega a definir la ciencia positiva del Derecho como una parte de la filosofía”.

¹⁰ Vid. José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 85, quien en similar sentido indica que “... la teoría de la acción de HEGEL cuenta con dos pilares fundamentales: la consideración de ésta como una realización exterior de la voluntad personal y la proximidad (casi identificación) entre acción e imputación”. Asimismo, vid., Manuel JAÉN VALLEJO, *El concepto de acción en la dogmática penal*, ob. cit., pág. 19: “... se trata de un concepto valorizado que comprende prácticamente toda la imputabilidad penal; sólo hay imputación, y si hay acción también hay imputación”; también Eugenio Raul ZAFFARONI, *Derecho penal parte general*, editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 401: “La premisa de que sólo las acciones libres pueden ser antijurídicas (inescindibilidad de antijuridicidad y culpabilidad en este sentido) era una consecuencia de la teoría de la pena del hegelianismo”.

¹¹ A.F. BERNER., *Grundlinien der kriminalistischen Imputationslehre*, cita extraída de José Antonio Ramos Vázquez, *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, editorial Tirant lo Blanch, ob. cit., pág. 86: “el delito es acción. Todo lo demás que se afirma del delito son sólo predicados que se añaden a la acción en cuanto sujeto. Por ello el concepto de acción ha de ser la firme osamenta sobre la que se estructure la teoría del delito”.

Según RAMOS VÁZQUEZ "... esa estrecha vinculación entre acción e imputación lo incapacita para hacer frente a un injusto no culpable. [...] muy certeramente ha resumido Mezger esta cuestión con las siguientes palabras: "Este concepto de la acción de los hegelianos no es el concepto descriptivo, libre de valoración, "natural", que nosotros hemos colocado a la cabeza del sistema. Se trata más bien de un puro concepto-valor, y en tal sentido encierra en sí la total idea de la imputabilidad penal: acción e imputabilidad son una misma cosa para él. Sólo lo que es imputable es acción, y lo que es acción es también imputable. O dicho con las mismas palabras empleadas por aquellos autores: la imputación es el juicio por el que se expresa que un hecho es una acción". De este modo, y aunque los penalistas de la "escuela hegeliana" se esforzaron por separar acción y acción punible, no lo consiguieron y tal equiparación –nada extraña en una época en la que injusto y culpabilidad se confundían- parece hoy por hoy insostenible".¹²

Creo no obstante que semejante crítica debe resultar cuanto menos matizada ya que HEGEL difícilmente podía prever semejantes vicisitudes fruto del escaso desarrollo que la teoría del delito había experimentado a mediados del siglo XIX¹³. Asimismo, no debe olvidarse que en realidad para HEGEL se trataba de hallar un fundamento universal de la responsabilidad penal –moral y jurídico-.

Con todo, tamaña insuficiencia no tardaría en ser evidenciada, así por ejemplo, RADBRUCH sentenciaría al respecto que "dado que puede existir relación de causalidad sin que exista relación de culpabilidad, resulta que la acción, cuando comprende únicamente el nexo causal entre voluntad y hecho, no coincide con la imputación y, antes bien, es más amplia que ésta. Durante el predominio del concepto de acción de los hegelianos ya hubo disidentes que profesaron esta última opinión, a saber, LUDEN y BEKKER. Como es sabido, LUDEN fue un precursor del criterio de hay que separar rigurosamente la relación de culpabilidad respecto de la relación de causalidad, opinión que más tarde con von BURI, se convirtió en dominante. Así, también él exige para el concepto de acción únicamente voluntad, hecho y causalidad

¹² José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 87.

¹³ Vid. Manuel JAÉN VALLEJO, *El concepto de acción en la dogmática penal*, ob. cit., pág. 19: "En los primeros Tratados de Derecho penal, entre los que destaca el clásico de VON FEUERBACH, a quien se debe precisamente el primer Código penal liberal, esto es, el Código bávaro de 1813, la acción no era objeto de especial análisis, quizás porque se consideraba algo tan obvio que no merecía la pena detenerse en su estudio. La teoría del delito no merecía sino la rudimentaria distinción entre imputación objetiva y subjetiva dominante hasta mediados del siglo XIX. Había que esperar al siglo XX para hallar en la dogmática (llamada clásica) y gracias a las construcciones de BINDING, BELING, VON LISZT y RADBRUCH, la concepción tripartita del delito, hoy dominante, como acción típica, antijurídica y culpable".

entre ambos. Además extrajo con gran energía las consecuencias sistemáticas de excluir la culpabilidad del concepto de acción¹⁴.

No obstante, no faltan en la actualidad quienes afirman que en realidad HEGEL habría identificado conscientemente los conceptos de acción y de culpabilidad, excluyendo de forma voluntaria las posibilidades de acción no culpable. En este sentido JAKOBS habría señalado que “no existe impedimento lógico alguno en llamar acción al hecho enteramente imputable, es decir culpable. Un comportamiento antijurídico pero no culpable, para este modo de hablar, no es una acción completa sino imperfecta. [...] Un concepto de acción que -en terminología moderna- excluye lo no culpable ha sido desarrollado por Hegel e introducido por los hegelianos (...) “es acción la exteriorización de la voluntad en tanto que subjetiva o moral”. (...) Lo grave no es el suceso externo, sino la actitud del autor ante la norma”. (...) En esta concepción no se abarca a los hechos imprudentes¹⁵”. Sin embargo creo poco probable que HEGEL, al elaborar su teoría de la acción, excluyera de forma consciente la punición de los supuestos de injusto no culpable. Según mi opinión HEGEL simplemente se limitó a teorizar sobre los fundamentos de la responsabilidad humana, identificando capacidad de acción y libertad, concluyendo que los comportamientos imprudentes, en tanto que libremente ejecutados también ostentaban la consideración de acciones. No en vano, no debe olvidarse que el concepto de reprochabilidad aún tendría que esperar varias décadas para ver la luz de la mano de FRANK¹⁶.

Asimismo, debe indicarse que si semejante omisión se hubiera producido conscientemente la teoría hegeliana seguiría resultando no ya inadmisibles sino asimismo inviables, debido a que no sólo acarrearía la quiebra de la función crítica atribuida al concepto de bien jurídico y por lo tanto la cuasi inutilidad del concepto de antijuridicidad material, tal y como realiza JAKOBS en su sistema del hecho punible, sino, asimismo, debido a que el análisis de imputabilidad subjetiva no tendría cabida en el sistema fruto de la identificación plena entre acción e imputación.

¹⁴ Gustav RADBRUCH, *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*, ob. cit., pág. 38.

¹⁵ Günther JAKOBS, *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 157.

¹⁶ Semejante explicación resultaría más acorde con lo anteriormente expuesto acerca de los fundamentos de la teoría del derecho hegeliana.

Sea como fuere, no tardó en producirse una escisión en el seno de la “escuela hegeliana”. Según el contenido que se atribuyó a la noción de imputación los autores se dividieron en dos “facciones”; “unos ven en la imputación un juicio sobre la relación de la voluntad con el resultado y su antijuridicidad; otros refieren la inculpación únicamente al resultado. Sustentan el primer punto de vista especialmente ABBEG, TEMME y BINDING. [...] el otro ABBEG y TEMME lo emprendieron”¹⁷.

El siguiente paso en la evolución de la tesis hegeliana de acción sería el emprendido por BINDING y ZITELMANN; quienes entendieron que el Derecho penal no podía quedar al margen de las acciones realizadas por inimputables, ni tampoco de las acciones a las que denominaron “inculpables”. De esta manera el desarrollo de la teoría del delito, fruto ciertamente de la controversia apuntada en torno al concepto de acción, acababa de empezar. El debate en torno a la acción cambiaría para siempre el mundo del Derecho penal.

Resulta asimismo oportuno destacar la existencia de una gran coincidencia entre el concepto hegeliano de acción y el concepto final de acción desarrollado casi un siglo más tarde por WELZEL, hasta el extremo –matizado- que puede llegar a afirmarse que éste constituye una revisión del primero adaptada a las necesidades y evolución que la teoría general del delito había experimentado a principios del siglo XX-. La esencia –qué mejor término refiriéndonos a HEGEL y WELZEL- del concepto de acción en ambos casos sería común; la acción como exteriorización de una voluntad humana –a pesar de que los motivos que subyacen a las teorías de ambos autores se encuentren realmente alejados-.

2.- El concepto causal de acción.

Tal y como hemos tenido ocasión de analizar, los postulados filosóficos del hegelianismo sentaron las bases sobre las que germinaría el primer concepto jurídico penal de acción, a la postre dominante hasta finales del siglo XIX.

A pesar de ello, no tardarían en aparecer voces discrepantes exigiendo la revisión de las tesis hegelianas, fruto, esencialmente, de la necesidad de adaptar el

¹⁷ Gustav RADBRUCH, *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*, ob. cit., pág.118.

modelo existente al intenso desarrollo experimentado por la dogmática jurídico-penal alemana. Sirva como ejemplo lo ya manifestado con anterioridad acerca de la tesis de LUDEN y von BURI sobre la distinción entre los conceptos de “relación de causalidad” y “relación de culpabilidad. Asimismo, no debe olvidarse que el auge de las ciencias naturales que tuvo lugar a finales del s. XIX y principios del s. XX inundó el mundo académico, no siendo las ciencias sociales, entre las que se encuentran las jurídicas- una excepción¹⁸.

La dogmática penal y con ella el sistema del hecho punible, aparecían en escena con el objetivo de solventar una controvertida cuestión; el problema que, desde la perspectiva del por aquel entonces moderno principio de legalidad, planteaba la interpretación de las normas penales, y por ello, la determinación de lo que fuera el delito.

Ante semejante problemática, la doctrina germánica centró sus esfuerzos en la elaboración de un sistema que dotara a sus usuarios de parámetros objetivos a través de los que lograr una correcta interpretación de las leyes penales, y con ello la atribución y determinación unívocas de lo que el delito fuese; sistema que en lo esencial consistiría en la elaboración de una amalgama de principios generales –que se identificarían con las categorías dogmáticas- que debían configurarse como conceptos

¹⁸ Al respecto, vid. Pedro DORADO MONTERO, *Bases para un Nuevo Derecho Penal*, editorial Sucesores de Manuel Soler, Barcelona, 1907, pág. 10 y 11: “Atribuía LEOPARDI la mayor parte de las desdichas que afligen a los hombres, al abandono que estos habían hecho de la Naturaleza, para echarse en brazos de la razón, es decir de la especulación abstracta y meramente discursiva; y preconizaba como remedio a los males que sufrimos, la vuelta a la Naturaleza y al conocimiento y obediencia de sus leyes. Durante muchos siglos, en efecto, la humanidad ha venido siendo dirigida casi enteramente por los caprichos y creaciones arbitrarias de la imaginación, por seres y fuerzas extranaturales, cuya existencia ésta inventaba, y que no tenían por consiguiente, hasta donde ello es posible (pues no puede hablarse de nada que de alguna manera no exista), correspondencia alguna en la realidad. A falta de una explicación natural de la vida y sus fenómenos, de una explicación derivada de la observancia directa y constante de la Naturaleza, el pensamiento inquieto del hombre, necesitado de hallar alguna causa a que atribuir el origen y sucesión de los acontecimientos, inventaba las que bien le parecía, o mejor dicho, las que podía, y luego, sobre esta base, continuábase discurrendo; y el conjunto de ideas y representaciones, elaboradas de este modo y transmitidas de unas generaciones a otras y de maestros a discípulos, constituía el alimento principal, más purificado en unos, más grosero en otros, del espíritu de los individuos y el sistema de concepciones e ideas que gobernaba la conducta de estos y servía de fundamentos a las instituciones sociales. Los filósofos y pensadores ejercitaban a menudo sus fuerzas sobre este material, por lo que sus producciones científicas llevaban impreso, inevitablemente el sello del idealismo abstracto...”.

rectores de la interpretación de las leyes y de la subsunción de las conductas en los tipos penales¹⁹.

Conviene asimismo indicar que el desarrollo de la teoría del delito durante el último tercio del s. XIX, período en que debe situarse la aparición de las doctrinas causalistas, se caracterizó, tal y como señaláramos, por ubicarse en un contexto de auge de las ciencias naturales frente a cualesquiera otros sistemas científicos; “el balance final de la filosofía kantiana se redujo, de modo difícilmente justificable, a esto: que la ciencia dice todo lo que podemos saber y, por consiguiente, que no hay más razón que la razón teórica. La razón práctica se tenía por una leyenda condescendiente”²⁰. Todo saber, incluido el jurídico, debía obtenerse a través del método científico propio de las ciencias naturales, único sistema apto para alcanzar conocimiento objetivo y por lo tanto válido universalmente –la racionalidad práctica no sería considerada más que mera especulación trascendental sin posibilidad de refutación, ni por lo tanto de credibilidad alguna-. De ahí precisamente el triunfo del positivismo legal.

En el contexto apuntado, el naturalismo-causalista emprendió la labor de reproducir en el seno del sistema del hecho punible los elementos “naturales” del delito, principalmente a través de la noción de causalidad (considerada por aquel entonces una ley científica universalmente válida) infiriendo del mundo sensible –la naturaleza- aquello que el delito fuera –mundo inteligible-²¹. De ahí que pueda llegar a afirmarse que el concepto causal de acción apareció en realidad como reacción frente a las tesis hegelianas²².

¹⁹ Vid. James GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho penal y proceso*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2010, pág. 45: “LISZT introdujo en el Derecho penal la idea del fin que según JHERING es la “fuerza creadora de todo derecho”. Pero no lo hizo con el objetivo de establecer una nueva y discutible teoría de la pena, sino de investigar sobre el fundamento de esa interpretación, el delito y la pena desde el punto de vista causal, y buscar soluciones a sus investigaciones de política criminal”.

²⁰ Vid. Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del Sistema Penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 736.

²¹ Vid. Bernd SCHUNEMÄNN, *El Sistema Moderno del Derecho penal*, Editorial B de f, Montevideo, 2012, pág. 22: “Únicamente la “antijuridicidad” constituía un cuerpo extraño de naturaleza normativa en el seno del sistema naturalista. Que esta quiebra no se manifestara de modo demasiado perturbador en el sistema de von LISZT y BELING, [...] se debe, sin embargo, al positivismo jurídico, que identificaba el derecho con el conjunto de leyes promulgadas por el legislador y (como “jurisprudencia de conceptos”) creía en la posibilidad de obtener el sentido de la ley mediante una interpretación que tuviera lugar sin necesidad de valoraciones propias por parte del juez”.

²² Vid. Günther JAKOBS, *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 157: en este mismo sentido señalaría JAKOBS que “la posición contraria a la concepción de la acción como expresión de sentido es su concepción como

Fruto de lo antedicho el concepto de delito pasó a configurarse sobre un doble plano: un “plano externo”, que se identificaría con aquellos de sus elementos perceptibles por los sentidos, y un “plano interno”²³, que se identificaría con los elementos subjetivos. Así, tipicidad y antijuridicidad aparecerían en este contexto concebidas como elementos objetivos del delito, susceptibles de aprehensión sensible y descripción verificables objetivamente, mientras que la culpabilidad se limitaría a analizar la faceta no perceptible físicamente del delito, reduciéndose al estudio de la relación psicológica entre el autor y el hecho típico y antijurídico –sin olvidar la imputabilidad del sujeto activo del delito-²⁴.

En definitiva, lo que se pretendía no era sino construir una auténtica Ciencia del Derecho penal sustentada sobre datos objetivos, susceptibles de verificación y refutación, en un contexto en que el positivismo legal aún gozaba de un significado político y social plausible. La legitimidad que se atribuía al poder legislativo unido a la seguridad jurídica que se derivaba de un sistema que “omitía” criterios valorativos en

suceso externamente peligroso, y este cambio, la naturalización del fundamento de la pena (...) es la base sobre la que a finales del siglo pasado tiene lugar una transformación de la doctrina de la acción, en principio considerándose que la acción ya no es un comportamiento imputable, sino un acto voluntario peligroso para intereses” –si bien debe indicarse que JAKOBS olvidó señalar que se trata de una revisión afortunada del concepto toda vez que de esta forma se adapta a las nuevas necesidades de la teoría del delito y en particular de las ya mínimamente desarrolladas categorías de la antijuridicidad y culpabilidad-.

²³ Vid. Claus ROXIN, *Derecho penal. Parte General, Tomo I*, editorial Civitas, Madrid, 2006, pág. 198: “El sistema “clásico” del delito de LISZT y BELING, que se convirtió en dominante a principios de siglo, que todavía es influyente en muchos aspectos en el extranjero y cuyas categorías básicas siguen teniendo vigencia también en la dogmática alemana actual, se basaba en la hipótesis de que injusta y culpabilidad se comportan entre sí como la parte externa y la interna del delito. En consecuencia, todos los requisitos objetivos del hecho punible pertenecían al tipo y a la antijuridicidad, mientras que la culpabilidad se concebía como el compendio de todos los elementos subjetivos del delito (el denominado concepto psicológico de culpabilidad). Por consiguiente, el dolo se consideraba desde la perspectiva de esa teoría como forma de la culpabilidad”.

²⁴ Vid. Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho penal*, editorial Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 231: “En consecuencia tal formulación del delito presentaba una gran dosis de sencillez y fácil entendimiento, por cuanto los elementos tipicidad y antijuridicidad eran portadores de contenidos y fundamentos exclusivamente objetivos. Así la tipicidad no podía ser otra cosa que la descripción objetiva de un concreto proceso causal-natural, que tiene su razón motriz en una acción física que venía a plasmarse en un concreto resultado. A esta formulación de la tipicidad, en cuanto que descripción externa, se le ha denominado “objetivo-descriptiva”. También en términos objetivos la antijuridicidad era concebida como la contradicción entre el hecho y la norma. En este sentido antijuridicidad supone traducción o concreción valorativa de una acción previa descrita típicamente, esto es, acción incluida en la Ley Penal. Estamos en presencia de la denominada concepción objetivo-valorativa de la antijuridicidad. Dentro de este modelo de teoría del delito, el comportamiento teórico de los contenidos subjetivos se halla residenciado en la culpabilidad, que es definida en términos psicológicos y por tanto representa la relación subjetiva-psicológica del sujeto con su hecho típico y antijurídico.”.

su configuración parecían dotar al causalismo-naturalista de un aura de objetividad que se hallaba en plena consonancia con los fundamentos y fines del Estado de Derecho²⁵.

A pesar de que suele afirmarse por la doctrina de forma ciertamente generalizada que el concepto causal de acción apareció de la mano del profesor Franz von LISZT, sería JIMÉNEZ DE ASÚA, a la postre uno de los más ilustres discípulos del propio von LISZT, quien se encargaría, hace ya cerca de un siglo, de matizar dicho extremo: “La construcción de la doctrina del acto (...) se instala científicamente en la sistemática jurídico-penal moderna por von LISZT, pero no puede decirse que sea él quien por vez primera edifica la teoría de la acción. A finales del s. XVIII la atisbó Ernst Ferdinand KLEIN, pero su verdadero fundador fue Heinrich LUDEN, al mediar la pasada centuria²⁶”. Si bien lo cierto es que sería von LISZT quien situaría en la geografía jurídica al concepto causal de acción.

En todo caso, en lo que a nosotros interesa, cabe apuntar que, en el ya referenciado contexto de exaltación del método científico propio de las ciencias naturales –al que von LISZT no fue capaz de sustraerse-, éste procuró elaborar un concepto de acción mediante el que superar las deficiencias de que adolecía la tesis hegeliana a fin de obtener un auténtico concepto omnicompreensivo que permitiera reducir a la unidad acción, omisión, dolo e imprudencia:

“Acto es la conducta voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria no impediende de un cambio en el mundo exterior. La idea de acto supone, pues, en primer término, una manifestación de voluntad.[...] Se entiende por manifestación de voluntad toda conducta voluntaria; es decir, la conducta que, libre de violencia (*Zwang*), física o psicológica, está determinada (motivada) por las representaciones (*Vorstellungen*). La manifestación de la voluntad puede consistir en la realización o en la omisión voluntaria de un movimiento del cuerpo. No existe por consiguiente, acto cuando alguno causa daños en cosas de otro durante un ataque de epilepsia; cuando se halle imposibilitado, por un desvanecimiento, de cumplir un deber, o cuando obra violentado por una fuerza irresistible. [...] La

²⁵ Vid. Santiago MIR PUIG, “Límites del Normativismo en Derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, nº 07-18, pág. 46: “El positivismo jurídico del siglo XIX tenía, además de su pretensión de científicidad, un significado político plausible. Por una parte, las aspiraciones humanísticas de la Ilustración se habían ido convirtiendo, en parte, en Derecho positivo, de modo que postular la subordinación de la doctrina jurídica al Derecho vigente era optar por una cierta realización histórica de los ideales ilustrados. Parafraseando a HABERMAS, la facticidad del Derecho positivo implicaba ya un grado de validez material que los juristas estimaban aceptable. Por otra parte, dicha subordinación del Derecho positivo realizaba por sí misma uno de los valores indiscutibles del Derecho: la seguridad jurídica, que a su vez representaba ya el principio capital del Estado de Derecho: el imperio de la ley, que en Derecho penal se traducía en el principio de legalidad. El formalismo y la exclusión de juicios de valor del método positivista añadían una forma fácilmente objetivable de analizar, reconstruir y aplicar el Derecho que parecía blindarlo frente al peligro de manipulación subjetiva por parte del intérprete”.

²⁶ Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Volumen II, editorial Losada, Buenos Aires, 1962, pág. 331.

volición que caracteriza la manifestación de voluntad y, por consiguiente, el acto significa simplemente, en el sentido de esta concepción, el impulso de la voluntad (*willensimpuls*). Se le puede definir físicamente como inervación, y se le puede concebir psicológicamente como “aquel fenómeno de la conciencia por el cual establecemos la causa²⁷”.

La propuesta de von LISZT resultaba, por lo tanto, aparentemente sencilla. La acción debía ser definida como movimiento corporal voluntario causante de una modificación en el mundo perceptible por los sentidos, en donde el contenido de la voluntariedad quedaba reducido a la mera constatación de la conciencia de realización del movimiento corporal, es decir, al impulso de los nervios motores, resultando absolutamente indistinta la intención que dirigiera dicho movimiento²⁸.

El concepto causal de acción se vertebraría en torno a tres elementos básicos²⁹:

- a) Voluntariedad: las acciones aparecerían en el sistema causal como manifestación de la voluntad, de ahí la consideración acerca de que únicamente gozarían de capacidad de acción los seres humanos³⁰.

Que el acto se concibiera como expresión o manifestación de la voluntad del sujeto implicaba que éste debía realizarse libremente así como de forma consciente. Debe insistirse, por su importancia, en que el concepto “voluntad” en la teoría de von LISZT se hallaría referido exclusivamente a la realización del movimiento corporal, no identificándose en ningún caso

²⁷ Franz VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, editorial Reus (3ª edición), Madrid, s/d, pág. 297.

²⁸ Vid. Lorenzo MORILLAS CUEVA; “Construcción y demolición de la teoría de la acción”, en Carlos GARCÍA VALDÉS (coordinador), *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, editorial Edisofer, Madrid, 2008, pág. 1368: “Desde una perspectiva general, para la teoría de la acción causal, la más clásica y posiblemente la más seguida de la historia de la Ciencia punitiva, la acción es un comportamiento humano dominado por la voluntad que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior –o que no evita, en el caso de la omisión-. Es conocida como causal porque la voluntad simplemente es percibida en la realización determinante del resultado y no como fuerza conductora hacia el resultado final. La citada consecuencia puede producirse como un sencillo movimiento corporal –da lugar a los delitos de simple actividad- o bien como una modificación en el mundo exterior –delitos de resultado-”.

²⁹ Vid. Lorenzo MORILLAS CUEVA, “Construcción y demolición de la teoría de la acción”, ob. cit., pág. 1369: “A von LISZT, junto a BELING, suele considerársele no solo iniciador del sistema clásico del delito sino también creador del concepto natural de acción. Sobre tres variables esenciales desarrolla su concepto: a) movimiento corporal; b) causado por un impulso de la voluntad; c) que supone, como causa de aquel, una alteración del mundo exterior mediante una conducta voluntaria. En el término modificación incluye la causación o la no evitación de esa transformación, con lo que pretende incorporar tanto los delitos de comisión como los de omisión en la comprensión general que propone”.

³⁰ Vid. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, ob. cit., pág. 335: “decimos que se trata de una manifestación de voluntad y con ello va ínsito que nos referimos a un momento de la conducta humana. Queda así, ab initio rechazada la pretendida responsabilidad criminal de las personas jurídicas”.

con la intención que dirigiría el movimiento corporal, con el resultado que a través de dicho movimiento pretendería obtenerse y que en definitiva constituiría el dolo, cuyo análisis en el sistema causal-naturalista se ubicaría en el ámbito sistemático de la culpabilidad³¹.

- b) Resultado: en consonancia con lo anteriormente expuesto, el movimiento corporal voluntariamente realizado por el sujeto activo del delito debía producir una modificación en el mundo exterior; “La voluntad debe manifestarse al mundo exterior. El concepto de acto exige, pues la aparición de un CAMBIO EN EL MUNDO EXTERIOR (aunque sólo sea pasajero); es decir, en los hombres (aunque sólo sea en su vida psíquica) o en las cosas. Nosotros llamamos RESULTADO a este cambio perceptible en los sentidos”³².
- c) Causalidad: el sistema de von LISZT se construyó alrededor de la noción de causalidad, resultando este el concepto basilar del sistema del delito causalista. Toda acción delictiva se hallaba causalmente ligada a la modificación del mundo acaecida, siendo objetivamente verificable el ligamen entre la voluntad expresada a través del movimiento corporal y el resultado acaecido. La causalidad operaba como elemento destinado a dotar de “fiabilidad” científica al modelo propuesto.

De esta manera entendía von LISZT que el sistema causal-naturalista debía permitir superar las insuficiencias inherentes al modelo hegeliano. En primer lugar, toda vez que el concepto causal de acción aparecía como un concepto omnicomprensivo que permitía integrar en su seno tanto las conductas culpables

³¹ Vid. Santiago MIR PUIG, *Derecho penal Parte General*, editorial Reppertor, Barcelona, 2008, pág. 179: “Formulado a partir de la metodología positivista, el concepto causal-naturalista constituye en la dogmática alemana el pilar del esquema clásico del delito, cuyas bases sentaron von LISZT y BELING. Para von LISZT, la acción (positiva) era: 1) un movimiento corporal; 2) causado por un impulso de la voluntad; movimiento que a su vez, 3) causa de una modificación del mundo exterior. El núcleo esencial de este concepto era la categoría de la causalidad. El “impulso de voluntad” sólo importaba en cuanto causa de la conducta externa, por lo que era indiferente cuál fuera el contenido de la voluntad y si se dirigía o no a realizar el hecho producido, con tal de que hubiera causado el movimiento corporal externo. La dirección final de la voluntad no se toma en cuenta por el concepto causal de acción”.

³² Franz VON LISZT, *Tratado...*, ob. cit., pág. 300 (Mayúsculas en el original).

como las que no lo eran; y es que según von LISZT si la voluntad aparecía conectada a la realización del movimiento corporal obviando el contenido de la intención, así como el resultado que se pretendía obtener, resultaba evidente que tan voluntario era disparar un revólver como conducir a toda velocidad ocasionando el atropello no deseado de un peatón.

En segundo lugar, ya que la propuesta de acción de von LISZT parecía superar la identificación entre acción e imputación, o entre acción y delito, a que conducía la tesis de los hegelianos, debido, además de por lo ya expuesto en torno a la noción voluntariedad, al incipiente desarrollo experimentado por la teoría del delito. El delito, fruto del desarrollo de las categorías dogmáticas, no encontraría ya su fundamento en la “lesión de la norma” sino en la lesión de los bienes jurídicos de modo que junto a la acción, la afirmación del delito exigiría la constatación de la presencia de otros elementos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Sin embargo, el concepto causal de acción sería asimismo objeto de duras críticas:

a) Concepto causal de acción y delitos de mera actividad.

Resultaba relativamente fácil advertir que los delitos de mera actividad, por su propia naturaleza, se compadecían mal con un modelo de acción que venía exigiendo la producción de una modificación del mundo perceptible por los sentidos que resultara empíricamente contrastable.

Los propios causalistas ya advirtieron esta problemática, así por ejemplo señalaba JIMÉNEZ DE ASÚA al respecto que: “el resultado no es sólo un cambio en el mundo material, y menos el estricto daño, y menos aún el concreto y efectivo perjuicio que sólo nos importa en la responsabilidad civil. También es “resultado” la mutación en el mundo psíquico externo, como la impresión que causa la injuria en el sujeto pasivo que la recibe en privado o enviada por carta. Y además lo es el riesgo o daño potencial y el peligro corrido de que habló Carrara”³³.

Con todo, adviértase que dejando a un lado el problema que representaban para el esquema causal-naturalista aquellos delitos en los que ni tan siquiera existiera

³³ Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, ob. cit., pág. 341.

movimiento corporal, como en el caso de las injurias³⁴, lo forzado del argumento que afirma la existencia de una modificación del mundo psíquico. Si precisamente el causalismo se caracterizaba por -en un esfuerzo científico-positivista- distinguir entre una faceta objetiva del delito perceptible por los sentidos e integrada por la tipicidad y antijuridicidad; y una faceta interna, no perceptible por los sentidos, e integrada por la culpabilidad, mal podía entenderse que existieran acciones no perceptibles por los sentidos o en que el daño potencial –esencia de la punición de los delitos intentados- pudiera definirse como modificación del mundo exterior.

b) Inescindibilidad entre el acto de voluntad y el contenido de la voluntad.

Una de las críticas que WELZEL formularía respecto del concepto de acción causal-naturalista consistiría en afirmar que no resultaba posible distinguir entre la voluntariedad del acto en relación a la enervación de los nervios motores y la intención o voluntariedad en relación a la obtención del resultado: “El defecto fundamental de la acción causal consiste en que no sólo desconoce la función absolutamente constitutiva de la voluntad, como factor de dirección para la acción, sino que incluso la destruye y convierte la acción en un mero proceso causal desencadenado por un acto voluntario cualquiera”³⁵.

c) El paso de lo natural a lo jurídico –la falacia naturalista-.

Sin ningún género de dudas, una de las principales deficiencias del sistema causal-naturalista de von LISZT se hallaría en el inexplicable tránsito de lo natural a lo jurídico –del ser al deber ser- que en su seno se experimenta; “Lo que no se halla explicado en el sistema de von LISZT, es el tránsito de la naturaleza a la norma y de las leyes naturales a la ley del Estado. [...] el tránsito del concepto causal de acción al concepto causal de injusto no comporta, como parecía creer von Liszt, una explicación del segundo por la primera, sino la introducción injustificada de un nuevo criterio

³⁴ Podría decirse por un causalista que precisamente por ese motivo se habla de manifestación de la voluntad exterior y no de movimiento corporal.

³⁵ Hans WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*, editorial Ariel, Barcelona, 1964, pág. 79.

metodológico. La acción entendida por von Liszt, como mero acontecer natural, no podía causar sino acontecimientos naturales, esto es, puros hechos. El entendimiento de los resultados de las acciones penalmente relevantes como lesiones de intereses no puede nacer de la acción naturalísticamente entendida, sino del sentido social que se le atribuye; esto es, de una valoración que no procede de la naturaleza”³⁶.

Resulta por lo tanto evidente que von LISZT, y con él el sistema causal-naturalista, incurrirían en la denominada “falacia naturalista” al pretender extraer del “ser” el “deber ser”, ya que de la mera descripción de la naturaleza no pueden extraerse resultados de carácter valorativo como en el caso del concepto de delito, de lo penalmente relevante, etc..

Sin embargo, y a pesar de ser ésta una crítica extendida, justo es decir, que hay quien discute que en realidad el concepto causal de acción deba ser adjetivado como ontológico, cuestionándose por ello que incurra en falacia naturalista alguna. Del hecho de que LISZT, fruto de la exaltación científica de la época, distinguiera entre una faceta objetiva y una faceta subjetiva del delito –siguiendo no sólo a WUNDT sino especialmente a GROLMANN, quien ya había elaborado previamente una similar división- no se derivaría necesariamente la pretensión de que los conceptos obtenidos a través del sistema gozaran de naturaleza prejurídica. Así por ejemplo, según MAURACH: “ninguno de los teóricos causalistas niega que una voluntad no final representa una contradicción en sí, que “una acción no es imaginable sino con una orientación final”, y el intento por lograr una solución radica en reconocer que la finalidad de la voluntad pertenece a un concepto ontológico de la acción, en tanto el concepto jurídico penal de ésta debe conformarse con una voluntad “no final”, o bien con una objetivación en una “actuación de voluntad en tendencia dañosa”: es suficiente que se quiera algo, la orientación de la voluntad es irrelevante para el concepto de acción”³⁷.

³⁶ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 418.

³⁷ Vid. Reinhart MAURACH, *Derecho penal. Parte general. Volumen 2*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 252: “el concepto causal de acción es un concepto normativo toda vez que únicamente toma en consideración la voluntariedad del acto dejando de lado el contenido de la voluntad de una forma consciente –a sabiendas de que ello no se corresponde con la realidad-. Ello obedecería a que el causalismo únicamente pretendía realizar una valoración jurídico-penal; determinar normativamente aquellos eventos que a “efectos penales” debían ostentar la consideración de acción. De ello se inferiría que la acción en von LISZT gozaría de un componente valorativo, motivo éste por el podría llegar a

d) Concepto causal de acción y tentativa.

Otra de las críticas que habría recibido el causal-naturalismo haría referencia a las dificultades que se derivarían del mismo para fundamentar la punición de la tentativa. Señalaba en este sentido JAÉN VALLEJO que: “también fracasaba el concepto causal en la tentativa, pues difícilmente se podía captar su significado sin tomar en consideración el contenido de la voluntad del autor. Si la tipicidad se agota en la acción, y ésta se entiende como un mero proceso causal, es claro que al faltar el resultado no se podrá afirmar aquella”³⁸.

Con todo, a pesar de que las insuficiencias del modelo causal de acción para fundamentar la punición de la tentativa resultarían evidentes, sorprendentemente no ha sido éste un argumento principal en la crítica del sistema de von LISZT – habitualmente centrada en el ámbito de la omisión y la causalidad-.

e) Concepto causal de acción y omisión.

La que sin lugar a dudas ha resultado la crítica más extendida formulada al causal-naturalismo ha venido siendo la de quienes afirman que semejante conceptualización de la acción no permite integrar en su seno los supuestos de omisión, de modo que el sistema causal-naturalista no permitiría la construcción de un concepto omnicomprendivo de acción, tal y como se pretendía.

Resulta curioso que fuera precisamente GUSTAV RADBRUCH quien se encargara de formular semejante crítica –toda vez que éste asumió, al menos inicialmente, los postulados causalistas-; al afirmar que: “... la omisión no sólo no tiene en común con la acción los caracteres de la voluntad, el hecho y la causalidad entre ambos; antes bien, ella se agota previamente en negarlos. Si, en lugar de ello,

afirmarse que en el discurso causalista no se produce una confusión entre el plano valorativo y el plano descriptivo”.

³⁸ Manuel JAÉN VALLEJO, *El concepto de acción en la dogmática penal*, ob. cit., pág. 28.

poseyera otros elementos positivos, habría la esperanza de conciliarla con la acción. Sin embargo, tan cierto como que no se puede poner “a” y “no a”, posición y negación, bajo un concepto superior, así también no es factible plegar juntas acción y omisión en un concepto semejante, llámeselo acción, conducta hermana o como fuere![...] Ya no se puede edificar un concepto material unitario del delito; en cuanto al contenido hay que definirlo como la acción u omisión antijurídica culpable y punible, y esta grieta llega hasta las últimas y más finas ramificaciones del sistema, de suerte que ¡no habría concepto alguno que no hubiese que considerar una doble referencia!”³⁹.

La crítica de RADBRUCH resultaría absolutamente demoledora; a partir de aquel momento la doctrina mayoritaria afirmarí que el modelo causal-naturalista no resultaba apto para construir un concepto omnicomprendivo de acción, por más que en no pocas ocasiones intentara maquillarse dicho extremo; el causalismo había fracasado, acción y omisión no podrían ser reconducidas a la unidad.

f) La causalidad.

Uno de los elementos vertebradores del concepto causal de acción se identifica con el nexo existente entre la voluntad exteriorizada por el sujeto y la modificación del mundo exterior, esto es, dicho en otros términos con la relación de causalidad existente entre acción y resultado.

Pues bien, precisamente uno de los principales defectos de los que adolecería el concepto causal de acción resultaría de su incapacidad para determinar con precisión qué actos deberían configurarse como causa del resultado; y es que si la acción integra no un único movimiento corporal, sino una pluralidad de ellos, resulta difícil determinar qué movimientos, de todos los ejecutados por el sujeto, integrarán su contenido, así como cuáles de ellos constituyen causa directa de la modificación del mundo exterior.

Una vez más sería un causalista, en este caso BELING, quien denunciaría la problemática. Señalaba BELING que la determinación del momento de inicio de la

³⁹ Gustav RADBRUCH, *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*, ob. cit., pág.168.

ejecución del delito había sido resuelta de dos formas distintas: a) a través de la teoría de la equivalencia de las condiciones, y b) a través de las denominadas teorías individualizadoras. Sin embargo tanto la teoría de la equivalencia de las condiciones, como a su vez las diferentes teorías individualizadoras elaboradas hasta el momento acarreaban una vulneración del principio de tipicidad –a la postre desarrollado por el propio BELING-, amén de que la relación de causalidad debía establecerse en función de cada tipo penal, razón ésta por la que no sólo no resultaba posible elaborar un concepto omnicomprendivo de acción sino que además ello impedía considerar a la acción como centro de la teoría del delito ya que tal papel debía ser protagonizado por la tipicidad. Al respecto, señalaba BELING que toda vez que la única acción que podía resultar sancionada –la única que podía ser considerada penalmente relevante a efectos de la teoría del delito- era la acción descrita en el tipo penal, el único elemento, o mejor dicho la única forma de dotar de unidad a los diferentes movimientos corporales que integrarían la acción era hacerlo en atención a la estructura de cada uno de los tipos penales.

De ahí que las teorías de la equivalencia de las condiciones y las individualizadoras, en la medida en que daban la espalda a la estructura del tipo penal⁴⁰, conducían en no pocos casos a la determinación de que el inicio de la ejecución del delito, esto es, el primero de los movimientos corporales que integrarían la acción penalmente relevante no se correspondía con la acción descrita en la ley, produciéndose por lo tanto una vulneración inadmisibles del principio de tipicidad. Y es que según BELING hasta el momento únicamente se había llegado a elaborar un concepto genérico de acción sin referencia a los tipos penales concretos:

“surgía de esta forma –como BELING admitirá- un concepto de acción exangüe e incoloro (un “fantasma exangüe”) que podía, no obstante, sorprender –advertirá el mismo BELING- sólo a quienes olvidan que los *“Hauptprobleme* del Derecho penal no se encuentran resueltos en la teoría de la acción, sino [...] como muy pronto allí donde se trata de explicar las cualidades de la acción”, esto es, en el “centenar de contenidos” (*hundert von Inhalten*) incluidos en el centenar de “figuras delictivas” catalogadas en la parte especial, las cuales “definen” los acontecimientos penalmente relevantes y al mismo tiempo “dan plasticidad” figura por figura a las “doctrinas generales del delito”. A pesar de esta su “ausencia de color” y de “sangre” el concepto de acción tiene todavía un valor básico. [...] del sistema belingniano de acción [...] Lo que era fecundo y vivo reposaba sobre todo, en la intuición de que un concepto general de acción no puede “definir” o “anticipar” (tanto o poco no importa) el “centenar” de “contenidos” (“internos” y “externos”) incluidos en las diversas figuras de delito, puesto que se trata de contenidos

⁴⁰ hecho este que entre otras cosas ocurría porque el concepto de tipicidad recordemos que aparece de la mano de BELING, y en consecuencia no era tomado en consideración por motivos evidentes con anterioridad

diversísimos que pueden ser “determinados” “como muy pronto” examinando singularmente los centenares de figuras de delito comprendidas en el mutabilísimo catálogo de la parte especial”⁴¹.

Así las cosas, si el concepto de acción se encuentra de tal forma vinculado a la tipicidad resultaba evidente tal y como tanto MARINUCCI como el propio BELING afirmaron, que la única función que la acción se encuentra llamada a desempeñar es la negatoria –consistente únicamente en excluir los supuestos de inconsciencia-. Desde entonces el concepto de acción quedaría por siempre supeditado a las exigencias de la tipicidad.

Con todo, si bien es cierto que las insuficiencias del modelo causalista –muchas de ellas expuestas en este trabajo- para desarrollar un concepto omnicompreensivo de acción resultan patentes, no es menos cierto que gracias a las tesis causalistas la dogmática penal experimentó una importantísima evolución sin la que a buen seguro hoy no nos encontraríamos en el actual estado de desarrollo dogmático. Asimismo no puede olvidarse que las teorías causalistas siguen siendo las dominantes en buena parte de los países latinoamericanos.

3.- El concepto neokantiano de acción.

La transición de las teorías causal-naturalistas a las teorías neokantianas o causal-valorativas de la acción se produjo como consecuencia del cambio de paradigma metodológico en el campo de las ciencias sociales que tuvo lugar a principios del siglo XX. El auge del neokantismo se mantendría durante cerca de treinta años, hasta la década de 1930⁴².

⁴¹ Giorgio MARINUCCI, *El delito como acción, Crítica de un dogma*, editorial Marcial Pons, Barcelona, 1998, págs. 44-47.

⁴² Vid. Bernd SCHUNEMÄNN, *El Sistema...*, ob. cit., pág. 27: “Mientras que el naturalismo dominó en Derecho penal a partir de la aparición de la primera edición del Tratado de von LISZT en 1881 durante dos decenios aproximadamente, poco después del cambio de siglo se abrió una nueva fase del pensamiento jurídico-penal, a lo largo de la cual se puso al descubierto la ingenuidad teórica del naturalismo y se sentaron las bases para su superación. El empuje necesario para ello se obtuvo por el influjo de la filosofía neokantiana (en especial, en la concepción de la escuela sudoccidental alemana), mediante la cual se dio nuevo impulso a la vieja noción de que del ser no deriva ningún deber-ser (o, en otras palabras, de que jamás pueden hallarse baremos normativos para la valoración de la realidad por medio de un análisis empírico de la misma). A tal “falacia naturalista” en la resolución de problemas de contenido, clara desde un punto de vista neokantiano (por ejemplo, del hecho de la causalidad no cabe derivar el juicio de valor relativo a la imputación jurídico-penal del resultado), le correspondía, en el plano sistemático, el error consistente en construir el sistema predominantemente a base de conceptos empíricos, en lugar de hacerlo sobre los valores esenciales del Derecho penal”.

Las insuficiencias derivadas de la aplicación del método empírico al ámbito de las ciencias sociales, unido al nuevo auge de la filosofía kantiana⁴³ tuvieron una importantísima repercusión en el ámbito de las ciencias jurídicas y en particular en el del Derecho penal.

Advertía KANT en su *“Metafísica de las Costumbres”* acerca de las dificultades para adquirir certeza indubitada sobre las cuestiones metafísicas –y el Derecho y la justicia desde luego lo son-, muy al contrario de lo que ocurría en el ámbito de las ciencias naturales, cuyo objeto de estudio resultaba objetivamente verificable –sin perjuicio de lo que varias décadas después demostraría POPPER-. Así las cosas, ante la imposibilidad de llegar a adquirir conocimiento indubitado sobre cuestiones metafísicas a través de la contemplación de la realidad se advertía, por un lado, lo inútil de emplear el método de estudio de las ciencias naturales en el ámbito “metafísico” y, por otro, la necesidad de adquirir consciencia de las limitaciones humanas en torno a las cuestiones jurídicas; como señalaba RADBRUCH: “la filosofía kantiana nos ha aleccionado sobre la imposibilidad de deducir de lo que es, lo valioso, lo justo, lo que debe ser”⁴⁴.

Este enfoque fue precisamente el que llevó a algunos filósofos alemanes de principios del s. XX a distinguir entre las ciencias naturales y las denominadas ciencias culturales o del espíritu.

“Todos los investigadores, no sólo los filósofos, sino también los especialistas, parecen estar de acuerdo hoy en considerar que las ciencias particulares se dividen en dos grandes grupos, y que los teólogos y los juristas, los historiadores y los filósofos se hallan unidos por intereses comunes, del mismo modo que los físicos y los químicos, los anatómicos y los fisiólogos. Pero mientras los cultivadores de las ciencias de la naturaleza no vacilan sobre el nombre que han de dar al lazo que los une, en el otro grupo, en cambio –al menos por lo que se refiere a la opinión de los especialistas-, no se ofrece así, sin dificultad, una denominación adecuada a la actividad común. Esta falta de un nombre reconocido y usual sugiere la pregunta de si no corresponderá acaso a la falta de un concepto unívocamente determinado. Por eso me he propuesto desenvolver en las consideraciones siguientes el concepto que pueda definir los intereses, problemas y métodos comunes a las disciplinas empíricas no

⁴³ Vid. James GOLSDCHMITT, *Derecho, Derecho penal...*, ob. cit., págs. 75 y 76: “La teoría de KANT sólo es comprensible si se tiene en cuenta la conexión existente entre su filosofía del Derecho y la de su época. KANT se inspira en el Derecho natural, que transforma en Derecho racional, es decir, deduce los principios del Derecho de la razón. “La ciencia puramente empírica del Derecho”, afirma KANT, “es (como la cabeza de las fábulas de Fedro), una cabeza que puede ser bella, pero que tiene un defecto, carece de cerebro”. Los principios del Derecho no tienen su origen en la observación de la naturaleza animal del hombre sino más bien en la razón práctica puesto que constituyen una parte de la moral en el sentido más amplio de las palabras y ello a pesar de que, desde una perspectiva objetiva y subjetiva, sean *leges externae*. Por consiguiente, al igual que existe una “metafísica” de la moral, hay una “metafísica” de la doctrina jurídica, es decir, un “conocimiento a priori”.

⁴⁴ Gustav RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, ob. cit., pág. 13.

pertenecientes a la ciencia natural, y que sirva asimismo para trazar la divisoria que las separa de ésta. Creo que la expresión que mejor designa al tal concepto es el de Ciencia cultural”⁴⁵.

Cabe decir, en consonancia con lo antedicho, que las tesis neokantianas se caracterizarían precisamente, frente a las causal-naturalistas, por tomar como punto de partida una premisa diversa, toda vez que convendrían en considerar que no resultaba posible adquirir conocimiento indubitado sobre las “ciencias culturales”, sino que todo conocimiento que se originara en este ámbito gozaría de una naturaleza valorativa; el hombre no sería capaz de captar la realidad de forma objetiva sino que lo haría conforme a su subjetividad. A la vista de ello, fácilmente se entiende, por lo tanto, que el concepto clave en el neocausalismo fuera el de “valor”⁴⁶.

Al abrigo de los anteriores presupuestos filosóficos, la constatación de la existencia de determinados tipos penales en que la conducta descrita por la ley contenía ya elementos subjetivos determinantes de la tipicidad y que por lo tanto no permitían la postergación de su análisis al ámbito de la culpabilidad, la imposibilidad de reducir a la unidad omisión y acción desde perspectivas causal-naturalistas, así como lo insatisfactorio del desarrollo dogmático de la categoría culpabilidad determinaron la revisión del modelo causal de acción. En definitiva, puede afirmarse que las tesis neokantianas aparecieron como reacción ante las insuficiencias del causalismo-naturalista para dar contenido en forma satisfactoria tanto al concepto de acción como a las categorías dogmáticas que debían desarrollarla⁴⁷.

⁴⁵ H. RICKERT, *Ciencia cultural y ciencia natural*, editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1965, pág. 17.

⁴⁶ Vid. Lorenzo MORILLAS CUEVAS, “Construcción...”, ob. cit., pág. 1370: “Las nuevas corrientes, denominadas neoclásicas o neokantianas, apuestan por una reforma profunda de los postulados clásicos, sobre el deslizamiento esencial del concepto de delito al mundo de los valores y por la reformulación de sus elementos, entre los que la acción tiene un cierto protagonismo”.

⁴⁷ Vid. Santiago MIR PUIG, “Límites del normativismo en Derecho penal...”, ob. cit., pág. 47: “... la acentuación de la preocupación científico-naturalista por parte de VON LISZT puso de manifiesto de forma especialmente clara las insuficiencias del concepto positivista de ciencia para el Derecho penal. Quizás aceleró en nuestro campo la vuelta a la filosofía. El hecho es que la reacción neokantiana que se produjo en la teoría jurídica alemana de principios del siglo XX llegó al Derecho penal antes que al Derecho privado, y en la versión de filosofía de los valores, especialmente antinaturalista, de la escuela sudoccidental, más que en la dirección formalista de la escuela de Marburgo. En cualquier caso, en ello tuvo un papel decisivo la imposibilidad de explicar de forma satisfactoria los elementos centrales de la teoría jurídica del delito. Ni la acción, ni la antijuridicidad ni la culpabilidad –los tres pilares básicos del concepto de delito de VON LISZT- podían entenderse adecuadamente prescindiendo de su significado valorativo”.

A la luz de las nuevas tendencias filosóficas y metodológicas, aparecieron dos corrientes de pensamiento en la dogmática alemana de la época⁴⁸; por un lado la posición de la Escuela de Marburgo –que asumiría los presupuestos filosóficos de STAMMLER-, y de otro lado la posición de la Escuela de Baden –que a su vez adoptaría las enseñanzas filosóficas de RICKERT-.

En todo caso, según nuestro parecer de entre las tesis neokantianas deben destacarse, fruto de la enorme influencia que llegaron a alcanzar, la sostenida por dos autores pertenecientes a la escuela sud-occidental o escuela de Baden.

a) La teoría de MAYER.

Max Ernst MAYER (1875-1923) fue, sin ningún género de dudas, uno de los principales exponentes del pensamiento neokantiano.

Las nuevas tendencias filosóficas orientadas hacia la superación del cientifismo naturalista aparecieron reflejadas de forma singularmente enérgica en la obra de MAYER mediante el recurso a las denominadas “normas de cultura”. Así las cosas, en el pensamiento del profesor alemán la dogmática penal, en su función de interpretación de la ley y de determinación de lo que el delito fuera, debía siempre desarrollarse bajo el manto de las reglas de conducta socialmente convenidas a las que MAYER denominó “normas de cultura”, toda vez que el Derecho penal debía tener como objeto directo de estudio a la sociedad, determinando de entre las diferentes reglas sociales existentes cuáles resultaban merecedoras de tutela penal.

“Las prohibiciones y mandatos dirigidos a los súbditos de la ley y que han sido desatendidos por el delincuente se encuentran en las normas de cultura reconocidas por el Estado. Mediante ellas se determina que conducta es antijurídica. De ahí que la explicación que intentamos aquí del concepto de norma de cultura reconocida por el Estado sea, a la vez, una aclaración acerca del injusto y contiene con ello, en los límites que lo consiente un Tratado de Derecho penal, las bases jusfilosóficas de nuestro sistema”. [...] El reconocimiento de los

⁴⁸ Vid. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte General*, editorial Ariel, 3ª edición, Barcelona, 1989, pág. 140: “debe indicarse que sería un civilista el primero en señalar la existencia de elementos subjetivos en la acción injusta, Hans Albert FISCHER en 1911 en su obra “La antijuridicidad con especial consideración del Derecho privado”. Su planteamiento es llevado al campo del Derecho penal por August HEGLER en su obra “Las características del delito” de 1914”.

intereses generales es, en efecto, el reconocimiento de las normas de cultura. [...] El reconocimiento del que hablamos aquí se lleva a efecto en la legislación”⁴⁹.

Según MAYER la realidad no podía ser captada de forma objetiva, motivo éste por el que no podía convertirse en objeto del Derecho. Para MAYER la “naturaleza” debía ser interpretada por el ser humano bajo el prisma de la sociedad y de la cultura, esto es, al amparo de las “normas de cultura”, o lo que es lo mismo, de las reglas sociales. Sin embargo, ello no implicaría, según el profesor alemán, negar autonomía al Derecho penal frente a la moral⁵⁰, ni tampoco frente a las regulaciones sociales de carácter informal toda vez que no todas las “normas de cultura” resultarían válidas por igual, debiendo el Estado encargarse de determinar cuáles, por sus efectos beneficiosos, deberían ser aceptadas y, por el contrario, cuáles, rechazadas mediante el Derecho: “de ese modo los ciudadanos resultan obligados por las normas de cultura que el Derecho ha aceptado”⁵¹.

Desde esta perspectiva: “en la base de la sistemática penal se halla el análisis de la norma de cultura, que cumple una doble función: la de identificar y tutelar bienes o intereses, cuya lesión constituye el injusto, y la de dirigir la conducta, en la que se asienta la culpabilidad”⁵².

A la vista de lo antedicho, puede fácilmente concluirse que para MAYER el Derecho penal, como institución “cultural” gozaría de carácter valorativo⁵³, produciéndose, como consecuencia de semejante constatación, una

⁴⁹ Max Ernst MAYER, *Tratado de Derecho penal Parte General*, editorial B de f, Montevideo, 2007, págs. 47 y 56.

⁵⁰ Vid. Max Ernst MAYER, *Tratado...*, ob. cit., pág. 59: “De esta teoría que refiere a la norma de cultura y, con ello, el deber jurídico al deber cultural, han sostenido BELING y NAGLER, que ella significa abandonar la independencia del Derecho [...] En mi opinión, todo lo contrario. Por la circunstancia de que ese deber quede situado en medio de las intensas luchas culturales, él resulta ennoblecido; pienso que es la selección, es decir, la separación de los intereses y normas que el Estado defiende con sus medios de poder, de aquellos otros que éste deja sólo entregados a su fuerza social o a su ausencia de fuerza, lo que constituye justamente el anuncio de una independencia que en su repercusión, estremece a la sociedad entera. Pero si el apoyo a la cultura fuera “el débil préstamo” por la que se la hace pasar, habría que aceptarlo. Porque no se trata aquí solamente de un asunto de opiniones, casi de un asunto de buen gusto: BELING y NAGLER ven la nobleza del Derecho en que en nada o en lo menos posible se apoye en un bien cultural, que sea un *self made man*; por mi parte, considero una degradación del Derecho atribuirle la nobleza del advenedizo”.

⁵¹ Max Ernst MAYER, *Tratado...*, ob. cit., pág. 17.

⁵² Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, ob. Cit., pág. 426.

⁵³ Vid. Max Ernst MAYER, *Tratado...*, ob. cit., pág. 65: “El orden jurídico como conjunto unitario tiene, desde el punto de vista que aquí nos interesa, la misma función que un tipo legal: él revela la toma de posición del Estafo frente a la cultura”.

reconfiguración normativo-valorativa de la teoría del delito en los términos que ya hemos tenido ocasión de exponer con anterioridad.

Sin embargo, el concepto de acción sostenido por MAYER, en tanto que construido alrededor de la noción de causalidad, seguiría resultando muy próximo al elaborado por von LISZT, con la excepción de la integración del resultado en la propia definición de lo que la acción fuera: “cabe definir la acción como una motivada actuación de la voluntad con inclusión de su resultado”⁵⁴.

Así las cosas, la acción seguía apareciendo como la descripción de una sucesión causal de fenómenos o eventos; de modo que la voluntad sería causa del movimiento corporal, que a su vez sería causa del resultado que se atribuiría al sujeto.

Descomponiendo cada uno de los elementos de la definición podremos observar la alambicada sucesión de fenómenos causales en que se descompondría el concepto de acción para MAYER; así las cosas, la voluntariedad se descompondría a su vez en tres momentos diferentes: representación, sentimiento y resolución motivadora. Y es que la voluntad no nacería, de forma espontánea sino que sería el resultado de un proceso en el que intervendrían los otros dos elementos referenciados, de suerte que en primer lugar se produciría en la psique humana la representación del evento a desarrollar, lo que unido al sentimiento del sujeto generaría la resolución motivadora o voluntad de ejecución del acto⁵⁵.

A su vez, el movimiento corporal sería causa del resultado obtenido, debiendo señalarse que en el pensamiento de MAYER el resultado se identificaría con la modificación del mundo exterior; desde esa perspectiva todas las acciones producirían un resultado con independencia de que nos encontráramos ante delitos de mera actividad⁵⁶.

⁵⁴ Max Ernst MAYER, *Tratado...*, ob. cit., pág. 129.

⁵⁵ Vid. Max Ernst MAYER, *Tratado...*, ob. cit., pág. 131: “Lo querido existe primero como representación [...] los motivos son representaciones que ejercen influencia sobre la voluntad. [...] De tal modo que es el sentimiento ligado a la representación, lo que hacen de ella una representación que ejerce influencia, eso es, un motivo”.

⁵⁶ Vid. Max Ernst MAYER, *Tratado...*, ob. cit., pág. 139: “Los resultados son acontecimientos que se conciben como consecuencias de las actuaciones. Pudiera sernos indiferente si toda actuación

Con todo, si bien es cierto que el concepto de acción desarrollado por MAYER no supondría precisamente una revolución conceptual, no debe obviarse la repercusión de sus planteamientos filosóficos y metodológicos y muchísimo menos la normativización a que sometería a las restantes categorías dogmáticas; a través del desarrollo de la teoría de las normas de cultura, de la constatación de una antijuridicidad material junto a la formal, de la interpretación conforme a bien jurídico de los tipos penales, de la corroboración de la existencia de elementos subjetivos del injusto, así como de la remodelación del concepto de culpabilidad como contrariedad a deber.

b) La teoría de MEZGER.

Firmemente asentado sobre los postulados filosóficos de la escuela sudoccidental alemana, y en particular sobre la obra de WINDELBAN y RIKKERT, Edmund MEZGER desarrollaría una teoría de la acción de claro signo neokantiano. El Derecho penal aparecía en su obra como una creación cultural de naturaleza positiva⁵⁷.

La construcción de MEZGER, aunque similar a la de MAYER, prescindió en su elaboración dogmática de la referencia al concepto de norma de cultura, alcanzando la convicción acerca de la naturaleza valorativa del ordenamiento penal por otras vías: “debe admitirse desde luego que el concepto de acción en el sistema del Derecho penal es, en última instancia, un concepto valorativo [...]. Es incomprensible, pues, que este concepto de acción haya sido calificado como concepto naturalístico de acción. El concepto de acción se comprende naturalísticamente cuando se quiere ver en él sólo una abstracción de la realidad; pero esta opinión representada,

voluntaria tiene un resultado, pero no se puede dudar de que ello es así; a lo menos por la palabra hablada se sigue un movimiento del aire, y por la escrita se lleva tinta al papel”.

⁵⁷ Vid. Edmund MEZGER, *Modernas orientaciones de la Dogmática jurídico-penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 21: “El fundamento filosófico jurídico de nuestra anterior exposición del concepto de acción como concepto valorativo se dedujo del círculo de ideas de la filosofía cultural sudoccidental alemana de WINDELBAN y RIKKERT, y comprende nominalmente las consideraciones de la realidad-valor. Sus “valores” son en verdad “valoraciones”, es decir, circunstancias que se regulan por una creación cultural de naturaleza positiva”.

por ejemplo, por V. LISZT, es insostenible pues desconoce la naturaleza esencial de la acción”⁵⁸.

En todo caso debe subrayarse que la teoría de MEZGER surgió como reacción tanto frente al causalismo-naturalista, como muy especialmente frente al finalismo de WELZEL, con quien se mostraría particularmente crítico, iniciando así una de las más ilustres y conocidas discusiones de la historia del Derecho penal.

En todo caso, en lo que a nosotros interesa, puede afirmarse que las principales características de la propuesta que ahora analizamos serían las siguientes:

- a) El concepto de acción se configura como categoría esencial a cuyo alrededor se construiría el sistema del hecho punible.
- b) Se desarrolla un concepto de acción que pretende ser omnicompreensivo.
- c) En tanto que el concepto de acción de MEZGER sigue siendo causal se caracteriza por integrar en su seno el resultado acaecido, entendido como modificación del mundo exterior⁵⁹.
- d) Las categorías penales –y en particular la acción-, aún y caracterizarse por su contenido valorativo deben guardar contacto con la realidad que pretenden regular; de ahí que se

⁵⁸ Edmund MEZGER, *Modernas...*, ob. cit., pág. 21.

⁵⁹ Vid. Edmund MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, volumen 1, Revista de Derecho privado, Madrid, 1949, pág. 172: “1. [...] representa una clasificación en el sentido de ser la más alta unidad respecto a todos los fenómenos del Derecho punitivo; pero al mismo tiempo significa una exclusión de todo lo que de antemano no despierta interés penal y, por tanto, permanece alejado de toda consideración jurídico-penal posterior. Lo que no es acción no pertenece en absoluto a la teoría del delito. 2. [...] representa una definición en el sentido de un sustantivo al que se añaden todas las restantes características de delito como adjetivos y atributos, como predicados de la acción considerada como el sujeto: y con ello se encuentra como fundamento estructural de la definición del delito. Como primera característica de esta definición se afirma que el delito es acción. 3. En el concepto de acción está comprendido el resultado”.

“conserve” la definición causal-naturalista de acción en los términos expresados⁶⁰.

Sea como fuere, lo cierto es que, lo esencial en el pensamiento de MEZGER –al menos en lo que a nosotros interesa- no es sino la distinción que el mismo desarrolló entre lo cognoscitivo y lo volitivo, distinción que le llevó a afirmar que el injusto debía limitarse a determinar la voluntariedad en torno al impulso –tal y como venían entendiendo los causalistas-, mientras que sería en sede de culpabilidad donde debería ser analizada la intención del sujeto⁶¹. Todo ello, sin perjuicio de reconocer la existencia de singulares elementos subjetivos que debían ser analizados en el tipo penal.

El neokantismo criticó duramente los postulados teóricos del causal-naturalismo dominante durante el último tercio del s. XIX por pretender obtener de la experiencia empírica –del ser- consecuencias normativas –el deber ser- (falacia naturalista).

Los neocausalistas concibieron el Derecho como una experiencia valorativa, procediendo, en consecuencia, a desarrollar una normativización del sistema del hecho punible a través de la atribución de contenido valorativo a las categorías dogmáticas; a modo de ejemplo, la antijuridicidad que en el causalismo naturalista era concebida de modo enteramente formal, como contrariedad a Derecho, adquirió una vertiente material que se identificaría con el principio de ofensividad; la culpabilidad se

⁶⁰ Vid. Edmund MEZGER, *Tratado...*, ob. cit., pág. 191: “Preciso es conceder que, de acuerdo con las opiniones que acaban de indicarse, el concepto de la “acción” en un sistema del Derecho penal es en última instancia un concepto-valor. Pero precisamente los intereses del Derecho penal pueden exigir, y de hecho exigen, que no se recargue de antemano dicho concepto-valor con propiedades que harían imposible enlazar con él un estudio y análisis específico de las diferentes características (elementos) del delito. Con otras palabras: el mismo Derecho penal exige, en virtud de su referencia a la realidad misma que el concepto de acción sea estructurado y construido como un “concepto natural”; sólo así puede servir como punto de arranque del sistema”.

⁶¹ Vid. Lorenzo MORILLAS CUEVA, “Construcción...”, ob. cit., pág. 1371: “Posiblemente el más representativo y conocido del movimiento neokantiano sea MEZGER. A diferencia, relativa discrepancia, de los anteriores planteamientos acepta que el concepto de la acción, estructurado y con; pero precisamente los intereses del Derecho penal pueden exigir, y de hecho así lo hacen, que no se recargue de antemano dicho concepto-valor con propiedades que harían imposible enlazar con él un estudio y análisis específico de los diferentes elementos del delito. Desde semejante idea estructura su concepto general de acción, comprensivo del hacer y del omitir, que no pertenece al mundo del simple ser, naturalístico, causal, sino al mundo valorativo”.

normativizaría, asimismo, mediante su reformulación por FRANK a través del concepto de reprochabilidad, mientras que, por su parte, el tipo penal sería interpretado de forma teleológica, fruto de la nueva concepción valorativa del Derecho, mediante el recurso al concepto de bien jurídico protegido.⁶²

Puede por lo tanto decirse, a modo de conclusión, que las concepciones neocausalistas implicaron la asimilación de nuevos presupuestos filosóficos, y como consecuencia de ello de un nuevo enfoque metodológico, que permitiría resolver algunas de las insuficiencias del modelo naturalista. En particular se pretendió, por un lado, superar las deficiencias en torno al concepto de omisión, toda vez que partiendo de una concepción valorativa, según los neocausalistas “acción” y “omisión” resultarían reconducibles bajo la idea de comportamiento o conducta humana. Por otro lado, el nuevo fundamento filosófico permitiría, tal y como ya hemos apuntado, dotar de una mayor riqueza conceptual a las categorías dogmáticas, que una vez libradas de la carga del método científico natural, podrían desarrollar nuevas funciones de trascendencia jurídica.

Con todo, el modelo neokantiano, lastrado por su insistencia en seguir configurando la acción en torno a la noción de causalidad, seguiría sin ser capaz de reducir a la unidad acción y omisión –que difícilmente pueden ser concebidas de modo unívoco bajo la luz de la causalidad- toda vez que la mera utilización del término

⁶² Vid. Bernd SCHUNEMÄNN, *El Sistema...*, ob. cit., pág. 31 y 33: “En el sistema de BELING y von LISZT la antijuridicidad era originariamente una categoría meramente formal, a la que las decisiones soberanas del legislador conferían un contenido. Pues bien, en ese punto se produjo un cambio completo mediante la doctrina de la “antijuridicidad material”. En efecto, al definir el hecho materialmente antijurídico como “comportamiento socialmente dañoso” y desarrollar para la exclusión de la antijuridicidad las fórmulas regulativas del “medio adecuado para un fin justo” o del “principio de más provecho que daño”; pudo ponerse en práctica por primera vez una solución elaborada sistemáticamente de los numerosos problemas de antijuridicidad no advertidos o dejados pendientes por el legislador. [...] En el ámbito del tipo la influencia del neokantismo condujo a la superación de la jurisprudencia de conceptos mediante la introducción de una elaboración teleológica de los conceptos. Ésta tenía su origen inmediato en la concepción de RICKERT y LASK, según la cual la ciencia del Derecho, como “ciencia de cultura”, no tenía que ver ni con la realidad avalorativa de lo perceptible por los sentidos, ni con el “semiproducto” de los conceptos del lenguaje común, sino únicamente con conceptos de nuevo cuño, específicos de las ciencias de cultura, esto es, obtenidos en el marco de un proceso referido a valor. Como “valor rector” en el ámbito de la tipicidad se propuso, fundamentalmente por SCHWINGE, el bien jurídico protegido en el tipo respectivo, de lo que resultó la “interpretación a partir del bien jurídico protegido”, dominante todavía hoy en la doctrina y la jurisprudencia. En parecidos términos Vid. Lorenzo MORILLAS CUEVAS, “Construcción...”, ob. cit., pág. 1370: “A semejante cambio contribuyeron decisivamente los hallazgos de los elementos normativos del tipo (M.E. MAYER), de los elementos subjetivos del injusto (FISCHER) y de la naturaleza normativa de la culpabilidad (FRANK), que además sirven para romper la férrea independencia de los elementos del delito bajo la comprensión clásica y a destruir las barreras entre lo objetivo y lo subjetivo”.

comportamiento o conducta no resultaban por sí solas suficientes para enervar la problemática apuntada, asumiendo por ello algunas de las insuficiencias a que ya hiciéramos referencia anteriormente al analizar el causalismo-naturalista.

Puede, por ello, afirmarse que a pesar de suponer una auténtica revolución dogmática, el neokantismo, en lo que a nosotros interesa, mantuvo prácticamente inalteradas la ubicación y sucesión de las categorías dogmáticas, consiguiendo únicamente desarrollar una subjetivización relativa del injusto -el estudio del dolo y la imprudencia seguirían reservados al ámbito de la culpabilidad, lo que en cierta medida resultaba paradójico⁶³, como consecuencia, esencialmente, del escaso desarrollo técnico que se concedió a un concepto de acción, que prácticamente permanecería inalterado.

4.- El concepto final de acción.

Tras el periodo de dominación nacionalsocialista la teoría final de la acción “inundó” la dogmática penal alemana, en un claro intento por superar los rigores iuspositivistas⁶⁴ que se consideró se encontraban en las bases del Derecho penal de corte nazi⁶⁵. El hasta entonces denostado Derecho natural debería operar como límite infranqueable⁶⁶.

⁶³ Vid. Bernd SCHUNEMÄNN, *El Sistema...*, ob. cit., pág. 35: “a pesar de que el pensamiento neokantiano, por comparación con el naturalismo, supuso una verdadera revolución en el sistema y el método de la ciencia del Derecho penal, sus consecuencias en cuanto a la clasificación y sucesión de los cuatro niveles fundamentales del sistema del Derecho penal fueron sorprendentemente limitadas. La acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, así como el grupo, significativamente reducido, de las condiciones objetivas de punibilidad y las causas personales de exclusión de la pena, se mantuvieron como elementos básicos del sistema y, además, en el mismo orden. Incluso en su delimitación recíproca se produjeron pocas variaciones, si prescindimos de los referidos desplazamientos puntuales entre antijuridicidad, culpabilidad y condiciones objetivas de punibilidad. Desde luego, el viejo criterio naturalista de división, consistente en asociar al lado objetivo del hecho al tipo y el subjetivo a la culpabilidad, hubo de soportar algún menoscabo”.

⁶⁴ Vid. Santiago MIR PUIG, “Límites...”, ob. cit., pág. 50: “La limitación ontológica que postuló el finalismo había encontrado un ambiente favorable en la postguerra alemana, cuando se sintió la necesidad de buscar límites al poder que impidiesen la repetición de excesos abominables como los del III Reich. Hubo entonces en Alemania un cierto renacimiento del Derecho natural, como límite clásico al Derecho positivo, y el ontologismo de WELZEL buscó también en la naturaleza de las cosas límites a la libertad de decisión del legislador. Esta voluntad de fijar límites al poder es encomiables, y a mi juicio irrenunciable, pero el ontologismo no era la vía adecuada”.

⁶⁵ Vid. Lorenzo MORILLAS CUEVA, “Construcción...”, ob. cit., pág. 1373: “Si el neokantismo supone una cierta reforma del clasicismo sin ruptura, el finalismo se presenta como una opción diferente, como una alternativa a la crisis del positivismo jurídico y supone una revisión crítica de la filosofía jurídica neokantiana que, en opinión del máximo representante del finalismo WELZEL, no fue sino una teoría

La teoría final de la acción, obra de Hans WELZEL, vio la luz por primera vez en el año 1930 –publicada en el *Kölner Universitätszeitung* 1930, nº 9, aunque por aquellos entonces WELZEL no hablaba de acción final sino de intencionalidad de sentido⁶⁷– con el objetivo de superar las insuficiencias de las concepciones causalista y neocausalista, y, en particular, como reacción ante el relativismo valorativo y el normativismo del pensamiento neokantiano, extremo que en definitiva resulta coherente con lo ya expuesto acerca de la voluntad de suprimir todo rastro del periodo nacionalsocialista⁶⁸.

Con todo, resulta importante subrayar, que la concepción finalista de la acción de WELZEL evolucionó a lo largo de los años mediante las sucesivas rectificaciones que

complementaria del propio positivismo, y que para CEREZO, discípulo español del finalismo welzeliano, únicamente significó el suplementar el Derecho positivo con una nueva esfera, la de la valoración. En consecuencia, el ideario finalista surge como reacción a los presupuestos más destacados de las direcciones neokantianas en ese momento dominantes. A los principios metodológicos esenciales de ésta se opone una, muy discutible, aproximación al Derecho natural; o dicho, con palabras del propio WELZEL, a aquel intento milenarista de deducir de la naturaleza el deber ser del derecho”.

⁶⁶ Vid. Hans WELZEL, “El problema de la validez del Derecho. Una cuestión límite del Derecho”, en Hans WELZEL, *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*, Editorial B de F, Montevideo, 2006, pág. 135: “Inmediatamente después del hundimiento del régimen nacionalsocialista, las miradas de los juristas alemanes (al igual que la de los teólogos y las de los filósofos) se dirigieron a la búsqueda de principios jurídicos suprapositivos. Se quería encontrar una medida ideal que pudiera decidir cuándo constituyen Derecho obligatorio las disposiciones eficaces en la práctica emanadas del supremo poder del Estado, una medida “de acuerdo con la cual lo que no es Derecho continúa sin ser Derecho aunque se presente bajo la forma de una ley””.

⁶⁷ Vid. Hans WELZEL, *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal, ¿Un malentendido sin solución?*, editorial B de f, Montevideo, 2004, pág. 1: “Han pasado ya casi cuatro décadas desde que concibiera y publicara (en 1930) las ideas fundamentales de la teoría finalista de la acción –todavía en aquel tiempo conocida bajo el nombre de “intencionalidad de sentido”.

⁶⁸ Bernd SCHUNEMÄNN, *El Sistema...*, ob. cit., pág. 38: “El punto de partida teórico del finalismo se halla en la crítica de WELZEL al relativismo valorativo y al normativismo del pensamiento penal neokantiano. De ella surgió el intento de probar que en las “estructuras lógico-objetivas del mundo marcado por la convivencia humana y dotado así de sentido” se da una mezcla de percepciones ontológicas y axiológicas (de realidad y de valor). Ello sin caer en la falacia naturalística, que se introdujo en el naturalismo jurídico-penal al limitar la contemplación de la realidad con una forma de razonamiento científico-natural y avalorativa. Según esta concepción (sostenida por WELZEL también en el plano iusfilosófico como un compromiso entre el Derecho natural y el relativismo valorativo), en las estructuras lógico-objetivas se trata de constantes antropológicas, que existen de modo previo al Derecho, sin poder ser modificadas por éste, y que, por ello, deben ser necesariamente observadas también por el legislador; así, constituyen los materiales naturales de un sistema del Derecho penal previo a la propia regulación jurídica”. También entienden que la teoría final aparece como reacción ante el modelo causal Mercedes GARCÍA ARÁN y Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 3ª edición, pág. 240; “La teoría final de la acción surgió para superar la teoría causal de la acción, dominante en la ciencia alemana del Derecho penal desde principios de siglo y que encontró su más acaba expresión en los Tratados de von LISZT y MEZGER”.

él mismo realizó, a fin de conseguir integrar bajo un concepto únivoco de acción los comportamientos dolosos y los imprudentes así como los activos y los omisivos⁶⁹.

Así las cosas, superada la exaltación científicista de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, y restablecida la división entre las ciencias de la naturaleza y las del espíritu o la cultura, WELZEL pretendería, sobre las bases filosóficas de la fenomenología⁷⁰, hallar un concepto ontológico y prejurídico de acción, universalmente válido. Intentó hallar la esencia de la acción- sobre el que asentar firmemente la construcción de su sistema del hecho punible: "... su idea rectora fue la construcción de un concepto de acción que respetase los datos de la realidad, o sea, un concepto óntico-ontológico de la acción, lo que implicaba el frontal rechazo del concepto jurídico penal que tomaba en cuenta los contenidos de la representación que regía la conducta conforme a un sentido [...] La acción desde el punto de vista finalista no es un concepto que se puede inventar a gusto del Derecho penal, sino justamente lo contrario, por lo que se impone como premisa el respeto a su estructura óntica, pues de otro modo no obtendrá ningún objeto de valoración sino apenas un valor valorable. De allí que para el finalismo no fuere admisible un concepto jurídico penal de acción desconocedor de datos ónticos"⁷¹.

Así, mientras los defensores del concepto neokantiano de acción aseguraban, firmemente anclados sobre las bases epistemológicas de la filosofía kantiana, la imposibilidad de adquirir certeza indubitada acerca de las cuestiones de naturaleza jurídica, en tanto que todo conocimiento sobre cuestiones metafísicas no debía sino ser considerado como meramente convencional y en consecuencia no susceptible de verificación; los finalistas, asentados sobre los presupuestos metodológicos de la

⁶⁹ Vid. Reinhart MAURACH, *Derecho penal. Parte...*, ob. cit., pág. 255: "La teoría final de la acción, fundada por Welzel y continuada especialmente por Busch, Nisse, Stratenwerth y Armin Kauffman, encuentra su origen en la filosofía de Hönigwald (Bases de la filosofía del pensamiento) y N. Hartmann (El problema del ser espiritual)".

⁷⁰ Vid. James GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho penal...*, ob. cit., págs. 80 y 81: "La fenomenología reemplaza el "a priori" subjetivo, funcional y formal de KANT por un a priori objetivo, esencial y material, definiéndolo como el conjunto de identidades ideales y de proposiciones cuya esencia se manifiesta gracias a una "intuición eidética", en abstracción de toda suposición del sujeto que se la represente y de su naturaleza real, así como de los objetos particulares a que se aplican. Las "esencias" son "a priori". Sin embargo, se fundamentan en la experiencia, si bien en una experiencia pura e inmediata, es decir, sobre una intuición eidética. Esta consiste en una investigación de los actos de conciencia que son "intencionales", es decir, con relación a los objetos que se "constituyen" en ellos. [...] La fenomenología parece proporcionar también al Derecho un "a priori" material, o la "esencia de lo jurídico".

⁷¹ Vid. Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., págs. 404 y 406.

fenomenología, aseguraban ser capaces de llegar a captar la realidad objetiva del mundo –su esencia- y describirla, con independencia de que la misma pudiera ser posteriormente valorada conforme a parámetros convencionales, mediante el recurso a lo que denominaban las estructuras lógico objetivas del mundo⁷².

Desde semejante convencimiento WELZEL definiría la acción como “acción final”, esto es, dirigida en función de un fin.

Para éste el elemento que definiría a las acciones, y que las diferenciaría de los meros acontecimientos naturales, se hallaría precisamente en la referencia al contenido de la voluntad del sujeto, de modo que mientras que el curso de los acontecimientos naturales se regiría por las leyes de la física el de las acciones aparecería dominado por la voluntad de las personas: “La acción humana es ejercicio de la actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer “final” y no solamente “causal”. La “finalidad”, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diferentes y dirigir su actividad conforme a un plan, a la consecución de estos fines. Gracias a su saber causal previo puede dirigir sus diferentes actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente”⁷³.

Para WELZEL el contenido de la voluntad se configuraría como el elemento capital sobre el que construir el concepto de acción, a diferencia de lo que ocurría en el causalismo donde la acción se configuraba de modo “ciego” –sin referencia a la intención última que la regía: “La finalidad no debe ser confundida por ello con la mera voluntariedad. La voluntariedad significa que un movimiento corporal y sus consecuencias pueden ser reconducidas a algún acto voluntario [...] no hay por ello

⁷² Vid. Santiago MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General...*, ob. cit., pág. 181: “El punto de partida del finalismo es la superación del subjetivismo epistemológico característico del neokantismo de la Escuela Sudoccidental Alemana, a través del reconocimiento de que el mundo empírico se halla ordenado previamente al conocimiento humano. No es el hombre, con la aportación de sus categorías mentales, quien determina el orden de lo real, sino que el hombre se encuentra con un orden objetivo que responde a unas estructuras lógico-objetivas (no subjetivas). Con ello se admite el nuevo punto de vista objetivista que reinstauró la fenomenología de HUSSERL. Pues bien, de ahí deduce WELZEL que la acción es un concepto prejurídico, existente antes de la valoración humana y por ello precedente a la valoración jurídica”.

⁷³ Hans WELZEL, *El nuevo sistema de Derecho penal...*, ob.cit., pág. 41.

acciones finales en sí, o en “absoluto”, sino sólo en relación con las consecuencias comprendidas por la voluntad de realización”⁷⁴.

Resulta evidente que tras semejante configuración de la noción de voluntad se escondía en realidad una peculiar concepción antropológica del ser humano, quien se caracterizaba por aparecer como un ser con capacidad para decidir libremente.

Asimismo también resultaba esencial la revisión de la noción de causalidad, toda vez que para los finalistas el nexo causal entre acontecimiento y sujeto se determinaría con arreglo a la intención de éste; de ahí que pueda afirmarse que la teoría final es también una teoría causal de la acción, sólo que prescinde en su configuración de las leyes de la causalidad universal⁷⁵.

De forma coherente con lo hasta ahora expuesto, para WELZEL los elementos vertebradores del concepto final de acción serían tres: a) fijación mental del objetivo, b) elección de los medios de acción necesarios para alcanzar aquél y c) obtención del resultado conforme a la intención⁷⁶.

A través de semejante caracterización de la acción WELZEL pretendió superar, tal y como ya dijéramos, las deficiencias de los modelos anteriores.

- a) Superación de las insuficiencias apreciadas en torno a la configuración de la relación de causalidad.

Tal y como ya tuvimos ocasión de exponer, una de las principales críticas que se formularían respecto de la teoría causal-naturalista de la acción –y que asimismo resultaría predicable de las tesis neocausales- sería la

⁷⁴ Hans WELZEL, *El nuevo sistema de Derecho penal...*, ob. cit., pág. 45.

⁷⁵ Vid. Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, Ob. Cit., pág. 433: “La “reorientación” operada por Welzel tiene un enorme alcance. Pues significa, en primer lugar, atribuir a las voliciones, sentimientos e ideas la posibilidad de alterar el curso de la naturaleza. En ese sentido, la concepción final de la acción no sólo es más causal que la heredada de los neokantianos sino que, a decir verdad, es la única auténticamente causal. Pero, en segundo lugar, implica admitir que el curso de la naturaleza, unidimensional e inexplorable, puede, sin embargo ser alterado. Con lo cual puede colegirse cuál es el “dogma” causal del que el finalismo prescinde: es, sencillamente el dogma de la causalidad universal o, dicho de otro modo, el dogma del determinismo”.

⁷⁶ Vid. Hans WELZEL, *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*, editorial B de f, Montevideo, 2004, pág. 110: “Desde el principio he acentuado la especial propiedad de la actividad final humana; anticipación mental de fines, elección de los medios requeridos para alcanzar el fin y la realización de acuerdo al plan de los fines”.

formulada por BELING acerca de las dificultades en la determinación de la relación de causalidad entre la acción desarrollada por el sujeto y el resultado acaecido y los problemas de tipicidad que se derivaban de la aplicación de las teorías de la equivalencia de las condiciones así como de las teorías individualizadoras⁷⁷. El finalismo superaría las imprecisiones en la configuración del nexo causal entre sujeto y resultado –o acontecimiento– mediante el recurso a la voluntad; de este modo, sería la intención del sujeto la que determinaría si su conducta habría sido la causante del resultado.

b) Superación de las insuficiencias del causalismo para integrar los supuestos de omisión.

Según WELZEL el finalismo permitía la construcción dogmática de un concepto unívoco de acción que integrara los supuestos de acción y omisión, toda vez que, frente al causalismo-naturalista y al neokantismo, prescindía en su formulación de la necesidad de producción de una modificación del mundo exterior. Así, la omisión reunía las tres características del concepto final de acción; 1) anticipación mental de los fines, 2) elección de los medios requeridos para alcanzar el fin y 3) la realización de acuerdo a plan de los fines.

Sin embargo, no faltarían quienes entendieran que el concepto final de acción no resultaba apto para integrar acción y omisión; así por ejemplo JESHECK afirmaba que “el concepto final de acción tampoco puede cumplir la misión de un concepto superior que englobe todas las formas de comportamiento penalmente relevantes. La dirección del proceso causal a través de impulsos de la voluntad característica de la acción final se encuentra ausente en la omisión, con independencia de lo intensa que

⁷⁷ Vid. Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 432 y 433: ello no obedece sino a una nueva forma de interpretar la causalidad, así las cosas, VIVES ANTÓN afirma que “La finalidad (el contenido de la voluntad), configura de modo específico el curso causal: sólo así el autor puede ver lo hecho como “su” obra. Y esto es válido, no solamente para el dolo, también para la culpa, en la que el curso causal no se halla “sobredeterminado” por la finalidad, pero hubiera podido evitarse finalmente de modo adecuado. [...] La reorientación operada por Welzel tiene un enorme alcance. Pues significa, en primer lugar, atribuir a las voliciones, sentimientos e ideas la posibilidad de alterar el curso de la naturaleza [...] Con lo cual puede colegirse cuál es el “dogma” causal del que el finalismo prescinde: es, sencillamente, el dogma de la causalidad universal o, dicho de otro modo, el dogma del determinismo”.

sea la colaboración emocional del autor en el acontecimiento que tiene lugar ante él”⁷⁸. Y es que, si para los finalistas el fundamento de la punición residía en el hecho de que la intención debía regir los acontecimientos acaecidos de manera que la voluntad del sujeto activo del delito alterara la causalidad natural, resultaba evidente que por más que el sujeto activo del delito pretendiera la producción del resultado éste no se hallaría determinado por su intención, sino por las reglas de la causalidad natural; de ahí precisamente que la punición de la omisión resultara incoherente con los fundamentos del sistema final⁷⁹.

c) Superación de las insuficiencias en torno a la punición de la tentativa.

El estudio de los fundamentos de la punición en los delitos intentados constituyó uno de los ejes vertebradores sobre los que WELZEL construyó su propuesta así como su crítica al causalismo⁸⁰. Según él las tesis causalistas al exigir como elemento integrante de la acción la producción de una modificación del mundo exterior resultaban inidóneas para fundamentar el castigo de la tentativa, que necesariamente debía encontrarse en lo disvalioso de la acción del sujeto activo del delito que para WELZEL se identificaba con la intención del sujeto, con independencia del resultado que se produjera.

Dejando de lado lo más o menos afortunado de la teoría causal para dar explicación a la punición de la tentativa –cuestión que ya ha sido analizada-, WELZEL entendió –a diferencia de von LISZT- que el fundamento legitimante de la punición de los delitos debía buscarse cuasi exclusivamente en lo disvalioso

⁷⁸ Hans Heinrich JESHECK, *Tratado de Derecho penal*, editorial Comares, Granada, 2002, pág. 237.

⁷⁹ En similares términos Vid. Claus ROXIN, *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 240: “... como el omitente no es causal respecto del resultado y por tanto no dirige ningún curso causal, tampoco puede actuar de modo final. Con ello la teoría final de la acción vuelve a estar en la bipartición del sistema, que ya RADBRUCH desde la perspectiva del concepto natural de acción reconocía que era inevitable”.

⁸⁰ Vid. Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., págs. 748 y 749: “en la tentativa imposible resulta, según Welzel, especialmente evidente el fracaso de las dogmáticas objetivistas (causalistas). Pues, en cualquier tentativa, dado que no ha habido causación, el injusto o ha de quedar excluido en todo caso o sólo puede fundamentarse en términos subjetivos. Por eso desde la perspectiva finalista, los criterios de exclusión de la posibilidad de la tentativa inidónea formulados en términos objetivos (inidoneidad absoluta, ausencia de tipo) han sido abandonados. Y, en cambio, subsisten los que pueden ser concebidos subjetivamente –tentativa irreal o supersticiosa o caso de error burdo-”.

de la acción desarrollada por el sujeto activo del delito, de ahí que afirmara que toda acción comenzaba por una tentativa⁸¹.

Semejante conceptualización resultaría no sólo novedosa sino asimismo decisiva para el futuro desarrollo del Derecho penal en tanto que supondría la introducción en el panorama jurídico del concepto de desvalor de la acción. Sin embargo, no resultaba necesario configurar dicho concepto como incompatible con el de desvalor de resultado simbolizado a través de la lesión de los bienes jurídicos. De ahí precisamente una de las principales críticas que se formularon al finalismo de WELZEL en tanto que el castigo de la tentativa debía fundarse tanto en lo disvalioso de la acción del sujeto activo del delito –valoración ésta que no se identificaba exclusivamente con la intención del sujeto activo del delito–, como en lo disvalioso del resultado, ya que con independencia de que no se produjera la lesión del bien jurídico la punición de la tentativa debía asimismo implicar una puesto en peligro de los mismos.

A pesar de que el concepto final de acción parecía “*ab initio*” superar algunas de las deficiencias del pasado, pronto se advertiría que el mismo no resultaba apto para desarrollar las funciones tradicionalmente atribuidas a la acción⁸². Las principales críticas que se formularon fueron las siguientes:

a) Concepto final de acción e imprudencia.

Desde un primer momento se reprochó a los seguidores de la teoría final de la acción el que la misma no resultara apta para construir un concepto omnicomprensivo

⁸¹ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 751: “para Welzel toda acción empieza por una tentativa”.

⁸² Muy interesantes al respecto resultan las reflexiones de Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, ob. cit., pág. 370: “La doctrina finalista de la acción no es ni siquiera original: la evolución del concepto formal del acto hacia el material y teleológico, se contiene ya en el concepto, sobremanera generalizado, de la acción voluntaria, de la tendencia al fin (IHERING), del obrar (STAMMLER), de la acción final (SCHWINGE), de la producción de tendencias (causación adecuada), y corresponde a la afortunada distinción entre el pensar naturalista y el teórico-valorativo. Ahora bien, con la presenta teoría se originarán consecuencias que van a dificultar aún más la evolución de viejos problemas jurídico-penales. Lo homogéneo será desplazado: dolo y culpabilidad (como concepto supremo de lo culpable), dolo e imputabilidad (como dolo generalizado), dolo y culpa (como conceptos paralelos, pertenecientes también al Derecho civil), acción y omisión, (...)”.

de acción toda vez que las conductas imprudentes difícilmente podían ser integradas en la definición manejada⁸³.

Resultaba evidente que si la acción se caracterizaba por ser final, esto es, por estar dirigida a la consecución de un fin, mal podía compadecerse ello con los supuestos de imprudencia, caracterizados precisamente por la existencia de un resultado no deseado por el sujeto activo del delito pero que de todos modos se habría producido como consecuencia de una actuación poco diligente. Las conductas imprudentes no reunían los tres elementos configuradores de la acción final, a) no existía una fijación mental del objetivo –o al menos la representación mental no se correspondía con el resultado acaecido-, b) la elección de los medios necesarios para alcanzar aquel no resultaba idónea, ya que el sujeto activo del delito había elegido los medios necesarios para alcanzar un resultado lícito, y c) la voluntad del sujeto activo desde luego no se correspondía con el resultado producido.

En un primer momento, WELZEL intentaría superar las críticas formuladas afirmando que mientras que en las acciones dolosas la finalidad era actual en las culposas nos encontrábamos en realidad ante una finalidad potencial –lo que sin ningún género de dudas resultaba a todas luces inviable-.

A la vista de lo anterior el profesor de Bonn reformuló su teoría señalando que era precisamente la teoría final de la acción la que mejor podría captar el fundamento de punición de los delitos imprudentes ya que estos se construían sobre la consideración de la preexistencia de una representación mental del sujeto activo, quien habría efectuado una errónea selección de los medios necesarios para conseguir el resultado. Así las cosas, según WELZEL la teoría final de la acción era la única capaz de advertir que el fundamento de la punición se encontraba no en el resultado acaecido sino en la infracción de las normas de cuidado en lo que a la representación mental y elección de los medios para su consecución se refería. Precisamente en este sentido afirmaba WELZEL que: “En realidad, la “tendencia finalista” (más exactamente: la anticipación mental del fin al que se dirige la acción) es totalmente indiferente en el

⁸³ Vid. VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., págs. 128 y 129: “La crítica se ha desplegado, pues, en un doble nivel, afirmando que ni el concepto final de acción puede desempeñar el papel de categoría básica, ni se halla dotado de un contenido previo al Derecho, que imponga al legislador soluciones en otros ámbitos. [...] El escollo en el que encalla el finalismo, a la hora de formular un supraconcepto de acción, sobre el que pueda descansar el sistema, lo constituyen los delitos culposos, en los que la meta final del actuar resulta, inexorablemente, excluida de la relevancia penal”,

hecho culposo. La teoría finalista nunca ha sostenido lo contrario. No se trata de esto, sino más bien de saber si el fundamento objetivo sobre el que se basa el juicio de antijuridicidad del delito culposo (la contrariedad al cuidado exigido), puede ser entendido desde el “modelo de la teoría finalista de la acción” (y sólo desde él). [...] De esta manera se ve claramente el elemento de injusto de la culpa: la conducción real de la acción, y ciertamente la elección de los medios y su utilización es examinada con el objeto de determinar si se ha observado o no el cuidado necesario...”⁸⁴

Sin embargo, la nueva propuesta de WELZEL tampoco se consideró viable en esta ocasión en tanto que siendo cierto que el fundamento de la imprudencia se encontraría en la negligente actuación del sujeto activo del delito, no lo sería menos que según el concepto final de acción ésta seguiría hallándose determinada por la intención de aquel, de modo que el tipo de acción desarrollado por el sujeto activo del delito seguiría siendo el que apareciera configurado por su voluntad. De ahí que WELZEL concluyera que en el “caso de la enfermera que pone al enfermo una inyección dada por el médico con un calmante, sin saber que aquél ha colocado veneno en la jeringa, [...] la enfermera no realiza ninguna acción finalista de matar, sino una acción finalista de poner una inyección”⁸⁵, afirmación ésta que desde luego debería extenderse al caso en que la enfermera yerre al poner una dosis de calmante superior a la debida, ocasionando con ello la muerte del enfermo, dado que la acción debería, siguiendo el razonamiento del propio WELZEL, aparecer determinada con arreglo a la intención que regiría su curso. Debe recordarse que precisamente la intención en el sistema finalista sería el elemento que permitiría diferenciar entre hechos y acciones, por lo que no cabrían otras acciones que las intencionales.

Con todo, finalmente el propio WELZEL reconocería las insuficiencias inherentes a su propuesta dogmática en lo que a la integración de los comportamientos dolosos y los imprudentes a través de un concepto unívoco de acción se refiere.

“Sólo en parte tengo que dar la razón a mis críticos: precisamente no en lo que se refiere al modelo de acción de la teoría final, sino, probablemente, en que la expresión teoría final de la acción no se adecúa perfectamente a la acción culposa. “Finalidad” no es, en razón del acento, desplazada sobre el elemento “*finis*”, la más precisa caracterización de la acción culposa. En ésta, el fin (*finis*) de la acción es jurídicamente irrelevante; lo que en cambio es relevante es la clase de dirección, en la medida en que

⁸⁴ Hans WELZEL, *Estudios de Filosofía del Derecho penal...*, ob. cit., págs. 12 y 13.

⁸⁵ Hans WELZEL, *Estudios de Filosofía del Derecho penal...*, ob. cit., pág. 5.

ella es inadecuada y descuidada. Por ello yo no debería haber limitado mi teoría a la sola dirección de la acción a un fin (finalidad) sino que tendría que haberla referido al hecho de la dirección y orientación en general. [...] La más adecuada expresión para referirse a la voluntad como factor de dirección y orientación, fue la que por primera vez utilizó Norbert WIENER [...] al hablar de “cibernética” con lo que la orientación y la dirección pueden designarse correctamente desde el punto de vista axiomático, mediante esta palabra griega que ya Platón (p. ej., GORGIAS 511 d) había utilizado [...] En consecuencia, sería quizá mejor hablar de una acción “cibernética” en vez de una acción “final”, es decir hablar de una acción como suceso dirigido y orientado por la voluntad”⁸⁶.

b) Presupuestos filosóficos.

La segunda de las críticas que tradicionalmente se realizarían a propósito del modelo finalista se centraría en la incorrección de sus presupuestos filosóficos, así como en la imposibilidad de hallar un concepto ontológico de acción⁸⁷. Ello creo que puede a su vez reconducirse a dos ámbitos; en primer lugar en el sentido de que resulta cuanto menos cuestionable la posibilidad de acceder a los contenidos del mundo –sea el sensible sea el inteligible- de forma objetiva, en segundo lugar en el sentido de que ello supondría en todo caso una confusión de los planos descriptivo y valorativo⁸⁸ –lo prejurídico y lo jurídico- tal y como ya tuvimos ocasión de exponer al analizar el concepto hegeliano de acción, cuyas similitudes con el aquí analizado resultan evidentes en tanto que ambos encuentran el fundamento último de la responsabilidad penal en la voluntad humana⁸⁹, a cuyo apartado me remito.

⁸⁶ Hanz WELZEL, *Estudios de Filosofía del Derecho y de Derecho penal...*, ob. cit., págs. 111-113.

⁸⁷ Vid. Reinhart MAURACH, *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 256: “El finalismo, por su parte, renuncia a operar con un doble concepto de acción (ontológico y jurídico penal). La acción en un sentido penal no puede ser otra que la del conocimiento filosófico”.

⁸⁸ Vid. Santiago MIR PUIG, “Límites...”, ob. cit., pág. 51: “... el enfoque ontologista del finalismo es cuestionable a la luz de la evolución de la filosofía actual. Tanto las corrientes hermeneúicas como las analíticas han abandonado la pretensión de captar esencias propias del ontologismo. De una u otra forma, se reconoce que nuestra aproximación al mundo está fundamentalmente mediada por el lenguaje que utilizamos para referirnos a él. Las palabras no son puros reflejos necesarios de las cosas, sino nuestro modo de ver las cosas. Al dar nombre a una cosa elegimos qué parte de la realidad cabrá dentro de ese nombre. Ni siquiera la realidad física decide antes del lenguaje dónde empieza una cosa y dónde comienza otra: la naturaleza no está dividida en las cosas que nosotros distinguimos mediante palabras. Y el alcance y sentido de las palabras no nos viene impuesto, sino que surge por el acuerdo de los hablantes: es convencional. En el mundo de la cultura, el que hemos construido los seres humanos, todavía es mayor la libertad creadora de las palabras, porque los elementos culturales son creaciones colectivas consensuadas mediante palabras-”.

⁸⁹ Vid. Claus ROXIN, *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 239: “Salta a la vista la similitud con el concepto de acción de HEGEL. El finalismo asume esa estructura, pero el injusto y la culpabilidad, que en HEGEL aún

c) Exacerbación de la noción de desvalor de la acción.

Mientras que en el modelo causal de acción el resultado –o modificación del mundo exterior- se configuraba como elemento capital en tanto que el fundamento que legitimaba la intervención penal era, precisamente, la lesión de determinados intereses cristalizada en una modificación del mundo exterior; el modelo finalista trasladaría el acento al ámbito de la intención, de modo que el eje vertebrador del concepto de delito y por lo tanto el fundamento legitimador de la punición pasaría a situarse en la acción ejecutada por el sujeto activo, quedando el resultado relegado a un segundo plano –de ahí la configuración de la tentativa a la que hiciéramos referencia-. Sin negar lo loable de situar el concepto de desvalor de la acción en la geografía jurídica, toda vez que ello permitiría no sólo una mejor interpretación de los tipos penales, sino asimismo dotar al intérprete de un útil parámetro para lograr una mejor individualización de la pena, no puede negarse que el modelo finalista welzeliano llevaría a cabo una exacerbación de las virtudes del concepto de desvalor de la acción. Tanto que incluso podría decirse que la tesis finalista de WELZEL llegaría a negar trascendencia alguna, o al menos la relativizaría en forma extraordinaria, al principio de ofensividad. El más claro ejemplo de las indeseables consecuencias de semejante conceptualización podemos encontrarlo en el estudio de la tentativa, en donde de aceptarse lo antedicho ello nos conduciría al castigo de la intención delictiva aún y cuando la misma no se viera acompañada de afectación alguna para el bien jurídico tutelado. Y es que, tal y como afirma VIVES “no basta con acción más intención; además esa acción tiene que ser objetivamente idónea para la producción de un resultado”⁹⁰.

estaban integrados en el concepto de acción, los separa de dicho concepto, haciéndolo así útil para un sistema moderno”.

⁹⁰ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 130.

d) Acción final y dolo.

Otra de las críticas consistiría en afirmar que el finalismo llevaría a cabo un adelantamiento del estudio de los elementos del tipo, en especial del dolo. Así las cosas, resulta evidente que si sólo las acciones finales constituyen acción, será cuanto menos necesario que para que exista acción exista dolo. De una tal identificación se infiere que el concepto final de acción no es concepto válido para constituirse en categoría básica de la teoría del delito –toda vez que ello implica que la categoría básica sea la tipicidad, tal y como muchos han afirmado⁹¹.

Con todo, no sería justo cerrar el presente apartado sin subrayar que las teorías finalistas tendrían un papel decisivo en el desarrollo del sistema del hecho punible en tanto que por un lado determinaron la definitiva subjetivización de tipicidad y antijuridicidad, ubicándose desde entonces dolo e imprudencia en el tipo, y por otro, fruto de lo anterior, una deseable normativización del concepto de culpabilidad⁹²; de modo que asentaron la actual estructura sistemática de la teoría del delito.

⁹¹ Vid. Claus ROXIN, *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 243: “Finalmente, hay que contradecir también a la teoría final de la acción en su tesis más efectiva, a saber: en la pretensión de poder deducir de su concepción ontológica de la acción soluciones jurídicas concretas a los problemas. Dicho intento no sólo fracasa por la vieja perspectiva kantiana de que del ser no se puede derivar un deber ser, sino que además es una tentativa inidónea, porque la finalidad, en cuanto entra en el tipo, ya no es un dato puramente óntico, sino un concepto valorativo, cuyo contenido es esencialmente configurado por las finalidades del ordenamiento jurídico. Así p.ej., lo que sea una acción final de estafa depende en amplia medida de la definición jurídica de estafa, cuyos elementos de sentido ha de abarcar el autor para haber estafado de modo final o doloso.

⁹² Vid. Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Parte general...*, ob. cit., pág. 233: “En el plano de la construcción de la teoría del delito lo anterior supone: 1º La formulación de un nuevo concepto de antijuridicidad, que pasa a abarcar componentes subjetivas esenciales (dolo y culpa). Esta consecuencia sistemática es obligada y proviene de la adopción de un concepto final de acción, que incorpora la intención o voluntad del sujeto (dolo) o bien la culpa en el plano definitorio de lo antinormativo. Es por ello que solo y culpa abandonan el plano sistemático de la culpabilidad para ubicarse en el juicio de injusto sobre el acto (antijuridicidad). 2º En el plano de la culpabilidad el finalismo supone la superación del causalismo, por cuanto el juicio sobre el sujeto queda despojado de componentes psicológicas, para adoptar una concepción normativa pura”.

5.- El concepto social de acción.

A pesar de la nula o escasa atención prestada por la doctrina española⁹³, a diferencia de la germánica, al concepto social de acción, la referencia y análisis del mismo resultan obligados.

Las teorías sociales de la acción encuentran su origen en la Alemania de la década de 1930⁹⁴, apareciendo como reacción frente a los modelos causales de imputación, considerados a todas luces deficientes, que resultaban dominantes por aquel entonces. En definitiva, para los partidarios del concepto social de acción la atribución de responsabilidad penal al sujeto debía, en realidad, abordarse atendiendo a parámetros sociales.

Suele atribuirse a Eberhard SCHMIDT la formulación del primer concepto social de acción: “la acción es la conducta libre respecto al mundo social exterior”. Sin embargo, el desarrollo de la teoría social de la acción aparecería marcado por la existencia de una pluralidad de propuestas de diferente signo desarrolladas por autores como ENGISCH, MAIHOFER, JESCHECK⁹⁵, y otros⁹⁶; que en todo caso contaban,

⁹³ Vid. Manuel JAÉN VALLEJO, *El concepto...*, ob. cit., pág. 59: “El concepto social de acción no ha tenido mucha influencia en España, a pesar de su importancia en Alemania y de conocerse muy bien en nuestro país gracias a la traducción al castellano de los manuales de dos de sus más destacados representantes en la actualidad. Me refiero al de WESSELS [...] y al de JESCHECK...”.

⁹⁴ Vid. Isabel VOSGÄTTER GENNANT NIERMANN, *Concepto social de acción e imputación objetiva*, editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, págs. 6 y 7: “En la década de 1930, las teorías sociales de la acción, en su crítica a las teorías naturalísticas de la causalidad, destacaron por primera vez la interdependencia existente entre la imputación penal y la perspectiva social. Según esta crítica, la asunción del principio causal como principio único o decisivo de imputación por parte de la doctrina no era suficiente para un derecho penal que debía explicar su propia importancia para la sociedad y cuyos principios de imputación debían basarse en la realidad social”.

⁹⁵ Vid. Hans Heinrich JESCHECK, *Tratado...*, ob. cit., págs. 239 y 240: “De acuerdo con ello la acción es un comportamiento humano con trascendencia social. Aquí el “comportamiento” significa toda respuesta de la persona a la exigencia de una situación reconocida o por lo menos reconocible, a través de la realización de una posibilidad de reacción que se le presenta en dicha situación. [...] El concepto social de acción engloba con ello todas las modalidades de conducta que se tienen en cuenta para el enjuiciamiento penal. Además, encierra los contornos de una definición que no sólo describe abstractamente la acción sino que también lo hace en su esencia material de una forma concreta; de este modo, pueden ser mejor determinados, sin necesidad de anticiparlos, los elementos generales del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). Finalmente, excluye aquel tipo de comportamientos que no pueden tener significado alguno desde una perspectiva penal”.

⁹⁶ Vid. Manuel JAÉN VALLEJO, *El concepto...*, ob. cit., págs. 57: “El concepto social de acción procede de Eberhard SCHMIDT, quien hizo verdaderos esfuerzos por superar el puro concepto naturalístico de la acción, primero en la última edición (26ª), póstuma, que realizó del Tratado de su maestro Von LISZT (1932), y después, principalmente en el homenaje a ENGISCH. La acción según Eb. SCHMIDT, es un comportamiento proveniente de la voluntad en relación al mundo social exterior [...] El concepto social de acción fue desarrollado por ENGISCH y MAIHOFER. El primero trata de insertar la teoría de la causalidad adecuada en la teoría de la acción, entendiendo que la acción como concepto natural-social, comprende todas aquellas consecuencias que, según la experiencia son adecuadas, y según MAIHOFER,

recogiendo el testigo del neokantismo, con un común denominador: la consideración acerca de que efectivamente los conceptos jurídicos gozaban de contenido valorativo. Sin embargo, a diferencia de las teorías neocausales, el sentido de las acciones, y con ello su valoración, debía verificarse en este caso tomando como parámetro rector a la sociedad.

En definitiva, el concepto social de acción proponía entender al sujeto no en su consideración de individuo, sino como miembro de la sociedad, de modo que el sentido expresado por sus acciones, en tanto que miembro de la comunidad, únicamente podía captarse mediante el recurso a las convenciones sociales. Ni la naturaleza, ni la ontología, constituirían, por lo tanto, parámetros válidos de interpretación de las acciones, el análisis de las conductas debía construirse en atención al ámbito social en que las acciones se desarrollaban⁹⁷.

A la vista de ello, las características que configurarían el común denominador inherente a las diferentes propuestas sociales de la acción serían las siguientes:

- a) El sentido de las conductas no aparece determinado, al menos con carácter exclusivo, por la voluntad del sujeto activo del delito, ni tampoco en atención a leyes físicas –causalidad–, sino en atención a su significación social.
- b) El concepto social de acción se configura como concepto prejurídico toda vez que pretende hallar en la sociedad, y por lo tanto al margen del legislador, aquello que la acción sea.

acción es todo comportamiento objetivamente dominable dirigido a un resultado social objetivamente previsible”.

Asimismo, vid. Isabel VOSGÄTTER GENNANT NIERMANN, *Concepto social...*, ob. cit., pág. 8: “Los orígenes de las teorías sociales de la acción se encuentran en SCHMIDT, el primero en resaltar la importancia de lo social para comprender el concepto de acción: “la acción es la conducta libre respecto al mundo social exterior”. Con posterioridad se desarrollaron otras teorías sociales, todas ellas muy distintas en sus matices, que acentuaban más o menos la dimensión genuinamente social. Sus principales defensores fueron ENGISCH, MAIHOFER, WÜRTEMBERGER, JESCHECK y OEHLER”.

⁹⁷ Vid. Isabel VOSGÄTTER GENNANT NIERMANN, *Concepto social...*, ob. cit., pág. 8: “en un ámbito social como el derecho no puede defenderse un concepto de acción desprovisto de valor y definido únicamente según las leyes naturales, pues semejante concepto no puede integrarse en un sistema penal referido a valores. La valoración penal no puede depender de sucesos naturales, sino de la dimensión de sentido y de valor de una determinada conducta. [...] Sin un esquema social de interpretación no podía determinarse en qué consiste una acción o qué es para el derecho penal matar, lesionar, o dañar”.

- c) Asimismo, pretende configurarse como concepto omnicomprendivo en tanto que aspira a ser capaz de cumplir las funciones tradicionalmente asignadas a la acción y, en particular, integrar por igual acción, omisión, conducta dolosa y conducta imprudente. Todo ello mediante el recurso a lo social; lo que interesa no es la forma en que la acción se ejecuta, sino el significado que adquiere en sociedad⁹⁸.

Con todo, la doctrina coincidió en apuntar de forma cuasi unánime que el concepto social de acción adolecía de graves deficiencias:

1.- El concepto social de acción mantuvo la estructura propia del sistema del hecho punible de la teoría clásica, lo que desde luego impedía un auténtico desarrollo de la nueva noción de acción, así como suponía mantener algunas de las deficiencias propias del sistema causal-naturalista⁹⁹.

2.- Sin embargo, la principal crítica que se formularía consistiría en afirmar que el concepto social de acción supondría en realidad una anticipación del análisis de la acción al ámbito del tipo penal, de modo que el análisis acerca de la relevancia socio-penal de la acción resultaba en realidad de la verificación sobre si la misma había resultado positivizada por el legislador¹⁰⁰.

⁹⁸ Vid. Giorgio MARINUCCI, *El delito como "acción": crítica de un dogma*, ob. cit., pág. 63: "no existe, como para la teoría "final", una única versión del concepto "social" de acción, pues se puede afirmar que existen tantos conceptos como defensores declarados del mismo. Con todo, no es una dificultad insuperable, puesto que es posible individualizar una serie de formulaciones comunes, una común inspiración ideológica, un método común y, sobre todo, un núcleo estable de ideas y presupuestos sistemáticos que en las formulaciones más completas y más profundas alcanzan un notable grado de claridad y precisión. a) Común es sobre todo, la crítica de las demás teorías –la "naturalista" y la "final" – y, sobre todo, a la ideología que ha inspirado al finalismo. [...] b) Esta aversión por el "solipsismo" de los finalistas en el nombre de una visión social "objetiva" del hacer humano, pretende de otra parte conseguir los mismos resultados dogmáticos perseguidos por el finalismo, y con el mismo método, esto es, deslindar un concepto "prejurídico" de acción".

⁹⁹ Vid. Isabel VOSSGÄTTER GENNANT NIERMANN, *Concepto social...*, ob. cit., pág. 18: "Mayo peso aún tiene la objeción según la cual, al aferrarse al pensamiento clasificatorio, las teorías sociales se vieron lastradas por los problemas del concepto naturalístico de acción en la fundamentación de un concepto unitario de hecho punible".

¹⁰⁰ Vid. Giorgio MARINUCCI, *El delito...*, ob. cit., pág. 64: "se termina en el fondo por sostener tan sólo que los comportamientos socialmente significativos que interesan al mundo del Derecho penal son los comportamientos que se encuentran "insertos" en los tipos legales, y, por tanto, que el

3.- El recurso al instituto de la adecuación social –cuyo análisis algunos seguidores del concepto social de acción ubicarían en el campo de la acción- como mecanismo dirigido a dotar de contenido material autónomo a la acción también resultaría criticado por la doctrina; no sólo no resolvería la anticipación del estudio del tipo, sino que asimismo implicaría una anticipación del análisis de la culpa¹⁰¹.

4.- Otra de las críticas que se han vertido en relación al concepto social de acción se desarrollaría en un plano epistemológico; para el concepto social de acción ésta se configuraría de modo objetivo a través del análisis empírico de la realidad social. Sin embargo el entendimiento de la existencia de un concepto social *a priori* parece discutible, especialmente si se configura como una realidad objetiva¹⁰². Asimismo, semejante modelo de acción resulta vago y excesivamente general en lo que a su determinación concreta se refiere: “no deja de tener cierta fragilidad en su

“comportamiento” “socialmente relevante” es sinónimo, de cuando en cuando, al comportamiento penalmente relevante, esto es, típico”.

¹⁰¹ Vid. Giorgio MARINUCCI, *El delito...*, ob. cit., pág. 66: “El problema es distinto y bien conocido, ¿Puede la anticipación de la adecuación conferir al concepto de acción la buscada “riqueza de contenido”? La respuesta es negativa, y surge límpidamente de la profunda investigación de ENGISCH, cuya conclusión final demuestra incluso, sorprendentemente, que aquello que se ha intentado anticipar mediante el reclamo a la adecuación es en realidad una característica del delito y bien distinta: ¡la culpa!”[...] Lo que hace de un comportamiento humano una “acción” penalmente relevante no es ya la vaga y tautológica referencia al ámbito social o al espacio vital social, sino precisamente el ser o no tal comportamiento calificable como culposo: por ejemplo, la existencia de una “lesión” o la “muerte de un hombre” verificada a continuación de una operación médica realizada “contra” o “según las más rígidas reglas médicas”, o bien como consecuencia de un accidente automovilístico caracterizado por la observancia o por la inobservancia de la “regla de tráfico”. Siempre y en cualquier caso, por tanto, el “sentido social” de la acción –y de una acción conforme al tipo penal- se busca en la “culpa objetiva”: en el contraste con las reglas de pericia y diligencia que rigen los más diversos sectores de las actividades “peligrosas”...”.

¹⁰² Isabel VOSSGÄTTER, *Concepto social...*, ob. cit., pág. 20: “En efecto, lo decisivo no es tanto desarrollar un deber ser a partir del ser, como descifrar el deber ser en la sociedad concreta, esto es, de manera menos abstracta, resaltar la importancia del derecho penal para la convivencia en sociedad. Recurrir a las llamadas realidades previamente dadas de acuerdo con la concepción de las teorías sociales dominantes no pasa de ser una concepción puramente empírica de la realidad y, por tal razón, resulta problemática desde la perspectiva de la teoría del conocimiento. Así, la idea de un concepto de acción preexistente presupone una realidad a priori, que es independiente de su observador. Sólo si se contempla de manera superficial, parece que el sistema de observación se enmarque en una realidad preexistente, pues desde la perspectiva de la teoría del conocimiento, el mundo sólo aparece cuando surge el sistema. Por este motivo resulta insatisfactorio hablar de una realidad objetivamente válida, puesto que el ser sólo se constituye a través de la comunicación: es una construcción social de la realidad”.

proyección dentro de la teoría general del delito, sobre todo en razón a su posible ambigüedad y excesiva generalidad”¹⁰³

Con todo, creo que el concepto social de acción aparece como una sugerente forma de analizar la problemática ante la que nos encontramos.

Sin ningún género de dudas, el uso del término “social” no ayudó a su difusión tras los desastres de la II Guerra Mundial, fruto de las connotaciones que durante el periodo nacionalsocialista adquirió. Sin embargo, tal y como se argumentará más adelante, el recurso a lo social esconde en realidad una gran potencialidad en el campo del análisis de la acción no suficientemente explorado hasta la fecha.

6.- Las dogmáticas funcionalistas.

Varias décadas después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, la doctrina alemana, representada ahora por autores que no habían intervenido directa ni indirectamente en la producción dogmática del período bélico y que por lo tanto se hallaban en cierta medida “liberados del pasado”, desarrolló una profunda revisión de las doctrinas finalistas¹⁰⁴, singularmente frente a los presupuestos metodológicos propios de la fenomenología que pretendían hallar en el mundo inteligible la esencia de los conceptos jurídicos. Desandado el camino recorrido de la mano del finalismo, el Derecho penal volvería a ser considerado, al igual que por los neokantianos, como un “mero convencionalismo”¹⁰⁵.

Con todo, la renormativización operada desde la década de 1970 hasta nuestros días, no supondría sin más una vuelta al neokantismo; las nuevas tendencias,

¹⁰³ Lorenzo MORILLA CUEVAS, “Construcción...”, ob. cit., pág. 1380.

¹⁰⁴ Vid. Bernd SCHÜNEMANN, *El sistema Moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales*, ob. cit., pág. 51: “Es posible interpretar que la tendencia finalista hacia un constructivismo asentado sobre un número reducido de axiomas [...] en la medida en que incita a la réplica, constituye el estímulo desencadenante de la fase más reciente del pensamiento jurídico-penal. Ésta, que por el momento, se halla todavía en período de desarrollo, puede calificarse de “teleológica” o “funcional”.

¹⁰⁵ Vid. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “Introducción”, en Bernd SCHÜNEMANN, *El sistema Moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales*, ob. cit., pág. XLII: “Esta observación debe tenerse bien presente para deshacer el malentendido de que el funcionalismo en la dogmática penal constituye un fenómeno de “moda”, algo de los últimos años. Muy al contrario, un intento de construir las categorías del sistema orientándolas a los fines del Derecho penal se da en la sistemática teleológica del neokantismo, si bien las circunstancias históricas de aquel periodo impidieron que figurara todo su potencial”.

arropadas bajo el manto del funcionalismo, pretenderían conseguir la renormativización del sistema del hecho punible a la luz de los fines que el Derecho penal debía cumplir, y más en concreto de los fines asignados a la pena. De ahí precisamente que pueda afirmarse que las dogmáticas funcionalistas “superarían” el relativismo axiológico propio de las doctrinas neocausalistas a la luz de los fines asignados a la pena.

Más que perseguir una renovación del sistema del hecho punible, acometieron una labor de “enriquecimiento” de las categorías dogmáticas bajo una perspectiva teleologicista¹⁰⁶.

Sin embargo dicha tarea sería emprendida recorriendo dos caminos claramente diferenciados; el primero, próximo al funcionalismo estructural de Talcott PARSONS, sería el elegido por Claus ROXIN y supondría una normativización moderada del sistema del hecho punible; el segundo, más radical, sería el recorrido por Günther JAKOBS bajo la influencia de las doctrinas del funcionalismo sistémico de LUHMANN¹⁰⁷.

6.1. La teoría de la evitabilidad individual de Günther JAKOBS.

El análisis de la evolución histórica del concepto penal de acción se hallaría asimismo huérfano sin una referencia acerca de las propuestas teóricas de Günther JAKOBS, quien firmemente anclado sobre la base de los fundamentos del funcionalismo sistémico de Niklas LUHMANN ha desarrollado, dentro de las teorías

¹⁰⁶ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., págs. 443 y 444: “Común a todas las direcciones que se denominan funcionalistas es contemplar la función de la norma y, con ella los conceptos categoriales de la teoría del delito desde la pena. [...] A la pena se atribuye, pues, el peso de la función de la función efectiva que la norma penal cumple: por consiguiente, para los autores que se inscriben en esta dirección, la tarea de la nueva sistemática consiste en reformular los conceptos normativos desde la perspectiva de la sanción”.

¹⁰⁷ Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “Introducción” en Bernd SCHÜNEMANN, *El sistema moderno...*, ob. cit., pág. XVII: “Con todo, es cierto que las concepciones funcionalistas han experimentado un significativo auge en los últimos tiempos, por oposición al finalismo y a su metodología. Esto, ha tenido lugar, a mi juicio, por dos vías distintas aunque complementarias en no poca medida. Así, unos autores (paradigmáticamente ROXIN) sintieron la necesidad de orientar el Derecho penal a la política criminal, separándose abiertamente del método deductivo-axiomático del finalismo, al que se objetaba su análisis de los problemas jurídicos como cuestiones básicamente lógico-abstractas. Otros autores, en cambio, centran su censura al finalismo en el método ontológico, de vinculación al legislador y la ciencia de las estructuras lógico-objetivas, que se estima agotado. Por oposición a él, se propone una “refundamentación” normativa de la teoría jurídica del delito. En este sentido señala JAKOBS que asistimos al declive de la dogmática de base ontológica”.

negativas de la acción¹⁰⁸, la que me permitiré denominar como teoría de la “evitabilidad individual”¹⁰⁹.

Para JAKOBS causalistas y finalistas habrían cometido un error común al haber pretendido hallar lo que la acción fuera al margen de la realidad social. Según él mientras que von LISZT pretendía captar lo que la acción fuera en la naturaleza, WELZEL lo haría a través de las consabidas estructuras lógico-objetivas-:

“[...] el concepto de acción no se busca antes de la sociedad, sino dentro de la sociedad. No es la naturaleza la que enseña lo que es la acción como pretendía von LISZT con su separación de lo físico y lo psíquico, y el concepto de acción tampoco puede extraerse de la ontología, como comúnmente se sostiene que WELZEL intentó demostrar con su punto de partida de la finalidad del actuar humano, sino que en el ámbito del concepto de acción lo decisivo es interpretar la realidad social, hacerla comprensible en la medida en que está relacionada con el Derecho penal. Por tanto un concepto jurídico penal de acción, debe combinar sociedad y Derecho penal. So pena de degenerar hasta quedar convertido en un concepto de mera utilidad didáctica que describa un escalón inicial del delito, debe contener una teoría lo más completa posible del comportamiento jurídico penalmente relevante”¹¹⁰.

Según JAKOBS, habría sido la sociedad, y dentro de la misma el subsistema jurídico, quien habría optado por configurar como fundamento de la responsabilidad penal a la acción (como expresión de la libertad y conciencia del ser humano), en detrimento de otros sistemas que fueron construidos atendiendo exclusivamente al resultado acaecido, atendiendo para ello a las finalidades atribuidas al Derecho penal, y en particular a la pena¹¹¹.

Por ello sería a esa misma sociedad a quien correspondería determinar lo que la acción deba ser: “... al hablar del concepto de acción ya se ha producido una opción del Derecho penal en contra de que haya responsabilidad por la mera existencia y a favor de que la responsabilidad se produzca por movimientos corporales realizados o

¹⁰⁸ Vid. Lorenzo MORILLAS CUEVA, “Construcción...”, ob. cit., pág. 138: En relación a las teorías negativas de la acción; “Desde una perspectiva más compleja y ciertamente menos seguida algunos autores han presentado, en la idea de buscar un denominador integral que singularice el concepto de acción, el llamado concepto negativo de acción sobre la base conjunta del principio de evitabilidad, o no evitar lo evitable, aunque desarrollado desde diversas orientaciones”.

¹⁰⁹ La teoría de JAKOBS se enmarca entre lo que ha tenido a bien denominarse “concepto negativo de acción”. El concepto negativo de acción se caracteriza por intentar hallar un supraconcepto que dé cobijo a acción y omisión a través de una inversión del punto de partida –en lugar de analizar la cuestión desde la perspectiva de la acción dolosa lo hacen desde la omisión culposa-, de forma que se considera que el autor de una conducta comisiva se sitúa en posición de garante desde el momento que da inicio a la ejecución de la misma, resultando que se coloca en una posición mediante la que debería evitar la producción del resultado. De esta forma, según los partidarios del concepto negativo de acción, la acción se define como evitable no evitación del resultado. Entre los autores que mantuvieron una semejante teoría podemos destacar a KAHR, HERBERG o al propio JAKOBS.

¹¹⁰ Vid. Günther JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 75.

¹¹¹ Hoy en día nadie cuestiona que la mera realización de un resultado dañoso no puede en ningún caso constituir fundamento suficiente para exigir responsabilidad penal, las modernas orientaciones dogmáticas exigen atender a criterios de prevención general y especial entre otros.

que podrían haberse realizado [...] y al hablarse de acción humana se hace una ulterior opción en contra de que haya responsabilidad colectiva y a favor de la individualización”¹¹².

Permítaseme señalar que las influencias de HEGEL en el pensamiento de JAKOBS resultan evidentes –quien como ya habíamos indicado con anterioridad, afirmaba que “el Derecho a la Justicia debe tener lugar en la libertad y la voluntad y no en la falta de libertad a que se dirige la amenaza”¹¹³-; en ambos casos el fundamento de la responsabilidad penal se hallaría en la libertad del ser humano y en su capacidad de elección.

En este contexto, JAKOBS definiría la acción –con clara intención de superar las deficiencias de la teoría finalista- como “expresión de sentido” –tal y como hicieran los hegelianos-.

Lo que al Derecho penal interesa no es sino lo que el comportamiento del individuo comunica en sociedad, y por lo tanto, la relevancia social que este alcanza, resultando que para JAKOBS únicamente la acción libremente ejecutada podrá revelarse como expresión de un sentido socio-jurídicamente relevante¹¹⁴.

“... una “toma de postura” o “expresión de sentido” sólo puede entenderse como proceso “comunicativo”, en el que no sólo es relevante el horizonte de quien se expresa, sino también el del receptor [...] Un ejemplo: si un niño golpea con un pequeño martillito de madera un grueso clavo que sobresale a medias de una sólida tabla, es posible que el niño actúe dentro de un esquema de interpretación según el cual pretende hundir el clavo en la madera (aunque quizás esto sea una exageración racionalista del esquema infantil). Es posible que otro niño comparta ese esquema de interpretación. Es posible que una persona adulta se dé cuenta del esquema aplicado por el niño, pero no aceptara ni su validez para ella misma ni su validez para comunicarse con los demás, sino que lo considerará como un esquema absolutamente inválido para el tratamiento del asunto en sí, esto es, para la actividad de clavar clavos. En otras palabras, la representación subjetiva del resultado sólo es relevante en el plano de la comunicación si está basada en un esquema de interpretación comunicativamente relevante”¹¹⁵.

¹¹² Ibidem, Günther JAKOBS.

¹¹³ Nota 7.

¹¹⁴ En JAKOBS, como en HEGEL, los conceptos de libertad y voluntad encuentran una especial vinculación. La voluntad es manifestación de la libertad, de ahí que el actuar voluntariamente pueda decirse que expresa el sentido de actuar libremente.

¹¹⁵ Günther JAKOBS, *El concepto jurídico penal de acción*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pág 29.

Por lo tanto, según JAKOBS lo que interesa al Derecho penal no es únicamente la intención del individuo –teoría finalista-, sino aquello que la acción comunique en sociedad -en coherencia con el funcionalismo sistémico de LHUMANN-. En su esquema teórico no toda conducta o comportamiento –o movimiento corporal voluntario, aunque se encuentre dirigido a un fin- ostentará la consideración de acción en sentido jurídico penal, sino que únicamente lo harán aquellas conductas que resulten jurídicamente relevantes para el Derecho penal, y ello en función del sentido comunicativo que alcancen en la sociedad: “precisamente por ese motivo de ningún modo se le atribuyen a un ser humano como su toma de postura o como su expresión de sentido todos los cursos derivados de un comportamiento, sean finales, se hayan previsto o fueran previsibles. Al contrario, esa atribución sólo se produce si el comportamiento de la persona se entiende como condición determinante, y no sólo fortuita, del curso que lleva hasta el resultado; es mérito de los responsables de una teoría social de la acción el haber fijado esta referencia objetiva en su doctrina”¹¹⁶.

Surge entonces un interrogante: ¿en qué casos la acción comunicará un sentido jurídico penalmente relevante? Según JAKOBS ello será así en aquellos casos en que la misma sea expresión de un riesgo jurídicamente desaprobado; ya que JAKOBS entiende que el Derecho penal no se dirige a la protección de bienes jurídicos –a diferencia de lo que según él ocurre en otros sectores del ordenamiento- sino a la protección de la vigencia de las normas, o lo que es lo mismo, de las legítimas expectativas que tienen los ciudadanos en que las normas van a ser respetadas –de ahí que la función a cumplir por la pena sea esencialmente de corte preventivo general-. Únicamente resultarán aptas para ser consideradas acciones penalmente relevantes aquellas conductas idóneas para vulnerar las normas jurídicas.

De esta forma JAKOBS lleva a cabo, en realidad, una identificación entre los conceptos de acción e imputación¹¹⁷, de forma que tan sólo podremos afirmar la

¹¹⁶ Günther JAKOBS, *El concepto jurídico penal...*, ob. cit., pág. 30.

¹¹⁷ Vid. Günther JAKOBS, *El concepto jurídico penal...*, ob. cit., pág. 10: “la normativización que ha supuesto la teoría de la relación objetiva de imputación no tiene por objeto algo que esté al margen de la acción, sino que se refiere a la propia acción”.

Vid. Niklas LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, editorial Herder, México, 2005, pág. 188: “Desde una perspectiva abstracta, el Derecho tiene que ver con los costes sociales que se desprenden de los enlazamientos del tiempo que efectúan las expectativas. En concreto, se trata de la función de estabilización de las expectativas normativas a través de la regularización de la generalización temporal,

existencia de una acción cuando resulte atribuible a un sujeto la creación libre de un riesgo jurídicamente desaprobado para la vigencia de la norma¹¹⁸: “cuando sin razón alguna para hacerlo un autor destruye una cosa ajena, el sentido que expresa no es solamente “prefiero destruir una cosa ajena a dejarla incólume (lo que prefiere el autor, en sí mismo, carece de interés jurídico penal), sino también “no reconozco ninguna norma que me vincule y prohíba la destrucción”, y esto sí que es una proposición que pertenece al contexto jurídico penal ...”¹¹⁹.

En este punto de su teoría, introduce JAKOBS un elemento esencial; señala que la acción no sólo debe ser expresión de sentido –al igual que afirmaban los partidarios de la teoría social de la acción–, sino que además debe ser “expresión de sentido individual”¹²⁰.

Puede afirmarse que semejante conceptualización de la acción resulta coherente con el funcionalismo radical de JAKOBS construido en torno a la noción de autorreferencialidad del Derecho, en donde la función primordial del ordenamiento jurídico penal debe ser la de proteger expectativas¹²¹. De ahí que para JAKOBS, el error

objetiva y social. El Derecho permite saber que expectativas tienen un respaldo social (y cuáles no). Existiendo esta seguridad que confieren las expectativas uno se puede enfrentar a los desengaños de la vida cotidiana; o por lo menos se puede estar seguro de no verse desacreditado con relación a sus expectativas”.

¹¹⁸ Vid. Günther JAKOBS, *El concepto jurídico penal...*, ob. cit., págs. 30 y 31: “De la densa e inabarcable red de condiciones de un suceso, el esquema social de interpretación destaca –de no ser así; no podría aportar nada a la orientación en el ámbito de las interacciones- ciertas relaciones como determinantes, mientras que en las demás relaciones la persona que co-causa el resultado y el suceso se expresan de tal manera que el hecho de generar esa causa no se considera relevante para el resultado; en el ámbito jurídico penal, esto significa lo siguiente: esa causa no genera un riesgo desaprobado. [...] A diferencia de lo que sugiere el finalismo, a la hora de combinar ser humano y curso causal a través de la imputación para obtener la acción humana, ello no puede hacerse utilizando exclusivamente la anticipación psicológica individual de cursos causales, ni tampoco por el mero hecho de que se conozca generalmente la existencia de tales sucesos psicológicos individuales se produce tal combinación: esta vinculación sólo se obtiene aplicando un esquema de interpretación, y la configuración determinante de este esquema deriva de la constitución de la sociedad, y no de una comprensión exclusivamente individual. Esta misma constatación se conoce en la dogmática jurídico penal reciente bajo la denominación poco expresiva de “imputación objetiva”, y el creador de la teoría final de la acción, WELZEL, realizó los trabajos preparatorios en esta materia.

¹¹⁹ Günther JAKOBS, *El concepto jurídico penal...*, ob. cit., pág. 38.

¹²⁰ Lo que por otro lado puede decirse que resulta lógica si acción e imputación se identifican.

¹²¹ Vid. Manuel JAÉN VALLEJO, *El concepto...*, ob. cit., pág. 74: “Formulado para los delitos de resultado, el concepto de acción, dice JAKOBS, no depende de la voluntad dirigida al resultado (acción final en sentido estricto), ni de una finalidad exterior dirigida al resultado (sin una voluntad acompañante), ni de una finalidad interior o exterior no dirigida al resultado (la culpa), sino únicamente de la posibilidad de influenciar el comportamiento mediante una motivación dirigida a la evitación del resultado”.

Vid. Niklas LUHMANN, *El Derecho de la sociedad*, ob. cit., pág. 192: “la función de la norma no es orientar las motivaciones (allí entrarían demasiadas casualidades y equivalencias funcionales en juego), sino en algo contrario: que la norma se establezca, mediante aseguramientos, frente a los hechos. La

en que incurrió la teoría social de la acción fuera el de realizar una valoración exclusivamente objetiva de las conductas, lo que desde luego resultaba incorrecto toda vez que de esta forma se vulneraban los fines asignados al Derecho penal y a la pena –preventivo generales y preventivo especiales-, que en todo caso no permiten desconocer las concretas circunstancias del sujeto pasivo del proceso penal a fin de determinar si su conducta expresa respeto por el mandato impuesto por el legislador.

Pero entonces, ¿en qué supuestos la conducta de un sujeto será expresión de un sentido individual y manifestación de un riesgo jurídicamente desaprobado? Según JAKOBS ello sólo será así en aquellos casos en que el sujeto activo del delito ejecute un acto que además de revestir los caracteres antedichos –creación libre de un riesgo jurídicamente desaprobado apto para lesionar la vigencia de la norma- obre de forma evitable¹²². Sin embargo, añadirá JAKOBS, la evitabilidad no debe ser interpretada en el sentido clásico, sino que deberá determinarse objetivamente, esto es, que para el caso de que el sujeto activo del delito hubiera obrado movido por el respeto a la norma jurídico- penal el mandato no habría sido lesionado.

Llama así la atención en el análisis de esta teoría, que el hecho de que el sujeto activo del delito obre con conocimiento de la norma o en ignorancia de la misma será irrelevante. Toda vez que el Derecho debe orientarse a la protección de las expectativas de los ciudadanos que confían en el cumplimiento de las normas, el conocimiento de la ley carecerá de relevancia. Lo importante será determinar si, con independencia de las motivaciones del autor, para el caso de que éste hubiera querido actuar conforme a Derecho ello hubiera sido posible¹²³.

Por lo tanto lo relevante no será determinar la intención del sujeto activo –la voluntad final-, sino contrastar si objetivamente pudiera éste haber actuado de forma

norma no asegura un comportamiento conforme a la norma; sin embargo: protege a quien tiene esta expectativa”.

¹²² Vid. Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 149: nos ilustra acerca de los orígenes del concepto de evitabilidad; “Kahus tomó como punto de partida del tratamiento de la causalidad y de la imputación la idea de la no evitación. Su “principio de no evitación” se hallaba formulado en estos términos: “un resultado puede imputarse a su autor cuando no lo ha evitado, pese a que podía hacerlo y el ordenamiento jurídico le obligaba a ello”.

¹²³ Vid. Manuel JAÉN VALLEJO, *El concepto...*, ob. cit., págs. 77 y 78: “JAKOBS, como se dijo, propone que la evitabilidad se determine con ayuda del método hipotético, en los siguientes términos: si el autor hubiera tenido el motivo dominante de evitar una determinada acción, hubiera tenido (realmente) la posibilidad de evitarla. Por tanto, el motivo, sencillamente, se supone; cómo llega a surgir no interesa en el ámbito de lo ilícito”.

distinta a como lo hizo, lo que nuevamente permite inferir la importancia que “la libertad” –en los términos que ya hemos referido- ocupa en el pensamiento de JAKOBS.

Según el citado autor, el comportamiento individualmente evitable se configuraría como un supraconcepto capaz de dar cobijo en su seno tanto a los comportamientos dolosos como a los imprudentes. Así las cosas, mientras que en el caso del dolo no existirían, según JAKOBS, importantes diferencias en relación con la teoría final de la acción: “pues únicamente se ha desplazado la vista desde la finalidad en dirección a la realización del resultado a las condiciones de la evitabilidad”¹²⁴, tampoco en el campo de la imprudencia aparecerían mayores dificultades.

Resulta evidente que en los casos en que el sujeto activo del delito obrase siendo consciente de las consecuencias que de sus actos pudieran derivarse su conducta sería dolosa o imprudente en función de las circunstancias concretas, pero ¿y en aquellas ocasiones en que el sujeto activo no es consciente del riesgo? Pues bien, en los casos de imprudencia inconsciente o, empleando la terminología clásica, sin representación mental, ningún problema existiría tampoco en exigir responsabilidad penal al sujeto toda vez que en los casos en que éste actúe con indiferencia frente a las consecuencias que pueden derivarse de sus actos, semejante comportamiento revelará una toma de postura frente a la norma que a su vez se encontrará dotada de un contenido comunicativo para la sociedad y que por lo tanto constituirá expresión de un sentido jurídicamente relevante.

Asimismo, según JAKOBS, su teoría de la evitabilidad individual resultaría idónea para reducir a la unidad “acción” y “omisión”¹²⁵, toda vez que se habría afirmado que lo relevante se sitúa en el significado que expresan determinadas conductas o comportamientos en tanto que generan un riesgo jurídicamente desaprobado, y no en la voluntad del sujeto activo –más allá de lo expuesto en torno al concepto de libertad-.

¹²⁴ Vid. Günther JAKOBS, *El concepto jurídico penal...*, ob. cit., pág. 40.

¹²⁵ Vid. VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 149: según VIVES la teoría de JAKOBS encuentra sus orígenes en HERZBERG, quien: “define la acción como evitable no evitación en posición de garante”.

Consecuentemente, a nadie escapa que los comportamientos activos y los omisivos resultan igualmente idóneos para expresar un sentido con entidad comunicativa en sociedad.

Al respecto JAKOBS señala que tradicionalmente la crítica que se ha formulado respecto de la unidad de los comportamientos activos y los omisivos ha encontrado base en el hecho de que el fundamento de responsabilidad en el caso de los comportamientos omisivos –en particular en los de comisión por omisión- se encontraría en que en estos casos el sujeto activo del delito ocuparía una posición de garante; “Esta visión paralela de la comisión y la omisión, con independencia de que se produzca bajo el supraconcepto acción, como me parece preferible, bajo el de comportamiento, es discutida sobre todo por un punto: se argumenta que en el delito de comisión, por regla general (a menos que se trate de un delito especial) no hace falta la concurrencia de una posición de garante, por lo que se dice, no puede parangonarse comisión y omisión”¹²⁶.

Para JAKOBS a través del concepto de evitabilidad individual dichas objeciones pueden superarse ya que el sujeto activo del delito en realidad siempre ostentaría una posición de garante. En el caso de los comportamientos activos el sujeto genera un riesgo que lo convierte en garante respecto del resultado acaecido –de ahí que se analice si la conducta resultaba o no evitable y si la misma ha generado un riesgo jurídicamente desaprobado- de forma paralela a lo que ocurre en el ámbito de la omisión.

En último lugar, JAKOBS, tras haber afirmado que acción, en sentido jurídico, únicamente puede ser aquel comportamiento imputable, se cuestiona la relación que debe existir entre el concepto de acción y el de culpabilidad. Las conclusiones a las que llega se infieren de lo expuesto hasta este momento, si la acción no es sino expresión de un sentido individual resulta más que evidente que las circunstancias personales del sujeto activo del delito deben ser valoradas a fin de determinar el concreto sentido que cabe atribuir a un comportamiento de modo que la acción, en su obra, se identifica con los conceptos de imputación objetiva¹²⁷ y subjetiva¹²⁸ o culpabilidad: “Si

¹²⁶ Günther JAKOBS, *El concepto jurídico penal...*, ob. cit., pág. 34.

¹²⁷ Vid. Manuel JAÉN VALLEJO, *El concepto...*, ob. cit., pág. 82: “... otro aspecto igualmente novedoso en la doctrina del punto de vista de JAKOBS es el que se refiere a la relación entre la acción propiamente dicha y la imputación objetiva. En efecto, en divergencia igualmente con la teoría dominante, JAKOBS

para la valoración de un comportamiento lo decisivo no es la naturaleza, ni lo físico, ni lo psíquico, sino el sentido, ¿no sería adecuado volver también en este ámbito a la teoría de la imputación de HEGEL, de manera que se elimine la separación entre injusto y culpabilidad siendo una acción igual a una acción culpable?”¹²⁹.

No obstante, a lo anterior se le podrían formular una serie de consideraciones críticas:

1. Identificación entre acción e imputación, y desdibujamiento de la delimitación entre antijuridicidad y culpabilidad.

A mi entender JAKOBS no ofrece una definición de acción, sino que se limita a enumerar las características que la acción jurídico-penalmente relevante debe reunir.

Asimismo, al igual que ocurriera en la teoría de la acción desarrollada por HEGEL, JAKOBS llega finalmente a identificar acción y delito, de forma que el concepto de acción pasa a carecer de toda utilidad¹³⁰ no ya práctica sino asimismo teórica, convirtiéndose en un concepto totalmente prescindible. Así las cosas, si los supuestos de exclusión de la acción se trasladan al ámbito de la imputabilidad objetiva o de la

parece llegar a la conclusión de que sólo hay acción cuando hay imputación objetiva. Así, JAKOBS argumenta que de la complicada red de condiciones de un suceso el esquema social de interpretación destaca ciertas relaciones como determinantes, mientras que en las demás relaciones, aunque se pueda afirmar la relación de causalidad, no se podrá afirmar la creación de un riesgo desaprobado”.

¹²⁸ Vid. Manuel JAÉN VALLEJO, *El concepto...*, ob. cit., pág. 88: “... JAKOBS concluye afirmando que “acción es convertirse en culpable” y que los conceptos que se ubiquen por debajo de este nivel no abarcan sino situaciones provisionales. Para JAKOBS, pues, la acción ya no es sólo la producción de un resultado individualmente evitable, según su propia definición, sino además, como se ha visto, imputable y culpable”.

¹²⁹ Günther JAKOBS, *El concepto jurídico penal...*, ob. cit., pág. 46.

¹³⁰ Vid. Manuel JAÉN VALLEJO, *El concepto...* ob. cit., pág. 86: “Otra afirmación de JAKOBS que me parece igualmente dudosa se refiere a la relación entre la acción propiamente dicha y la imputación objetiva. Según JAKOBS, como se ha visto, la acción está determinada por la imputación, luego si falta ésta también faltará aquélla. Reconozco que la idea es interesante y que merecería una investigación aparte, pero me parece, en una primera aproximación, que la imputación objetiva tiene una función en la teoría del delito y la evitabilidad de individual de la acción tiene otra. [...] En realidad, la confusión de todos aquellos elementos en el concepto de acción de JAKOBS pone de manifiesto que este concepto ya no cumple –en JAKOBS- la función, a la que me refería al comienzo de este trabajo, de establecer un primer filtro en la estructura del delito. Un concepto de acción que comprenda el mínimo de elementos que determinan la relevancia de un comportamiento humano para el Derecho penal, queda lejos de las ideas defendidas por JAKOBS”.

culpabilidad ninguna virtualidad se concede a la acción¹³¹: “en verdad la teoría de la acción de JAKOBS es tan completa que prácticamente comprende todos los presupuestos de la punibilidad, produciéndose como una especie de vuelta a la teoría de la imputación de HEGEL, en la que no hay separación entre lo ilícito y la culpabilidad ...”¹³². Asimismo, y en coherencia con lo anterior, si el Derecho penal únicamente persigue el objetivo de garantizar la vigencia de la norma, negando de tal forma toda virtualidad al concepto de bien jurídico, la delimitación entre antijuridicidad y culpabilidad desaparece¹³³ y deja de cobrar sentido por cuanto la única conducta que expresará un sentido contrario a la norma será la culpable. Por su lado la realización no culpable de la conducta descrita en el mandato legal no podrá ser ni tan siquiera considerada antijurídica por carecer de ofensividad alguna conforme a semejante propuesta sistémica¹³⁴.

¹³¹ Vid. Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 569: en este sentido Vives señala que “Lo que con ello se pone de manifiesto es que construir la doctrina penal como una teoría de la imputación no le confiere carácter científico, sino que constituye una trampa ideológica, que convierte los requisitos de una determinada manera de concebir el mundo en momentos de una insólita teoría científica de la imputación, que ni responde a las exigencias de la concepción heredada o axiomática ni a las más flexibles formuladas ulteriormente, ni siquiera tienen con ellas el más mínimo aire de familia que permita bautizarlas con el mismo nombre”.

¹³² Manuel JAÉN VALLEJO, *El concepto...*, ob. cit., pág. 80.

¹³³ Vid. Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad y sistema del delito*, editorial J.M. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 654: “debe llegarse a la fusión de la culpabilidad en el injusto si el centro de atención de la lesividad no se pone en el efecto que éste tiene sobre los bienes jurídicos, sino en lo que significa para la vigencia general de la norma de comportamiento, al estilo de JAKOBS. En este caso la antijuridicidad no sería la lesión de la norma primaria –ya que es lógicamente imposible que la norma tenga como contenido mantener su propia vigencia-, sino realizar un hecho que cuestione su vigencia como modelo general de acción y que justifique la imposición de una pena como forma de reafirmar el ordenamiento jurídico. Como la vigencia de la norma sólo se pone en cuestión por quien actúa de manera culpable contra ella, ha de acabar reconociéndose que sólo es verdadero injusto para el Derecho penal el injusto culpable”.

¹³⁴ Vid. Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad...*, ob. cit., págs. 70 y 71: “No es extraño que un autor como JAKOBS, que ha conectado invariablemente injusto y quebrantamiento de la validez de la norma, haya terminado por defender un concepto de acción culpable: “no existe una lesión de la vigencia de la norma jurídico-penalmente relevante sin culpabilidad”, por lo cual el injusto “es un mero concepto auxiliar”... “un concepto de acción que almacene el programa completo del Derecho penal debe ser ampliado hasta la culpabilidad. Acción es convertirse a sí mismo en culpable”. Claro está que con este planteamiento en realidad lo que hace es reconocer que el injusto (como concepto auxiliar) se refiere a la infracción de la norma de comportamiento, pero no en cuanto quebrantamiento de su validez, que sólo se da en la acción culpable, con lo cual, por esta vía indirecta de reformular el concepto de acción abandona JAKOBS de facto su propio supuesto sobre el injusto y, aunque aparente lo contrario, viene a reconciliarse con lo que es el planteamiento mayoritario, con la salvedad de que el término “acción” se reserva para el delito completo, al estilo HEGEL”.

2.- Deficiencias en torno al concepto de omisión.

Cabe señalar en primer lugar que la configuración del sujeto activo del delito como “garante” en los delitos de acción y de omisión supone trasladar, de nuevo, el estudio de la acción al ámbito de la tipicidad; en este sentido señala VIVES que: “con tal definición no se resuelve el problema del concepto de acción sino que, a lo sumo, se desplaza al ámbito de la causalidad y al de la culpa”¹³⁵.

Con todo, debe decirse, que el concepto de omisión manejado por JAKOBS resulta válido en el esquema de la teoría del delito propuesta por éste, en donde el fundamento de legitimidad del mandato penal se halla no en la protección de bienes jurídicos sino de la vigencia de la norma fruto de las expectativas normativas de los ciudadanos en torno al respeto del mandato penal. Y es que, desde semejante posicionamiento cierto es que, al menos formalmente, podría llegar a plantearse que el ciudadano ocupe una posición de garante respecto de cualesquiera normas.

6.2.- El concepto personal de acción de Claus ROXIN.

Cualquier investigación académica que desarrolle el análisis jurídico-penal del concepto de acción resultará incompleto sin una referencia, por mínima que esta fuera, acerca del denominado “concepto personal de acción” desarrollado por Claus ROXIN.

La doctrina, con carácter general, suele señalar a ROXIN como padre de las modernas orientaciones dogmáticas de signo funcionalista. Su obra “Política criminal y sistema del Derecho penal” –publicada en el año 1970- daría el pistoletazo de salida a la renormativización del Derecho penal¹³⁶.

La reacción frente a los postulados filosóficos del finalismo así como la caracterización del Derecho penal como convención de signo valorativo, impondrían el resurgimiento de los postulados neokantianos. Sin embargo, el lastre del relativismo

¹³⁵ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 150.

¹³⁶ Bernd SCHUNEMÄNN, *El Sistema...*, ob. cit., pág. 54: “Independientemente del meritorio, pero doctrinario proyecto de SCHMIDHAUSER, en el año 1970 ROXIN anuncia el programa de una reconciliación de “Política criminal y sistema de Derecho penal” e inicia el esbozo de los primeros pormenores de su realización”.

axiológico que impregnó las tesis neocausalistas, sería en ésta ocasión sustituido por el recurso a la Política Criminal, elevada ahora a la consideración de principio rector de las diferentes categorías dogmáticas.

Es en este contexto en el que ROXIN desarrollaría su teoría personal de la acción: “En primer lugar es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico espiritual de acción, y eso falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal (somática) del hombre. [...] Por otra parte, es evidente que los pensamientos y los impulsos de la voluntad pertenecen a la esfera espiritual anímica de la persona, pero en tanto permanecen encerrados en lo interno y no se ponen en relación con los sucesos del mundo exterior, no son manifestaciones de la personalidad y por tanto no son acciones”¹³⁷.

Puede, por lo tanto, afirmarse que para ROXIN únicamente revestirían la consideración de acción a efectos jurídico-penales aquellos comportamientos determinados por la psique humana, esto es, aquellos eventos en que existe una participación de la psique humana que se manifiestan en el mundo sensible –en contraposición a los hechos con trascendencia meramente interna, esto es, del pensamiento-¹³⁸.

Lo novedoso en la teoría de ROXIN resulta precisamente de la sustitución del concepto de voluntad por el de manifestación o participación psíquica del sujeto¹³⁹.

“En tales reacciones espontáneas apenas es perceptible una voluntad consciente en el sentido de pensar en ello. Por tanto, si desde la perspectiva del concepto natural de acción se exige un movimiento muscular ejecutado conscientemente, o desde la visión del finalismo se requiere un control planificado, realmente habría que rechazar que en esos casos concorra acción. Y sin embargo lo correcto es afirmar que concurre, pues se da, -aunque sea sin reflexión consciente- un movimiento defensivo transmitido psíquicamente y dirigido a un objetivo, y eso basta para admitir que hay una manifestación de la personalidad. Por tanto, los movimientos reflejos únicamente no son acciones cuando “la excitación de

¹³⁷ Claus ROXIN, *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 252.

¹³⁸ Vid. Manuel JAÉN VALLEJO, *El concepto...*, ob. cit., pág. 68: “El concepto de acción como exteriorización de la personalidad constituye, según ROXIN, un elemento básico que, abarca todas las formas de comportamiento delictivo, e incluso todo lo que puede caracterizar razonablemente en el ámbito anterior al jurídico como “acciones”. Luego son exteriorizaciones de la personalidad tanto las actuaciones dolosas y culposas como las omisiones, incluida la omisión culpa inconsciente...”

Vid. Bernd SCHUNEMÄNN, *El Sistema...*, ob. cit., pág. 52: En relación a la obra de ROXIN; “deduce que las concretas categorías del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) deben contemplarse, desarrollarse y sistematizarse desde el principio a partir de su función político-criminal. En esta línea, asocia al tipo, como motivo central, la determinabilidad de la ley penal conforme al principio *nullum crimen*; a la antijuridicidad, el ámbito de soluciones sociales de los conflictos; y a la culpabilidad la necesidad de pena”.

¹³⁹ Vid. Manuel JAÉN VALLEJO, *El concepto...*, ob. cit., pág. 32: “El concepto de exteriorización de la personalidad, dice ROXIN, caracteriza también el criterio decisivo para la delimitación de la acción respecto a la no-acción”.

los nervios motores no está bajo influencia psíquica”, sino que el estímulo corporal se transmite directamente del centro sensorial al del movimiento”¹⁴⁰. De ahí precisamente que pueda afirmarse que para ROXIN la acción se identifica con el movimiento corporal conducido psíquicamente por el sujeto – con independencia de que el mismo sea o no plenamente consciente y resulte o no voluntario-¹⁴¹.

En todo caso, debe señalarse que la propuesta de ROXIN descansa sobre los fundamentos filosóficos de KINDHAUSER, quien desarrolló “el concepto de “acción intencional”; según el cual acción es: “un hacer decidible, mediante el cual el agente está en condiciones de provocar un acontecimiento”¹⁴².

Una vez aquí, conviene señalar que las principales características del concepto personal de acción de ROXIN serían las siguientes:

- a) Se configura como un concepto omnicomprendivo capaz de dar cobijo por igual a las acciones dolosas e imprudentes, así como al concepto de acción y al de omisión.

Si la acción aparece configurada como expresión de la personalidad del sujeto, idéntica expresión puede decirse que revelarán el comportamiento activo, el omisivo, el doloso o el imprudente, especialmente, si como hace ROXIN las acciones son concebidas como manifestación de la actividad psíquica –que no de la representación ya que no estamos hablando de consciencia- en el mundo.

- b) El concepto personal de acción resultaría un nexo de unión válido entre las diferentes categorías dogmáticas.

Afirma ROXIN que se trata de un concepto: “que enlaza con la forma prejurídica de entender la acción, sin distanciarse de la concepción ordinaria de la vida de un naturalista [...] o normativista [...], y que simultáneamente abarca

¹⁴⁰ Claus ROXIN, *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 262.

¹⁴¹ Vid. Lorenzo MORILLAS CUEVA, “Construcción...”, ob. cit., pág. 1381: “Se diseña “como manifestación de la personalidad”, lo que significa, en opinión de ROXIN, máximo defensor de este criterio en la actualidad, dos cosas, por un lado, que acción es todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de la acción, sometido al control de su “yo”; por otro, dichas manifestaciones han de estar relacionadas con el mundo exterior, las internas de la persona no son acciones”.

¹⁴² KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung*, 1980, Kausalanalyse und Handlungszuschreibung, GA 1982, pág. 477, nota extraída de Claus ROXIN, *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 263.

gráficamente el fragmento de la realidad relevante para una primera y previa valoración jurídica”¹⁴³.

No obstante, a pesar de ello, deberá ser considerado un concepto valorativo cuyo análisis deberá iniciarse desde la tipicidad¹⁴⁴.

c) El concepto personal de acción resultaría apto para delimitar con precisión los casos de “falta de acción”.

Así, para ROXIN, no ostentarían la consideración de acciones; a) los actos ejecutados por los animales, b) los actos ejecutados por las personas jurídicas, y c) los meros pensamientos –ya que faltaría el requisito de la manifestación externa-.

Sin embargo, resulta relevante destacar que según el citado autor los movimientos reflejos y los automatismos sí pueden llegar a ostentar la consideración de acción en aquellos casos en que sea posible identificar en ellos “un movimiento transmitido psíquicamente y dirigido a un objetivo, y eso basta para admitir que hay una manifestación de la personalidad”¹⁴⁵.

d) El carácter normativo de la propuesta.

Por último, señalar que a pesar de gozar de naturaleza prejurídica, el concepto personal de acción tiene asimismo carácter normativo: “es normativo porque el criterio de la manifestación de la personalidad designa de antemano el aspecto valorativo decisivo, que es el que cuenta jurídicamente para el examen de la acción. También es normativo en la medida en que en los terrenos fronterizos atiende a una decisión jurídica correspondiente a esa perspectiva valorativa. Pero no es normativista, ya que acoge en su campo visual la realidad de la vida lo más exactamente

¹⁴³ Claus ROXIN, *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 263”.

¹⁴⁴ Vid. Claus ROXIN, *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 257: “para el concepto de acción aquí defendido también resulta que en parte de las omisiones no son separables acción y tipo, de tal modo que la comprobación de la acción ha de adentrarse en el tipo”.

¹⁴⁵ Claus ROXIN, *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 262.

posible y es capaz de considerar en todo momento los últimos conocimientos de la investigación empírica”¹⁴⁶.

Con todo, sin perjuicio de que la teoría personal de la acción ha sido una de las que mayor acogida ha encontrado en los últimos tiempos, la misma, no obstante ha resultado asimismo objeto de duras críticas.

A pesar de lo sugestivo y apropiado *prima facie* del recurso a la “exteriorización de la personalidad” como fundamento de un modelo omnicomprendido de acción¹⁴⁷, una vez que indagamos acerca de su verdadera naturaleza observamos que la tesis de ROXIN no añade en realidad nada nuevo a lo hasta entonces expuesto. Todo lo más podemos decir que se trata de un intento de síntesis de las teorías ya elaboradas hasta el momento. En definitiva, decir que la acción es exteriorización de la personalidad sin

¹⁴⁶ Vid. Claus ROXIN, *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 265.

Al respecto señala Lorenzo MORILLAS CUEVA, “Construcción...”, ob. cit., pág. 1382: “Con este criterio semejante teoría de la acción la presenta –ROXIN- como idónea en tres fundamentales supuestos. Como elemento básico, cuya proyección se concreta en: a) integra todas las posibilidades de la conducta delictiva –acciones dolosas e imprudentes como manifestaciones de la personalidad y también las omisiones, incluso la omisión por imprudencia inconsciente-; b) es comprensiva de la totalidad del suceso, en dicha manifestación de la personalidad acceden finalidades subjetivas y consecuencias objetivas, así como valoraciones personales, sociales, jurídicas y de otro tipo, siendo el conjunto de ellas el que agota su sentido significativo; c) evidencia, lo anterior, que circunstancias como causalidad, finalidad, resultado, relevancia social pertenecen a la acción, pero únicamente en cuanto modulan la existencia de una manifestación de la personalidad, y además integran el sustrato del juicio de injusto o de culpabilidad. Como elemento de enlace o unión, desde el momento en que designa el sustantivo al que se pueden incorporar todas las demás valoraciones jurídicopenales –la descripción de un delito como manifestación de la personalidad típica, antijurídica y culpable proclama la situación real-. Como límite, por describe el criterio decisivo para la delimitación entre acción y falta de acción. En suma, el concepto personal descrito por ROXIN combina lo normativo con lo no normativo”.

¹⁴⁷ Vid. Manuel JAÉN VALLEJO, *El concepto...*, ob. cit., pág. 72: “ROXIN insiste en que el concepto de acción que defiende es capaz de acoger todas las anteriores formas de acción, sin necesidad de acudir al criterio de la “finalidad inconsciente”,[...] Tanto los automatismos y reacciones espontáneas, como los estados de violenta excitación emocional y de embriaguez profunda, constituyen, pues, según ROXIN, acciones, porque todos estos supuestos representan respuestas del aparato anímico-psíquico al mundo exterior. Sin embargo, la causación psíquica, como se da, por ej., en los movimientos de una persona durmiendo provocados por sueños, no se configura por sí sola como acción, porque aunque en ellos hay una determinación psíquica “no entran en el mundo real como exteriorizaciones de la personalidad, pues no implican una adaptación al mundo exterior. [...] En cambio, ROXIN afirma la calidad de acción, con la opinión dominante en la doctrina, respecto a las actuaciones llevadas a cabo en estado de hipnosis, porque éstas están determinadas psíquicamente e implican, a diferencia de las acciones durante el sueño, una adaptación al mundo exterior. Como la ejecución de órdenes hipnóticas. [...] Como se ha visto, el concepto de acción defendido por ROXIN proporciona un concepto general para todas las formas de apariencia del comportamiento delictivo, pero renuncia, como reconoce ROXIN, “a buscar la unidad terminológica en la unidad del sustrato material (arbitrariedad, corporeidad, finalidad, no-evitación, etc.) [...] La distinción, pues, entre acción y no-acción no tiene lugar “a primera vista”, sino sobre la base de criterios normativos”.

especificar realmente en qué consiste dicha exteriorización de la personalidad –no al menos de una forma concreta- no constituye sino una tautología¹⁴⁸.

Asimismo, la determinación acerca de en qué supuestos el movimiento corporal gozará de una base psíquica o por el contrario meramente somática –al menos en los casos límite- parece advertirse que pudiera llegar a convertirse en una tarea francamente ardua.

Por otro lado, según mi opinión, la teoría personal de la acción, aparece como revisión dogmática de los anteriores modelos. Y es que, a la vista de que ROXIN entiende que la expresión de sentido relevante en el ámbito de la acción es aquella que se identifica con el estado anímico del sujeto no puede sino concluirse que en realidad el concepto de acción se identifica en su obra con un comportamiento voluntario

Al respecto, el propio ROXIN señala que el concepto personal de acción “abarca no un elemento, parcial cualquiera del suceso, sino este mismo suceso en su totalidad. En el enjuiciamiento del suceso como manifestación de personalidad penetran finalidades subjetivas y consecuencias objetivas así como valoraciones personales, sociales, jurídicas y de otro tipo, y sólo el conjunto de todas ellas agota su contenido significativo”¹⁴⁹.

Es cierto, que los partidarios de la teoría personal de la acción podrían objetar que en todo caso sería en el análisis de los actos reflejos y los automatismos donde mejor se captaría la esencia de su propuesta, ya que precisamente en este ámbito sería en el que ROXIN desarrollaría de forma más nítida la delimitación entre “voluntariedad” y “participación psíquica”. A diferencia de las teorías causalista y finalista, para ROXIN los actos automáticos así como los reflejos sí constituirían acción a efectos penales, quedando así acreditada la viabilidad de su teoría toda vez que la

¹⁴⁸ Vid. Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 137: En este sentido afirma que “cabe preguntarse si definir la acción como exteriorización de la personalidad es, realmente ofrecer una base para identificar lo que es acción respecto de lo que no lo es significa sólo utilizar una expresión aparentemente sinónima y, por consiguiente, llevar a cabo un mero juego de palabras. Dado que los conceptos de “exteriorización” o “manifestación” de las “personalidad” no son menos problemáticos que el de “acción”, me inclino, en principio, por lo segundo. La personalidad del hombre –o, cuando menos, lo que podemos saber de ella- no es más que el conjunto de sus acciones, y, si eso es así, decir que en ellas se manifiesta la personalidad es tanto como no decir nada”.

¹⁴⁹ Claus ROXIN, *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 255.

distinción entre “participación psíquica” y “voluntariedad” resultaría no sólo relevante a nivel teórico, sino asimismo susceptible de un claro contenido práctico.

No obstante debe decirse que si bien es cierto que en abstracto, y desde una primera aproximación, la teoría de ROXIN parece ciertamente apartarse del concepto de voluntariedad al analizarse bajo la luz de los automatismos y los actos reflejos en los términos antedichos, no es menos cierto que una vez que se profundiza en el examen de estos casos pronto se advierte que únicamente se entenderá que existe acción en los supuestos en que nos encontremos ante una actividad psíquica mínimamente consciente –extremo que evidentemente nos conduce a exigir la concurrencia de cierta intencionalidad-. Así por ejemplo, en el caso del famoso sastre de Hamburgo¹⁵⁰ pronto se aprecia que el sastre actúa de forma consciente y voluntaria –sin que en ningún caso quepa afirmar que se trata de un acto automatizado o reflejo-.

7.- El giro pragmático.

El anterior análisis acerca de las teorías de la acción, permite afirmar la imposibilidad de alcanzar el “ideal” de un supraconcepto unitario de acción que desempeñe el elenco de funciones que le habían sido tradicionalmente asignadas:

“Los objetivos sistemáticos más ambiciosos de la teoría de la acción (la construcción de un concepto general capaz de definir la esencia continuística de todos los hechos penalmente relevantes o capaces al menos de clasificar sus formas fundamentales) nos han parecido irrealizables, puesto que de un lado definir el contenido de aquello que es merecedor de pena sólo es posible, como muy pronto, examinando cada concreta figura de delito tal cual es delineada en cada ordenamiento jurídico, y de otra parte, porque ni siquiera aquellos caracteres (hacer, omitir, dolo, culpa) que se pueden abstraer del catálogo de la parte especial pueden ser posteriormente reducidos bajo un solo concepto clasificatorio, impidiéndolo las insuprimibles diferencias estructurales propias de tales caracteres”¹⁵¹.

¹⁵⁰ Claus ROXIN, *Derecho penal...*, ob. cit, pág. 263: “el autor debía probarle a una señora un traje de chaqueta y al probárselo la abrazó fuertemente; cuando ella *intentó* apartarlo se descubrieron sus senos, que él cubrió ahora de besos e hirió mediante un mordisco. En este caso el abogado defensor llegó a sostener que su defendido había sufrido una especie de reacción mecánica y que, por consiguiente, no se podía afirmar la existencia de la acción; y, en efecto, en las distintas instancias que se ocuparon del caso se abordó la cuestión, en relación al mordisco, de si se trataba de una acción o de una actividad puramente de reflejo, no consciente. Pero lo cierto es que la teoría entiende que en estos casos sí hay acción, y así lo entendió el Tribunal Superior de Hamburgo”.

¹⁵¹ MARINUCCI, *El delito como acción...*, ob. cit., pág. 136.

El examen de las diferentes propuestas acerca del concepto de acción desarrolladas durante más de dos siglos permite intuir que acción, omisión, dolo e imprudencia difícilmente pueden resultar reconducibles a la unidad, aunque, y esto es lo más interesante, no por ello debemos caer en la tentación de obviar su importancia iniciando directamente el examen de las conductas objeto de enjuiciamiento en sede de tipicidad.

A la vista de ello algunos autores, entre los que destaca MARINUCCI han aconsejado desarrollar el análisis de los comportamientos activos, omisivos, dolosos e imprudentes, de forma autónoma, renunciado así a la elaboración de un supraconcepto de acción.¹⁵²

De esta forma, se pretendía poner punto y final al debate acerca del concepto de acción procurando elaborar un sistema desde el que las diferentes tipologías delictivas –en los términos antedichos- obtuvieran un tratamiento autónomo a fin de garantizar un mejor desarrollo teórico de las vicisitudes que tuvieran lugar en su seno.

Sin embargo, lo cierto es que actualmente vienen desarrollándose nuevas propuestas que demostrarían que el problema no se encontraría tanto en los objetivos asignados al concepto de acción como en el enfoque de la cuestión.

Las diferentes teorías que se han ido sucediendo durante siglos han desarrollado un modelo de acción construido en torno a la noción de causalidad, sea en términos físicos o normativos. Cualesquiera de las teorías pergeñadas han pretendido dotar de unidad al conjunto de movimientos corporales en que se descompone la acción atendiendo a su conexión con un resultado acaecido en el mundo real –tal vez, con la excepción del finalismo, cuyas deficiencias, no obstante, se expondrán más adelante-.

Las nuevas doctrinas, singularmente la denominada concepción significativa de la acción desarrollada por Tomás Salvador VIVES ANTÓN, han conseguido introducir un giro pragmático en el análisis de la cuestión, dotando de unidad a los distintos

¹⁵² Vid. MARINUCCI, *El delito como acción...*, ob. cit., pág. 109: “Y la novedad radica ahí; en que propugnando un examen separado de las diferentes formas delictivas- consciente de que sólo un examen de tal género puede hacer aflorar las peculiaridades estructurales de las tipologías que han estado demasiado tiempo bajo la sombra del ilícito doloso comisivo –se ha decretado el final del “monopolio” de aquella visión sistemática de tipo “clasificadorio categorial”, inaugurada por Liszt, sobre el modelo del sistema de las plantas de LINNEO y que ha perpetuado su dominio mientras ha perdurado la búsqueda de un concepto superior clasificadorio –el concepto de acción-”.

movimientos corporales no con arreglo a criterios causales, sino con arreglo a criterios semánticos. De este modo, según VIVES, no sería la conexión causal la que determinara el contenido de los actos, sino que, lejos de ello, será su significado en sociedad, con arreglo a las reglas de la semántica, lo que lo consiga.

CAPÍTULO II

LA CONCEPCIÓN SIGNIFICATIVA DE LA ACCIÓN DE TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN.

1.- Introducción.

Puede afirmarse que durante más de un siglo la ciencia del Derecho penal en Europa y Latinoamérica, con la evidente excepción de Inglaterra y algún otro país continental, ha sido liderada por la dogmática penal alemana¹⁵³. El “nuevo sistema” de Derecho penal ideado por Paul Johann Anselm Ritter Von FEUERBACH¹⁵⁴, cristalizado en el Código penal de Baviera de 1813, sucesivamente desarrollado por los padres de la teoría clásica del delito -HERING, LISZT, BELING, RADBRUCH y FRANK-, así como por otros autores contemporáneos como ROXIN, HASSEMER, FRISCH o JAKOBS, entre otros, sería asumido a pies juntillas por la doctrina española. Limitándose su papel en muchas ocasiones a intervenir en las discusiones dogmáticas ya suscitadas en

¹⁵³ Vid. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción significativa”, en J. CARBONELL MATEU/ L. GONZÁLEZ CUSSAC/ E. ORTS BERENGUER, *Constitución Derechos Fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Editorial Tirant lo Blanch, 2009, pág. 1449: “Desde el primer tercio del siglo XX, la Ciencia española del Derecho penal ha estado muy influenciada, e incluso se podría decir sin temor a exagerar que dominada, directa o indirectamente por la Dogmática alemana del Derecho penal. De todas las parcelas a las que se extiende el Derecho penal, entendido sólo como elaboración jurídica de las normas del Derecho vigente referidas al delito y a sus consecuencias jurídicas, es sobre todo esta Dogmática elaborada por los penalistas alemanes la que se ha llevado la parte principal de los esfuerzos que, sobre todo durante la segunda mitad del siglo XX, han desplegado los penalistas españoles más destacados (y, por supuesto, también los menos destacados que han seguido las huellas de los primeros). Mirada desde la perspectiva que ofrece el período de casi un siglo en el que ha venido produciéndose esa relación, el resultado se puede considerar en su conjunto como beneficioso, sobre todo para la dogmática penal española, que sin influencia de la alemana, todavía estaría en los parámetros del s. XIX. Pero es evidente que esa influencia ha sido unilateral y que prácticamente, salvo algunas escasas excepciones, las aportaciones y propios desarrollos que ha tenido la Dogmática penal española han pasado desapercibidos para los colegas alemanes, que cuando se ocupan de las habidas en otros países, y concretamente de las producidas en España, sólo lo hacen para comprobar el gran éxito que tienen sus construcciones entre nosotros (y en la mayoría de los países latinoamericanos), y eso siempre que las aportaciones españolas hayan sido publicadas, traducidas o escritas por sus propios autores, en Alemania y en alemán”. En similar sentido BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *El sistema de la teoría del delito*, pág. 193; “Desde que en 1931 Luis JIMÉNEZ DE ASÚA impartió su lección inaugural en la entonces Universidad Central de Madrid sobre la Teoría Jurídica del Delito, la dogmática penal de los países hispano-parlantes se ha desarrollado en forma paralela a la alemana”.

¹⁵⁴ ZAFFARONI, “Introducción”, en Paul Johan Anselm Ritter von FEUERBACH, *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pág. 28: Dos son las tesis maestras que orientan su producción [...] la separación entre moral y derecho y su teoría de la pena como coerción psicológica. Según cuál de ambas se tome como prioritaria, podrá considerarse a FEUERBACH el verdadero garante del derecho penal liberal...”.

Alemania, posicionándose en favor o en contra de las tesis objeto de controversia en aquel país ¹⁵⁵. En definitiva, no puede dudarse que han sido los académicos alemanes quienes han venido, durante más de cien años, fijando la agenda de eventos en lo que a la ciencia del Derecho penal español se refiere ¹⁵⁶.

Según nuestra opinión, uno de los ámbitos en los que esta influencia se habría dejado sentir con mayor intensidad sería precisamente el del análisis del concepto jurídico penal de acción. Sin excepción, las distintas obras que en España se han ocupado del estudio de la materia han venido reproduciendo las distintas concepciones que sobre ella se habían formulado en Alemania, procurando en el mejor de los casos desarrollar un análisis crítico de las mismas. En resumen, resulta fácilmente constatable que el estudio de la acción en nuestro país se ha venido limitando a la exposición del concepto ético jurídico de acción –o concepto hegeliano-, de la concepción causal de la acción de Franz Von LISZT –y las consabidas críticas formuladas por BELING y RADBRUCH-, del concepto neocausal o neokantiano –con especial referencia a las formulaciones de MEZGER y MAYER-, del concepto final de acción de HANS WELZEL, del concepto social de acción desarrollado por EBERHARD SCHMIDT, JESCHECK y KARL ENGISCH, y por último de las construcciones funcionalistas de la acción entre las que destacan el concepto personal de acción de Claus ROXIN así como el concepto negativo de acción de GÜNTHER JAKOBS.

¹⁵⁵ Sirvan a modo de ejemplo las discusiones en torno a las teorías de la imputación objetiva o de la participación neutra que se analizan en este trabajo de investigación.

¹⁵⁶ Vid. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción significativa”, ob. cit., pág. 1450: “Al decir esto no se pretende emitir ningún juicio de valor, ni siquiera una crítica a tal estado de cosas; sino simplemente describir lo que ha sido, es y parece que será todavía durante mucho tiempo una constante en la elaboración teórica, principalmente académica, del Derecho penal en los países de habla española. A ello ha contribuido también y sobre todo la ingente labor de traducción de los principales Tratados y monografías alemanas de Derecho penal que se ha llevado a cabo, desde la del Tratado de Franz von LISZT y el de Edmund MEZGER en el primer tercio del siglo XX, hasta la de los Tratados de MAURACH, WELZEL, JESCHECK y los Tratados y prácticamente todas las obras, artículos y monografías de ROXIN, JAKOBS, así como otras importantes obras de HASSEMER, FRISCH, STRATENWERTH, HIRSCH, etc., etc. De modo que, actualmente, y sin tener que leer o entender el idioma alemán, la mayoría de los penalistas hispano parlantes (y por semejanza lingüística los de habla portuguesa e italiana) tienen a su disposición un amplio arsenal bibliográfico que les permite seguir manejando la Dogmática penal alemana como principal objeto de referencia y fuente de inspiración de sus elaboraciones teóricas”. En sentido contrario QUINTERIO OLIVARES, Gonzalo, Parte General del Derecho penal, pág. 191: “la ciencia penal española de los últimos años ofrece un panorama de notable independencia y construcción propia, sin demérito del rigor dogmático, pero abandonando el excesivo servilismo intelectual filogermánico que había caracterizado a la literatura penal de décadas anteriores”.

Con todo, si bien es cierto que en las últimas décadas el análisis de la acción por la dogmática penal alemana se ha limitado en mayor o menor medida al estudio y revisión de las teorías antes referenciadas, siendo fácilmente perceptible un estancamiento en el desarrollo dogmático de una materia que parecía encontrarse en un callejón sin salida, desde hace ya algún tiempo viene apreciándose un cambio de tendencia, de modo que el estudio de esta cuestión puede decirse que ha recuperado el vigor de tiempos pasados, ocupando nuevamente un papel central en el campo de la dogmática penal¹⁵⁷.

En este nuevo contexto, sin embargo, justo es decir que ha sido precisamente en España, y no en Alemania, donde el análisis de la acción ha hallado en los últimos tiempos, de la mano de Tomás Salvador VIVES ANTON, un desarrollo más novedoso¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Vid. Francisco MUÑOZ CONDE, "Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción significativa", ob. cit. pág. 1451: "... hay que empezar por el principio, y este principio no cabe duda que debe ser la acción, el comportamiento humano en su doble vertiente de acción en sentido estricto y de omisión, en la medida en que tanto en un sistema como en otro el presupuesto de la reacción punitiva es la conducta humana constitutiva de un hecho definido previamente como delito, bien a través de una decisión del poder legislativo, bien a través de una decisión judicial previa que sirve de "precedente". Y es curioso, que salvo contadas excepciones [...] tanto los penalistas del sistema dogmático alemán, y sus seguidores, como los del Common Law, están de acuerdo en esta afirmación de principio, si bien las discrepancias comienzan cuando se trata de establecer qué es lo que se entiende por acción y qué consecuencias cabe extraer a la hora de resolver determinados problemas del Derecho penal". Vid. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, "¿Qué queda en la discusión tradicional sobre el concepto de acción?", en José Luis Díez Ripollés, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, editorial Tecnos, Madrid, 2002, págs. 978 y 979: "si interesa estudiar el concepto de acción, ello es debido, a mi juicio, a dos razones. Por un lado, a que, si, de modo previo, se ha acogido el criterio de que sólo puede imponerse sanciones penales a los sujetos que realizan "acciones", la discusión sobre qué procesos son acciones y cuáles no lo son, constituye en realidad, una discusión sobre la materia posible de la intervención del Derecho penal [...] Lo anterior, como puede advertirse, es de la máxima importancia, pues obliga a reflexionar sobre si –y por qué– el origen humano de un proceso o el carácter auto-consciente del sujeto que lo genera son elementos constitutivos del carácter de acción y, por ello, del conjunto de objetos posibles del Derecho penal".

¹⁵⁸ Vid. Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, "La concepción significativa de la acción de T.S. VIVES y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito", *Anuario Da Faculdade da Dereito da Universidade da Coruña*, nº 5, 2001, pág. 1075: Pues bien, en un momento en que se puede afirmar que los modernos sistemas penales de orientación funcionalista se hallan todavía en fase de asentamiento y 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 ANTÓN, que posee la característica de apartarse de las construcciones filosóficas que han inspirado los sistemas antecitados y propone 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".

Vid. Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa: Parte General*, editorial Tirant lo Blanch, Segunda edición, 2007, pág. 29: "La concepción significativa de la acción es la concepción más reciente sobre los fundamentos del sistema penal, elaborada en la doctrina española por VIVES ANTÓN y basada en un nuevo sistema filosófico, que comienza a ganar adeptos (aunque sea

En las páginas que siguen procuraré exponer la que VIVES ANTÓN ha denominado como “concepción significativa de la acción”, teoría de extraordinario interés dogmático y práctico que propone un cambio de paradigma fruto de una completa revisión de los fundamentos filosóficos del Derecho penal, así como una notable reformulación de la teoría del delito¹⁵⁹.

No obstante, debe indicarse que el detallado examen que se realizará de la propuesta de VIVES obedece no sólo a su interés científico, sino, principalmente, a que el giro pragmático en el análisis de la acción introducido por la concepción significativa de la acción al amparo de la filosofía del lenguaje de WITTGENSTEIN constituyen en realidad los cimientos teóricos sobre los que se construye la tesis del desvalor material de la acción aquí propuesta.

Conviene por ello examinar concienzudamente la reformulación de la teoría del delito desarrollada por VIVES a fin de comprender en toda su extensión el objeto de la presente investigación.

2.- Fundamentos filosóficos.

La “concepción significativa de la acción” de VIVES ANTÓN hunde sus raíces en la afirmación de un nuevo paradigma filosófico, el wittgensteiniano¹⁶⁰, y como

con diversos matices y variantes), y que (no tengo duda alguna al respecto) está llamada a aceptar una amplia aceptación en la doctrina y la jurisprudencia”.

¹⁵⁹ Vid. Francisco MUÑOZ CONDE, “Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción significativa”, ob. cit., pág. 1452: “Probablemente, de entre los penalistas que más se han ocupado recientemente de este tema están en el ámbito del Common Law, el profesor George P. FLETCHER, Catedrático de Derecho penal y de Teoría del Derecho de la Universidad de Columbia de Nueva York, y en el de la Dogmática penal y la Teoría y Filosofía del Derecho en España, el profesor Tomás Salvador VIVES ANTÓN, catedrático de Derecho penal de la universidad de Valencia y ex Vicepresidente del Tribunal Constitucional español. Ambos autores se han ocupado del concepto acción, pero enmarcándolos en un plano filosófico más acordes con los modernos planteamientos de la filosofía de Wittgenstein y de Habermas, y destacando la estrecha vinculación que hay entre este concepto y el concepto de responsabilidad o de culpabilidad como presupuesto de la pena”.

¹⁶⁰ En realidad el pensamiento de WITTGENSTEIN se dividiría en dos etapas o fases, siendo la segunda de ellas la que tiene mayor ascendiente sobre VIVES ANTÓN. En este sentido Vid. Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del Sistema Penal*, ob. cit., pág. 508: “El programa del “primer” Wittgenstein resultó, no obstante, esa autocontención impracticable. El lenguaje significativo, en ese programa, podía construirse sólo sobre el modelo objeto-designación; es decir, sólo como un sistema de descripciones. Así, resulta desconocida-negada la irreductible diversos de los usos del lenguaje que emerge frente a esa imagen reduccionista en una ulterior y más profunda reconsideración. [...] Desde ese momento, hasta las Investigaciones Filosóficas y las obras posteriores [...] hay un giro, que no es un giro lingüístico, sino uno pragmático: las palabras y las oraciones ya no son representaciones más o menos estilizadas de la realidad; sino herramientas con las que interactuar en ella”. Así las cosas, mientras “el primer”

consecuencia de ello de una nueva metodología jurídica a todas luces influenciada por el pensamiento de HABERMAS¹⁶¹.

Siendo consciente de que la dogmática penal alemana, y por lo tanto la española, han venido históricamente construyéndose de forma recurrente y alternativa sobre los cimientos de la filosofía hegeliana y kantiana, y más recientemente sobre los de la sociología funcionalista de PARSONS y LUHMANN, concibiéndose por ello la acción como un sustrato aprehensible en el mundo sensible o inteligible, VIVES ANTÓN se propone emprender una labor de actualización del Derecho penal mediante la recepción de la obra del filósofo austríaco WITTGENSTEIN, así como, aunque en menor medida, de la de HABERMAS¹⁶².

Según VIVES ANTÓN el Derecho penal habría venido dando la espalda sistemáticamente, durante al menos medio siglo, a los avances científicos y filosóficos, viviendo anclado en un mundo pretérito que habría convertido en anacrónicos buena parte de sus contenidos¹⁶³. La recepción de WITTGENSTEIN por la comunidad jurídica,

WITTGENSTEIN conectaba el significado con la estructura formal del lenguaje, el “segundo” lo hace con los “juegos de lenguaje”. La diferencia estriba en que en este caso el significado se obtiene de la suma de la conexión entre estructura formal del lenguaje y contexto. El significado por lo tanto ya no se obtiene de una forma matemática, sino normativa. Sin embargo el que no podamos estar totalmente seguros de nuestras conclusiones no debe resultar un problema.

Vid. Paulo César BUSATO, *La Tentativa del delito (Análisis a partir de la concepción significativa de la acción)*, Editorial Juruá, Lisboa, 2011, pág. 29: “La propuesta de Vives se asienta por un lado en la filosofía del lenguaje del segundo Wittgenstein, que ha producido el “giro pragmático” de la filosofía con base en la acción y la racionalidad práctica y, por otro, en lo que atañe a la metodología de presentación del sistema en la teoría de la acción comunicativa y la teoría del discurso de Habermas”.

¹⁶¹ Vid. Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico...*, Ob. cit., pág. 30: “Lo que de específico tiene la contribución de VIVES reside en haber construido sus fundamentos del sistema penal directamente sobre los cimientos de la doctrina filosófica más descollante del s. XX: la filosofía de la acción y del lenguaje, y, la de uno de sus autores más conspicuos, WITTGENSTEIN. Dicho de forma más precisa, se trata, más concretamente, de la denominada filosofía del “segundo WITTGENSTEIN”, que se desarrolla a partir de la idea de que los problemas filosóficos no son sino “embrollos lingüísticos”...”.

¹⁶² Vid. Enrique ORTS BERENGUER/ José L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho penal: Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 198: “La concepción significativa de la acción ha sido formulada por VIVES ANTÓN, siguiendo fundamentalmente el pensamiento de WITTGENSTEIN y en menor medida el de HABERMAS...”.

¹⁶³ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del Sistema Penal*, ob. cit., pág. 503: “Lo que he pretendido mostrar en mis reflexiones “metadogmáticas” es que la doctrina penal alemana, de la que tanto depende la española, que estaba tan enraizada en otro tiempo en las corrientes de pensamiento que determinaban el espíritu de la época, vive hoy, con significativas excepciones, al margen de lo que llamaré –aunque el nombre sea sólo una metáfora– paradigma lingüístico pragmático que, se quiera o no, es el que marca la agenda del pensamiento actual y que la internacionalización de ese paradigma no sólo invita a “cambiar los ejemplos”, como se ha dicho por algún penalista alemán, sino, probablemente, a disolver algunos de los conceptos más básicos de la dogmática y, quizás también, a redefinir sus sistemas, métodos y fines. Con el fin de poner de manifiesto esa deficiencia y mostrar el modo de subsanarla (o sea, intentando “mostrar a la mosca la salida de la botella”), estimo útil, en primer lugar, analizar el impacto de Wittgenstein en el pensamiento alemán actual...”

y con él de la filosofía del lenguaje, debería, según VIVES, permitir la ansiada modernización del mundo jurídico, así como la superación de las insuficiencias que tradicionalmente habrían acompañado al concepto de acción, tema nuclear de la dogmática penal.

Así las cosas, hasta el momento, tal y como hemos tenido ocasión de analizar en el capítulo primero, la doctrina, sin excepción, habría ensayado, aunque desde diferentes perspectivas y a través de distintos métodos, definiciones de acción que pretendían captar su “esencia” mediante su aprehensión en el mundo –sensible o inteligible-, procediendo, en definitiva, a describir aquello que la acción fuera y dando por sentado algo tan extraordinariamente cuestionable como lo que resulta de afirmar que el concepto de acción posea una existencia propia aprehensible por el ser humano.

Según VIVES mientras los causalistas habrían creído encontrar la esencia del concepto de acción en la naturaleza a través de la utilización del método científico propio de las ciencias naturales, los finalistas habrían creído lograrlo mediante el recurso a la voluntad de los sujetos -empleando para ello la “ontología welzeliana”-, mientras que los funcionalistas lo harían recurriendo al empleo de la sociología y de la descripción de los sistemas sociales de PARSONS y LUHMANN. Y es que, en lo que a los funcionalistas se refiere, no debe perderse de vista que a pesar de que los mismos buscan en la sociedad lo que la acción es, y que convienen en que lo que ésta sea puede variar –y de hecho lo hace- de un sistema social a otro, afirman la posibilidad de hallar un concepto objetivado de acción, aunque de naturaleza convencional y por lo tanto cambiante. De esta forma lo que la acción sea podría inferirse, según ellos, del análisis de la sociedad siendo por lo tanto posible elaborar un concepto válido de forma universal para un determinado sistema social¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Tomás Salvador VIVES ANTON, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., págs. 152 a 154: “La “crítica de la razón funcionalista” ha sido, en términos generales, llevada a cabo por Habermas. Aquí se trata sólo, por lo tanto, de evaluar las doctrinas de la acción de Parsons y Luhmann, aunque debe decirse que la validez general de las concepciones de estos autores dependerá, sin duda, en gran medida, del acierto o desacierto de su modo de entender la acción. En la concepción de Parsons, la acción se halla regida por el esquema medio-fin: la voluntad subjetiva, conforme a ese esquema, realiza en la acción sus decisiones, aunque esa voluntad subjetiva no extrae, desde luego, de sí misma sus contenidos; sino que se remite a un “background” de motivaciones procedentes de las normas sociales y reconocibles desde ellas. La insuficiencia fundamental de ese modo de concebir la acción se encuentra, a mi juicio, en que la finalidad subjetiva no es el puente adecuado para conectar la acción con los distintos plexos de normas sociales[...] Muy distinto es el caso de Luhmann. Aquí la operación fundamental es la re-

Pues bien, según VIVES ANTÓN, la recepción de la filosofía del lenguaje de WITTGENSTEIN conllevará una ruptura con las doctrinas de la acción hasta ahora elaboradas, una revolución copernicana¹⁶⁵ que supondrá un nuevo comienzo desde el que construir un genuino sistema del hecho punible.

Llegados a este punto conviene exponer brevemente cuáles son las líneas esenciales del pensamiento de WITTGENSTEIN, quien construyó su filosofía del lenguaje sobre una doble crítica: a) la crítica de la filosofía del lenguaje de San Agustín, y b) la crítica a la concepción cartesiana de la mente.

- a) Se atribuye a SAN AGUSTÍN DE HIPONA (354-430) la que ha sido denominada como concepción especular del lenguaje, según la cual éste sería concebido como una suerte de espejo de la realidad. Así las cosas, para SAN AGUSTÍN los signos o categorías gramaticales que conformarían el lenguaje serían capaces de “reflejar” las estructuras o categorías de la realidad, es decir, que existirían signos –especialmente palabras- capaces de captar e identificarse perfectamente con los objetos a los que designarían,

definición del sentido en términos de “reducción de la complejidad” (de cualquier reducción de la complejidad, no sólo del que resulta del acuerdo normativo en virtud del cual el signo sustituye a lo designado). Con esa re-definición, Luhmann “reduce la complejidad” del sentido, pues atribuye sentido, no ya a los símbolos (que lo adquieren en virtud de una gramática convencional), sino a las simples señales que no operan sino como indicios del objeto –del que son partes o al que se hallan naturalmente ligadas- acerca del que transmiten información. De este modo, puede hacer de la comunicación el componente básico de los sistemas sociales: la acción pasa a ser un fenómeno derivado, porque depende del lenguaje, cosa que no ocurre con la comunicación. Comunicar significa para Luhmann limitar. Pues bien: definiendo la comunicación como limitación, ingredientes lingüísticos y normativos quedan relegados al momento de la acción [...] al momento de la auto-observación y autodescripción de los sistemas sociales, del que la acción, como lo que puede imputarse al sistema de la personalidad, diferenciándolo de su entorno, es la unidad básica. Pero, con el recorte del sentido y la merma de la comunicación, el problema de la acción –y el del sistema social- no ha sido resuelto, sino evitado. [...] la idea de comunicación o se configura como intercambio de significados convencionalmente establecidos o trasciende la sociedad humana: en su afán de comprender la sociología desde la teoría de los sistemas autorregulados, Luhmann retrocede hasta los componentes comunes a dichos sistemas y, movido de un impulso cientifista digno de mejor causa, deja en la penumbra –que no elimina- el problema de la delimitación del objeto específico de la indagación sociológica.”

¹⁶⁵ Vid. Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 517: “se ha intentado resaltar que Wittgenstein marca una nueva época, que es el principal creador del nuevo paradigma, a partir del cual nada en el pensamiento vuelve a ser como antes. Creo que eso se explicita de modo especialmente claro y bien fundado en la obra de J. Habermas. Pero hay más, la cesura con el pensamiento anterior es tan profunda que, a menudo se habla de un final o un después o una transformación de la filosofía”.

resultando por lo tanto la existencia de una relación directa y perfecta entre el signo y el objeto con el que éste se identifica.

Sin embargo, para WITTGENSTEIN la concepción pictórica o especular del lenguaje de SAN AGUSTÍN, cuya influencia permanece en el ideario colectivo de nuestros días, resultaría manifiestamente errónea¹⁶⁶: "... a la hora de establecer una relación de denominación tenemos que establecer una técnica de uso. Y estaremos equivocados si pensamos que es un peculiar procedimiento de bautizo de un objeto lo que convierte a una palabra en la palabra para dicho objeto. Esto es una suerte de superstición"¹⁶⁷. Los signos que componen el lenguaje designan objetos de forma meramente convencional, y por lo tanto no son capaces de expresar o captar "su esencia"¹⁶⁸, no existe una correlación perfecta entre el signo y el objeto que éste pretende describir. Dicho extremo resulta confirmado mediante la constatación de que un mismo signo –y en particular las

¹⁶⁶ Vid. Ludwig WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, editorial Crítica, Barcelona, 2012, págs. 21 y 22: "Una parte importante del adiestramiento consistirá en que el instructor señale los objetos, dirija la atención del niño hacia ellos y pronuncie a la vez una palabra; por ejemplo, la palabra "losa" mientras muestra esa forma. (No quiero llamar a esto "explicación ostensiva" o "definición ostensiva" porque el niño aún no puede *preguntar* por la denominación. Lo llamaré "enseñanza ostensiva de palabras". Digo que formará una parte importante del adiestramiento porque así ocurre entre los seres humanos, no porque pudiera imaginarse de otro modo.) Puede decirse que esta enseñanza ostensiva de palabras establece una conexión asociativa entre la palabra y la cosa. ¿Pero qué quiere decir esto? Pues bien, puede querer decir diversas cosas; pero se piensa muy de inmediato en que al niño le viene a la mente la figura de la cosa cuando oye la palabra. Pero entonces, si sucede -¿es esta la finalidad de la palabra?- Sí, *puede* ser la finalidad. (Pronunciar una palabra es como tocar una tecla en el piano de la imaginación.) Pero en el lenguaje [...] no es la finalidad de las palabras evocar imágenes. (Pudiera ciertamente descubrirse que es provechoso para la verdadera finalidad). Pero si la enseñanza ostensiva produce esto -¿debo decir la comprensión de la palabra? ¿No entiende la exclamación "losa!" el que actúa de acuerdo con ella de tal y cual modo?- La enseñanza ostensiva ayudó indudablemente a producir esto, pero sólo junto con una determinada instrucción. Con una diferente instrucción la misma enseñanza ostensiva habría producido una comprensión enteramente diferente".

¹⁶⁷ Ludwig WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Autónoma Nacional de México, editorial Crítica, Barcelona, 1988, parágrafo 38 -cita extraída de José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, *Concepción significativa de la acción y teoría del delito*, editorial Tirant lo Blanch, 2008, pág. 116.

¹⁶⁸ Vid. José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, *Concepción significativa de la acción y teoría del delito*, ob. cit., pág. 118: "En suma, la visión del lenguaje dada por S. Agustín es simplificadora en un doble sentido: en primer lugar, se concentra excesivamente en los nombres, ignorando otro tipo de palabras existentes en el lenguaje y utilizadas de un modo bien distinto a aquéllos. En segundo lugar, comprende mal la relación de significado (relación de denominación) incluso en el caso de los nombres, que el significado de un nombre es el objeto que representa, el objeto con el que está correlacionado a través de la definición ostensiva. Por el contrario, como se ha señalado anteriormente, Wittgenstein insiste en la multiplicidad de los diferentes tipos de palabras y de los diferentes usos del lenguaje, poniendo de relieve el papel comparativamente limitado que desempeña la definición ostensiva en el logro de la comprensión del lenguaje".

palabras- puede presentar diversas acepciones, resultando por lo tanto que su significado no aparecerá determinado por una cualidad ideal del signo, sino por el uso que habitualmente se atribuya a éste según el contexto en que haya sido empleado¹⁶⁹, que a su vez se determinará a través de reglas gramaticales.

- b) Por su parte, RENÉ DESCARTES (1596-1650), para no pocos fundador de la filosofía moderna¹⁷⁰, desarrolló en el s. XVII una genuina concepción del ser humano cuyas consecuencias todavía son visibles en la actualidad. El filósofo francés “consideraba los cuerpos de hombres y animales como máquinas; a los animales los consideraba como autómatas, gobernados enteramente por las leyes de la física y exentos de sentido o conciencia. Los hombres son diferentes: tienen un alma, que reside en la glándula pineal. Aquí el alma entra en contacto con los “espíritus vitales” y por medio de ese contacto hay una interacción entre alma y cuerpo. La cantidad total de movimiento del Universo es constante y, por consiguiente no puede afectar al alma...”¹⁷¹.

A pesar de que la teoría de DESCARTES no fue capaz de explicar satisfactoriamente el modo en que se desarrollaba la relación entre el cuerpo y la mente, no resultando su tesis secundada tan siquiera por sus propios discípulos quienes entendían que si la voluntad se configurara como un fenómeno mental –o del alma-, siendo el movimiento un fenómeno físico regido por leyes naturales, resultaría difícil entender cómo pudiera llegar a establecerse una relación de reciprocidad entre

¹⁶⁹ Vid. José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, *Concepción significativa de la acción...*, ob. cit., pág. 118: “La definición ostensiva se muestra incapaz de fijar el sentido de la palabra, indicar con precisión que se denomina con su nombre, además de pasar por alto la diferencia entre las distintas clases de palabras existentes y la necesidad de acudir a los distintos usos que de ellos se puedan realizar, lo cual, unido al error anteriormente descrito de considerar que existe una suerte de conocimiento previo de la técnica de señalización por parte de quien es instruido en un lenguaje, completa el desmantelamiento de la concepción augustiniana por parte de Wittgenstein”.

¹⁷⁰ Bertrand RUSELL, *Historia de la Filosofía occidental*, ob. cit., pág. 209; “se le considera habitualmente como el fundador de la filosofía moderna, y a mi juicio, justamente”.

¹⁷¹ Bertrand RUSELL, *Historia de la Filosofía occidental*, ob. cit., pág. 213.

ambos¹⁷². Con todo se trata ésta de una concepción, al menos en lo que a la división mente/cuerpo se refiere, vigente en nuestra comunidad, así como, y esto es lo más importante en lo que a nuestra investigación se refiere, en el ámbito jurídico. Las teorías causal, neocausal o final de la acción –e incluso las funcionalistas- se han construido sobre el entendimiento de una clara separación entre mente y cuerpo, en donde la mente lejos de sucumbir al determinismo propio de las leyes físicas se conduciría con libertad –de ahí que resulte posible la distinción entre acciones y hechos, y que sobre dicha distinción pueda existir un reproche jurídico-. Evidentemente, en este esquema, sería la mente –o el alma- quien dominaría el curso de los movimientos corporales, de modo que el significado de las acciones –de los movimientos corporales- aparecería determinado por el contenido mental originador¹⁷³. Así las cosas, la acción se concebiría según el modelo cartesiano como una sustancia compuesta por dos elementos: el físico –identificado con los

¹⁷² Vid. Bertrand RUSSELL, *Historia de la Filosofía occidental*, ob. cit., pág. 213: “Esta parte de su teoría fue abandonada por su escuela, primero por su discípulo holandés Geulincx y posteriormente por Malebranche y Spinoza. Los físicos descubrieron la conservación del momento, según lo cual la cantidad total de movimiento del mundo en cualquier dirección es constante. Esto demostró que la clase de acción de la mente sobre la materia que Descartes imaginaba era imposible. Suponiendo –como se suponía generalmente en la escuela cartesiana- que toda acción física es la de la naturaleza del impacto, las leyes dinámicas bastan para determinar los movimientos de la materia y no hay lugar para ninguna influencia de la mente. Pero esto suscita una dificultad. Mi brazo se mueve cuando yo quiero que se mueva, pero mi querer es un fenómeno mental y el movimiento de mi brazo es un fenómeno físico. ¿Por qué, entonces si alma y materia no pueden actuar recíprocamente, se conduce mi cuerpo como si mi mente lo dirigiera? Geulincx inventó una respuesta a esta pregunta, conocido por teoría de los “dos relojes”. Supóngase que tenemos dos relojes que marcha perfectamente; siempre que uno de ellos marca la hora el otro da las campanadas, de modo que si miramos al uno y oímos al otro podría pensarse que uno hace sonar al otro. Lo mismo ocurre con el alma y el cuerpo. Dios le da cuerda a los dos para que marchen acompasados, de modo que, en el caso de mi volición, leyes puramente físicas son las que hacen mover a mi brazo, aunque mi voluntad no ha actuado realmente sobre mi cuerpo. [...] La teoría parecía tener dos méritos. La primera consecuencia hacia el alma, en un sentido totalmente independiente del cuerpo, puesto que no era influida por él. La segunda permitía el principio general: “una sustancia no puede actuar sobre otra”. Había dos sustancias, espíritu y materia, y éstas eran tan diferentes que una acción recíproca parecía inconcebible. La teoría de Geulincx explicaba la apariencia de la acción recíproca a la par que negaba su realidad.

¹⁷³ Vid. Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 203: “... todas aquellas teorías penales que basan la distinción entre hechos y acciones –en suma, que caracterizan al concepto de acción- con base en un proceso mental interno, es decir, con base en una aportación de la mente en cuanto que entidad distinta del cuerpo (caracterizada como una entidad física, en contraposición a la sustancia espiritual que sería la mente) se hallan inmersas en un error de fondo, no menos disculpable por el hecho de tratarse de un error histórico de indudable importancia y hondas implicaciones: estar basadas en la llamada “concepción cartesiana de la mente”.

movimientos corporales- y el psíquico –que a su vez se identificaría con la volición-.

Para VIVES ANTÓN la crítica de WITTGENSTEIN a la concepción cartesiana de la mente –unida a la augustiniana- debe necesariamente conducir a un cambio de paradigma¹⁷⁴, una completa revolución, tal y como tendremos ocasión de analizar con posterioridad, que aparecerá como eje sobre el que construir una nueva doctrina de la acción así como un nuevo sistema del Derecho penal¹⁷⁵.

Según WITTGENSTEIN el dualismo cartesiano (cuerpo/mente) no debería ser aceptado –se trataría ésta de una distinción falaz-; cuerpo y mente constituyen en realidad una unidad inescindible.

Si hasta ahora la acción era concebida, fruto de la concepción cartesiana, como un sustrato aprehensible y determinado por la voluntad de los seres humanos – configurada por dos elementos: físico y mental-, con WITTGENSTEIN pasará a ser concebida como el sentido de un sustrato; toda vez que para él las acciones no existirían en el mundo –ni en el sensible ni en el inteligible-. El que un acontecimiento –un hecho- sea calificado como acción pasará a depender del sentido que al mismo se le atribuya en virtud de las reglas lingüísticas¹⁷⁶. “De ahí deriva, inmediatamente una

¹⁷⁴ Vid. Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “La concepción significativa de la acción de T.S. VIVES y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito”, ob. cit., pág. 1078: “afirma VIVES que, por de pronto, debe ponerse en tela de juicio la concepción significativa 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)...”.

¹⁷⁵ Vid Enrique ORTS BERENGUER/ José L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho penal Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Tercera edición, 2011, pág. 199: “Tras un repaso crítico de la filosofía de la acción, desde la concepción de la mente de DESCARTES hasta el funcionalismo sociológico y psicológico, parte VIVES ANTÓN de un examen de la teoría de la acción comunicativa. Cuestiona el entendimiento de la acción en el Derecho penal como consecuencia de la concepción cartesiana, según la cual la acción era entendida como un hecho compuesto de un hecho físico (movimiento corporal) y de un hecho mental (la voluntad). [...] el giro en la filosofía de la acción del que aquí nos hacemos eco, comporta un abandono de concepciones ontológicas y un cambio en la concepción de la acción. Se renuncia a un concepto ontológico de acción, como algo que sucede, como si fuera un fenómeno físico, y para evaluar si existe una acción ya no se acude a parámetros psicofísicos, mediante el recurso a la experiencia (nuestros sentidos son sólo hipótesis del mundo). La acción ha de entenderse de forma distinta, no como lo que las personas hacen, sino como el significado de lo que hacen, es decir, como el sentido de un sustrato”.

¹⁷⁶ Vid. Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “La concepción significativa de la acción de T.S. VIVES y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito”, ob. cit., págs. 1078 y 1079: “...la concepción ontológica de la acción como algo que hay en el mundo, ha pasado a entenderse de una forma distinta: no como algo que los hombres hacen, sino como el significado de lo

consecuencia, que merece destacarse, a saber: que “las acciones sociales pueden ahora analizarse del mismo modo que las relaciones internas entre símbolos”¹⁷⁷.

Se entiende así porque se afirma que WITTGENSTEIN lleva a cabo un giro filosófico-pragmático; en primer lugar debido a que a través de la crítica a la filosofía del lenguaje de SAN AGUSTÍN¹⁷⁸, propone sustituir el modelo objeto-designación por un modelo adscriptivo de construcción del sentido en donde el significado no viene dado de forma genérica por el signo lingüístico, sino que se determina caso por caso en función del resultado que de la aplicación de las reglas gramaticales al caso concreto resulte. En segundo lugar, toda vez que se niega la existencia en el mundo – sensible e inteligible- de las acciones. La determinación acerca de si nos encontramos en presencia de un hecho o de una acción, así como del tipo de acción ante la que nos encontremos, dependerá del sentido que atribuyamos al evento que constituya nuestro objeto de interés, sentido éste que a su vez se determinará mediante la aplicación de reglas semánticas.

En conclusión: “hay un giro, que no es un giro lingüístico, sino uno pragmático: las palabras y las oraciones ya no son representaciones más o menos utilizadas de la realidad; sino herramientas con las que interactuar en ella”¹⁷⁹.

Asimismo, la filosofía de la acción de WITTGENSTEIN gravita en torno a tres conceptos básicos¹⁸⁰: “juegos de lenguaje”, “formas de vida” y “reglas”. A través de

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 el 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. [...] 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 diferentes tipos de reglas sociales, podrán darse al comportamiento humano.

¹⁷⁷ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 507.

¹⁷⁸ Vid. Ludwig WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, ob. cit., págs. 19 y 21: “Agustín describe, podríamos decir, un sistema de comunicación; sólo que no todo lo que llamamos lenguaje es este sistema. Y esto debe decirse en muchos casos en que surge la cuestión: “Es esta una representación apropiada o inapropiada?” La respuesta es entonces: “Sí, apropiada, pero sólo para este dominio estrictamente circunscrito, no para la totalidad de lo que pretendemos representar”. Es como si alguien explicara: “Los juegos consisten en desplazar cosas sobre un superficie según ciertas reglas...” –y le respondiéramos: Pareces pensar en juegos de tablero; pero éstos no son todos los juegos. Puedes corregir tu explicación restringiéndola expresamente a esos juegos”. Imagínate una escritura en que las letras sirviesen para designar los sonidos, pro también para designar la acentuación, y como signos de puntuación. (Una escritura puede concebirse como un lenguaje para describir pautas sonoras.) Imagínate ahora que alguien entendiese esa escritura como si cada letra correspondiera simplemente a un sonido y no tuviesen también las letras funciones enteramente diferentes. Una concepción tan simplista de la escritura se asemeja a la concepción del lenguaje de Agustín”.

¹⁷⁹ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 508.

estos conceptos el filósofo austríaco expone la forma en que se determina el sentido de las acciones.

a) Juegos de lenguaje.

Para VIVES ANTÓN los juegos de lenguaje “no son sino conjuntos de palabras y acciones primarias, en las que puede mostrarse de modo fácilmente aprehensible cómo el lenguaje adquiere sentido, y cómo las palabras y oraciones funcionan como herramientas sólo para usos determinados: fuera de ellos son como ejes que giran en el vacío y nada significan, pues dejan de cumplir su función”¹⁸¹.

Se trata ésta de una expresión extraordinariamente gráfica, de una metáfora que ayuda a captar las insuficiencias del modelo objeto-designación de configuración del significado, así como la corrección del esquema adscriptivo, toda vez que permite plasmar cómo el sentido de los signos lingüísticos únicamente puede ser determinado en función del contexto¹⁸².

Imaginemos un juego; el balompié. Este juego, al igual que cualquiera, se rige por un elenco de reglas que constituyen su reglamento, resultando que algunas de ellas serían comunes para otros juegos –propinar una bofetada en la cara suele ser

¹⁸⁰ José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, *Concepción...*, pág. 122: “En efecto, el concepto de “juegos de lenguaje” (y los conceptos complementarios de “parecidos de familia” y “formas de vida”) es fundamental para la comprensión del pensamiento del último Wittgenstein, y su surgimiento viene dado, según la mayoría de los autores, como reacción a las tesis que él mismo había plasmado en el *Tractatus*”.

¹⁸¹ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 509.

Vid. Paulo César BUSATO, *La Tentativa del delito (Análisis a partir de la concepción significativa de la acción)*, ob. cit., pág. 30: “Toda la filosofía lingüística tiene por base las aportaciones del segundo Wittgenstein respecto del juego de lenguaje o juego lingüístico. Wittgenstein parte de negar una idea central de su *Tractatus lógico-philosophicus* que expresa la búsqueda del lenguaje lógicamente perfecta, sustituyendo esta idea por la de que la esencia del lenguaje está en los “juegos de lenguaje” (*Sprachspiele*), con lo cual se verifica que el sentido del lenguaje le enmarca el contexto en dónde se desarrolla y no en vinculaciones previas”.

¹⁸² Vid. Paulo CÉSAR BUSATO, *La Tentativa del delito (Análisis a partir de la concepción significativa de la acción)*, ob. cit., pág. 30: “Coherentemente con sus planteamientos –de sustituir la descripción por comprensión, por significación-, Wittgenstein opta por no dar un concepto de “juego de lenguaje”, se limita a ofrecer ejemplos, como dar órdenes y obedecerlas, describir la apariencia de un objeto o dar sus medidas, exponer un supuesto de hecho, formular y testar hipótesis. Estas situaciones evidencian que se debe tener presente en el juego de lenguaje la existencia de una descripción y una comprensión, es decir, que los participantes de este juego compartan determinadas impresiones respecto del lenguaje, determinadas reglas[...] Por ello se asocia el lenguaje a acciones, y el todo formado por estas relaciones es el llamado juego de lenguaje. Con ello logra comprobar, desde luego, que no es posible la pretensión de un lenguaje unívoco de paradigma descriptivo”.

considerado una infracción en la mayoría de los juegos- mientras que otras le resultarán exclusivas –por ejemplo el fuera de juego-. En el balompié, como en cualquier otro juego, el sentido de los eventos que se sucederán durante el transcurso del partido se determinará conforme a su reglamento; así por ejemplo el sentido que tendrá el sonido del silbato del árbitro –aún siendo el mismo sonido- resultará totalmente distinto al que tendrá el de un agente de la autoridad en la vía pública¹⁸³.

Demuestra así WITTGENSTEIN, a través de una simple metáfora, que los signos lingüísticos no poseen un sentido objetivo –crítica augustiniana-, que las acciones no gozan de sustrato, sino que se determinan en función del contexto en que tienen lugar¹⁸⁴. Asimismo, el sentido de las acciones no aparecerá determinado por la voluntad del sujeto que las desarrolla –crítica cartesiana-, sino que el sentido vendrá dado por el resultado de la aplicación de las reglas gramaticales.

Sin embargo, según WITTGENSTEIN los juegos de lenguaje no tendrán entre sí sino un cierto aire de familia, ya que en cada uno de ellos los significados se obtendrán en virtud de la aplicación de reglas de distinta índole¹⁸⁵.

¹⁸³ Vid. Ludwig WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, ob. cit., pág. 35: “Imagínate un juego de lenguaje en el que B, respondiendo a la pregunta de A, dé parte del número de losas o cubos que hay en una pila, o de los colores y formas de las piedras de construcción que están aquí y allá. Así, un parte podría sonar cinco losas”. ¿Cuál es entonces la diferencia entre el parte o la aserción, “Cinco losas”, y la orden, “¡Cinco losas!”- Bueno, el papel que la emisión de estas palabras juega en el juego de lenguaje. Probablemente también será diferente el tono en que se pronuncian, y el semblante y muchas otras cosas. Pero podemos también imaginarnos que el tono es el mismo –pues una orden y un parte pueden pronunciarse en *varios* tonos y con *varios* semblantes- y que la diferencia reside sólo en el empleo”. Vid. Ludwig WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, ob. cit., pág. 39: “¿Pero cuántos géneros de oraciones hay? ¿Acaso aserción, pregunta y orden? –Hay *innumerables* géneros: innumerables géneros diferentes de empleo de todo lo que llamamos “signos”, “palabras”, “oraciones”. Y esta multiplicidad no es algo fijo, dado de una vez por todas; sino que nuevos tipos de lenguaje, nuevos juegos de lenguaje, como podemos decir, nacen y otros envejecen y se olvidan. [...] La expresión “juego de lenguaje” debe poner de relieve aquí que *hablar* el lenguaje forma parte de una actividad o de una forma de vida”.

¹⁸⁴ Vid. Ludwig WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, ob. cit., pág. 25: “Llamaré también “juego de lenguaje” al todo formado por el lenguaje y las acciones con las que está entretreído”.

¹⁸⁵ Vid. Ludwig WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, ob. cit., pág. 87: “Considera, por ejemplo, los procesos que llamamos “juegos”. Me refiero a juegos de tablero, juegos de cartas, juegos de pelota, juegos de lucha, etc. ¿Qué hay común a todos ellos? –No digas: “*Tiene que haber algo común a ellos o no los llamaríamos “juegos”- sino mira si hay algo común a todos ellos. –Pues si los miras no verás por cierto algo que sea común a todos, sino que veras semejanzas, parentescos y por cierto toda una serie de ellos. [...] No puede caracterizar mejor esos parecidos que con la expresión “parecidos de familia”; pues es así como se superponen y entrecruzan los diversos parecidos que se dan entre los miembros de una familia...”*”.

Sin embargo, en ocasiones puntuales el concepto de juego de lenguaje también resulta de aplicación por WITTGENSTEIN para referirse al lenguaje como un todo. Al respecto vid. Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 528-531: “Si el significado surge solamente en esos ámbitos concretos e independientes que son los múltiples juegos del lenguaje ¿cómo conversar, cómo discutir, cómo argumentar sobre temas complejos, en los que se entrecruzan múltiples

b) Reglas.

A la vista de lo antedicho, la importancia de las “reglas” en el pensamiento de WITTGENSTEIN es evidente¹⁸⁶. La atribución del significado a la conducta resultará de la aplicación de las reglas propias de cada uno de los “juegos de lenguaje” en donde esa regla deberá aplicarse¹⁸⁷. Así por ejemplo en el juego del balompié será su reglamento el que determine que al traspasar el balón la línea de meta se considerará anotado un tanto. No obstante, existe tal amalgama de reglas, y de tan diversa índole,

perspectivas y en los que unos juegos del lenguaje se mezclan con otros? [...] Parece claro que, cuando caracteriza el lenguaje como un conjunto de juegos que presentan entre sí diversas relaciones que se entrecruzan y les otorgan un aire de familia, está pensando en la multiplicidad de conjuntos de palabras y acciones que dan origen al significado; esto es, en los concretos juegos de lenguaje; pero, ulteriormente, la expresión juego de lenguaje aparece también referida al lenguaje como un todo: así v.gr., cuando afirma que “la posibilidad del juego de lenguaje no depende de que se ponga en duda todo lo que puede ser puesto en duda”; o cuando, tras especificar que la justificación de la evidencia tiene un límite preciso, que es nuestro actuar el que yace en el fondo del juego del lenguaje; o finalmente cuando, en consecuencia, dice que el juego de lenguaje ni surge del razonamiento ni descansa en el saber. En estas y otras ocasiones aplica la expresión “juego de lenguaje” emplea como una herramienta de doble uso. En el uso que podríamos llamar singular (en el que se refiere a conjuntos específicos de palabras y acciones que muestran, en esos casos concretos, cómo surge el significado de dichas expresiones), la emplea para mostrar cuando ciertas oraciones se utilizan con sentido y cuándo no; esto es, cuándo el lenguaje empleado significa y cuándo, en cambio, se “va de vacaciones”. En el uso global, no se trata ya de mostrar cuándo el lenguaje significa y cuándo no, sino cómo es que podemos decir algo a través del lenguaje, a pesar de que no poseemos ni un saber absoluto ni, por lo tanto, una justificación absoluta de lo que decimos. La respuesta a ese problema ha de referirse, necesariamente al lenguaje como un todo; pero, incluso en ese caso procede del análisis de un juego de lenguaje concreto, del juego del lenguaje de la duda. [...] la duda que duda de todo carece de sentido y no es ni siquiera una duda y que, para jugar cualquier juego de lenguaje (y por lo tanto, para conversar, discutir, argumentar, etc.) es preciso confiar en algo. Y eso quiere decir: si nos limitáramos a afirmar lo que sabemos sin posibilidad alguna (ni real ni lógica) de error, no podríamos hablar. A partir de ahí, constata Wittgenstein que para hablar es necesario un sistema de referencia, una imagen global del mundo, que puede describirse como una suerte de mitología, a la que atribuye una función semejante a las reglas del juego. El mito se concretaría en metáforas, como la de la puerta que gira y los goznes que permanecen fijos o mejor aún con la del río; así, hay proposiciones pétreas que parecen inmodificables –como las matemáticas, que se hallan “oficialmente selladas”; otras que, aún teniendo la forma de proposiciones empíricas, quedan sustraídas a la duda, porque forman parte de los cimientos del edificio que nos permita hablar. [...] Caracterizado así el lenguaje como un todo, cabe describirlo como un sistema: el lenguaje constituye un sistema total de juegos de lenguaje como constituyen un sistema mis creencias, mis convicciones, mis evidencias, mi saber y mis dudas. [...] Y esto quiere decir que el significado se produce porque elementos dispares se combinan de cierto modo; a saber, de un modo sistemático...

¹⁸⁶ Vid. Ludwig WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, ob. cit., pág. 105: “Una regla está ahí como un indicador de caminos. – ¿No deja éste ninguna duda abierta sobre el camino que debo tomar? ¿Muestra en qué dirección debo ir cuando paso junto a él: si a lo largo de la carretera, o de la senda o a campo traviesa? ¿Pero dónde se encuentra? [...] Así es que puedo decir que el indicador de caminos no deja después de todo ninguna duda abierta. O mejor: deja a veces una duda abierta y otras veces no. Y ésta ya no es una proposición filosófica, sino una proposición empírica

¹⁸⁷ VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 522: “De ese modo, es la idea de seguir una regla, núcleo de la concepción wittgensteiniana de la acción, la que determina a su vez, el significado de las oraciones universales o, como dice oscuramente Habermas “la universalidad ideal del significado”.

que no resulta posible su reducción a través de una definición omnicomprensiva, todo lo más existe entre ellas un cierto parecido, una relación de parentesco¹⁸⁸.

Según VIVES ANTÓN: “seguir una regla es una práctica, una regularidad, un hábito. Es lo que determina el significado de lo que hacemos y es tan fundamental al lenguaje que la idea de seguir una regla no puede explicarse en una definición, porque no es reductible a una idea más básica...”¹⁸⁹. De ello se infiere una consecuencia de gran importancia: las acciones gozan de una naturaleza normativa toda vez que su significado se determina en función de reglas –del seguimiento o no de alguna de ellas–, con independencia de que las mismas hayan sido positivizadas o tengan un origen meramente consuetudinario¹⁹⁰.

c) Formas de vida.

El lenguaje que utilizamos expresa un modo de vida. Nuestro vocabulario, las palabras que empleamos, las expresiones que utilizamos, hacen que nuestra vida se desarrolle en un sentido más o menos determinado. Así por ejemplo, el lenguaje marcial –con uso profuso de los imperativos–, o el lenguaje jurídico, son expresión de una determinada concepción del mundo que vincula a sus usuarios y que nos permite comprender el contexto en que se desarrollan. En ese sentido señala RAMOS VÁZQUEZ que en el pensamiento de WITTGENSTEIN “por “formas de vida” han de entenderse los diversos estilos de vida, esto es, los múltiples modos posibles de configuración de la

¹⁸⁸ José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, *Concepción significativa...*, pág. 156: “Analizando la cuestión, el filósofo austríaco señala que existen parecidos y diferencias, analogías y contrastes entre todas aquellas cosas a las que denominamos bajo el término “regla”. Wittgenstein considera el concepto de “regla” como un concepto basado en un parecido de familia, repudiando la idea de poder dar una definición omnicomprensiva del mismo. No hay por tanto característica alguna común a todo aquello a lo que llamamos regla...”.

¹⁸⁹ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 523.

¹⁹⁰ Vid. José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, *Concepción significativa...*, ob. cit., pág. 156; De todo ello, es decir, del análisis de la gramática profunda de los conceptos “regla”, “formulación de una regla” y demás conceptos relacionados con ellos, se extrae una conclusión absolutamente fundamental: el hecho de que una acción humana sea normativa, esto es, que una persona esté siguiendo una regla, que esté guiado en su actuación por una regla (o, por mejor decirlo, que se guíe a sí mismo por referencia a una regla) etc. se manifiesta en la manera en que utiliza dichas reglas y en el modo en que invoca formulaciones de reglas para explicar, justificar, evaluar o corregir sus propios actos. Es decir, las reglas deben ser observadas en su interrelación con las acciones”.

Vid. Paulo César BUSATO, *La Tentativa del delito (Análisis a partir de la concepción significativa de la acción)*, ob. cit., pág. 31: “Con ello se puede concluir que las reglas son prácticas compartidas de la vida diaria que subyacen a ciertos juegos de lenguaje y que fueron moldeadas por ciertas convicciones y reglas fundamentales”.

convivencia humana en sociedad que vienen determinados por las estructuras económicas, sociales, religiosas, culturales, etc...”¹⁹¹ Las “formas de vida” son para WITTGENSTEIN, en definitiva, una metáfora próxima a la de los “juegos de lenguaje”, un modo gráfico de expresar que la actividad humana se desarrolla y debe ser interpretada desde el prisma del lenguaje y de las reglas gramaticales¹⁹².

Llegados a este punto resulta muy importante destacar que a pesar de lo convincente del sistema wittgensteiniano construido en torno a las metáforas de los “juegos de lenguaje” y de las “formas de vida”, se trata ésta, según el propio filósofo austríaco, de una construcción que carece de una pretensión de exactitud. La determinación del contenido de las acciones mediante el recurso a la filosofía del lenguaje de WITTGENSTEIN no pretende ser perfecta. Así las cosas, a pesar de que el recurso a los “juegos de lenguaje”, así como la construcción del significado mediante la aplicación de las reglas convencionales propias del contexto en que se desarrolla la conducta –particulares para ese contexto-, resulta evidente que puede ser de gran utilidad, su aplicación no nos permitirá en ningún caso alcanzar resultados indubitados.

Como más adelante se verá, la construcción del significado que propone WITTGENSTEIN debe orientarse a través del discurso racional. Es a través de la razón como se determina qué reglas resultan de aplicación en cada caso –qué juego de lenguaje de entre todos los existentes-, así como el modo en que deben ser aplicadas. De ahí que se afirme que WITTGENSTEIN prescinde de la noción de exactitud en post de la elaboración de un sistema realista, de un sistema pragmático.

A pesar de ello, de esa “falta de exactitud”, según VIVES ANTÓN los intentos por superar la filosofía del lenguaje y de la acción de WITTGENSTEIN emprendidos hasta la fecha habrían fracasado, de modo que debería afirmarse que la filosofía del lenguaje y de la acción del filósofo austríaco siguen resultando en la actualidad plenamente vigentes¹⁹³.

¹⁹¹ José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, *Concepción significativa...*, ob. cit., pág. 143.

¹⁹² José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, *Concepción significativa...*, pág. 148: “hablar de un lenguaje es parte de una actividad comunal, un modo de vivir en sociedad que Wittgenstein llama una “forma de vida”: el lenguaje es una más de las actividades de la historia natural del hombre y sólo puede ser comprendida si se observa cómo se entreteje con todas las demás”.

¹⁹³ Vid. Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 202: (En relación a los intentos de superación de la obra de WITTGENSTEIN distingue en primer lugar el catedrático de Valencia entre la tesis funcionalista-sociológicas de PARSONS y la de LUHMANN; en la concepción de PARSONS, afirma VIVES que “la acción se halla regida por el esquema medio-fin: la voluntad subjetiva,

3.- El concepto de acción de VIVES ANTÓN.

Tal y como ya hemos expuesto, resulta más que evidente que para VIVES ANTÓN la obra de WITTGENSTEIN acarrea un cambio de paradigma, no sólo filosófico sino asimismo jurídico¹⁹⁴, que exige una profunda revisión de la teoría del delito. A tal efecto el citado autor propone una redefinición de las categorías dogmáticas bajo parámetros wittgensteinianos. El punto de partida, como no podía ser de otra forma, será el análisis de la acción.

conforme a ese esquema, realiza en la acción sus decisiones, aunque esa voluntad subjetiva no extrae, desde luego, de sí misma sus contenidos; sino que se remite a un *background* de motivaciones procedentes de las normas sociales y reconocibles desde ellas". El error se encontraría, por lo tanto, en el intento de conectar el contenido de la acción con las normas sociales a través del recurso a la intención. Así las cosas, resultaría reproducible la crítica del finalismo al concepto de acción de PARSONS. Tampoco la teoría de sistemas de Luhmann según la cual la sociedad sería un complejo de comunicaciones conseguiría superar la obra de WITTGENSTEIN. Según VIVES, al pretender LUHMANN superar el modelo explicativo egocentrista mediante el recurso al concepto de sistema deja éste en la penumbra el problema de la acción. El análisis de la acción no puede prescindir en su estudio del ser humano. Al respecto Vid. Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 202: "Dicho en sus mismos términos, si el sistema social se auto-observa y autodescribe por medio de acciones, no se ve bien como podría "reinterpretarlo" como constituido por unidades de comunicación (limitación), si no es mediante un regreso a la biología; esto es, mediante una "reducción empirista", justamente, de los que nos interesa". Ya que no son las sociedades quienes actúan, o al menos no sólo éstas, sino el ser humano: el sentido no se produce directamente por el sistema. Sin embargo, el que mayores esfuerzos por superar la filosofía wittgensteiniana habría emprendido sería HABERMAS. Así las cosas, HABERMAS habría pretendido sustituir la pragmática particularista de WITTGENSTEIN por otra de corte universal.

Asimismo Vid. Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 511: "Frente al carácter "particularista" del análisis lógico del uso del lenguaje en Wittgenstein y sus discípulos, Habermas opone la idea de una "pragmática universal" correlativa a la "hermeneútica trascendental de Apel". Tal y como vimos con anterioridad el "segundo" WITTGENSTEIN prescinde en su obra de construcciones teóricas utópicas centrando sus esfuerzos en elaborar una teoría que carece de vocación alguna de exactitud, de ahí que su obra se haya conceptualizado como pragmática toda vez que su única pretensión es la de ser "real". Asimismo se caracterizaría por ser particularista ya que al no existir interrelación entre los diferentes juegos de lenguaje –un simple aire de familia- simplemente permitiría determinar el sentido de una acción concreta atribuido en un contexto determinado, no resultando en ningún caso extrapolables las conclusiones alcanzadas. HABERMAS, siguiendo en este punto a APEL, afirmarían que entre los distintos juegos de lenguaje existiría algo más que un mero aire de familia, un denominador común: quien aprende un juego de lenguaje (una forma de vida) adquiere capacidad de reflexión sobre otros juegos de lenguaje y asimismo para comunicarse a través de otros juegos de lenguaje". Sin embargo, según VIVES, HABERMAS no consigue superar la filosofía del lenguaje wittgensteiniana; "puede que Wittgenstein errase, pero ni Habermas ni nadie ha podido formular esa hipotética teoría de los juegos de lenguaje".

¹⁹⁴ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 503: el paradigma-lingüístico pragmático [...] es el que marca la agenda del pensamiento actual y que la internacionalización de ese paradigma no sólo invita a cambiar los ejemplos, como se ha dicho por algún penalista alemán, sino, probablemente, a disolver algunos de los conceptos más básicos de la dogmática y, quizás también, a redefinir sus métodos y fines".

Da así inicio VIVES ANTÓN a la exposición de su “concepción significativa de la acción” mediante un extenso recorrido por las teorías elaboradas en torno al concepto de acción hasta el momento. Se trata en realidad de una pormenorizada revisión crítica que conduce a dos relevantes conclusiones¹⁹⁵: a) con la intención de elaborar un supraconcepto de acción capaz de erigirse en el núcleo de la teoría del delito sobre el que deberían gravitar las distintas categorías dogmáticas la doctrina ha asignado un conglomerado de funciones al concepto de acción que desborda con mucho las posibilidades reales de éste –de ahí el fracaso de todas las teorías elaboradas hasta el momento-, y b) resulta necesario partir de cero en la elaboración de un nuevo concepto de acción, y sobre todo hacerlo desde una perspectiva multidisciplinar que no dé la espalda al desarrollo filosófico y técnico alcanzados en la actualidad¹⁹⁶.

Según VIVES ANTÓN, lo que bajo ningún concepto puede ni debe hacerse es, a pesar de las dificultades que entraña, obviar “el problema de la acción”. Si el derecho penal no quiere penar meros resultados, si pretende algo más que la mera punición, deberá resolver los interrogantes que se ocultan tras la acción. No debe olvidarse que toda teoría acerca de la acción esconde en realidad una teoría acerca de los fundamentos de la responsabilidad del ser humano¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *La concepción significativa de la acción de T.S. VIVES y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito*, ob. cit., pág. 1078: “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 a este extremo, propone VIVES “restablecer el sentido de la pregunta por la acción”.

¹⁹⁶ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., págs. 156 y 157: “El recorrido realizado a lo largo de la dogmática jurídico-penal de la acción pone de manifiesto que, si es posible concebirla de modo adecuado, será necesario huir de dos escollos, pues la hemos visto oscilar (y perderse en la confusión) entre el Scylla de las concepciones naturalísticas y el Carybdis de las jurídicas. ¿Existe un camino entre uno y otro –un camino entre Liszt y Hegel- que permita aprehender la idea de acción y ayude, así, a disolver las contradicciones en las que se debate la doctrina y explicar la naturalidad con que la práctica acude a esa idea, tan inalcanzable teóricamente? Tal vez la doctrina ha ido buscando en la acción lo que ésta no podía darle (un sustrato unitario o un fundamento unitario de la responsabilidad). Por ello, resulta recomendable restablecer el sentido de la pregunta por la acción y rastrear, en las respuestas que a esa pregunta se han dado en otros ámbitos, la posible solución del problema.

¹⁹⁷ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 136: “La sugerencia de Radbruch y Beling, de renunciar a la acción como fundamento del sistema, fue ganando terreno en Alemania, hasta convertirse en doctrina dominante; y otro tanto sucedió en España donde, según creo, fuimos el profesor Cobo del Rosal y yo mismo quienes, por primera vez, elaboramos una sistemática partiendo de la tipicidad. Esa postura tiene, desde luego, alguna ventaja. La principal es, sin duda, que no se obliga a agrupar en un género común los sustratos –irreducibles a una clase unitaria- de la acción positiva y de la omisión, de la acción dolosa y de la que no lo es. Sin embargo, el problema fundamental al que las teorías de la acción trataban de responder –y del que la idea de un

En coherencia con lo apuntado, VIVES ANTÓN desarrolla a partir de entonces sus reflexiones en torno a la acción desde una perspectiva francamente genuina.

Si, una vez más, desandamos el camino recorrido y regresamos al capítulo primero, podremos observar como la evolución doctrinal en torno al concepto de acción se habría venido desarrollando históricamente de una forma más o menos lineal, resultando que, por lo general, cada una de las distintas concepciones que se habrían ido sucediendo habrían aparecido como reacción frente a un modelo anterior que o bien no era capaz de integrar la omisión, o la imprudencia, o bien planteaba problemas de causalidad... Por contra VIVES ANTÓN, una vez constatadas las insuficiencias de los modelos anteriores, rompiendo con la tradición, no pretende realizar remiendo alguno colocando un parche allí donde algo falla, sino que procede a elaborar una teoría genuina desde sus cimientos, firmemente asentada sobre el castillo de la filosofía wittgensteiniana.

Despojado, por lo tanto, de los “recuerdos del pasado”, comienza VIVES ANTÓN su propuesta dogmática señalando que toda reflexión acerca del contenido y naturaleza del concepto de acción debe necesariamente partir de la constatación de la libertad humana: “La libertad no es, en mi opinión, fundamento de la culpabilidad, sino presupuesto de la acción misma; esto es, de la imagen del mundo desde la perspectiva de la acción. Mal podría afirmarse o negarse desde datos empíricos, pues de lo que en ella se trata es de ver el mundo de un modo o de otro. Y lo que querría mostrar es que, o concebimos el mundo desde la libertad –desde la acción- o no podemos concebirlo en absoluto: eso es, aproximadamente, lo que quiso decir Kant al hablar de la libertad como la clave de bóveda del edificio de la razón”¹⁹⁸. Y es que, efectivamente, ningún sentido tiene plantearse la culpabilidad de quien no dispone de capacidad de acción –tal y como, por otro lado, en cierta medida ya nos mostró la *scuola positiva*-. Tan sólo si entendemos que el ser humano es libre, esto es, que tiene

supraconcepto no era sino una consecuencia- no queda así, en absoluto, resuelto. Pues subsiste el hecho, sobre el que insistía Welzel, de que sólo podemos regular acciones, no simples acontecimientos naturales y, por lo tanto, para aplicar los tipos, necesitamos saber cuándo estamos y cuándo no estamos en presencia de una acción; esto es, necesitamos delimitar, de un modo u otro, qué es lo que entendemos por acción. Probablemente por eso el problema del concepto de acción no ha pasado a ocupar un lugar distinguido en el museo de las discusiones doctrinales inútiles, sino que sigue esperando una solución satisfactoria”.

¹⁹⁸ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 325.

capacidad de acción, tiene algún sentido exigirle responsabilidad por su conducta¹⁹⁹. El análisis de la acción, por lo tanto, no puede partir sino del estudio de la libertad humana.

No se trata ésta, sin embargo, de una cuestión sencilla. Así, para VIVES ANTÓN, a pesar de que la afirmación de la libertad resulta indemostrable y paradójica (“indemostrable, porque ninguno de los argumentos sobre la libertad constituye, en realidad, una demostración, en el sentido que ese término tiene en la ciencia. Paradójica, pues tras la afirmación de la libertad el agente aparece como una especie de “*causa sui*”, como un remedo de Dios”²⁰⁰), la misma deberá tenerse por cierta. En caso contrario ello supondría negar no sólo aquello que nosotros vivimos como real a diario –nuestros deseos, las dudas, las elecciones...-, sino a su vez la existencia y validez de justificación o argumento alguno que ningún sentido tendrían en un mundo en donde todo se hallará determinado²⁰¹.

Con todo, según VIVES la libertad no sería en absoluto incompatible con una concepción determinista del mundo; cabría una vía intermedia²⁰². En caso contrario,

¹⁹⁹ Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “La concepción significativa de la acción de T.S. VIVES y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito”, ob. cit., pág. 1083: “sólo si los movimientos corporales 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 penal. [...] 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 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 progenie escolástica) del “libre albedrío”, bajo la cual las opiniones se han venido dividiendo en torno a la denostabilidad o indenostabilidad 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...”

²⁰⁰ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 342 y 343.

²⁰¹ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit. pág. 343: “Queda, pues el carácter indemostrable de la libertad. Pero, si ejecutamos acciones, esto es, si razones, intenciones, deseos, etc. dirigen nuestra conducta según reglas y si, conforme a esas reglas, le otorgamos significado, la afirmación de la libertad comporta sólo la de que todo eso, que a diario vivimos como real, es también posible. Y no hay en ella nada que pueda demostrarse. Porque la afirmación de la libertad no es una afirmación acerca de lo que hay, sino acerca de los fundamentos. Es una justificación, y la cadena de justificaciones tiene un final: de lo contrario nada podría justificar, puedes toda justificación se perdería en un regreso infinito”.

²⁰² Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 333: “Si de la interpretación científica del mundo se extraen conclusiones deterministas y la –irrenunciable– interpretación del mundo en términos de acción sólo es posible en términos indeterministas, se produce una antinomia, que puede resolverse drásticamente partiendo el mundo en dos: hay un mundo de la causalidad (fenoménico) y otro de la libertad (nouménico). Esta fue la solución kantiana: una solución llena de problemas, que aquí sólo interesan en la medida en que la libertad del “*homo noumenon*” no acaba de explicar de modo convincente ni la acción ni la responsabilidad del hombre empírico”.

resultaría innecesario regular los comportamientos humanos, al menos en un Estado democrático de Derecho, ya que si las normas deben dirigirse no al mero castigo de los resultados ni a la mera punición, sino a conseguir motivar a los ciudadanos para que actúen en un determinado sentido ²⁰³, éstas tan sólo adquirirán virtualidad bajo el manto de la libertad humana y de la capacidad de elección ²⁰⁴.

Una vez afirmada la libertad humana, VIVES ANTÓN construye su concepción significativa de la acción sobre tres premisas:

1.- Deben descartarse las concepciones jurídico-filosóficas que pretenden hallar el sustrato de la acción en algún tipo de expresión del espíritu o en la intencionalidad del sujeto ²⁰⁵.

2.- El contenido material del concepto de acción se identifica con el sentido que ésta expresa o comunica, resultando que éste no se encuentra determinado por la intención de los sujetos sino por la normas sociales ²⁰⁶.

²⁰³ Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “La concepción significativa de la acción de T.S. VIVES y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito”, ob. cit., pág. 1084: “cabe resaltar que [...] la norma penal posee también en el pensamiento de VIVES una función motivadora [...] 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 las conductas delictivas”.

²⁰⁴ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 345: “La libertad de acción constituye –como implícitamente se ha mostrado hasta ahora- el punto de unión entre la doctrina de la acción y la de la norma: pues sólo si los movimientos corporales no se hallan enteramente regidos por leyes causales, 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 estas se rijan por normas. El análisis de las normas como algo distinto de la investigación de las leyes de la naturaleza sólo tiene sentido desde la presuposición de la libertad de acción, que se convierte, así, en el presupuesto sobre el que –necesariamente-, ha de girar la sistemática”.

²⁰⁵ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 219: “Tanto en la doctrina penal como en la filosofía de la acción podemos, si la exposición efectuada es, en líneas generales, correcta, estimar inviables las concepciones de la acción que realizan la distinción entre acciones y hechos a partir de que en aquellas (a través del acto de voluntad o mediante cualquier otro artificio psicológico) se manifiesta una interioridad sustantiva del sujeto (sea su espíritu o, más sencillamente su cerebro) de la que brota el significado. Al respecto, se ha mostrado tanto que el sentido no se proyecta de dentro a fuera (de la mente a la vida social), sino de fuera a dentro (de la vida social a la mente), cuanto que la finalidad subjetiva (o la personalidad o el Yo) resulta, muchas veces, insuficiente o inservible para delimitar el significado que atribuíamos a las acciones. Así parece que hay que abandonar la idea de la acción como un objeto de dos pisos (uno físico y otro mental) pues, ni parece correcta, ni sirve para alojar en su seno todas las clases de acciones, ni explica por qué muchas de ellas son consideradas como tales y no reducidas a simples acontecimientos”.

3.- El análisis de la acción no puede reducirse a una mera cuestión de imputación²⁰⁷.

4.- Análisis de la intención en el pensamiento de VIVES ANTÓN.

Elaborar una teoría jurídicopenal de la acción no constituye sino un esfuerzo por hallar aquellos elementos que permitan diferenciar los meros acontecimientos naturales -los hechos-, de los eventos humanos -las acciones-. De ahí precisamente que únicamente si concebimos al ser humano como a un sujeto “libre” tenga sentido analizar el concepto de acción.

Hasta el momento, la doctrina, de forma mayoritaria, habría insistido en encontrar este elemento delimitador en la voluntad humana²⁰⁸. En definitiva, parecía

²⁰⁶ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 219: “... ni la finalidad subjetiva es elemento necesario de la totalidad de las acciones, ni el proceso de deliberación que, en los casos más significativos, la precede, es una simple ponderación de deseos, sino que, a menudo, constituye una reflexión sobre normas sociales. Desde ellas -y no desde ningún deseo o meta psicológica- se constituye el sentido de las acciones”.

²⁰⁷ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 220: “... el problema de la acción se reduce al de la imputación; esto es, se trata sólo de definir un sustrato conductual al que puedan imputarse las diversas modalidades de sentido. La búsqueda de ese sustrato -y, más aún, la búsqueda de ese sustrato dentro de los límites impuestos por la ideología cientifista- había de ser infructuosa. No es, en modo alguno, casual, que las doctrinas de la acción describan un círculo y acaben retornando a Hegel. Pues si lo que se busca es el sustrato de la imputación normativa -si la acción se concibe de ese modo- ¿por qué limitarse a una parte de él? ¿Por qué excluir de ese sustrato de la imputación, precisamente, la imputabilidad? ¿Acaso no es la imputabilidad un requisito esencial de la imputación? Mas, si por el contrario lo que se persigue es delimitar el momento más básico de la infracción, el objeto primario de la regulación normativa, lo decisivo será establecer la diferencia entre los hechos -que explicamos mediante leyes- y las acciones, que interpretamos mediante normas. Y unas son las reglas mediante las que se atribuye responsabilidad a un autor por lo que hizo y otras -en modo alguno idénticas- las que determinan que su acción sea la que es. Por eso, el método sustancial se revela inadecuado”.

²⁰⁸ Francisco MUÑOZ CONDE, “Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción significativa”, ob. cit., pág. 1453 y 1454: “En los últimos 50 años, la discusión en torno a este problema en la Dogmática jurídicopenal alemana (y, por su influencia, en la Dogmática jurídicopenal de otros países, principalmente en España y en muchos países latinoamericanos) ha estado dominada por la polémica entre la teoría causal y final de la acción. Ambas teorías parten de que la base de la teoría del delito la constituye una acción o comportamiento humano, y que la característica principal de la misma es la voluntad. En lo que discrepan es que para la teoría causalista, el concepto de acción no requiere saber en un primer momento cuál es el contenido de esa voluntad, lo que el sujeto quiere, que es algo que se analiza después en otras categorías de la teoría del delito (principalmente en la culpabilidad); mientras que para la teoría finalista, el contenido de la acción, entendido como el fin que el sujeto quiere conseguir con su acción, es también un elemento del concepto de acción mismo que debe ser, por tanto, objeto también de valoración desde la misma tipicidad delictiva. [...] Sólo una teoría minoritaria, llamada teoría social de la acción, destaca la relevancia social que debe tener la acción como un

lógico pensar que si la acción se caracterizaba por su “origen” humano, si lo que la distinguía de los meros acontecimientos era que su curso se encontraba regido por la actividad de los sujetos y no por la naturaleza, entonces, fuera la voluntad en el desarrollo de ese acontecimiento aquello que determinara su contenido y configuración²⁰⁹.

La propuesta de VIVES ANTÓN dinamita los cimientos de la filosofía jurídicopenal de la acción, y como consecuencia de ello de la teoría del delito, al afirmar, de forma mayúscula, que la acción no puede aparecer determinada por el contenido de la intención del sujeto que la desarrolla. Según VIVES, en realidad el estudio de la acción adolecería de un error histórico de corte metodológico que habría “viciado” su desarrollo dogmático, consistente en concebir a la acción como un objeto, y por lo tanto como una entidad aprehensible y con existencia propia, cuando en realidad la acción no sería más que el sentido atribuido lingüísticamente a un acontecimiento:

“La acción no es, pues, un hecho específico; ni puede definirse como sustrato de la imputación jurídicopenal, pues la inmensa mayoría de las acciones se definen al margen de esa circunstancia. Sólo queda, por consiguiente, un camino por explorar: el que, para decirlo de forma abreviada, partiendo del sentido se detiene también en él; el que concibe la acción como un proceso simbólico regido por normas, como el significado social de la conducta, expresado lingüísticamente. **Me propongo, en consecuencia, concebir las acciones como interpretaciones que, según los distintos tipos de reglas sociales, pueden darse al comportamiento humano.** Definiré, pues, la acción 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. **Se opera, así, un giro copernicano en la teoría de la acción: ya no es el sustrato de un sentido; sino, a la inversa, el sentido de un sustrato**”²¹⁰.

El resultado de las reflexiones de VIVES ANTÓN resulta abrumador; las diferencias entre hechos y acciones son meramente convencionales, no existe elemento ontológico alguno que determine lo que la acción sea²¹¹.

componente fundamental del concepto de acción. Este planteamiento excesivamente genérico, poco añade a los otros dos conceptos de acción anteriormente señalados. Sin embargo, tiene la virtud de poner de relieve la importancia que para el concepto de acción tiene la dimensión o relevancia social de la misma”.

²⁰⁹ En este sentido no sólo se han desarrollado la teoría causal, neocausal y final que durante buena parte del siglo XX, e incluso en lo que llevamos de s.XXI, han dominado la dogmática jurídico-penal, sino también algunas de las nuevas aportaciones de corte funcionalista como la teoría de la “expresión de la personalidad” de ROXIN.

²¹⁰ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 221 (negrilla añadida).

²¹¹ Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “La concepción significativa de la acción de T.S. VIVES y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito”, ob. cit., pág. 1082: “... 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 gramaticales. De ello se sigue ante todo que el problema del supraconcepto de acción se hallaba mal planteado y que era, pues, un pseudoproblema,

Y es que, para VIVES, únicamente resulta posible afirmar que mientras que los hechos –aquello que acontece- se rigen por leyes físicas, y por lo tanto únicamente resultan susceptibles de descripción, las acciones²¹² –aquello que el ser humano hace- se rigen por normas convencionales, caracterizándose por lo tanto, por resultar necesitadas de interpretación; “... puede (provisionalmente, y sin perjuicio de volver sobre el tema al analizar el problema de la libertad) trazarse la diferencia entre acciones y hechos, entre lo que hacemos y lo que, simplemente, nos sucede: los hechos acaecen, las acciones tienen sentido (esto es, 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 gramaticales”²¹³.

Para VIVES ANTÓN ni tan siquiera el “carácter” humano de las acciones, frente a los acontecimientos que definimos como hechos, constituye un auténtico elemento que permita definir a aquellas; en realidad, debe distinguirse entre quienes ostentan capacidad de acción, los seres humanos, y aquello que la acción sea; “... si lo que diferencia a las acciones de los hechos es que a las unas les atribuimos significados y a los otros no, la problemática de la acción ha estado sencillamente desenfocada en la doctrina penal. Hemos estado tratando de identificar esa diferencia en alguna entidad o proceso real (físico o psíquico) que la justificase, buscando un sustrato de la imputación de sentido, sin reparar en que al hacerlo, confundimos dos cuestiones: la de la capacidad de actuar y la de la acción misma”²¹⁴.

toda vez que se ha pretendido identificar la diferencia entre acciones y hechos en alguna entidad [...] real física o psíquica) que la justificase, buscando el 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 capacidad de acción; por otra parte 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 percibamos, sino que se limita a significar”.

²¹² Enrique ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio...*, ob. cit., pág. 199: “Todas las acciones no son meros acontecimientos, sino que tienen un sentido (significado), y por tanto no basta con describirlas, sino que es necesario entenderlas (interpretarlas). Frente a los hechos, que pueden explicarse conforme a leyes físicas, químicas, biológicas, o matemáticas, las acciones humanas han de ser interpretadas conforme a reglas o normas”.

²¹³ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 221.

²¹⁴ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 222.

Siendo ello así, resulta evidente para VIVES que no tiene sentido alguno intentar hallar aquello que en el mundo sensible o inteligible defina a las acciones²¹⁵. La distinción entre acciones y hechos es meramente convencional ya que depende del significado que nosotros les atribuimos²¹⁶.

5-. El contenido material de la acción.

A la vista de lo hasta ahora expuesto surge un interrogante; ¿cómo se determina entonces el significado?

La respuesta de VIVES ANTÓN a esta cuestión tomará como punto de referencia las reflexiones de HABERMAS, quien distingue al efecto tres posibles métodos de determinación del significado:

- a) Explicación semántico-intencional: el significado aparece determinado por la intención que el hablante pretende transmitir. En consecuencia, según esta teoría, el significado se determinaría subjetivamente
- b) Explicación semántico-formal: el significado se determina objetivamente conforme a la aplicación de las normas del lenguaje. Según esta teoría la intención del sujeto resultaría irrelevante en la configuración del sentido de las acciones.
- c) Explicación conforme al uso de las expresiones: según la cual el significado se determinaría consuetudinariamente en virtud de la experiencia.²¹⁷

²¹⁵ Francisco MUÑOZ CONDE, "Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción significativa", ob. cit., pág. 1455: "... parece, pues, en una primera aproximación al concepto de acción, que ésta tanto si se trata de una acción en sentido estricto, como de una omisión, no se puede entender como un puro proceso ontológico causal o final, sino como una forma de comunicación, como un acto significativa para los demás que contemplan su actuación, la aprueban o la desaprueban".

²¹⁶ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 223: "Buscar un sustrato diferencial con los demás hechos del mundo resulta, sencillamente, absurdo, porque el significado no existe, no es ninguna clase de objeto del mundo que percibamos.

²¹⁷ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 224: "Utilizando, a los meros efectos de esta breve síntesis, la exposición de Habermas, me referiré a las teorías del significado que, hoy por hoy, pueden estimarse más "significativas" (aunque quepa considerar alguna como definitivamente abandonada). [...] es necesario considerar tres clases de explicación del significado: la semántica intencional (el significado radica en lo que el hablante pretende transmitir); la semántica

Según VIVES ANTÓN las explicaciones semántico-intencional y la semántico-formal del significado no resultarían viables. La primera de ellas toda vez que resulta evidente que la intención del hablante no puede erigirse en el elemento que determine el significado de aquello que se expresa -verbalmente o de otro modo-. Así, a modo de ejemplo, por mucho que un sujeto tenga intención de matar a alguien, si su conducta se limita a clavar alfileres sobre la fotografía de su “víctima”, su acción no adquirirá un significado homicida. De ello se infiere que la intención del sujeto no determina el contenido de la acción ya que “los propósitos del hablante no bastan para explicar la comunicación por medio de signos, sino que es preciso, además un código, sin el cual el oyente puede percibir que el hablante quiere decirle algo, pero sin saber qué”²¹⁸. A modo de ejemplo, si yo me presento en un supermercado y pido un “retorit”, por mucho que mi intención sea conseguir un refresco de naranja no conseguiré el objeto que me propongo ya que mi intención no es suficiente por sí sola para configurar el sentido de mis actos. Por otro lado, en lo que a la explicación semántico-formal se refiere, señalará VIVES que en realidad se trataría éste de un modelo de construcción del significado próximo a las tesis especulares de SAN AGUSTÍN. El significado de una acción, al igual que una palabra, no se objetiva por su mera ejecución, sino que lo hace en función del contexto en que se desarrolla²¹⁹, de ahí precisamente que el sonido del silbato no adquiera el mismo significado al ser emitido por el árbitro durante el partido de balompié que al serlo por el agente de la autoridad en la vía pública.

Será, por lo tanto, la “explicación conforme al uso de las expresiones” la que según VIVES resultará más acertada²²⁰, toda vez que será la única que permitirá tomar en consideración el contexto; el significado vendrá dado por la aplicación de normas

formal, u objetivista (el significado de una expresión no es sino su contenido empírico ordenado de acuerdo con las reglas de la sintaxis lógica) y la teoría del significado como uso de las expresiones”.

²¹⁸ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 225.

²¹⁹ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 225: “La semántico-formal, entiende las reglas no como convenciones sintácticas, sino como componentes de un sistema que refleja la estructura del mundo...”.

²²⁰ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 225: “La doctrina del significado como uso, por su parte, es un intento de superar las deficiencias y limitaciones de uno y otro punto de vista”.

convencionales desarrolladas por la experiencia, siendo estas las que permitirán captar el contenido íntegro del acto comunicativo en cuestión.

En definitiva, como puede observarse, VIVES ANTÓN traslada la filosofía del lenguaje de WITTGENSTEIN al ámbito jurídicopenal; el significado se determina de modo convencional mediante el recurso a los “juegos de lenguaje”, las “formas de vida” y las “reglas”, ya que las acciones no disponen de un significado ideal o aprehensible en el mundo²²¹. Si las acciones no son “objetos” –no son un sustrato- su naturaleza no puede ser sino meramente convencional, de ahí que VIVES afirme que no son más que un sentido –el sentido de un sustrato-²²².

Y es que no debe olvidarse que precisamente aquello que permite distinguir entre los meros “hechos” que se rigen por las leyes físicas y las “acciones”, es que éstas comunican un sentido. La conducta humana goza de una naturaleza comunicativa. El ser humano al interactuar expresa a través de sus acciones los más diversos significados. Por ello, la determinación de aquello que el actuar humano expresa, de lo que la conducta humana comunica en sociedad, deberá obtenerse a través de las reglas de la semántica, resultando que la mera intención del hablante no permitirá determinar el sentido de la acción –tal y como ya hemos expuesto-.

²²¹ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 226: “La semántica del Tractatus procede como si las funciones del lenguaje se agotasen en la descripción de lo que sucede (o puede suceder), de lo que es (o puede ser) el caso; pero, incluso la posibilidad misma de que una preferencia sea entendida como descripción, depende del contexto de acción en que se realice. De modo que si alguien dice, v.g.: “El gato está sobre la alfombra” puede, en función del contexto, estar expresando una creencia, estar gastando una broma, estar describiendo lo que pasa o, además, estar dando una orden de que sea retirado de allí el animalito. Sin tener en cuenta las actitudes intencionales de los hablantes, expresadas en el contexto de acción de que se trate, no se puede entender lo que dice: la “pintura” que evocan sus palabras es insuficiente para captar el significado. Para colmar esa insuficiencia de la semántica formal, en la teoría del significado como uso, acción y lenguaje se funden en la idea de “juego de lenguaje”: en ella, el énfasis recae tanto o más sobre las acciones en cuyo entramado ocurre el uso de las palabras que sobre las acciones que se pueden realizar al usar ciertas palabras. De modo que lenguaje y acción se hallan “entretnejidos”, forman un conjunto gobernado por reglas –un juego- del que el significado dimana”.

²²² Enrique ORTS BERENGUER/ José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio...*, ob. cit., pág. 197: “Tampoco es sostenible la existencia de un concepto universal y ontológico de acción. No existe un modelo matemático, ni una fórmula lógica, ni cualquier clase de teoría experimentada y verificada, que nos permita ofrecer un concepto de acción humana válido para todas las múltiples acciones que el ser humano puede emprender. Es más, las acciones no existen antes de la normas (reglas) que las definen [...] hablamos de acción de estafar porque existe una norma que define la estafa, como hablamos de asesinato porque una norma lo define, etc. En resumen, la acción, cada acción, posee un significado determinado conforme a ciertas prácticas sociales (reglas o normas), que identifican un comportamiento humano frente a otros. Así puede decirse que la acción es el sentido o significado de un sustrato”.

Ahora bien -y éste quizás sea uno de los puntos capitales para el correcto entendimiento de la concepción significativa de la acción-, las reglas que resultarán de aplicación para determinar el sentido de las acciones no serán siempre las mismas, sino que variarán en función del contexto en que nos encontremos. La metáfora de los “juegos de lenguaje” permite una comprensión gráfica de este extremo; cuando juguemos al balompié las reglas que resultarán de aplicación y que nos permitirán determinar el sentido que adquieren los lances del juego no serán las mismas que las que resultarán de aplicación cuando juguemos al baloncesto; de acuerdo con ello, tocar la pelota con las manos adquirirá significados distintos en uno y otro juego – contexto-, y ello con independencia de que el juego se desarrolle entre las mismas personas y en idénticas condiciones espaciales y temporales.

Pues bien, a pesar de que a primera vista pudiera parecer lo contrario, lo mismo ocurrirá en el desarrollo de las actividades humanas ordinarias, en donde constantemente se interpretarán las acciones con arreglo a diferentes códigos de conducta. Utilicemos a modo de ejemplo la palabra “tonto”. Según el diccionario de la Real Academia de la lengua española “tonto” significa, en la primera de sus acepciones; “falto o escaso de entendimiento o razón”. Sin embargo, todos sabemos perfectamente que no siempre que se emplea la palabra “tonto” la misma adquiere el significado que la Real Academia de la lengua española le atribuye en primer lugar - entre otras cosas porque existen diversas acepciones-. En realidad, aquello que la palabra “tonto” signifique vendrá determinado por el contexto en que esta palabra se emplee, y ello debido a que en cada uno de los contextos resultará de aplicación un código de conducta distinto. Así por ejemplo, entre los enamorados el empleo de la palabra “tonto” puede tener un significado positivo toda vez que lo que podríamos denominar código de conducta de los enamorados –juego de lenguaje de los enamorados- así lo contempla, mientras que el uso de la palabra “tonto” por el espectador del partido de balompié al dirigirse al árbitro generalmente tendrá un significado peyorativo ya que en este caso no resultará de aplicación el código de conducta propio de los enamorados sino el de los partidos de balompié²²³. En este

²²³ Evidentemente el ejemplo es extraordinariamente sencillo y pasa por alto otros aspectos que también deberían ser valorados en aplicación de los códigos de conducta tales como el tono, los gestos, la expresión facial, etc...

sentido señala VIVES que “Las reglas rigen el uso del lenguaje y el sentido de las acciones, esto es, el entramado total de los juegos de lenguaje en que se manifiesta una forma de vida: sirven, por ello, para instruir en un determinado modo de actuar, para explicar la acción, para evaluarla, para justificarla y para definirla e interpretarla. La relación entre una regla determinada y un acto que está de acuerdo con ella es interna o gramatical [...] decimos que el acto es el que es porque lo entendemos conforme a la regla en cuestión, ora sea conforme ora disconforme con ella”²²⁴.

No se le escapa a VIVES ANTÓN que un semejante método de atribución del significado deja abierta una puerta al escepticismo; en primer lugar en la medida en que resulta difícil comprender como es posible que existan diferentes códigos de conducta –juegos de lenguaje- que resulten simultánea y alternativamente empleados, y ello a pesar de que entre ellos únicamente existiría un cierto “aire de familia”, y en segundo lugar, en tanto que la teoría expuesta no permite garantizar la corrección del resultado propuesto a diferencia de las explicaciones del significado semántico-intencional y semántico-formal.

En lo que a la primera de las cuestiones se refiere, a pesar de que ya se ha tratado con anterioridad no estará de más volver sobre ella en tanto que nos permitirá resolver la segunda, y recordar una vez más que para VIVES –quien en este punto sigue a pies juntillas a WITTGENSTEIN- junto con los singulares juegos de lenguaje existirá un juego de lenguaje universal que dotaría de unidad a los otros. Tal y como se exponía ampliamente en la nota veintiocho (185) de este trabajo, para WITTGENSTEIN existirá un juego de lenguaje universal al que VIVES denomina el “juego de la duda”, que permitiría descifrar el modo en que a través de los singulares juegos de lenguaje se atribuiría sentido a las acciones. Permítaseme reiterar alguna de las citas ya referidas: “En el uso global, no se trata ya de mostrar cuándo el lenguaje significa y cuándo no, sino cómo es que podemos decir algo a través del lenguaje, a pesar de que no poseemos ni un saber absoluto ni, por lo tanto, una justificación absoluta de lo que decimos. La respuesta a ese problema ha de referirse, necesariamente, al lenguaje como un todo; pero, incluso en ese caso procede del análisis de un juego de lenguaje concreto, del juego del lenguaje de la duda”²²⁵. Así las cosas, podría decirse que el

²²⁴ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 229.

²²⁵ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 529.

“juego de lenguaje universal” sería algo así como el manual de instrucciones de los restantes juegos de lenguaje. Según el juego universal, el lenguaje se construiría sobre la distinción entre elementos indubitados y elementos dubitados, los primeros serían aquellos respecto de los que existe acuerdo generalizado por parte de los individuos – la tierra es redonda, la semana tiene siete días, el agua marina es salada, etc...-, mientras que los segundos serían aquellos respecto de los que no existe tal acuerdo en la comunidad y que por lo tanto pueden no resultar universalmente aceptados. Pues bien, según VIVES las personas atribuyen sentido a los actos construyendo el significado de los elementos dubitados alrededor de los indubitados; resultando por lo tanto que no podemos conocer con certeza la corrección de todo aquello que decimos –que expresamos- el lenguaje se construye alrededor de aquellos datos o elementos que resultan convencionalmente incontrovertidos –la tierra es redonda, el sol calienta, etc...-.

Ese conjunto de elementos indubitados configuran lo que para VIVES constituye la imagen convencional del mundo, imagen ésta que todos compartimos, que constituye el punto de referencia sobre el que construimos nuestras creencias y nuestra comprensión de aquello que nos rodea, y que precisamente por ello nos permite interactuar. Si entre los interlocutores no existiesen visiones paralelas del mundo que les rodea respecto de los aspectos esenciales la comunicación no resultaría posible; “... para hablar es necesario un sistema de referencia, una imagen global del mundo, que puede describirse como una suerte de mitología, a la que atribuye una función semejante a la de las reglas del juego. [...] Son proposiciones tales como “la tierra existe hace más de cien años”, “las cosas no desaparecen cuando les doy la espalda”, etc., el lenguaje las presupone, ya que si no estuviéramos de acuerdo con ellas no podríamos entendernos, y finalmente hay otras que constituyen el flujo de la experiencia, que son el objeto natural del saber, de la duda, de la discusión...”²²⁶. En definitiva, el lenguaje aparece como un sistema que se construye en torno a elementos controvertidos e incontrovertidos en los términos expuestos.

Así las cosas, en relación a la segunda de las cuestiones planteadas cabe responder que efectivamente existe un inescindible margen de error en la determinación del sentido de las acciones. La construcción del lenguaje, en atención a

²²⁶ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., págs. 529 y 530.

lo antedicho, se produce de modo racional, cuyas conclusiones en muchas ocasiones no resultarán refutables. Sin embargo ello no convierte al sistema según VIVES en inservible sino en realista²²⁷.

6.- Análisis de la acción e imputación objetiva.

Las principales teorías que se han encargado de analizar el problema de la acción, han pretendido hallar un supraconcepto que se constituyera en centro del sistema del hecho punible; la acción debía ser el sustantivo alrededor del que gravitaran los calificativos típica, antijurídica y culpable, esto es, las categorías dogmáticas. A la vista de ello la acción estaba llamada a cumplir hasta cuatro funciones: a) una función clasificatoria, b) una función de coordinación de las categorías dogmáticas, c) una función definitoria, y d) una función negativa.

Por el contrario, VIVES ANTÓN afirma que buena parte del fracaso de las construcciones dogmáticas en torno a la acción habría acontecido por el desbordamiento de las funciones que le habrían sido asignadas; la acción no debe ser el elemento nuclear de la teoría del delito, sino un elemento más entre la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que nos ayude a determinar la responsabilidad penal de los sujetos.

Precisamente por ello, VIVES se propone un objetivo mucho más modesto en su construcción de una teoría de la acción al afirmar que en realidad el concepto de acción únicamente debe permitirnos delimitar el “objeto” del análisis jurídico: “No es en modo alguno casual que las doctrinas de la acción describan un círculo y acaben retornando a Hegel pues si lo que se busca es el sustrato de la imputación normativa – si la acción se concibe de ese modo- ¿por qué limitarse a una parte de él? ¿Por qué excluir de este sustrato de la imputación, precisamente, la imputabilidad? ¿Acaso no es la imputabilidad un requisito de la acción? Mas si, por el contrario lo que se

²²⁷ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., págs. 534 y 535: “El problema de los límites de la justificación racional ha de abordarse sin la prevención que provoca el temor al reproche de irracionalismo; por el contrario, se ha de partir de la premisa, sólo aparentemente paradójica, de que una justificación racional que no tuviera límites ni sería una justificación, pues nada acabaría nunca de estar justificado; ni sería racional, pues cada una de las razones que se adujeran para justificar cualquier cosa se negaría a sí misma como razón, o sería al menos una razón profundamente debilitada, al precisar, a su vez, un fundamento racional distinto a ella”.

persigue es delimitar el momento más básico de la infracción, el objeto primario de la regulación normativa, lo decisivo será establecer la diferencia entre los hechos –que explicamos mediante leyes- y las acciones, que interpretamos mediante normas. Y esas son las reglas mediante las que se atribuye responsabilidad a su autor por lo que hizo y otras –en modo alguno idénticas- las que determinan que su acción sea la que es”²²⁸.

Llegados a este punto creo que es buen momento para extraer algunas conclusiones acerca de la propuesta de VIVES;

- a) La concepción significativa de la acción aparece como una novedosa construcción firmemente asentada sobre la filosofía wittgensteiniana. Esta nueva teoría no aparece como una reacción frente a modelos anteriores, sino que se configura desde un nuevo prisma.
- b) En la teoría de VIVES el concepto de acción ocupa un papel capital. El fundamento de la responsabilidad penal debe construirse sobre el concepto de acción ya que únicamente si los hombres tienen capacidad de acción resultará lógico exigirles responsabilidad. Es por ello por lo que la determinación de aquello que la acción sea resultará esencial.
- c) El nuevo concepto de acción supone una auténtica revolución en tanto presupone analizar la acción no como objeto sino como sentido. La acción no existe en el mundo real, sino que se trata de un concepto meramente convencional.
- d) El contenido de la acción no aparece determinado atendiendo a la voluntad del sujeto que desarrolla el acto, ni atendiendo a la existencia de significados objetivos configurados formalmente. La inoperancia de la voluntad en la configuración del significado del acto –al menos de forma exclusiva- conllevará importantísimas consecuencias. La acción se

²²⁸ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 335 y 336.

determinará en virtud de la aplicación de reglas convencionales – determinadas por el uso y la experiencia-, resultando asimismo que las reglas que resultarán de aplicación variarán en función del contexto en que nos encontremos²²⁹.

- e) El significado de los actos no puede determinarse con vocación de exactitud ya que no se configura de modo científico –ello no es posible-, sino a través del discurso racional. Sin embargo ello no debe conducirnos al escepticismo. Se trata en realidad de la configuración de una construcción pragmática y extraordinariamente útil, cuyo margen de error no debe dar lugar a su invalidez.

7.- Los contenidos de la mente.

Uno de los pilares sobre los que se construye la concepción significativa de la acción es precisamente la convicción, expresada reiteradísimamente por VIVES ANTÓN, acerca de que el sentido de la acción no aparece determinado por la intención del sujeto que la desarrolla. El significado de los actos se configura en realidad mediante la aplicación de un conjunto de reglas de carácter convencional representadas mediante el recurso metafórico a los denominados “juegos de lenguaje”²³⁰.

Según VIVES, tradicionalmente la acción había sido concebida por la doctrina como un sustrato compuesto por dos elementos (mental y físico), y por ello como un objeto propio del mundo sensible o del inteligible que se hallaría regido por las leyes

²²⁹ Vid. Ludwig WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, ob. cit., pág. 61: “Para una gran clase de casos de utilización de la palabra “significado” –aunque no para todos los casos de su utilización- puede esta palabra explicarse así: El significado de una palabra es su uso en el lenguaje. Y el significado de un nombre se explica a veces señalando a su portador”. De ahí que el significado de las acciones para VIVES se determine por su uso en la sociedad”.

²³⁰ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 231: “si un defensa tiene la intención de despejar, pero introduce el balón en su portería, no diré que ha despejado, sino que ha marcado un gol a su propio equipo. Las atribuciones de intención se hallan, según lo dicho, enclavadas en el seguimiento de reglas y son constitutivas del significado, en términos generales, pero no en la forma de una relación uno a uno: las reglas, que se materializan en atribuciones de intención, operan, a menudo, prescindiendo del propósito de quien las sigue o infringe”.

de la causalidad; en donde el proceso mental sería la causa del movimiento físico que sería considerado su efecto²³¹. Así las cosas el ser humano, y como consecuencia de ello, la acción, habrían venido siendo concebidos, fruto de las teorías cartesianas ya estudiadas, de forma dual; como una entidad integrada por un elemento interno que se identificaría con la mente y otro externo que lo haría con el cuerpo.

Llegados a este punto, VIVES se alza contra la tradición mediante la postulación de una concepción monista del ser humano, y por lo tanto de la acción; no puede hablarse de lo interno y de lo externo como si de dos entidades con existencia autónoma se tratara, mente y cuerpo se configuran como una unidad inescindible. ¿Pero qué papel juega entonces la intención? Lo cierto es que VIVES ANTÓN no procede sino a “reducir la complejidad” del problema al afirmar que no hay objeto alguno que se identifique con la intención, ésta no existe fuera de los movimientos corporales en que se materializa: “Pues bien: las actitudes intencionales no son objetos en el mundo. Puedo pintar lo que alguien desea, pero no hay una imagen del deseo: todo lo que puedo representar son los movimientos corporales en que se manifiesta. Y puesto que (las actitudes intencionales) no son objetos, no pueden hallarse con sus objetos en la relación e que se halla un objeto con otro”. La conexión entre intención y movimientos corporales no puede, por lo tanto, describirse como la que existe entre el fuego, el papel y el humo, sino que debe configurarse de forma convencional como una relación interna o gramatical²³². “Una intención no se vincula con algo externo a ella (un movimiento corporal) sino con una acción: “sólo la acción puede establecer conexiones intencionales”²³³.

Y es que, para VIVES, no cabe hablar de intención al margen de la acción, ya que incluso para el sujeto actuante las intenciones únicamente adquirirían sentido en el marco de un juego de lenguaje. Semejante afirmación obedecería, en primer lugar, a que la intención se construye sobre la experiencia y por lo tanto no se configura como

²³¹ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 232: “En la concepción tradicional, las actitudes intencionales son concebidas como procesos en la mente del sujeto que, de modo causal o cuasi-causal, transmiten el sentido a los movimientos corporales: hay dos mundos independientes, el interno y el externo, entre los que se postulan relaciones concebidas por el modelo de los que, en el mundo visible predicamos de objetos distintos”

²³² Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 232: “La conexión entre una actitud intencional cualquiera, el objeto de dicha actitud y la tendencia a satisfacerla es interna o gramatical, de modo que no puede describirse como una relación externa entre elementos o estados de cosas independientes”.

²³³ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 233.

un proceso exclusivamente interno –así por ejemplo, para tener intención de jugar al ajedrez debo en primer lugar conocer que existe un juego llamado ajedrez, y asimismo debo gozar de las competencias que me permitan jugar ya que en caso contrario no puedo tener intención de jugar sino de aprender a jugar- de modo que el contexto y las competencias adquiridas influyen en la construcción de las intenciones²³⁴. En segundo lugar, dicha afirmación obedecería a la convicción de que las intenciones siempre se manifiestan a través del acto que se ejecuta; de modo que intención –lo interno- y acción –lo externo- no aparecen como realidades distintas; “Acción e intención forman, según lo dicho una unidad. La intención se expresa en la acción –o en la conducta verbal que la sustituye, anticipándola- del mismo modo que un gesto de terror se pinta en la huida. Pero no constituye una nota definitoria porque dada la exterioridad de las reglas, a la que acaba de aludirse, no toda acción es intencional”. La intención, en el contexto de la concepción significativa de la acción, siempre se expresa a través de la conducta ejecutada; cuestión distinta es que el interlocutor tenga la habilidad de identificarla.

Asimismo, señala VIVES que únicamente desde la perspectiva apuntada resulta posible entender que existan acciones imprudentes, esto es, acciones cuyo sentido no aparezca determinado por la intención, sino por el sentido que las mismas adquieren en sociedad.

No obstante, a pesar de que la intención no resulte determinante, o al menos no de forma necesaria, en la determinación del sentido de la acción, ésta sí que deberá ser valorada a efectos de fijar el grado de responsabilidad del sujeto activo del delito, lo reprochable de su conducta²³⁵.

²³⁴ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 234: “Las atribuciones de intención descansan sobre hábitos regulares, en los que quedan inscritas. “Así, es naturalmente imaginable que en una tribu que no conoce el juego dos personas se sienten ante un tablero de ajedrez y ejecuten los movimientos de una partida... Y si nosotros los viésemos, diríamos que juegan al ajedrez”. En cambio, si una partida de ajedrez se tradujo a gritos y patadas –mediante las reglas pertinentes- sería dudoso que pudiéramos decirlo. Hay pues, una “intencionalidad” externa, objetiva, una práctica social constituyente del significado...”.

²³⁵ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 239: “Quisiera, en este punto, avanzar una hipótesis, que se desprende de modo natural, de lo dicho hasta ahora: la atribución de intenciones al sujeto, o la calificación de su conducta como no intencional no desempeña necesariamente un papel en la delimitación conceptual de la acción, sino que muchas veces, se contrae a determinar si autor incurre o no en mérito o demérito, si es responsable de lo que hizo y en qué medida lo es”.

Pero, entonces, qué ocurre en aquellos casos en que la intención permanece en el interior del sujeto, en que no se manifiesta al exterior de ninguna manera; imaginemos al sujeto que se encuentra sentado en el sofá de su casa viendo una película mientras que internamente se encuentra ideando la comisión de un robo, ¿acaso no se trata éste de un claro ejemplo de que intención y acción aparecen como realidades diversas?

Pues bien, para VIVES ANTÓN la cuestión así planteada aparecería formulada en torno a un error gramatical. Se hace por ello necesario distinguir entre deseo, propósito e intención.

a) Deseo e intención.

“El objeto del deseo no implica la tendencia a satisfacerlo, es posible prescindir definitivamente de ella y seguir diciendo que se desea, como en el caso del amor no correspondido; pero si se renuncia definitivamente a realizar la intención, no puede seguir afirmándose que se tiene esa intención”²³⁶. De ahí que pueda concluirse que en muchas ocasiones mis deseos no se corresponden con mis actos, yo puedo desear que el vecino ruidoso muera y sin embargo no tener intención alguna de ejecutar una acción dirigida a conseguir dicho fin.

b) Propósito e intención

De igual forma es necesario distinguir entre intención y propósito, que para VIVES aparece como sinónimo de deseo; “pues propósito es, “prima facie”, la dirección hacia una meta, el plan o, dicho de otro modo, la finalidad subjetiva. Esa finalidad puede no plasmarse en la intención; esto es, no dar lugar a ningún curso de acción dirigido al resultado”²³⁷

Podemos concluir que en la obra de VIVES, la intención se conceptualiza como un compromiso de ejecución de una acción que se materializa a través de los actos

²³⁶ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 241.

²³⁷ VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 243.

externos desarrollados por el sujeto; la intención, en consecuencia, no se encuentra oculta en el interior del sujeto a modo de un inverificable proceso mental, sino que necesariamente cristaliza en un actuar perceptible, y por lo tanto susceptible de comunicar algo y de ser interpretado²³⁸. De ahí precisamente que la acción se determine en la teoría de VIVES normativamente conforme a las reglas que constituyen los “juegos de lenguaje”²³⁹.

Salta a la vista que las reflexiones de VIVES en torno a la cuestión de la intención en lo que a la determinación del contenido de la acción se refiere llevan aparejada una nueva conceptualización del dolo.

Tradicionalmente el dolo ha sido definido, partiendo de la concepción dual del ser humano (cuerpo/mente), como conocimiento y voluntad de realización del tipo penal, apareciendo, en consecuencia, integrado por dos elementos: el intelectual y el volitivo.

Pues bien, según VIVES se trata ésta de una construcción errónea ya que resulta imposible reducir a la unidad las diferentes clases de “volición existentes”; “Pues si querer indica un proceso psicológico, ese proceso habría de ser común a las distintas modalidades de dolo. Y, ora se parta de la pluralidad de las especies de dolo, ora se acepte una teoría unitaria, no se ve bien qué elemento o estado psicológico puede ser común a quien mata a su enemigo porque desea su muerte (dolo directo de primer grado), a quien, con absoluta indiferencia hacia la vida de su conductor, coloca una bomba en el coche de un Jefe de Estado, en la seguridad de que también morirá aquél (dolo directo de segundo grado) y a quien, por satisfacer una afán de riesgo, juega a la ruleta rusa con los amigos a que más aprecia y que, por consiguiente, menos desea que mueran (dolo eventual)”²⁴⁰

²³⁸ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 247: “... no podemos atribuir una intención a un sujeto sino media el compromiso de llevar a cabo la acción correspondiente. En consecuencia, para determinar si una acción concreta es o no intencional, habremos de atender, no a inverificables procesos mentales, a sentimientos o deseos, sino en la acción realizada se pone o no de manifiesto un compromiso de actuar del autor”.

²³⁹ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 248: “De este modo, la intención, inasequible como proceso psicológico, se muestra en una doble dimensión normativa. En primer término, en las reglas que la identifican y la hacen posible y cognoscible; y, en segundo lugar, en la relación entre la acción y el autor: 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”.

²⁴⁰ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 249.

Asimismo, también resultaría errónea la configuración del elemento intelectual del dolo por varios motivos; en primer lugar debido a las dificultades de configuración de su contenido, esto es, de aquello que debe conocerse para entender que concurre; y en segundo lugar por lo insostenible que semejante teoría resulta desde una perspectiva pragmática toda vez que si bien ello puede parecer más sencillo, con carácter general, en el caso del dolo directo de primer grado, desde luego no será así en los casos de dolo de segundo grado y mucho menos de dolo eventual. En definitiva, la experiencia nos dice que no resulta posible determinar si el sujeto se había representado mentalmente el resultado, si lo había calculado, etc...²⁴¹

A la vista de ello, VIVES concluye que el dolo debe ser definido como compromiso con la conducta típica, que evidentemente se expresa a través del comportamiento del sujeto. De esta forma el contenido del dolo deja de aparecer determinado por inaccesibles procesos mentales y se normativiza; el dolo se determina atendiendo al significado de la conducta desarrollada y a las competencias del sujeto activo del delito²⁴². Sólo de este modo pueden reducirse al común

²⁴¹ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 250 y 251; “La imposibilidad de encontrar un suelo común a las distintas clases de dolo en el ámbito del elemento volitivo hace que el interés se desplace hacia el elemento intelectual. Sin embargo, tampoco en él se encuentran demasiadas facilidades. La “conciencia”, el “saber” en que el elemento intelectual consiste, tiene una pluralidad de sentidos: representación, atención, explicación, cálculo, predicción, experiencia, previsión, etc. ¿Qué tipo de conocimiento identifica las acciones intencionales (dolosas) frente a aquellas en que sólo concurre culpa? [...] parece claro que los términos relevantes para describir esa especie de “caso límite” de “conocimiento” que es el “conocimiento del resultado son los de “representación”, “previsión o predicción” y “cálculo”. Así, se dice, en el dolo eventual [...] el autor ha de representarse el resultado como probable. Para que eso ocurra, el autor ha de haber tenido una representación (la representación del resultado), haber efectuado una previsión (la de la posibilidad de que el resultado se produjese) y haber realizado un cálculo (para determinar la probabilidad de esa producción). No sé cómo podríamos saber si en el ánimo del autor han ocurrido todas esas cosas. Puede que él lo diga y decidamos creerle (y, en ese caso, subsiste la diferencia entre creer y saber); pero, puede (y es más probable) que lo niegue; que diga, por ejemplo: no me lo representé ni por un momento, no calculé [...] O sea, que sobre la base de la configuración del dolo como un proceso psicológico, no podemos, al menos en la mayoría de los casos, determinar cuándo concurre y cuándo no concurre el elemento intelectual del dolo”.

²⁴² Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 252: “Para determinar si ha habido un compromiso (una intención) concreta, v.g., el de matar a otro, habremos de examinar las reglas de toda índole (sociales y jurídicas) que definen su acción como una acción de matar y ponerlas en relación con las competencias del autor –con las técnicas que domina-. De este modo, y no a través de la indagación de inasequibles y poco significativos procesos mentales, podremos determinar lo que el autor sabía. [...] Lo que el autor sabe no es, pues, lo que se ha representado, lo que ha calculado, lo que ha previsto: para conocer si esos procesos han ocurrido en su mente habríamos de tener un acceso a ella del que no disponemos. Sólo podemos analizar manifestaciones externas; pero, a través de esas manifestaciones externas podemos averiguar el bagaje de conocimientos del autor (las técnicas que dominaba, lo que podía y lo que no podía prever o calcular) y entender, así, al menos parcialmente, sus intenciones expresadas en la acción”.

denominador los casos de dolo directo de primer grado, dolo de segundo grado y dolo eventual.

8.- La teoría de la norma en VIVES ANTÓN.

El pensamiento de VIVES ANTÓN, en particular su novedosa configuración del sistema del delito, exigen detenerse en el análisis de la teoría de la norma contenida en su obra; y es que, a pesar que el estudio sobre la naturaleza de las normas jurídicas suele obviar su vinculación con el contenido de las categorías dogmáticas, la obra de VIVES ANTÓN lleva a cabo una auténtica fusión entre ambos²⁴³, tal y como intentaré exponer a continuación²⁴⁴.

Así, inicia el referido autor su estudio acerca de la naturaleza de las normas jurídico-penales realizando una importante advertencia: “Identificar norma y ley responde a un uso lingüístico corriente. Y nada hay que objetar a ese uso, si se realiza a conciencia de que no es más que un tropo, esto es, sabiendo que lo que justifica la sinonimia es una mera figura retórica y no una equivalencia conceptual. De lo contrario, el uso común se convierte en una primera fuente de confusiones”²⁴⁵.

²⁴³ Enrique ORTS BERENGUER/ José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio...*, ob. cit., pág. 195: “... los ejes de la discusión esencialmente han girado alrededor de dos ideas centrales: norma y acción. De tal manera que las concepciones que se tengan de una y otra condicionan la configuración del resto de categorías penales; y, consecuentemente, la ignorancia, el desprecio o el entendimiento incorrecto de algunos de estos dos ejes básicos conduce a errores categoriales graves”.

²⁴⁴ Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El contenido de la antijuridicidad (un estudio a partir de la concepción significativa de la acción)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 16: “Esta concepción se construye sobre la base de dos operaciones intelectuales: la primera es la determinación del concepto de acción; la segunda es contemplar la acción desde la regla del Derecho, con el fin de elaborar una construcción guiada ante todo por la idea de justicia, concebida como valor fundamental de todo el Ordenamiento jurídico. De ello se colige que no es posible analizar el concepto de antijuridicidad sin abordar previamente el concepto de norma”.

Vid. Ricardo ROBLES PLANAS, “Dogmática de los límites al Derecho penal”, en Ricardo ROBLES PLANAS *Límites al Derecho penal (principios operativos en la fundamentación del castigo)*, Atelier, Barcelona, 2012, pág. 21: “Una lectura distanciada de la obra de BINDING, arroja como resultado que la teoría de las normas constituye el mejor aparato teórico para responder tanto a las cuestiones materiales como a las sistemáticas que el concepto de delito requiere. [...] De hecho, la utilización de la teoría de las normas no sólo como instrumento dogmático en sentido clásico, sino también como marco dogmático de las consideraciones político-criminales, es algo que nos ha de resultar extraño”.

²⁴⁵ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, pág. 351.

Vid. Asimismo Ricardo ROBLES PLANAS, “Dogmática de los límites al Derecho penal”, ob. cit., pág. 22: “La tesis fundamental del creador de la teoría de las normas –BINDING– es la independencia conceptual entre norma y ley penal. Este presupuesto –poco acentuado tradicionalmente– implica una serie de consecuencias de capital importancia para el concepto material de delito. De entrada supone asignar a la ley penal el papel de *ultima ratio* en un doble sentido: sólo puede reaccionar frente a lo que ya es en

Semejante precisión conceptual deberá acompañarnos en el análisis de la teoría de la norma de VIVES ANTÓN, ya que únicamente teniendo en todo momento presente que el texto escrito de la ley no se identifica plenamente con el concepto de norma podremos comprender adecuadamente su pensamiento.

Para VIVES, las normas son reglas de conducta que pueden hallarse contenidas o expresadas a través de diferentes fuentes, a pesar de que las normas jurídico-penales, por imperativo legal, únicamente podrán expresarse a través de la ley. “Sentado, pues, que en el sentido que ahora interesa, una norma es una regla de conducta expresada en una ley, importa determinar qué entendemos aquí por “regla de conducta”; esto es, qué clase de “reglas de conducta” son las normas penales”²⁴⁶.

¿Pero es que acaso no resulta evidente lo que las reglas de conducta son? ¿No se trata éste, en realidad, de un rodeo innecesario? La respuesta que debe ofrecerse a estos interrogantes es negativa; las normas, según VIVES, no son un objeto aprehensible en el mundo –ni en el sensible ni en el inteligible-, simplemente son un sentido, el significado que atribuimos a las expresiones que contienen las leyes. Como podemos observar la influencia de WITTGENSTEIN alcanza también a la teoría de la norma de VIVES, para quien las reglas de conducta en que las normas consisten se obtienen mediante un proceso de interpretación de las leyes, proceso de inferencia éste que se desarrolla en el “juego de lenguaje” propio del Derecho penal. Veámoslo a través de un ejemplo propuesto por el propio VIVES:

“Armin Kaufmann sostiene que puede afirmarse p.e. que el castigo del homicidio cometido por omisión en base a la norma que prohíbe matar contenido en la Parte Especial del Código Penal plantea, a falta de una expresa equiparación legislativa, problemas de tipicidad, porque una sola norma no puede prohibir la producción de la muerte y, a la vez, ordenar la conservación de la vida. Y esto es, sin duda, cierto; pero, olvida el autor que el precepto de la Parte Especial no es una norma, sino una ley: dependerá del sentido que quepa atribuir a las palabras de la ley el que concluyamos que, en efecto, contiene sólo una norma prohibitiva de causar la muerte o que, por el contrario acabemos admitiendo que se expresan en ellas dos normas, una prohibitiva (que veda producir la muerte) y otra preceptiva (que ordena preservar la vida)”²⁴⁷.

sí un injusto y además debe hacerlo conforme a determinados criterios de selección de los injustos que hayan de ser castigados penalmente. Estos dos aspectos constituyen las cuestiones auténticamente relevantes, pues hacen referencia a qué es aquello frente a lo que hay que reaccionar penalmente (el objeto de la reacción penal) y cuándo hay que reaccionar penalmente (el sentido de la acción penal)”.

²⁴⁶ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit. pág. 352.

²⁴⁷ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., págs. 351 y 352.

Una vez desenredado el entuerto acerca de la distinción entre leyes y normas en el ámbito de la concepción significativa de la acción, procede analizar qué entiende VIVES por norma, o lo que es lo mismo, por regla de conducta.

Tras desarrollar una elaborada crítica acerca de las “teorías del mandato”, así como del positivismo legal, concluye VIVES que las normas, en un Estado democrático de Derecho, no pueden entenderse legitimadas por su mera procedencia –aún y cuando hayan sido elaboradas por el legislador-; por el contrario resulta necesario que la legitimidad de las normas jurídicas se encuentre presidida tanto por criterios formales como, especialmente, materiales²⁴⁸.

Las normas no deben ni pueden conceptualizarse en un Estado moderno como meros mandatos del legislador o del soberano, sino que su configuración necesariamente debe hallarse amparada por una doble racionalidad, teórica y práctica, de modo que su legitimidad no sólo resulte predicable en atención a un mero procedimiento de elaboración –aún y cuando sea el constitucionalmente previsto-. La configuración de las normas jurídicas debe, en realidad, hallarse presidida por la racionalidad teórica – proceso de legitimación formal- pero asimismo también por la racionalidad práctica –proceso de legitimación material-; caracterizándose

²⁴⁸ Se adentra VIVES en el estudio de las denominadas “teorías del mandato”, esto es, de las tesis que propugnan que las normas son únicamente mandatos del soberano. Para VIVES las teorías del mandato no permitirían equiparación alguna entre ley y norma, sino que en estos casos las leyes deberían conceptualizarse como meras órdenes; Vid. Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit. pág. 359 y 363: “Las leyes son mandatos del soberano, y no cabe, en realidad, conceptualizarlas como expresión de normas, pues no son sino órdenes dirigidas a los súbditos. [...] La teoría del mandato, que sería, no obstante, asumida con matices por el positivismo analítico cuyo principal exponente se encontraría en la obra de HART, presentaría importantes deficiencias; “esa insuficiencia se pone de manifiesto desde perspectivas muy distintas: el modelo de la orden coercitiva no basta para explicar ni el derecho consuetudinario, ni el derecho heredado, ni el derecho internacional, etc. etc. No basta, desde luego, para explicar el hecho de que, en algunos sistemas jurídicos, los legisladores queden obligados por las reglas que dictaron. Y tampoco para concebir adecuadamente el sentido de las reglas que confieren poderes de configuración normativa a los particulares (como la facultad de otorgar testamentos o celebrar contratos) o potestades a los órganos o funcionarios públicos”.

Asimismo vid. Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit. pág. 392: “Con todo, no debe confundirse entre positivismo e imperativismo, “pues a menudo, positivismo e imperativismo se confunden y, sin embargo, son cosas bien distintas. El positivismo podría definirse, en su acepción mínima como un criterio de demarcación del Derecho. En el caso del positivismo legal [...] ese criterio se expresaría negativamente diciendo que ni la razón ni la naturaleza crean, por sí solas, normas jurídicas y positivamente afirmando que la creación de normas jurídicas precisa de un acto de voluntad del soberano (legislador). El imperativismo, por el contrario, es una doctrina que versa acerca, no del carácter jurídico de las normas, sino acerca de su sentido: para el imperativismo el sentido de las normas consiste en ordenar y las normas jurídicas son, por ello, órdenes respaldadas con sanciones”.

precisamente el positivismo legal²⁴⁹ por prescindir en su construcción de las normas, de modo más o menos acentuado según el caso, del segundo de los criterios apuntados²⁵⁰.

En el positivismo legal –tanto el analítico como el continental clásico- las normas se han construido en virtud de un acto de fe en el legislador, toda vez que su elaboración se ha centrado en la búsqueda de un mecanismo que garantice una legitimidad meramente formal –su racionalidad teórica-, prescindiendo en su configuración del estudio de su racionalidad interna. Semejante confianza en el legislador, propia del período liberal ilustrado, no resulta predicable –ni exigible- actualmente. De ahí precisamente que para VIVES el positivismo legal aparezca como un modelo claramente deficitario²⁵¹, donde la pretendida vocación de cientificidad inherente a las doctrinas iuspositivistas, que en realidad se identificaría con una racionalidad meramente teórica, debería ser superada. Cuando hablamos de Derecho no hablamos sino de una materia social que exige de un análisis singular y genuino a

²⁴⁹ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del Sistema penal*, ob. cit., pág. 400: “El positivismo legal –ora revista la forma de jurisprudencia analítica, ora adopte cualquiera de las variedades continentales de la jurisprudencia de conceptos –tiene, como presupuesto semántico, una determinada comprensión ideológica de la racionalidad práctica, sea en términos del principio de utilidad, sea en los del principio liberal, tal como fue desarrollado por Kant en la *Metafísica de las costumbres*. Pero, ni en la jurisprudencia analítica anglosajona, ni en el positivismo de la dogmática clásica se configura ese momento de racionalidad práctica como constituyente básico del sistema. Hay un momento de fe en el legislador que, procedente del despotismo ilustrado, se asienta en los registros conceptuales del liberalismo. Dado que, en el constitucionalismo liberal, la racionalidad práctica del legislador se estima garantizada por el procedimiento legislativo...”.

²⁵⁰ Carlos MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, “La concepción significativa de la acción de T.S. VIVES y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito”, ob. cit., págs. 1079 y 1080: “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 [...] Y es que ciertamente, la normas jurídicas deben ser concebidas como directas de conducta (mandatos), pero ello no implica que tengan que ser consideradas sólo meras decisiones de 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 racional”.

²⁵¹ José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, *Concepción significativa...*, ob. cit., pág. 409: “El positivismo, en efecto, mantiene una determinada comprensión ideológica de la noción kantiana de razón práctica, la cual le sirve como presupuesto semántico. No obstante, ninguna de las sucesivas corrientes que pueden ser agrupadas bajo la denominación de “positivismo legal” otorgaron a dicha noción de racionalidad práctica, a ese momento de reflexión racional, el lugar de privilegio que en el sistema propuesto por Vives Antón indudablemente ocupa [...] Efectivamente, dado que en el constitucionalismo liberal existía una suerte de “optimismo legislativo” en el que el legislador gozaba de la fe de la comunidad, la racionalidad práctica se creía suficientemente garantizada por la propia existencia del procedimiento legislativo; en este sentido los penalistas podrían relegar a un segundo plano o, simplemente, prescindir de aquella noción a la hora de elaborar una determinada sistemática, dado el peculiar sector del ordenamiento (gobernado por el imperio del principio de legalidad) al que ha de aplicarse”.

practicar a través de los métodos propios de las ciencias sociales; el Derecho no es un objeto con el que se pueda experimentar sino una mera convención respecto de la que únicamente puede discurrirse racionalmente.

Precisamente por ello concluye VIVES la necesidad de hacer borrón y cuenta nueva, analizando el concepto y naturaleza de las normas bajo la luz de la filosofía del “segundo” WITTGENSTEIN.

El nuevo punto de partida debe situarse en el estudio de la distinción entre iuspositivismo y iusnaturalismo; según VIVES, la distinción referenciada no habría sido trazada con precisión por la doctrina, produciéndose por ello un error categorial. Para resolverlo resultará necesario desenredar el nudo allí donde se formó, esto es, en torno al significado del término “moral”.

Según VIVES, en Filosofía, el término “moral” admitiría usualmente dos acepciones: a) en su acepción amplia se entendería por “moral” el estudio de aquello que es “bueno” y “malo”, b) en su acepción estricta la “moral” haría referencia al camino hacia la perfección o hacia el virtuosismo. Partiendo de estas premisas, para VIVES el objeto de estudio del Derecho natural se identificaría con la justicia, a diferencia de la moral en sentido estricto que tendría a la virtud por objeto de sus reflexiones. Siendo así, nada justificaría que el Derecho penal, en su formulación, prescindiera de la justicia como elemento ordenador, como objetivo al que aspirar; y en realidad de lo único que debiera prescindir en su configuración, para garantizar la necesaria autonomía del Derecho frente a la moral, sería de convertirse en un camino hacia el virtuosísimo, esto es, es un instrumento a través del que conducir a las personas por un camino mediante el que conseguir su perfeccionamiento²⁵². En

²⁵² Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 372 y 373: “En la tradición filosófica se habla de “moral” en dos sentidos diferentes: como el ámbito total de lo que podemos considerar éticamente “bueno” o “malo” (que, así entendida, abarca tanto la doctrina de la justicia cuanto la de la virtud) o, más estrictamente, como lo que concierne a la perfección individual, (esto es, para referirse exclusivamente a la doctrina de la virtud). Ese último sentido es el que se invoca cuando se distingue, en el seno de la ética, entre derecho natural y moral o cuando, al modo kantiano, se traza una distinción equivalente en el ámbito de la metafísica de las costumbres. El derecho natural trata de la justicia, la moral en sentido estricto de la virtud. Cuando en la doctrina penal se defiende una separación tajante entre derecho penal y moral, se habla de moral en ese segundo sentido estricto. El derecho penal ha de estar tajantemente separado de la moral porque no debe convertirse en un camino de perfección: la virtud excede a sus fines (que se agotan en el logro de una coexistencia ordenada) y es incompatible con sus medios (pues no puede imponerse coactivamente). Sin embargo, la separación entre derecho y moral en sentido estricto comporta una exigencia moral frente al Derecho (entendiendo aquí “moral” en sentido amplio)”.

conclusión, la justicia sería un ideal inherente al ser humano que no podría ser desconocido por el Derecho en la configuración de las normas que lo componen.

Asimismo iuspositivistas y iusnaturalistas habrían cometido históricamente un error común cuyas consecuencias habrían “viciado” la entera configuración de la teoría del delito. La consideración de que las normas son objetos que gozan de existencia propia, toda vez que mientras que para el positivismo las normas serían concebidas como objetos del mundo sensible que se identificarían con la creación del legislador, para el iusnaturalismo aparecerían conceptualizadas como objetos del mundo inteligible que se identificarían con valores ideales accesibles al entendimiento humano.

Sin embargo, para VIVES, quien una vez más traerá a colación la filosofía del lenguaje de WITTGENSTEIN, las normas no pueden ser consideradas objetos del mundo real, sino que en realidad aparecen como meros significados; las normas por sí solas, en abstracto, no son nada, únicamente adquieren virtualidad mediante su aplicación semántica a un contexto, esto es, en el marco de un juego de lenguaje²⁵³. De ahí precisamente que las normas no puedan ser analizadas desde una perspectiva ontológica²⁵⁴.

Así las cosas, si hasta ahora, las normas se habían conceptualizado como mandatos que no requerían apelar a racionalidad práctica alguna, siendo bastante para afirmar su corrección con que respetaran un procedimiento legislativo preestablecido, la nueva visión de VIVES impone un giro pragmático también en este ámbito; las normas jurídicas, en su consideración de mero sentido, se configurarán

²⁵³ Enrique ORTS BERENGUER/ José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio...*, ob. cit., pág. 196: “para el Derecho, la acción y la norma no pueden ser entendidos como objetos del mundo, como pertenecientes al mundo del ser. De lo que inevitablemente se deduce entonces que tampoco el delito es un objeto real. Por tanto, su estudio, la dogmática, no es ninguna clase de ciencia. [...] A partir de ahí, el Derecho no puede ser configurado como un saber teórico (científico) sino como un saber práctico (hermeneúutico), perteneciente a lo que generalmente se denominan Ciencias Sociales”.

²⁵⁴ A idéntica conclusión llega José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, *Concepción significativa...*, ob. cit., pág. 395: “¿Qué cabe extraer de este giro pragmático de Wittgenstein en lo que concierne a la naturaleza de las normas penales (y de las normas jurídicas en general)? Los imperativos (puesto que resulta de todo punto indudable que las normas penales son, en primer término un mandato), como cualquier otra preferencia lingüística, han de ser interpretados en su propio –y bien peculiar– contexto de uso y dentro de sus propios juegos de lenguaje”.

sobre la base de su racionalidad interna²⁵⁵. La pretensión de verdad que habría acompañado hasta ahora a las concepciones iuspositivas y iusnaturalistas del Derecho será sustituida por una pretensión de validez, ya que si las normas dejan de ser consideradas como objetos del mundo sensible o inteligible no resultará posible verificar si las mismas son verdaderas o falsas en función de que hayan sido elaboradas al amparo de un determinado procedimiento legislativo o de que se identifiquen con aquellos ideales a que hace referencia el Derecho natural²⁵⁶.

Para VIVES, por el contrario, la legitimidad de las normas deberá verificarse conforme a parámetros de racionalidad práctica, esto es, en función de que las mismas se construyan sobre la base de un discurso racional²⁵⁷, sin que ello signifique negar que toda vez que son mandatos también deba apelarse en su configuración a una racionalidad teórica que se correspondería con el procedimiento de elaboración.

²⁵⁵ Enrique ORTS BERENQUER/ José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio...*, ob. cit., pág. 197: "... las normas jurídicas no son exclusivamente mandatos, imperativos u órdenes, sino que también necesitan ser justificadas racionalmente

²⁵⁶ Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El contenido de la antijuridicidad...*, ob. cit., pág. 17: "la dimensión directiva inherente a las normas va acompañada –en virtud de su misma gramática- de una pretensión de validez, que nada tiene que ver con una búsqueda o pretensión de verdad, sino que ha de ser enjuiciada en el marco de un proceso de argumentación racional, esto es, una pretensión que permite justificar e interpretar las normas como determinaciones de la razón. La norma no se agota en un imperativo sino que lleva necesariamente aparejada una pretensión de validez, que es una pretensión de rectitud o corrección (pretensión de justicia)".

²⁵⁷ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., págs. 488 y 489: "Como lo que aquí se ha pretendido es "mostrar a la mosca la salida de la botella" procede ahora destacar los principales obstáculos con los que ha tropezado. El primero, según vimos, nacía de una imagen inadecuada, a saber; de la imagen de la mente como un objeto del mundo. La acción aparecía, desde esa perspectiva, como una suerte de hecho especial y, a su vez las normas como teorías singulares acerca del mundo. El saber práctico, tratado como si fuese en realidad, saber teórico, había de disolverse necesariamente en una serie de paradojas. Restituido a la acción su carácter propio de significado ligado a un comportamiento humano en virtud de las prácticas en que se concreta nuestra forma de vida, quedaba aún una segunda dificultad, ligada, también, a otra imagen poco pertinente, la imagen del asaltante. Desde la situación del asaltante, las normas se han entendido como mandatos que, para ser jurídicamente válidos, no precisaba apreciar a la racionalidad práctica. La traducción del mandato puro y simple a imperativo sistémico reviste a la dogmática de una nueva racionalidad teórica (la funcionalista). Y, de nuevo, la racionalidad práctica viste un disfraz que no le conviene. A causa de esos obstáculos –y de muchos otros que de ellos derivan- la dogmática penal ha equivocado, en mi opinión, sus pretensiones. La pretensión de rectitud o corrección (de justicia), que naturalmente debía acompañar a sus formulaciones conceptuales, ha sido sustituida, más o menos perceptiblemente, por una pretensión de verdad. Esta confusión de pretensiones es, sin duda, una fuente de error. Pues bien, aquí se ha sostenido que las normas jurídicas no son meras directivas de conducta (mandatos) sino que, en virtud de su misma gramática, la dimensión directiva que les es inherente va acompañada de una pretensión de validez, que cabe enjuiciar en el marco de un proceso de argumentación racional. Pero, ni esa pretensión de validez es una pretensión de verdad, ni puede, en última instancia, reducirse a una pretensión de verdad. "Salir de la botella" implica, en este caso, liberarse de esa confusión. El delito no es un objeto real, y, por consiguiente, a la estructura del sistema no le corresponde ninguna estructura objetiva".

Siendo así, concluirá que ese nuevo parámetro de validez se identificará con el recurso a la justicia²⁵⁸, de forma que la legitimidad de las normas jurídicas exigirá que las mismas resulten racionalmente justas -eso sí, en el entendimiento que ello no supondrá una confusión entre Derecho y moral conforme a la distinción a la que aludiéramos con anterioridad-.

Lo hasta aquí expuesto permite concluir que VIVES no concibe a las normas como meras determinaciones, sino que asimismo les atribuye un contenido valorativo, al menos en lo que a la configuración de la norma primaria se refiere²⁵⁹; de ahí que pueda afirmarse que, en su pensamiento, las normas gozan de una doble naturaleza: imperativa y valorativa²⁶⁰.

Asimismo, resultando que las acciones y las normas no serán ya objetos del mundo real sino un “sentido”, y que por lo tanto el delito tampoco gozará de existencia propia sino que se concebirá como una mera convención, la dogmática penal no podrá ser considerada una ciencia –los resultados de la racionalidad práctica no son verificables-, sino tan sólo un sistema a través del que estructurar el discurso racional que se identifica con el parámetro de validez referenciado, esto es que nos

²⁵⁸ Paulo César BUSATO, *La tentativa del delito...*, ob. cit., pág. 39: “La razón fundamental por la que existe el sistema jurídico es responder a exigencias de justicia. Lo que pretende la norma jurídica es ser esencialmente válida, cuya pretensión obviamente no queda satisfecha con la presunción de legitimidad formal. También es cierto que no puede aspirar a convertirse en norma moral, pues aunque pretenda afirmarse por sí misma y no en relación a un fin, porque no aspira al perfeccionamiento humano, sino simplemente a seguir el orden de coexistencia humana”.

Asimismo vid. Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El contenido de la antijuridicidad...*, ob. cit., pág. 17: “esa pretensión general de justicia ofrece dos vertientes; una, en la que se dilucida si la norma está racionalmente fundada, o sea, si es legítima; otra, en la que se examina si la norma está correctamente aplicada al caso concreto, a cuyo efecto la aludida pretensión general de justicia se descompone, a su vez, en diversas, pretensiones de validez parciales más concretas”.

²⁵⁹ Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “La concepción significativa de la acción de T.S. VIVES y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito”, pág. 1080: “la concepción de VIVES se aparta claramente de aquellas concepciones (funcionalistas, pero también de otras no funcionalistas) que otorgan un fundamento único a la norma penal, sobre la base de tomar exclusivamente la norma de determinación para la integración del injusto (o sea, para la integración de la norma primaria), prescindiendo de todo aspecto valorativo”.

²⁶⁰ Enrique ORTS BERENGUER/ José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio...*, ob. cit., págs. 39 y 40: “Para nosotros, conforme a la concepción significativa de la acción que nos basamos, las normas jurídico penales son a un tiempo decisiones del poder y determinaciones de la razón, que cumplen fundamentalmente una función de tutela de bienes jurídicos, para facilitar la convivencia pacífica de la vida en sociedad. [...] De todo ello, se deduce con claridad que la norma penal encierra un juicio de valor, fundado en la racionalidad y en la idea de justicia, y que, en consecuencia despliega una función valorativa: la norma penal estima dignos de protección unos bienes y valora positiva o negativamente unos hechos. [...] observamos que de aquella valoración se deriva una determinación obvia (mandato o prohibición o autorización) dirigida a todos los ciudadanos, según la cual no deben incurrir en los hechos desvalorados...”.

permite verificar la justicia del Derecho, y que gravita en torno a unos tópicos a los que denominamos categorías dogmáticas²⁶¹.

No obstante, si bien para VIVES el parámetro que dotará de legitimidad a las normas jurídicas será el de su configuración a través de una racionalidad práctica orientada hacia la justicia, se trataría éste de un valor ideal que exigiría para su materialización de la concurrencia de otros parámetros más concretos: la seguridad jurídica, la libertad, la funcionalidad, etc.. Por ello, para que sea posible realizar reproche alguno a un sujeto, en fin, para que el Estado pueda legítimamente exigirle responsabilidad penal, será necesario verificar la concurrencia de esos parámetros a través de los que se entendería materializado el ideal de la justicia. Todos esos valores entran en juego a la hora de proceder a la exigencia de responsabilidades jurídico-penales. La exigencia de tales responsabilidades ha de cursar, en primer término, tomando como punto de partida la ejecución de acción lesiva amenazada con pena; comprobando después que la intención que la regía no se ajustaba a las exigencias del ordenamiento; determinando luego que procedía de quien sabía que no debía obrar así y podía actuar de otro modo y, finalmente, reafirmando en el caso concreto, la necesidad de castigo. Sólo procediendo de esa forma quedan salvaguardados, en la imposición de la pena, los valores que la conminación penal pretende tutelar. Por eso, para enjuiciar la validez de una norma penal cualquiera, es preciso articular su pretensión global de justicia en pretensiones parciales y más concretas. De ahí precisamente que iniciáramos el estudio de este capítulo afirmando que en VIVES se produce una identificación entre la teoría del delito y la teoría de la norma²⁶². Así, para que la norma sea válida en tanto que expresión racional de justicia deberá cumplir con los siguientes parámetros²⁶³:

²⁶¹ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 489: "... la dogmática no es ninguna clase de ciencia, sino sólo un modo de argumentar alrededor de unos tópicos que no sino determinaciones de lo que entendemos por acción y lo que entendemos por norma, y del proceso en virtud de cual podemos enjuiciar las acciones desde las normas jurídicas y desde los valores a los que las normas sirven de vehículo".

²⁶² Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 490.

²⁶³ Paulo César BUSATO, *La tentativa del delito...*, ob. cit., pág. 40: "la propuesta de VIVES ANTÓN es la reordenación de las categorías del delito según una perspectiva que arranca de la relación descrita entre norma y acción. Al reconocer una pretensión de validez genérica de la norma, VIVES propone que las distintas pretensiones que forman esta pretensión de validez representen las categorías del delito".

Vid. asimismo Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El contenido de la antijuridicidad...*, pág. 17: "...surgen así las pretensiones de validez específicas de la norma (pretensiones de relevancia, ilicitud, reproche y

a) Pretensión de relevancia²⁶⁴.

La norma únicamente deberá tener por objeto acciones previamente definidas por la ley, esto es, acciones típicas. Esto exige a su vez una doble constatación; en primer lugar que la acción sea realmente una de aquellas a las que hace referencia el tipo penal, esto es, que acción y norma expresen un idéntico sentido (lo que VIVES identifica con una pretensión de inteligibilidad); y en segundo lugar que la acción desarrollada tenga capacidad de lesionar bienes jurídicos de forma relevante (pretensión de ofensividad)²⁶⁵.

necesidad de pena), a través de las cuales se analiza si en la norma penal puede encajar una acción humana relevante (típica), ilícita (antijurídica), reprochable (culpable) y necesitada de pena (punible)".

²⁶⁴ Paulo César BUSATO, *La tentativa del delito*, ob. cit., pág. 41: La pretensión conceptual de relevancia (tipo de acción), que implica todos los elementos que efectivamente están descritos en el tipo, ya sean normativos, objetivos o subjetivos, más la pretensión de ofensividad, componen la pretensión general de relevancia. Es decir, marcan que la acción realizada es una de las que importan al Derecho penal".

²⁶⁵ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 491: "Así, la pretensión de relevancia cursa, en primer término, como una pretensión de inteligibilidad. Pero, esa pretensión de inteligibilidad descansa (a más de en la correcta comprensión de la formulación lingüística de que se trate), de una parte, en el hecho de que los movimientos corporales realizados sean, efectivamente, de los que pueden seguir la regla de acción seguida para tipificarlos (pretensión de verdad); y de otra, en la circunstancia de que la concreta acción revista el carácter peligroso o dañoso que indujo a conminarla con penas. Una pretensión de ofensividad –o antijuridicidad material- (esto es, una pretensión sustantiva de incorrección) acompaña ya, inevitablemente, a la pretensión conceptual de relevancia. Y ello porque relevantes para el Derecho penal son sólo las acciones que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicamente protegidos". MARTÍNEZ-BUJÁN, El contenido de la, pág. 17: "La primera categoría aparece representada por el tipo de acción, que se deriva de la pretensión de relevancia. Dentro de ella se incluyen dos elementos: de un lado, la tipicidad en sentido estricto (pretensión puramente conceptual) que se limita a abarcar aquellos presupuestos de la acción punible que cumplan una función definitoria de la clase de acción de que se trate y que, por tanto, no incluye necesariamente la intención, salvo que la definición de la acción exija recurrir a momentos subjetivos (es lo que sucede en los tradicionalmente denominados elementos subjetivos del injusto); de otro lado, la antijuridicidad material o desvalor de resultado (pretensión de ofensividad).

b) Pretensión de ilicitud²⁶⁶.

Esta pretensión de ilicitud, que para VIVES se identificaría con la antijuridicidad formal, implica que las normas han de regular conductas que además de ser típicas sean contrarias al ordenamiento jurídico. La norma, en su consideración de regla de conducta, tal y como ya decíamos con anterioridad es mucho más que la mera letra de ley, de modo que la determinación acerca de si un sujeto se ha conducido conforme a la regla de conducta establecida deberá tomar en consideración no sólo el concreto precepto que pueda entenderse conculcado, sino el conjunto del ordenamiento²⁶⁷. Asimismo, según VIVES en la medida en que la intención o la negligencia en el actuar son expresión del correcto seguimiento de la regla de conducta, el elemento subjetivo será determinante no ya de la tipicidad sino de la antijuridicidad formal de la misma: “La acción típicamente relevante, si concurren en ella el dolo o la imprudencia requeridos por la concreta configuración legal (esto es, si la intención concurrente en el acto resulta, positivamente o por defecto, desaprobada), será ya, por eso mismo, y en principio, ilícita”²⁶⁸.

c) La pretensión de reproche²⁶⁹.

La pretensión de reproche se identificaría en el pensamiento de VIVES con la categoría dogmática de la culpabilidad. Según ella, las normas únicamente

²⁶⁶ Paulo César BUSATO, *La tentativa del delito...*, ob. cit., pág. 41: “La segunda pretensión específica a componer la pretensión genérica de validez de la norma es la pretensión de ilicitud, que corresponde a la antijuridicidad formal, además de los aspectos subjetivos del injusto que no van expresados en el tipo, sino inferidos, el dolo y la imprudencia”.

Vid. Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El contenido de la antijuridicidad...*, ob. cit., pág. 18: “La segunda categoría viene integrada por la antijuridicidad formal (consecuencia de la pretensión de ilicitud), que comporta constatar que la acción ejecutada por el sujeto infringe la norma, concebida como directiva de conducta, y que, por tanto incluye lo que usualmente viene conociéndose por la doctrina como tipo subjetivo”.

²⁶⁷ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 492: “La acción ha de ser, no sólo de la clase de las descritas en la Ley como lesivas, sino que, además ha de consistir en una realización de la prohibido o en una no realización de lo mandado, esto es, ha de contravenir la norma entendida como directiva de conducta”.

²⁶⁸ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 492.

²⁶⁹ Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El contenido de la antijuridicidad...*, pág. 18: “La tercera categoría viene integrada por el juicio de reproche y que se compone de dos elementos, la imputabilidad y la conciencia de la ilicitud”.

deben regular conductas desarrolladas por sujetos imputables que actúen de forma consciente, lo que implica tratar al sujeto activo del delito como persona y como mero objeto al tomar en consideración sus circunstancias en la ejecución del delito²⁷⁰.

d) La pretensión de necesidad de la pena²⁷¹.

La norma debe hallarse asimismo presidida por el principio de proporcionalidad en su configuración, de modo que la pena pueda quedar excluida allí donde razones de justicia lo exijan²⁷².

9.- El nuevo sistema del delito.

Una vez aquí, no cabe sino indicar que VIVES propone, de acuerdo con lo ya expuesto, un nuevo sistema del hecho punible construido sobre su novedosa teoría de la acción y de la norma, que gravita en torno a la conceptualización del delito como mera convención. No siendo el delito un objeto del mundo sensible ni del inteligible, su determinación no podrá verificarse en los términos que se venía haciendo, lo que se traducirá en la constatación de que las categorías dogmáticas no serán reflejo de la estructura objetiva del delito, sino un mero discurso racional, ordenado sistemáticamente, que nos permitirá determinar el significado de las acciones objeto de enjuiciamiento y en especial apelar al ideal de justicia en la aplicación de las normas. Así las cosas, creo que puede afirmarse que el sistema del hecho punible de VIVES ANTÓN se compondría de cuatro categorías dogmáticas;

²⁷⁰ Paulo César BUSATO, *La tentativa del delito...*, ob. cit., pág. 42: "De acuerdo con el planteamiento central de la construcción de VIVES, la libertad de acción, se reprocha jurídicamente al autor la realización de un hecho ilícito, en situación en que le fuera exigible que se comportara conforme al derecho, pero, no en el sentido del libre albedrío, sino en el sentido de que la acción es fundamentalmente la expresión de un actuar incondicionado por el medio, pues, si fuera al revés, no transmitiría sentido de acción, sino de mero acaecimiento".

²⁷¹ Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El contenido de la antijuridicidad...*, ob. cit., pág. 17: "... la cuarta categoría (la pretensión de necesidad de pena o punibilidad) que podemos calificar de accidental".

²⁷² Paulo César BUSATO, *La tentativa del delito...*, ob. cit., pág. 43: "No se trata tan sólo del análisis de la presencia o ausencia de condiciones objetivas de punibilidad o de causas personales de exclusión de la pena, sino que se incluye también las causas personales de anulación o suspensión de la pena, gracia, amnistía, y todos los demás institutos de la pena al caso concreto, ya sean derivadas o no de una ley".

a) Tipo de acción

Tal y como tendremos ocasión de analizar con posterioridad, en el sistema del delito resultante de la concepción significativa no se efectúa distinción entre acción y tipo, sino que ambos conceptos aparecen configurados como una unidad inescindible.

A su vez el tipo de acción se descompondría en dos subcategorías: en primer lugar la tipicidad en sentido estricto, y en segundo lugar por la antijuridicidad material de la conducta (pretensión de ofensividad de la acción). Así las cosas, para entender que una acción es típica, según VIVES, resultará oportuno no sólo que la misma resulte subsumible en el tipo penal, sino asimismo que dicha conducta resulte idónea para lesionar bienes jurídicos.

b) Antijuridicidad (formal)

Determinada la tipicidad de la conducta, el siguiente paso será el de constatar la contrariedad a Derecho de la misma en los términos a que ya hiciéramos referencia. En todo caso lo novedoso en la teoría de VIVES resultará de trasladar la ubicación del elemento subjetivo (dolo e imprudencia) del tipo a la antijuridicidad. Sin perjuicio de que los particulares elementos subjetivos característicos de determinadas figuras delictivas seguirían ubicándose en la tipicidad (por ejemplo, en el caso de la prevaricación el conocimiento de la injusticia). Según creo, en realidad dicha conclusión resulta coherente con el concepto de acción desarrollado, toda vez que si las acciones no son más que un sentido, en la tipicidad únicamente deberá verificarse si la acción desarrollada por el sujeto activo se corresponde con el tipo de conducta regulado por la norma. Resultando, por ello, que la intención del sujeto activo no determinará el sentido de la conducta, su ubicación se establece en la categoría antijuridicidad (formal),

ya que su constatación no será determinante de la subsunción de la conducta en el tipo sino de su contrariedad a Derecho²⁷³.

c) Culpabilidad

Superado el problema del determinismo²⁷⁴, VIVES afirma que la exigencia de reprochabilidad de la conducta desarrollada es esencial en el desarrollo del sistema del hecho punible toda vez que es la categoría que permitirá afirmar que el delincuente no es tratado como un objeto sino como un sujeto. Cuestionarse si el sujeto gozaba de la posibilidad de actuar de otro modo resulta esencial, a fin de administrar un trato digno al justiciable en la medida en que debería permitir que el análisis racional se centre no sólo en las consecuencias, sino asimismo en las concretas circunstancias que habrían motivado al sujeto a actuar.

²⁷³ Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El contenido de la antijuridicidad...*, ob. cit., pág. 53: "...una vez que se ha constatado la pretensión de relevancia (en la que hay que incluir la pretensión de ofensividad, que encierra la antijuridicidad material), hay que verificar una segunda pretensión de validez que toda norma penal encierra, esto es, la pretensión de ilicitud (en la que se asienta la antijuridicidad formal), según la cual habrá de acreditarse que la acción –aparte de ser una de aquellas que se describen en la ley penal como ofensivas para bienes jurídicos- consiste en una realización de lo prohibido o en una no realización de lo mandado, o, dicho de otro modo, que la acción relevante ejecutada por el sujeto infringe la norma, concebida como directiva de conducta. Por tanto, lo que usualmente viene conociéndose por la doctrina dominante como tipo subjetivo, integrado por el dolo y la imprudencia, no queda incluido en el tipo de acción pero tampoco pasa a formar parte del juicio de reproche como una forma de "culpabilidad" o una forma de imputar subjetivamente el hecho antijurídico al autor, sino que, como lógica consecuencia de la concepción de la norma como directiva de conducta, pasa a incardinarse en la antijuridicidad, configurándose sus integrantes (dolo e imprudencia) como instancias de imputación o formas de ilicitud".

²⁷⁴ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 867: "La crisis del principio de culpabilidad en el ámbito teórico carece, por las razones expuestas, de justificación. En el plano de la teoría, lo que el análisis dogmático del principio de culpabilidad pone de manifiesto es la crisis de una dogmática que no se contenta con pruebas y verdades procesales; esto es, históricas y contingentes, sino que, infatuada en sus pretensiones "científicas", las exige absolutas. Hablar de la culpabilidad con la sencillez que he postulado anteriormente; con la sencillez con que se la menciona en el uso común del lenguaje o se la cita en la Constitución requiere partir de que, en el contexto aplicativo del Derecho penal, la duda determinista es una duda que duda de todo, que pone en tela de juicio el marco de referencia del discurso y, por lo tanto, no es, en realidad una duda, sino un sinsentido".

d) Punibilidad

Por último, creo que puede afirmarse que en el pensamiento de VIVES la punibilidad también ostentará la consideración de categoría dogmática, toda vez que el propio VIVES alude, tal y como hemos tenido ocasión de referir, a la posibilidad de exclusión de pena como parámetro de validez normativa, y por lo tanto como criterio a través del que se materializaría la pretensión de justicia²⁷⁵.

Una vez expuestos los lineamientos generales de las categorías dogmáticas que configuran el sistema del hecho punible propio de la concepción significativa de la acción, considero oportuno prestar una especial atención al tipo de acción.

El tipo de acción se configura en la obra de VIVES como el elemento nuclear de la teoría del delito²⁷⁶.

La configuración de la relación entre acción y tipicidad habría venido recibiendo un distinto tratamiento en el ámbito académico y en el de la práctica jurídica, de modo que mientras la doctrina habría venido exigiendo que con carácter previo a analizar la subsunción de la conducta en el tipo penal se corroborara precisamente la existencia de una conducta humana susceptible de enjuiciamiento, esto es, de una acción, los operadores jurídicos habrían prescindido de semejante sutileza, iniciando el análisis de los casos directamente desde el estudio del tipo.

Según VIVES ANTÓN, semejante constatación permitiría demostrar la inutilidad de la actual configuración de las relaciones entre acción y tipicidad, cuya única justificación se encontraría en la vocación de cientificidad que acompañaría a la teoría

²⁷⁵ Considero que MARTÍNEZ-BUJÁN alcanza similares conclusiones en torno a la conceptualización del sistema del hecho punible de VIVES ANTÓN en Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte General*, ob. cit., pág. 61-63.

²⁷⁶ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 286: "... la empresa de reconstruir, reformulando el tipo de acción, una categoría básica que cumpla el papel conceptual (metodológico) de delimitar el objeto al que han de referirse las valoraciones sustantivas que toda norma penal presupone, tiene, sin duda, un sentido: el de restablecer el orden donde no reina sino la confusión, para que el "sistema" comience, no por todas partes a la vez, sino por una sola, esto es, por el principio".

Paulo César BUSATO, *La tentativa del delito...*, ob. cit., pág. 40: "Como categoría central del sistema de imputación, punto de partida del análisis del delito, aparece no ya la acción típica, sino el tipo de acción, identificado como una realización de algo que interesa al Derecho penal, una verdadera pretensión conceptual de relevancia".

del delito, y por lo tanto, en la pretensión de crear un saber infalible sustentado sobre una construcción de carácter lógico formal²⁷⁷.

La concepción significativa de la acción “impone” un cambio en las relaciones entre acción y tipo penal; si la acción deja de ser concebida como un objeto y pasa a conceptualizarse como mero significado –al igual que el delito que se concibe no como un objeto real sino como una mera convención–, de modo que no existe aquello que las acciones sean en abstracto, resulta evidente, al menos según VIVES, que la única modalidad de acción que interesará al Derecho penal será la acción típica, y que por lo tanto el análisis del hecho punible deberá tomar como inicio el tipo de acción²⁷⁸.

Creo que en realidad puede afirmarse que VIVES se muestra coherente consigo mismo al configurar el tipo de acción como primer eslabón de la teoría del delito, ya que conceptualizándose la acción como un sentido no determinado por la intención lo único que parece que resultaría relevante sería determinar si la acción goza de significado típico, de modo que los tradicionales casos de exclusión de la acción ya quedarían asimismo excluidos en el análisis del tipo por no gozar tales conductas, valga la redundancia, de sentido típico.

A mi juicio, resulta claro que, para VIVES, lo primero debe ser determinar si el hecho sometido a enjuiciamiento comunica un sentido típico, “el tipo de acción no se

²⁷⁷ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 273: “Sin embargo, es posible que la pretensión de cientificidad –la pretensión de alcanzar una verdad fuera de toda duda– haya conducido a la dogmática por un camino equivocado. La dogmática penal ha intentado organizar sus conocimientos por el modelo del saber sobre objetos, de modo que, cuando no ha adoptado directamente el patrón de las ciencias de la naturaleza, ha recabado el aval de la psicología o de la sociología positivistas; y si en algún momento ha renegado de todos esos arquetipos, ha sido sólo para arrojarse en brazos de la filosofía “teórica” (de la ontología), intentando, mediante el recurso a las llamadas estructuras lógico-objetivas, “pasar por detrás” de la interdicción kantiana; esto es, presentar como saber teórico (como “ciencia”) lo que ni puedo serlo ni, desde luego, lo es”.

²⁷⁸ Enrique ORTS BERENGUER/ José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio...*, ob. cit., págs. 199 y 200: “Desde este planteamiento, el primer dato a considerar ante cualquier hecho humano es el de su pertenencia o no a un tipo de acción, que determina a su vez “la apariencia de acción”. Es el punto de partida para establecer si podemos decir que existe una acción, y en segundo lugar, decidir si estamos ante una acción de la clase de acciones definidas en la normativa correspondiente (v. gr. Matar, lesionar, violar, robar, estafar...). [...] Por todo ello hoy el concepto de conducta se resume en la idea de conducta típica porque no es posible establecer un concepto general de conducta, sino tantos conceptos de conducta como clases de conductas relevantes (típicas) hay para el Derecho penal, según las diversas características con las que son descritas normativamente. Así pues, desde este enfoque se renuncia a creer que existen acciones como si se tratara de objetos, y que su concepto pueda formularse en una idea previa, superior y común a las normas, y capaz de agrupar a toda clase de acciones, pues no existen acciones previas a las normas, de modo que no puede decirse que exista la acción de matar, si previamente no existe una norma que define lo que es matar. [...] En suma, la pregunta acerca de si ha existido o no una conducta humana ha de hacerse siempre en relación con un determinado tipo penal...”.

halla precedido de la acción todavía-no-típica, sino que es el dato primario, pues no hay nada parecido a una acción en general sino que, a la luz de diversas reglas sociales de interpretación (jurídico-penales o de cualquier otra índole) surgen diversos tipos de acciones”²⁷⁹. En resumen, no hay un objeto que se identifique con lo que la acción sea, no hay un concepto general de acción, todo lo más que podemos encontrar no hay un concepto general de acción; todo lo más que podemos encontrar, y que puede constituir nuestro objeto de estudio, son concretas acciones: de matar, de hurtar, etc.

Asimismo, VIVES ANTÓN entiende que el tipo de acción no integra los elementos subjetivos del delito²⁸⁰ –salvo excepciones-, de modo que el análisis del dolo y de la imprudencia deberán reservarse para la antijuridicidad. En realidad se trata de una conclusión lógica con el resto de su sistema. En el esquema de la concepción significativa de la acción el sentido de ésta no aparece determinado con arreglo a la intención del sujeto, sino en función del resultado obtenido por la aplicación de las reglas que constituyen los concretos juegos de lenguaje. Siendo ello así, el que nos encontremos ante una acción a la que atribuyamos el significado de ser homicida, o que interpretemos como robo, no guardará relación alguna con las concretas actitudes subjetivas –con la salvedad de aquellos casos en que los propios elementos objetivos del tipo se definan en atención a ellas como por ejemplo ocurriría en el caso de la prevaricación-, motivo éste por el que no deberá ubicarse en la tipicidad ni el dolo ni la imprudencia.

En definitiva, el tipo de acción se limitará a determinar si la acción objeto de análisis se identifica con la descrita por el tipo penal, esto es, si la conducta objeto de enjuiciamiento y la descrita por el tipo penal ostentan una misma significación social, para lo que, de acuerdo con lo apuntado hasta el momento, la intención del sujeto no resultará determinante²⁸¹.

²⁷⁹ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 274.

²⁸⁰ Paulo César BUSATO, *La tentativa del delito...*, ob. cit., pág. 40: “La verificación de los elementos subjetivos del tipo de acción no tiene nada que ver con la pregunta respecto de los procesos psicológicos por los que pasa el agente, sino tan sólo a la observación de sus manifestaciones externas, que no componen el tipo desde un punto de vista conceptual, sino sustantivo. Es decir, las expresiones de dolo o imprudencia, no tienen relación conceptual con la expresión conceptual del tipo”.

²⁸¹ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 287: “pues, si realmente se quiere operar con el tipo de acción como categoría básica, su contenido habrá de reducirse a aquellos presupuestos de la acción punible que cumplan una función definitoria de la clase de acción de que se trata. Y, entre estos presupuestos, no puede incluirse necesariamente (aunque sí eventualmente la

10.- Acción y causalidad.

Como señala SILVA SÁNCHEZ, “la dogmática penal se encuentra hoy considerablemente alejada de la lucha de escuelas”²⁸². El sistema clásico de la teoría del delito resulta en la actualidad ampliamente aceptado de modo que incluso puede llegar a afirmarse que la configuración del delito como acción típica –donde se ubican los elementos subjetivos dolo e imprudencia, así como la denominada antijuridicidad material-, antijurídica y culpable constituye hoy más que nunca un “auténtico dogma”, que se revela ante nosotros como una realidad inamovible que se muestra como válida sin necesidad alguna de reflexión acerca de sus fundamentos. De ahí probablemente la estaticidad en torno a la configuración de las categorías dogmáticas que desde hace varias décadas viene experimentándose.

Durante las últimas décadas el interés de la doctrina se habría trasladado a otros ámbitos, siendo el estudio de la causalidad y de la imputación objetiva, según mi parecer, el que habría cobrado mayores esfuerzos desde que ROXIN expusiera su teoría de la imputación como incremento del riesgo²⁸³.

Ahora bien, a través de la concepción significativa de la acción VIVES ANTÓN propone recuperar la capacidad crítica y reflexiva acerca de los fundamentos de la teoría del hecho punible, quebrando los “dogmas” existentes, entre los que se

intención) [...] Lo dicho anteriormente no excluye, por supuesto, que el tipo de acción pueda integrarse con momentos subjetivos, pues hay clases de acciones que no podrían definirse sin ellos.

²⁸² Jesús María Silva Sánchez SILVA SÁNCHEZ, “Introducción”, en Bernd SCHÜNEMANN, *El Moderno Sistema de Derecho pena. Cuestiones Fundamentales*, editorial B de F, 2012-, pág. XXXI: “La dogmática penal alemana se encuentra hoy considerablemente alejada de la “lucha de escuelas entre causalistas y finalistas que, durante decenios, personificaron los debates entre MEZGER y WELZEL en torno, fundamentalmente, al concepto jurídico-penal de acción. Más bien, el producto de aquella etapa ha sido la configuración de una doctrina dominante bastante asentada y caracterizada básicamente por su eclecticismo. Esto significa, en primer lugar, que puede calificarse de heredera directa, sin cesuras, de la sistemática de von LISZT, BELING y RADBRUCH, así como de las modificaciones de contenido que introdujo el neokantismo en las diversas categorías del sistema[...] Lo cierto es, en todo caso, que la sistemática asentada sobre las categorías de la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, presentes desde el momento en que se logra un sistema completo (el sistema clásico) alternativo a las “teorías de la imputación” dominantes hasta la mitad del siglo XIX, no se ha visto afectada en lo fundamental”.

²⁸³ José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, *Concepción significativa*, ob. cit., pág. 427: “...existe una preocupación creciente en la doctrina por el debate sobre la causalidad en el ámbito de las ciencias naturales (y sus más recientes propuestas). Sirva, por tanto, como ejemplo de lo antedicho, es decir, de la profunda transformación que está sufriendo el concepto de causa en el ámbito científico y de como se está intentando trasladar todo ello al ámbito penal”.

encuentra el concepto de causalidad, eje vertebrador de las teorías de la imputación objetiva.

VIVES, quien asume las tesis de HUME, parte en su análisis de la causalidad de tres premisas:

- a) La causalidad no es una ley lógica: “La idea de que algo comience a existir sin causa no es, ni contradictoria, ni absurda. Y esto basta para afirmar que la ley causal no es una ley lógica”²⁸⁴.
- b) La causalidad no es una cualidad del objeto sino un hábito de la mente: “La causalidad no radica, pues, en los objetos, sino en una relación entre ellos, en virtud de la cual la mente adopta el hábito de pasar de uno a otro. A ese hábito llamamos necesidad y, justamente en él consiste la “ley causal”²⁸⁵.
- c) La causalidad no es una ley científica, no se trata de una ley universalmente válida, sino que se asienta sobre la probabilidad, a pesar de que la doctrina penal sí ha venido concibiendo la causalidad como una ley científica que cuya aplicación permite obtener resultados objetivamente válidos.

Asimismo, también en este ámbito tomará como referencia VIVES el pensamiento de WITTGENSTEIN, para quien la causalidad sería un mito que a pesar de no gozar de carácter científico resultaría útil toda vez que nos ofrece un recurso válido para comprender la realidad.

En resumen, para VIVES la causalidad no es más que un instrumento a través del que el ser humano consigue explicar los fenómenos que le rodean mediante deducciones obtenidas a través de la experiencia²⁸⁶; a modo de ejemplo, si

²⁸⁴ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*. ob. cit., pág. 296.

²⁸⁵ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 297.

²⁸⁶ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 744: “Las ideas de causa y efecto sólo surgen dentro de una explicación del mundo en términos de acción pues, en una descripción puramente especular de la naturaleza, no habría más que una sucesión de fenómenos representados en un lenguaje observacional cualquiera. La relación causal no yace allí, al lado de la sucesión de fenómenos, sino que la ponemos nosotros al actuar, nosotros que hemos de habérnoslas con esa naturaleza cambiante y tratamos de manejarla y entenderla; esto es, que nos la vamos explicando al manejarla y, si hemos acertado en la explicación, la manejamos mejor”.

presenciamos cien veces una escena en la que cada vez que un sujeto golpea a una chica ésta grita concluiremos que el golpe es causa del grito, y llegaremos a dicha conclusión a raíz de nuestra experiencia y no porque ello obedezca a explicación científica alguna, ya que en realidad la chica gritará debido a la reacción en su sistema nervioso, etc...

De todo ello infiere VIVES que el problema causal aparece mal planteado por la doctrina²⁸⁷, toda vez que no existiendo lo que la acción sea –es un mero significado- tampoco puede existir lo que la causalidad sea; resultando evidente que la determinación de que una acción ha sido causa del resultado dependerá entonces del significado que atribuyamos a dicha acción. Es por ello por lo que no resultaría válido reducir a la unidad la noción de causalidad. En definitiva, que una acción ostente la consideración de causa de un evento dependerá del significado que le atribuyamos en cada caso concreto²⁸⁸.

²⁸⁷ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 320: “Que todas las doctrinas generales propuestas para determinar la “causalidad” o la “imputación” objetiva fracasen en determinados grupos de casos o resulten “inacabadas” o precisen la ayuda del sentido común, o se resuelvan en una tópica indica ya que es muy probable que el problema de la adecuación a tipo se halle desenfocado. Y eso es, por lo que al resultado se refiere, lo que aquí se afirma. La adscripción de la acción concreta al tipo de acción no tiene por qué requerir, en los delitos de resultado –al menos en principio-, un proceso distinto y más dificultoso que en los demás, puesto que el resultado y la conexión del resultado con el movimiento –o la ausencia de movimiento- corporal no son sino momentos internos de la acción típica”.

²⁸⁸ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 314: “El problema de fondo es otro: el de que, al unificar bajo un concepto unitario y formal cosas muy diferentes, al unir lógicamente lo que es independiente y diverso, produce una distorsión “gramatical” de tal naturaleza que aboca directamente al absurdo. Pues es imposible –gramaticalmente imposible- proceder del mismo modo lógico con toda clase de enunciados causales”.

En idéntico sentido MARTÍNEZ-BUJÁN, *El contenido...*, ob. cit., pág. 34: “Frente a tales premisas la concepción significativa del delito propone una concepción estrictamente objetiva de la causalidad, según la cual, la comprobación de la causalidad de una conducta requerirá demostrar que dicha conducta podía producir el resultado que efectivamente produjo que tal cosa era “predecible según leyes generales” (la fórmula es de POPPER). [...] En concreto, la fórmula descriptiva del criterio de la predecibilidad general que hay que emplear para acreditar la causalidad es aquella que reza así: “existe causalidad cuando las consecuencias de la conducta pueden ser previstas por un espectador imaginario, situado en el momento de la acción y provisto del conocimiento del autor y de todo el saber público de la humanidad”. Repárese, por lo demás, en que este criterio se revela como el más adecuado tanto desde una perspectiva dogmática material (porque suministra un criterio estrictamente objetivo), cuanto desde un punto de vista procesal (porque es el que permite ofrecer un mejor rendimiento en la práctica de la prueba, que será pericial en los casos más complejos”.

Vid. Enrique ORTS BERGENGUER/José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio...*, ob. cit., pág. 235: “Como destaca VIVES ANTÓN, la resolución del problema causal aparece en muchas ocasiones mal planteado en Derecho penal. Pues al igual que no es posible formular un concepto previo, general y ontológico de acción, tampoco es posible ofrecer un concepto previo, común y ontológico de causalidad, que pudiera ser válido para todas las posibles hipótesis”.

Dicho extremo se nos aparecería de forma especialmente clara al analizar la causalidad en los delitos por omisión, toda vez que resulta evidente que lo que la causa sea en un delito activo no puede ser equivalente a aquello que lo sea en un delito omisivo. A modo de ejemplo, no puede decirse que clavar un cuchillo en la cabeza sea causa de la muerte en el mismo sentido que dejar de amamantar a un recién nacido. Si decimos que en ambos casos la acción del sujeto es causa de la muerte, es simplemente porque conforme a los juegos de lenguaje atribuimos significado homicida a dichas acciones y no porque objetivamente ello sea así en virtud de una ley universalmente válida.

Fruto de las conclusiones expuestas, desarrolla VIVES una dura crítica de la teoría de la imputación objetiva, centrada en dos puntos:

- a) La teoría de la imputación objetiva parte de una noción unitaria de causalidad.
- b) La teoría de la imputación objetiva incurre en un desbordamiento de la noción de imputación, toda vez que si imputar significa atribuir algo a alguien, la creación de un riesgo idóneo para lesionar el bien jurídico únicamente debe concebirse como una cuestión de subsunción típica²⁸⁹ –en concreto como un mecanismo de restricción del tipo- y no como de imputación.

A la vista de lo dicho resulta evidente que para VIVES ANTÓN el análisis de la causalidad deberá ubicarse en sede de acción, toda vez que en realidad éste se fusiona

²⁸⁹ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 317 y 318: “Hay una especie de “imputacionismo” universal para el que toda explicación y todo modo de comprender se reduce a imputar, con lo que la idea de imputación asume un contenido tan amplio que queda, en realidad, vacía. [...] Estrechamente conectada con la objeción anterior se halla la distinción hecha por Frisch. Para Frisch no resulta correcto unificar bajo el concepto de imputación el juicio mediante el cual se atribuye un resultado a una acción del autor y el juicio mediante el cual se decide si esa acción es o no típica: en el primer caso, según Frisch, podríamos hablar de imputación, mientras que en el segundo estamos ante un problema distinto: el de la subsunción típica”.

con la determinación del sentido de la conducta²⁹⁰. Y es que, en efecto, si la acción no es más que un sentido atribuido convencionalmente, ningún sentido tiene plantearse si la misma es causa del resultado como si de dos objetos distintos se tratara; si lanzo un cuchillo a la cabeza de un sujeto y este muere, mi conducta será interpretada como homicida –según VIVES-, lo que ya conlleva una superación del análisis de la causalidad.

11.- El concepto comunicativo de acción de George P. FLETCHER.

Autorizadas voces han creído encontrar en la obra de George P. FLETCHER un desarrollo jurídico del concepto de acción próximo a la concepción significativa de VIVES ANTÓN²⁹¹.

Inicia FLETCHER su análisis de la acción mediante el estudio de la posición que el sujeto activo del delito ocupa en el proceso penal. Según el modelo procesal ante el que nos encontremos y, especialmente, en función de las garantías que se le atribuyan, el acusado será tratado como un mero objeto o bien será reconocido como sujeto.

La capacidad de acción, aparece en el pensamiento de FLETCHER como fundamento primero de la responsabilidad penal, sólo si existe capacidad de acción y en consecuencia el sujeto es libre para actuar, resultará posible exigirle responsabilidad al ser humano. En dicho contexto, la concurrencia y constatación de una acción humana, en el análisis del delito, aparecerá como expresión – aunque insuficiente por sí sola- del reconocimiento de la dignidad del acusado y de su condición de sujeto: “los sistemas jurídicos varían según la actitud que muestren respecto a los acusados y condenados por un delito, considerándolos más como sujetos que como objetos. Un modo primario de expresión de esta consideración se

²⁹⁰ José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, *Concepción significativa...*, ob. cit., pág. 430: “si no existe la causalidad en cuanto que nexo lógico entre fenómenos y si la causa no es única sino que existe una irreductible variedad de conexiones causales, el problema de la causalidad es lo que a nosotros nos interesa, se incardina en sede de acción. [...] La causalidad es [...] un momento interno de la acción e intentar pergeñar un concepto general y “científico” de causa supone sepultar esa irreductible multiformidad de los procesos causales y confundir los diversos modos de hacer predicciones que derivan de nuestras distintas capacidades epistemológicas”.

²⁹¹ En particular BUSATO y MUÑOZ CONDE, no pasando tampoco inadvertida la similitud para RAMOS VÁZQUEZ.

encuentra en la regla que dice que la pena sólo se impone por acciones humanas, es decir, por seres humanos que actúan como sujetos”²⁹². Lo contrario implicaría legitimar la punición de los meros resultados dañosos, lo que, sin ningún género de dudas, supondría negar al reo su condición de sujeto y por consiguiente su tratamiento como objeto.

Constatada la relevancia del concepto de acción en la configuración del sistema del hecho punible, centra FLETCHER sus esfuerzos en la crítica del sistema causal. Entiende que el concepto causal de acción resultaría claramente deficiente toda vez que no permitiría integrar como acciones a las omisiones; en primer lugar el concepto causal plantearía el problema de la atipicidad de los supuestos de comisión por omisión toda vez que los verbos rectores que describirían las figuras típicas serían activos y por lo tanto la subsunción de la omisión en estos casos podría vulnerar el principio de tipicidad, y en segundo lugar el de la legitimidad del castigo de las conductas de omisión pura, toda vez que estas se caracterizan por imponer obligaciones a los sujetos y por lo tanto por inmiscuirse en su esfera de libertad.

A fin de superar las insuficiencias del concepto causal de acción, que a la postre no sólo es aún defendido en el ámbito del *common law* por algunos autores²⁹³ sino que además ha sido positivizado por el *Model Penal Code*²⁹⁴, FLETCHER propone una aproximación humanista a la cuestión objeto de estudio. Esto es, plantea superar el abordaje mecanicista de la acción, puramente descriptivo, afirmando que la conducta humana no puede ser descrita sino todo lo más explicada²⁹⁵. Y es que, a su entender,

²⁹² George P. FLETCHER, *Conceptos básicos de Derecho penal*, Editorial Tirant lo Blanch, 1997, pág. 77.

²⁹³ A modo de ejemplo Michael S. MOORE, *Causalidad y responsabilidad*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011, *passim*.

²⁹⁴ George P. FLETCHER, *Conceptos básicos...*, ob. cit., pág. 89: “... en relación con el concepto de acción las definiciones contenidas en el *Model Penal Code* lo único que hacen es recoger la tesis tradicional que ve la acción como un movimiento corporal voluntario”.

²⁹⁵ George P. FLETCHER, *Conceptos básicos...*, ob. cit., pág. 90: “La definición estándar que viene en los textos clásicos –acción como “movimiento corporal voluntario”- es mecanicista y abstracta. La acción es concebida así como un lenguaje mecánico de causa a efecto. [...] Una aproximación alternativa mantiene el punto de vista mecánico de la acción, pero amplía la percepción de la causalidad incluyendo el mundo circundante y la historia psicológica del sujeto. La acción humana se explica, pues, como un evento natural: la totalidad de los factores causales dicta la acción. Esta es la forma en que los deterministas conciben la acción. Una comprensión humanista de la acción exige que abandonemos la idea de una explicación científica que conciba la acción como un producto de factores causales. La clave para una aproximación humanista no es la explicación de la acción como producto de las fuerzas causales, sino la comprensión de cómo los seres humanos actúan cuando efectivamente lo hacen. Esta diferenciación procede de la Filosofía alemana de principios del s. XX y concretamente del filósofo alemán Dilthey que distinguió entre *verstehen* (comprender) y *erklären* (explicar). La idea es que la conducta humana –como

el modelo positivista aparecería como válido para la descripción de los fenómenos naturales, pero no para explicar el contenido de la conducta de los seres humanos que fruto de su libertad se caracterizaría por no estar “predeterminada”. “Una aproximación humanística al problema se basa en la idea de que los seres humanos poseen esa especial facultad de acción que se llama *anima*, *will*, *willen*, *volution* o “voluntad”²⁹⁶, que no es sino expresión de su libertad.

Según FLETCHER el análisis de las acciones debería realizarse de forma análoga al del lenguaje. Al igual que las palabras, las acciones adquirirían su significado en función del contexto y de las circunstancias que las acompañaran²⁹⁷. Es por ello, por lo que el lugar donde hay que empezar –a indagar acerca del significado de la acción- no es en la intención del actor, sino en la forma en la que nosotros, como observadores, comprendemos si el movimiento o el no movimiento constituyen una acción.

En definitiva, según el citado autor resulta esencial configurar la acción en atención al contexto en que la misma se desarrolla, resultando ello imposible mediante un análisis positivista-descriptivo. Únicamente analizando el mundo circundante al comportamiento desarrollado por los seres humanos podemos llegar a comprender el significado de las conductas humanas, resultando asimismo que tan expresiva puede resultar una conducta activa como una pasiva²⁹⁸.

Asimismo, destaca el propio FLETCHER que la teoría final de WELZEL se hallaría próxima al concepto comunicativo de acción toda vez que WEZEL habría “rebatido enérgicamente que el propósito de un acto consistiera en una experiencia interna que se refleja en el acto externo. Propósito y acto están unidos: las dos dimensiones del mismo fenómeno no deben ser dissociadas y tratadas separadamente en el análisis de la responsabilidad criminal. [...] El aspecto más atractivo de la teoría de la acción en

algo opuesto a los fenómenos naturales- sólo puede ser comprendida y no explicada en términos científicos”.

²⁹⁶ George P. FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pág. 358.

²⁹⁷ George P. FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, ob. cit. pág. 374: Las palabras no tienen abstractamente significado, sino sólo en el contexto de una interacción humana. Lo mismo pasa con los eventos que entendemos como acciones. [...]El contexto dicta el significado...”.

²⁹⁸ El contexto, es, pues, decisivo para entender que tanto el movimiento corporal, como la pasividad son productos de la actuación humana. Obsérvese que el mundo circundante y el contexto no son los medios para explicar la conducta, sino para percibirla y comprenderla”.

WELZEL es que supera la falsa dicotomía entre acción y propósito que penetra el engranaje teórico del Derecho penal”²⁹⁹.

No obstante, en los últimos tiempos, el funcionalismo imperante en la dogmática penal alemana, habría desnaturalizado el concepto de acción, alejándolo de la realidad mediante la creación de un sistema jurídico ajeno a lo social.

11.1.- Similitudes y diferencias entre los conceptos comunicativo y significativo de acción.

A pesar de que tanto FLETCHER como VIVES ANTÓN han afirmado el parentesco de sus propuestas³⁰⁰, creo que resulta oportuno poner de manifiesto los puntos de unión y de desunión entre ambas a fin de evitar innecesarias confusiones – especialmente a la vista de quienes han afirmado que resulta posible llegar a las mismas conclusiones que VIVES a través de los tradicionales instrumentos dogmáticos³⁰¹-.

1.- Puntos de unión:

a) Ambas propuestas parten de la importancia del contexto en la determinación de la acción; únicamente a través del contexto podemos llegar a determinar el concreto significado de una acción.

b) En ambos casos se critica duramente el modelo positivista, así como el abordaje descriptivo del problema, las acciones no pueden ser descritas

²⁹⁹ George P. FLETCHER, *Conceptos básicos de Derecho penal*, ob. cit., pág. 93.

³⁰⁰ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., págs. 537 y 538: “el profesor G. Fletcher ha perfilado un modo de concebir la acción, ya apuntado en trabajos anteriores, ampliamente coincidente con la concepción significativa, denominándolo concepto comunicativo de acción”.

Vid. George P. FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, ob. cit., págs. 373 y 374: “Un argumento parecido para la comprensión de la acción se encuentra también en la obra del jurista español, TOMÁS VIVES ANTÓN”.

³⁰¹ Paulo César BUSATO, *Derecho penal y acción significativa*, ob. cit., pág. 211: “Conviene pues hacer referencia a un camino dogmático que produjo resultados semejantes a la aportación de VIVES ANTÓN. Se trata del trabajo del profesor de la Universidad de Columbia, Dr. George Patrick FLETCHER, que indica que la dogmática también ha llegado, por su camino, a conceptos de acción que pueden calificar de significativos”.

como si de fenómenos naturales regidos por leyes físicas se tratara. Nos encontramos ante una cuestión más compleja que exige una aproximación distinta.

- c) VIVES y FLETCHER pretenden construir un modelo jurídico en el que exista una mayor consonancia entre el Derecho penal y el sentir social, esto es, establecer “vías de comunicación” entre ambos ámbitos.
- d) En los dos casos se pretende elaborar un modelo construido sobre la base de la dignidad humana en que el sujeto no reciba el trato de mero objeto.
- e) Ambos autores realizan una aproximación similar al concepto de causalidad.

2.- Diferencias:

- a) Mientras que para VIVES la acción no es un objeto ni del mundo sensible ni tampoco del inteligible, FLETCHER parece concebir la acción como un objeto en algunas ocasiones, así en particular al analizar la teoría final de la acción: “La esencia del argumento de WELZEL, que en términos generales se puede considerar correcto, es que no sabemos que alguien está actuando como no sea percibiendo que esa actuación de la persona se realiza con algún objetivo. Otra forma de mantener este punto es que lo que vemos son siempre actos particulares, más que el fenómeno general llamado acción. [...] La proposición de que un acto no puede ser entendido independientemente de su propósito implica que el acto no puede ser separado de la intención del actor. El propósito como resultado está implícito en la naturaleza de la actuación, al menos en el conjunto de casos de conductas moral y socialmente significativas. WELZEL rebatió enérgicamente que el propósito de un acto consistiera en una experiencia interna que se refleja en el acto externo”³⁰².

³⁰² George P. FLETCHER, *Conceptos básicos de Derecho penal*, ob. cit., pág. 92 y 93.

b) La opinión anteriormente expresada se ve reforzada por el hecho de que FLETCHER, en ocasiones, parece atribuir significado a la acción en función del contenido de la intención del sujeto: “Un observador, para constatar si efectivamente existe una acción, dirige la cuestión de si alguien está actuando, no necesariamente al propósito o al significado específico del acto. Muchas veces se puede decir ya desde el contexto si el actor pretende realizar una acción dañosa y, específicamente, qué clase de conducta dañosa es la que va a realizar”. Así las cosas, a pesar de que entiende que la determinación del significado de la acción debe realizarse de forma contextualizada, analiza de forma separada acción e intención, mientras que para VIVES acción e intención no pueden concebirse bajo ningún concepto de forma diferenciada; la acción siempre resultará expresión de la intención. Sin embargo FLETCHER, en ocasiones, parece afirmar que al menos en el caso de los comportamientos dolosos el significado de la acción pueda aparecer determinado por la intención del sujeto: “Determinar las acciones delictivas tal como las observamos puede hacernos incurrir en un error tanto por defecto, como por exceso. Estos errores pueden deberse a que, por ejemplo, el actor realmente esté bromeando. Las apariencias a veces engañan. Del mismo modo que nuestra comprensión del lenguaje debe a veces ser revisada sobre la base de nuevas evidencias, también nuestra percepción de una acción delictiva requiere a veces un reajuste. Además, un acto manifiestamente delictivo puede que a primera vista no parezca claramente un homicidio, un hurto o cualquier otro delito.”³⁰³.

Para VIVES el dato de que el sujeto se encuentre bromeando, por ejemplo, al proferir la injuria no resultará relevante a fin calificar la acción como injuriosa, lo relevante será que conforme a las reglas de conducta socialmente aplicables al caso concreto las expresiones proferidas ostenten dicho significado. Precisamente por ello creo que FLETCHER y VIVES realizan un distinto uso de la filosofía de WITTGENSTEIN ya que mientras que FLETCHER pretende a través de la metáfora de los juegos de lenguaje hallar la intención del sujeto que actúa, VIVES simplemente pretende hallar el

³⁰³ George P. FLETCHER, *Conceptos básicos de Derecho penal*, ob. cit., pág. 115.

significado que esa conducta alcanza en sociedad, de ahí que FLETCHER, contrariamente a VIVES, hable del juego de lenguaje del propósito: “La teoría de WELZEL coincide con otras tendencias de la moderna Filosofía. Así, por ej., está muy relacionada con los continuos ataques de WITTGENSTEIN a los prejuicios mentalistas de la psicología filosófica. Para WITTGENSTEIN, el propósito no es una experiencia interna, un estado de la mente, un evento o acto de la conciencia... o cualquier otra cosa que los juristas suelen decir. Acción intencional es una forma de acción. Percibir que otros están actuando y queriendo, es algo implícito en una forma de vida en la que todos estamos inmersos. Aprender el lenguaje del “propósito” es aprender cuándo las circunstancias nos permiten decir que alguien quiso golpear a otro y no simplemente decir que el golpe fue accidental o fue dado distraídamente”³⁰⁴. De ahí precisamente que pueda afirmarse que ambos autores superan la concepción dual de la acción imperante hasta el momento, pero a la vez, que ambos emplean métodos distintos en la determinación del significado.

- c) En consonancia con lo antedicho, FLETCHER no analiza los conceptos de voluntad, intención y propósito a fin de determinar con precisión su contenido, sino que directamente utiliza dichos términos de forma indistinta, lo que en ocasiones acarrea confusiones que desde luego aparecen superadas en el pensamiento de VIVES; así por ejemplo al afirmar que “la voluntariedad es una cuestión de grado”, en el sentido de que existirían acciones más voluntarias que otras³⁰⁵.

- d) Las consecuencias dogmáticas que se infieren de las distinciones expuestas resultan francamente dignas de ser tomadas en consideración; así las cosas, sólo si entendemos que la acción no existe como objeto y que por lo tanto no es posible elaborar un supraconcepto de acción resulta aceptable iniciar

³⁰⁴ George P. FLETCHER, *Conceptos básicos de Derecho penal*, ob. cit., pág. 234.

³⁰⁵ George P. FLETCHER, *Gramática del Derecho penal*, ob. cit., pág. 379; La voluntariedad es una cuestión de grado. Algunas acciones son más voluntarias, en el sentido de que el actor debe superar menos presiones, que otras”.

el análisis del delito desde el tipo penal, configurando la tipicidad como elemento nuclear del sistema del delito; únicamente desde la consideración de que el significado de la acción no aparece determinado por la intención resulta posible admitir que el dolo y la imprudencia puedan ser ubicados en la categoría antijuridicidad; y asimismo que la atribución del hecho al sujeto se realice al margen de las teorías de la causalidad o de la imputación objetiva.

12.- A modo de conclusión.

No quisiera poner punto y final a este esquemático análisis acerca de la concepción significativa de la acción sin antes exponer algunas de las conclusiones alcanzadas;

En primer lugar, debe indicarse que la propuesta de VIVES ANTÓN supone una auténtica revolución en el campo de la dogmática penal. Determinar si dicha revolución conlleva, o no, un cambio de paradigma es sólo cuestión de tiempo, dependerá exclusivamente de una cuestión cuantitativa; del número de adeptos que consiga captar.

Creo sin embargo que el “giro copernicano” para la Ciencia del Derecho penal que se encuentra tras la concepción significativa de la acción, no obedece tanto a los nuevos contenidos que la misma ofrece (ubicación de dolo e imprudencia en la antijuridicidad, fusión de acción y tipicidad, configuración de la noción de causalidad, etc..), sino la perspectiva desde la que se emprende.

Tal y como se señalaba con anterioridad, la dogmática penal constituye hoy más que nunca un auténtico dogma que se revela ante nosotros como algo inamovible; no sólo los operadores jurídicos –fiscales, jueces y abogados-, sino, asimismo, los académicos, hace ya varias décadas que dan por sentada la exactitud y legitimidad de un sistema, el del hecho punible, cuyas categorías dogmáticas apenas se han visto alteradas desde que se zanjara la lucha de escuelas que apareció personificada en las figuras de WELZEL y MEZGER. Y ello a pesar de ser el Derecho

penal una disciplina social, dinámica, en constante movimiento y por lo tanto necesitada de perpetua revisión.

Pues bien, VIVES ANTÓN, más allá de la corrección de los resultados obtenidos –que se analizarán en otro lugar- propone un cambio de perspectiva, mediante una profunda reflexión y revisión de lo que se daba por sentado, preguntándose por la legitimidad y actualidad de todas y cada una de las categorías dogmáticas.

Así las cosas, creo sinceramente que lo extraordinario de la concepción significativa de la acción de VIVES ANTÓN no se identifica con su propuesta en torno a un nuevo paradigma filosófico, ni tampoco con su completa reelaboración de la teoría del delito; lo que realmente resulta genial es que VIVES consigue demostrar que todos aquellos –no pocos precisamente- que afirmaban que en Derecho penal ya estaba todo dicho estaban equivocados.

En otro orden de cosas, en el apartado anterior se afirmaba que el que la concepción significativa de la acción conduzca a un cambio de paradigma en el ámbito de la Ciencia penal dependerá exclusivamente del número de seguidores que la adopten. Sin embargo puede ya avanzarse que se trata ésta de una teoría que día a día va consiguiendo una mayor predicación en el ámbito académico; a modo de ejemplo podemos señalar a MARTÍNEZ BUJÁN, RAMOS VÁZQUEZ, CÉSAR BUSATO, ORTS BERENQUER y GONZÁLEZ CUSSAC.

No debe identificarse a la concepción significativa de la acción con el concepto social de acción. Y es que mientras que el concepto social de acción se caracteriza precisamente por analizar la acción como si de un objeto del mundo inteligible se tratara, predicando, por lo tanto, la posibilidad de alcanzar lo que la acción sea en abstracto, la concepción significativa de la acción se caracteriza por entender que no existe aquello que la acción en abstracto sea; es un mero significado que convencionalmente atribuimos a un hecho. Y es que, como señala VIVES, deja de concebirse como sustrato con sentido para hacerlo como el sentido de un sustrato.

Así las cosas, los partidarios del concepto social de acción pretendían elaborar un supraconcepto de acción mediante el recurso a lo social, afirmando que la acción se determinaba atendiendo a convenciones sociales preestablecidas; por su lado VIVES

no sólo no pretende elaborar un supraconcepto de acción, negando la sustantividad del mismo, sino que además concluye que no resulta posible afirmar ante qué tipo de acción nos encontramos de forma abstracta; lo único que resulta posible es que una vez acaecido el acontecimiento le atribuyamos un sentido atendiendo no a que dicho evento objetivamente haya sido definido en sociedad, sino a su determinación caso por caso atendiendo al contexto en que éste se desarrolle³⁰⁶.

Por último, me gustaría señalar que, según mi parecer, se trata de una elaboración doctrinal cuyas posibilidades no han sido completamente exploradas; tal y como referiré más adelante, la conceptualización de la acción desarrollada por VIVES permite desarrollar construcciones doctrinales diversas a fin de extraer un mayor potencial teórico y práctico.

³⁰⁶ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 779; “se ha la ha identificado –la concepción significativa de la acción- como una nueva versión de la teoría social, olvidando que la doctrina social de la acción no utiliza el significado como elemento definitorio de la acción misma; sino como momento delimitador de su soporte conductual. Si la doctrina social situase la esencia de la acción en su significado, mal podría proponer un supra concepto de acción, como una definición de un género común al que pertenecerían todas las acciones; pues, como es obvio, los significados, que son constitutivamente diversos, no pueden reducirse a un género común”.

CAPÍTULO III

LA ADECUACIÓN SOCIAL

1.- Introducción.

A pesar de la vaguedad e imprecisión que tradicionalmente han venido acompañando al instituto de la adecuación social, y sin perjuicio de la indeterminación imperante en torno a la configuración de su naturaleza jurídica y político-criminal, no puede negársele a esta figura una singular “*vis atractiva*” que a lo largo de los años ha venido suscitando una suerte de fascinación.

A pesar de la escasa evolución experimentada desde su aparición y de las feroces críticas que desde siempre se le han formulado, aún a fecha de hoy tanto la doctrina científica como la jurisprudencia siguen interrogándose acerca de la virtualidad teórica del instituto de la adecuación social, así como su aplicabilidad.

En las páginas que siguen procuraré exponer brevemente, y sin ánimo exhaustivo, a los solos efectos de análisis del desvalor material de la acción que se propone en estas páginas, las principales características que presiden la teoría de la adecuación social. Para ello, resultará oportuno analizar brevemente el recorrido dogmático experimentado por esta institución con el objetivo final de exponer las diferencias existentes entre los conceptos de “adecuación social” y el de lo “socialmente significativo” o “socialmente comunicativo” que constituyen el eje gravitatorio de este trabajo. Lejos se halla, de nuestro ánimo el convertir este capítulo en un nuevo análisis crítico de la teoría de la adecuación social.

La teoría de la adecuación social nació de la mano del profesor Hans WELZEL como “nueva categoría dogmática” del sistema de la teoría del delito, fruto de una nueva conceptualización del injusto que, tal y como ya tuvimos ocasión de analizar en el capítulo primero, se caracterizó por trasladar su fundamento del desvalor del resultado al desvalor del acto.

Permítasenos señalar que, al menos según nuestra opinión, los antecedentes de la teoría de la adecuación social se hallarían no obstante en la tesis de las “normas de cultura” de Max Ernst MAYER, quien ya anteriormente había desarrollado un

sistema del delito en donde se establecía un fuerte un vínculo entre el injusto positivizado y la valoración social de los comportamientos.

Con todo, sea como fuese, lo cierto es que la primera referencia a la teoría de la adecuación social apareció en la obra de WELZEL, publicada en el año 1939, *Studium zum System des Strafrechts*, primera ocasión en la que aludía expresamente a su teoría, exponiendo ya los lineamientos generales de la misma³⁰⁷.

Llama la atención, al menos según nuestro criterio, que desde un primer momento WELZEL planteara su tesis de la adecuación social como mecanismo a través del que conseguir superar las insuficiencias del modelo causal-naturalista³⁰⁸, dominante en la época.

Según WELZEL el sistema causalista, creado por LISZT y BELING, en su empeño por construir una teoría del delito objetiva y universalmente válida, íntegramente construida sobre las bases epistemológicas del método científico propio de las ciencias naturales habría pasado por alto un dato de extraordinaria importancia: las ciencias jurídicas tienen por objeto de estudio a la sociedad. El componente social resultaba según WELZEL inherente a las ciencias jurídicas, configurándose como su auténtico sustrato.

Así, los causalistas habían obviado que era en el análisis de los tipos penales donde se advertía precisamente la naturaleza histórica y social del Derecho penal, toda vez que el tipo penal no constituye sino la positivización de aquellas conductas que el legislador ha considerado como socialmente disvaliosas³⁰⁹, resultando por lo tanto que el tipo penal en su configuración y delimitación no puede dar la espalda a la realidad social en la que debe ser aplicado. Así las cosas, según el teórico alemán, aquellas

³⁰⁷ Horacio ROLDÁN BARBERBO, *Adecuación social y teoría jurídica del delito (Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales)*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1992, pág. 13: "La adecuación social, como categoría del sistema del hecho punible, aparece registrada por primera vez en la obra de Welzel, *Studium zum System des Strafrechts*, de 1939. Con dicha categoría se punteaba un leve acento social en una teoría hasta aquel momento tan opaca a la sociedad como había sido la del delito".

³⁰⁸ Manuel CANCIO MELIÁ, "La teoría de la adecuación social en Welzel", *Anuario de Derecho penal y ciencias penales* nº 46, 1993, pág. 699: "... su teoría se inscribe en el marco de la crítica que formula frente a la concepción "naturalista-causal" de la acción y del bien jurídico. En opinión de Welzel, ésta partía de una visión de la realidad propia de las ciencias naturales, inadecuada desde un principio para abarcar el objeto del Derecho penal".

³⁰⁹ Hans WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal...*, ob. cit., pág. 85: "En los tipos se advierte la naturaleza social y al mismo tiempo histórica del Derecho penal: indican las formas de conducta que suponen una infracción grave de la vida social".

conductas que se mueven dentro de lo que ha llegado a ser considerado como socialmente común no pueden resultar consideradas ilícitas puesto que el castigo de las mismas se sustrae al objetivo del Derecho penal. No es sino en el contexto social en donde las acciones adquieren su significado –penalmente relevante-, sin que éstas puedan ser analizadas desde una perspectiva meramente descriptiva.

A pesar de que algunos han afirmado que el propósito de WELZEL era el de conseguir a través del recurso al instituto de la adecuación social un mecanismo de restricción de la causalidad física³¹⁰ –cuya aplicación resultaba evidente que en ocasiones producía un desbordamiento desmesurado del tipo penal-, creo que puede afirmarse, sin negar por ello lo anterior, que en realidad WELZEL pretendía asimismo conseguir un objetivo aún más ambicioso. Las definiciones causal-naturalista, neocausal y finalista de acción, se caracterizaron por reproducir un modelo de la teoría del delito y del sistema del hecho punible en que la mera constatación de la producción de un resultado típico que, a su vez, se hallara conectado causal o finalmente a una acción humana eran suficientes para afirmar la tipicidad de la conducta. El concepto de bien jurídico protegido se postulaba entonces como el único mecanismo a través del que la teoría del delito conseguía el contacto entre la dogmática penal y la realidad social, toda vez que a través de él la afirmación de la antijuridicidad de la conducta objeto de enjuiciamiento exigía la previa constatación de la lesión en grado relevante de un interés social al que el legislador hubiera considerado merecedor de la tutela penal. De ahí precisamente la importancia de acuñar un concepto auténtico o material de bien jurídico, y no uno meramente formal y sin capacidad crítica.

Con todo, WELZEL fue capaz de advertir que el recurso al concepto de bien jurídico empleado por los causalistas como mecanismo dirigido a permitir el contacto entre realidad y sociedad resultaba insuficiente; en primer lugar debido a que los causalistas concebían los bienes jurídicos como entidades estáticas³¹¹ y, en segundo

³¹⁰ Juan José BUSTOS RAMIRÉZ/ Hernán HORMAZABAL MALARÉE, “Significación social y tipicidad”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 5, 1980-1981, pág. 26: “Junto al problema de la causalidad se ha tratado también por los autores la llamada cuestión de la “adecuación social”, como una forma de ir a una mayor determinación de la tipicidad y de restringir los alcances de la mera relación causal”.

³¹¹ Manuel CANCIO MELIÁ, “La teoría de la adecuación social en Welzel”, ob. cit., pág. 700: en relación a la teoría de Welzel “Sin que los bienes jurídicos se expongan, es imposible que se desarrolle la vida social; sólo una concepción de la realidad como “mundo museal muerto” puede partir de una visión

lugar, en la medida en que una semejante conceptualización tan sólo permitía analizar el injusto desde una perspectiva, la del desvalor del resultado. De ahí precisamente que WELZEL afirmara la necesidad de diferenciar entre bienes jurídicos y valores ético-sociales –en referencia a aquellos valores que deben dirigir y orientar las acciones humanas-. Y es que según el Derecho penal no debía dirigirse en realidad a la protección de bienes jurídicos³¹²; por un lado debido a que la intervención penal tiene lugar frecuentemente tras su lesión y, por otro, en la medida en que un Derecho penal moderno no debe dirigirse a la punición de los resultados acaecidos –lesiones de bienes jurídicos- sino de las conductas indeseables para la comunidad que resultaran contrarias a los valores ético-sociales, ya que la principal misión del Derecho penal no es sino la de “amparar los valores elementales de la vida de la comunidad”³¹³.

Asimismo, WELZEL pronto constató que el recurso al concepto final de acción, si bien es cierto que situaba en el mapa jurídico el concepto de desvalor de acción, no resolvía las insuficiencias antedichas –o al menos no de forma satisfactoria- ya que la mera “intención” no permitía la simbiosis deseada entre realidad social y dogmática penal³¹⁴.

Así las cosas, WELZEL sería uno de los primeros en exponer estas cuestiones, acuñando el concepto de adecuación social como instrumento tendente a la consecución de un mayor contacto entre la teoría del delito y la realidad social.

Una vez analizados los fundamentos iusfilosóficos que se encuentran tras la teoría de la adecuación social llega el momento de analizar qué entendía WELZEL por adecuación social. Y es que si nos detenemos brevemente y reflexionamos acerca de la

estática de los bienes jurídicos. En la vida social habitual. En la vida social habitual, todos están permanentemente expuestos a que se pongan en peligro y se dañen sus bienes jurídicos sin que ello tenga relevancia jurídico-penal alguna”.

³¹² Hans WELZEL, *Derecho penal: Parte general*, Editorial Roque de Palma, Buenos Aires, 1956, pág. 3: “Sin embargo, la misión primaria del Derecho penal no es el amparo actual de los bienes jurídicos; es decir, el amparo de la persona individual, de la propiedad, etc... pues allí, precisamente, por regla general, llega su acción demasiado tarde. Por encima del amparo de los bienes jurídicos individuales concretos, está la misión de asegurar la validez real (observancia) de los valores del actor según el pensamiento jurídico”. Ellos constituyen el más sólido fundamento sobre el que se basan el Estado y la sociedad. En cambio el papel más profundo que juega el Derecho penal es el de naturaleza postivo-ético-social: proscribiendo y sancionando el apartamiento realmente manifestado de los valores fundamentales del pensamiento jurídico (...).

³¹³ Hans WELZEL, *Derecho penal: Parte general*, ob. cit., pág. 1.

³¹⁴ Hans WELZEL, *Derecho penal: Parte general*, ob. cit., pág. 1: “Toda acción humana, en lo bueno como en lo malo, está sujeta a dos aspectos distintos de valor. Por una parte puede ser valorada según el resultado que alcanza (valor del resultado o valor material); por otra parte, independientemente del resultado que con la acción se obtenga, según el sentido de la actividad en sí misma (valor del acto).

expresión “adecuación social” pronto advertiremos que la misma no goza de un significado unívoco, sino que admite diferentes acepciones que a pesar de ser semejantes presentan diferencias sustantivas en lo que a nosotros incumbe. Según mi parecer por adecuación social pueden entenderse, y de hecho estas acepciones han coexistido doctrinalmente a lo largo de los años, hasta tres posibilidades: 1.- aquellos comportamientos que aparecen como generalizados en la sociedad, 2.- aquellos comportamientos que aparecen como admitidos por la sociedad, y 3.- aquellos comportamientos que resultan socialmente valorados positivamente por la sociedad.

Por **comportamientos generalizados en sociedad** deben entenderse todas aquellas conductas que resultan habitualmente realizadas por los ciudadanos y ello con independencia de la valoración que merezcan, a modo de ejemplo podemos decir que resultan comportamientos generalizados; el consumir bebidas alcohólicas, injuriar al rival durante el transcurso del partido de fútbol, tirar de las orejas al que cumple años, bromear en el día de los Santos Inocentes, abrir las botellas de cava lanzando el corcho al aire, etc... se trata todas ellas de conductas que con independencia de lo valiosas o disvaliosas que puedan ser consideradas son realizadas de forma habitual en la sociedad española.

Por **comportamientos admitidos en sociedad** creo que deben entenderse aquellos que a pesar de no ser realizados de forma generalizada la sociedad admite, y ello con independencia de la valoración que merezcan, asimismo cabría la posibilidad de incluir entre las conductas socialmente adecuadas, en lo que a esta acepción se refiere, conductas genuinas o novedosas ; por ejemplo desnudarse en la vía pública, mendigar –aunque algunas ordenanzas se oponen actualmente a ello es comúnmente tolerado-, realizar fotografías en lugares donde no está admitido como espectáculos o museos, etc...

Por último, por **comportamientos socialmente valorados positivamente** podemos entender aquellos que en sociedad se conceptualizan de modo favorable, y ello con independencia de la frecuencia con que sean llevados a cabo.

Pero volvamos a la cuestión inicialmente planteada, ¿qué entendía WELZEL por comportamientos socialmente adecuados?

Lo cierto es que la respuesta a esta pregunta no resulta en absoluto una cuestión sencilla ; en primer lugar debido a que las distintas definiciones que el propio

WELZEL ofreció a lo largo de los años acerca de lo socialmente adecuado, a pesar de que a simple vista pudieran parecer prácticamente coincidentes, presentaron matices que impedían determinar en cuál de las acepciones de lo socialmente adecuado se enmarcaba realmente su propuesta, y en segundo lugar debido a que la multiplicidad de ejemplos propuestos por el profesor alemán, en muchas ocasiones de muy distinta naturaleza entre sí, dificultaban aún más si cabe la tarea.

Con todo, creo que puede afirmarse que para WELZEL eran socialmente adecuados aquellos comportamientos que resultaban admitidos como consecuencia de su normalización social y ello con independencia de su valoración en términos positivos o negativos. Tomemos como ejemplo tres de las definiciones que el referenciado autor ofreció: 1.- “Las conductas socialmente adecuadas no son necesariamente ejemplares, sino conductas que se mantienen dentro de los límites de la libertad de acción social”³¹⁵, 2.- “Socialmente adecuadas son todas las actividades que se mueven dentro del marco de los órdenes ético-sociales de la vida social, establecidos a través de la historia”³¹⁶, y 3.- aquello que “se mueve por completo dentro del orden social, histórico, “normal”, de la vida, de modo que no será una acción típica de lesión, aunque como consecuencia de él se produzca la lesión de un bien jurídico”³¹⁷. Así las cosas, podemos observar que las principales características de lo socialmente adecuado en WELZEL son: a) no son conductas “necesariamente ejemplares”, lo que descarta la tercera de las posibles acepciones de la expresión adecuación social, b) se trata de conductas que se mantienen dentro de los límites de la libertad de acción –expresión ésta que recuerda la exposición que de las causas de justificación supralegal realizara M.E. MAYER-, esto es, de lo que se entiende que está admitido realizar, c) se trata de conductas que –permítaseme utilizar la coloquial a la vez que gráfica expresión empleada por WELZEL- son consideradas “normales”, lo que implica que ya han sido aceptadas por la sociedad, y en consonancia con ello, d) se trata de conductas que se mueven dentro del orden histórico, lo que en consecuencia conlleva un cierto hábito en su práctica.

³¹⁵ Hans WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, Editorial B de f, Montevideo, 2006 pág. 87.

³¹⁶ Hans WELZEL, *Derecho penal: Parte general*, ob. cit., pág. 63.

³¹⁷ Hans WELZEL, *Derecho penal alemán: Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, pág. 83.

Probablemente pueda entenderse que la conclusión aquí propuesta resulta cuanto menos atrevida, toda vez que la frecuencia en la realización de la conducta no debería resultar elemento esencial de lo socialmente adecuado, sino que las conductas socialmente adecuadas según WELZEL debieran ser aquellas que a pesar de ser lesivas para un bien jurídico no contravienen los valores ético-sociales, esto es, no resultan desvaloradas. Con todo, y siendo consciente de lo aventurado de mis afirmaciones, creo que, según WELZEL, ambas afirmaciones expresarían una idéntica idea ya que para él los valores ético-sociales no son sino principios de orden moral progresivamente configurados a lo largo de la historia, y que, por lo tanto, implican y exigen una aceptación social constatada, lo que únicamente puede conseguirse a través de su admisión y reiteración por los ciudadanos. De ahí precisamente que todos los ejemplos expuestos por WELZEL se encuentren relacionados con conductas que son frecuentemente realizadas en comunidad y que han sido calificadas como socialmente admitidas. Sólo así, según mi parecer, puede entenderse que WELZEL las califique como normales. Ciertamente es que en sentido contrario podría señalarse que pudieran considerarse como socialmente adecuadas aquellas conductas que resultan conformes con los principios que constituyen el orden ético-social, sin embargo los ejemplos de conductas socialmente adecuadas creo que puede decirse que permiten excluir dicha posibilidad; así por ejemplo en el caso de las lesiones insignificantes o de las conductas meramente indecorosas o impertinentes³¹⁸.

2.- Antecedentes.

Sin negar lo novedoso de la teoría de la adecuación social desarrollada por WELZEL, no puede dejar de advertirse una cierta vinculación entre ésta y algunas de las teorías ya desarrolladas con anterioridad en torno a las que se denominaron como causas de justificación suprallegal.

Autores como LISZT o MAYER ya advirtieron la necesidad de dotar al sistema del hecho punible de mecanismos que permitieran negar la delictividad de determinadas conductas que a pesar de ser calificadas como típicas, toda vez que resultaban subsumibles en la literalidad de los preceptos penales, no parecía que

³¹⁸ Hans WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, ob. cit., pág. 87.

fueran consideradas antijurídicas, a pesar de no hallarse amparadas por causa de justificación legal alguna, al encontrarse en sintonía con el sentir del ordenamiento jurídico y de la sociedad. Así las cosas y a fin de conseguir superar las insuficiencias advertidas, un sector doctrinal consideró que debía admitirse la existencia de las que llegaron a denominarse como causas de justificación supralegales.

Las fórmulas que se utilizaron en el intento de conseguir superar los rigores formales de la tipicidad fueron de la más diversa naturaleza, sin embargo en el marco de estudio nos limitaremos a enunciar algunas de las más significativas.

a) Franz von LISZT y la teoría del fin reconocido por el Estado.

Señalaba von Liszt que “los ataques a los intereses jurídicamente protegidos que se presentan como el medio adecuado para la conservación de un fin reconocido por el Estado [...] nunca pueden caer pues bajo el concepto de acto punible. [...] Puede resultar que la persecución de un determinado fin puede ser considerado como justificada. De aquí se deduce que si el acto ejecutado es el medio adecuado (justo) para la consecución de ese fin reconocido como justificado (justo) por el legislador, entonces el acto es legítimo, aunque revista aparentemente los caracteres de un acto punible”³¹⁹. A la vista de ello bien pudiera decirse que para von Liszt “el fin justificaba los medios”, configurándose en consecuencia como causa de justificación supralegal.

Entre los casos de justificación supralegal señalaba LISZT los siguientes: a) intervenciones quirúrgicas³²⁰, b) la conservación de la vida de la madre mediante la provocación del aborto³²¹, c) las lesiones causadas en el deporte.³²²

Si bien es cierto que la teoría resultaba adecuada para resolver cuestiones puntuales como pudieran ser los tratamientos quirúrgicos, no lo es menos que resultó duramente criticada en la medida en que si se interpretaba en el sentido de que cualquier medio resultaba adecuado para obtener un fin considerado legítimo su tesis resultaba desbordante, mientras que si se interpretaba en el sentido de que LISZT

³¹⁹ Franz von LISZT, *Tratado de Derecho penal (volumen 2)*, editorial Reus, Madrid, tercera edición, pág. 361.

³²⁰ Franz von LISZT, *Tratado de Derecho penal...*, ob. cit., pág. 361.

³²¹ Franz von LISZT, *Tratado de Derecho penal...*, ob. cit., pág. 362.

³²² Franz von LISZT, *Tratado de Derecho penal...*, ob. cit., pág. 363.

únicamente hacía referencia a los medios adecuados y permitidos ciertamente no resolvía nada, sino que únicamente obligaba a dar un rodeo aún mayor para llegar al mismo lugar³²³.

b) Max Ernst MAYER y la teoría de la esfera libre de intervención estatal.

Según MAYER, en el Estado de Derecho existe un ámbito de libertad inherente a todo ser humano que el poder estatal debe respetar. Por ello el legislador penal no debe actuar en ese ámbito de libertad humana imponiendo deberes solidarios para con los terceros, sino que debe limitarse a elaborar normas dirigidas a garantizar el respeto por los terceros y por la sociedad³²⁴. Aquellas conductas que a pesar de ser típicas supongan una injerencia en ese irreductible ámbito de libertad humana no deben ser consideradas como antijurídicas, toda vez que no debe permitirse injerencia alguna, ni tan siquiera del Estado, en ese ámbito. Desde semejante perspectiva, MAYER afirma que constituyen causas de justificación la autoconservación –que por ejemplo justificaría la omisión del deber de socorro en supuestos de riesgo para la integridad del omitente³²⁵-, el consentimiento del lesionado³²⁶, la curación del paciente³²⁷, el castigo en la educación o la vivisección.

³²³ Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal (volumen IV)*, editorial Losada, Buenos Aires, 1962, pág. 675: “Con acento crítico encaran la teoría del medio adecuado para un fin estatalmente reconocido, otros varios penalistas alemanas. La crítica se hace más fuerte y desenlaza en completa repulsa, en Edmundo Mezger, que usa argumentos deformados, al querer demostrar que “dice demasiado o demasiado poco: demasiado si considera que todo medio no es ya antijurídico por el hecho de servir para la consecución de un fin reconocido por el Estado..., pues el principio de que el fin santifica los medios no es un principio del derecho vigente, demasiado poco, si al hablar del medio adecuado se refiere a un medio jurídicamente permitido, en cuya hipótesis el principio no expresa sino algo natural y reconocido por todos”. No puede decirse que von Liszt ha entronizado el principio jesuítico de que el fin justifica los medios cuando el famoso profesor de Berlín define –como antes hemos transcrito- el medio adecuado como medio justo. Se podrá tal vez objetar, según hizo Hegler, que así el problema en vez de resolverse se plantea de nuevo, pero no es posible imputarle que ha santificado los medios valiéndose del fin”

³²⁴ Max Ernst MAYER, *Derecho Penal: Parte general*, Editorial B de F, Montevideo, 2007, pág. 357: “Ese reconocimiento de las libertades ha ejercido en el pasado su más fuerte efecto en el plano penal, muchas incriminaciones han desaparecido, la brujería no es ya un tipo delictivo; en el presente, ella se expresa en que amenazas penales existentes se excluyen si la acción que cumple un tipo legal cae en la esfera libre de intervención estatal. Su punto central es el mantenimiento y el desarrollo de la propia personalidad, esto es, del egoísmo, y ello tanto en su indigna conformación, que sitúa el ser material por encima del ideal, como en su forma más noble que hace la valoración inversa...”

³²⁵ Max Ernst MAYER, *Derecho Penal: Parte general*, ob. cit., pág. 357: “... la regla “la caridad empieza por uno mismo” es un principio básico del Derecho, y la autoconservación una causa de justificación”.

Una vez aquí creo que nos encontramos en condiciones de afirmar que el pensamiento de MAYER tuvo una fuerte influencia en lo que al desarrollo de la teoría de la adecuación social se refiere³²⁸, baste para ello recordar que WELZEL había llegado a definir las conductas socialmente adecuadas como aquellas que se mueven dentro de los límites de la libertad de acción.

c) Edmund MEZGER y la teoría de la valuación de los bienes.

Según la denominada teoría de la valuación de los bienes deben considerarse como conductas justificadas aquellas que lesionen un bien jurídico en beneficio de otro distinto que no se encuentre formulado positivamente en la ley: “No actúa antijurídicamente el que lesiona o pone en peligro un bien jurídico si sólo por ello puede ser salvado otro de más valor”³²⁹. Así las cosas, MEZGER no hace sino desarrollar supralegalmente³³⁰ la causa de justificación del estado de necesidad³³¹.

³²⁶ Max Ernst MAYER, Derecho Penal: Parte general, ob. cit., pág. 359: “... no es lo mismo si alguien atenta contra su propia vida o si permite a otro que lo haga; porque si bien se puede dispensar a otro de la consideración por la persona, no se lo puede dispensar del respeto por la humanidad encarnada en la persona. [...] La autolesión traspasa los límites de lo permitido solamente cuando ella es atentatoria contra intereses jurídicamente protegidos de un tercero...”.

³²⁷ Max Ernst MAYER, Derecho Penal: Parte general, ob. cit., pág. 365: “la voluntad de mantenerse sano es apoyada por el Estado en variadas formas; la voluntad de quedar enfermo queda plenamente en la esfera de la libre injerencia estatal. De ahí que sea antijurídica la curación del que no consiente [...] Si un enfermo no ha negado expresamente su consentimiento, la intervención médica requiere una justificación sólo si en ella se advierte una acción correspondiente al tipo legal de las lesiones corporales”.

³²⁸ Esta influencia se presenta de forma aún más clara en lo que se refiere al reconocimiento de la teoría de las normas de cultura de MAYER.

³²⁹ Edmund MEZGER, *Tratado de Derecho penal (volumen I)*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949, pág. 464.

³³⁰ Edmund MEZGER, *Tratado de Derecho penal (volumen I)*, ob. cit., pág. 466-467: “... en los casos en que este criterio legal no nos conduzca a la meta deseada, con arreglo a consideraciones supralegales, pero siempre jurídicas, tomando en consideración las concepciones culturales de índole general y, en último término, la idea misma del Derecho” [...] La bibliografía se ha manifestado de acuerdo con el reconocimiento de un llamado estado de necesidad supralegal según el principio de la valuación de los bienes jurídicos...”.

³³¹ Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal...*, ob. cit., pág. 681: “Ese principio de la valuación de los bienes o intereses permite que, cuando colisionan dos de ellos y uno es superior al otro, aunque no esté expresamente formulado en la ley, se pueda justificar semejante conducta. Por eso ha hablado el famoso profesor de Munich de un estado de necesidad supralegal”.

d) La doctrina italiana y la analogía in bonam partem como causa de justificación supralegal.

Algunos autores italianos propugnaron la necesidad de desarrollar mecanismos de corrección de los rigores formales de la categoría dogmática tipicidad. Así, CARRARA y ANTOLISEI³³² pretendieron hallar en el recurso a la analogía *in bonam partem* el procedimiento adecuado para dar solución a las insuficiencias constatadas en la aplicación de la teoría del delito³³³. Según ANTOLISEI, de entre las causas de justificación no codificadas de legítima aplicación en virtud del recurso a la analogía *in bonam partem*, encontraríamos las siguientes: a) las denominadas informaciones comerciales ofensivas, como pudieran serlo las relativas a la morosidad de un sujeto³³⁴, b) el tratamiento médico quirúrgico³³⁵, c) las lesiones en el deporte³³⁶

³³² Francesco ANTOLISEI, *Manual de Derecho penal: Parte general*, Editorial Hispano Americana, Buenos Aires, 1960, pág. 228: "... la aplicación del procedimiento analógico se prohíbe por nuestro ordenamiento jurídico sólo con relación a las normas penales en sentido estricto, es decir, respecto a las disposiciones que prevén los particulares delitos y establecen las penas correspondientes a ellos, o que limitan de otra manera los derechos del individuo (analogía *in malam partem*). La extensión analógica de las normas que no presentan tales caracteres y se resuelven en una ventaja para el individuo no puede, en consecuencia, reputarse prohibida. Hemos destacado también que entre las disposiciones de esta segunda clase se comprenden aquellas que disciplinan las causas de justificación, que por otro lado no pueden tampoco considerarse "excepcionales" [...] porque no están en relación de excepción a regla respecto a las normas incriminadoras".

³³³ Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal...*, ob. cit., pág. 676: "FRANCISCO CARRARA admitió la analogía *in bonam partem*, permitiendo "extender de caso a caso la excusa" (Programma, vol. 1, 890, nota). Antolisei parte del principio carrariano de admitir, conforme al "procedimiento analógico", aquellas causas de justificación "que por no estar previstas por la ley, pueden llamarse no codificadas". Y, en seguida, se ocupa de las más notables: "informaciones comerciales", "tratamiento médico-quirúrgico" y "actividad deportiva". Ahora bien, para explicarlas acude ANTOLISEI a una fórmula que según dice, "constituye una precisión del "bilanciamento de los bienes", propugnado por la doctrina germánica. He aquí ese principio general que cree ANTOLISEI puede sentarse tras de contemplar las referidas causas justificantes, en el que no deja de verse el eco de la tesis del fin defendida por VON LISZT [...] "...El ejercicio de una actividad autorizada por el Estado, puesto que responde al interés de la comunidad social, importa la impunidad de los hechos lesivos o peligrosos que eventualmente derivan de él, cuando se hayan observado todas las reglas...".

³³⁴ Francesco ANTOLISEI, *Manual de Derecho penal...*, ob. cit., págs.227 y 228: "En el caso de que tales informaciones se proporcionen previo requerimiento de varias personas y sean ofensivas para la reputación ajena por su contenido (por ejemplo: el señor X no suele cumplir sus obligaciones, es pleitista, etcétera), concurrirían formalmente los extremos del delito previstos en el art. 595 del Código penal [...] sin embargo el hecho no es punible. Bastantes autores consideran que en el caso concurre la causa de justificación prevista en el art. 51 del Código penal, o sea, el ejercicio de un derecho, lo que no nos parece exacto porque la existencia de un derecho legal de esta naturaleza no se deduce de ninguna disposición legal".

³³⁵ Francesco ANTOLISEI, *Manual de Derecho penal...*, ob. cit. pág. 230: "El problema surge en el caso de que el resultado de la intervención sanitaria haya sido negativo. También en esta hipótesis (salvo que al operador se le pueda reprochar una imprudencia o una negligencia y la consiguiente responsabilidad por culpa) el hecho es lícito y, por ello no punible. [...] A nuestro parecer el fundamento de la licitud

3.- Naturaleza jurídica de la adecuación social.

La indefinición e indeterminación en torno al concepto de adecuación social han contribuido a que la doctrina científica haya cuestionado reiteradamente la naturaleza y ubicación sistemática que le corresponde. Especialmente ilustrativo al respecto resulta el hecho de que el propio Hans WELZEL modificara en diferentes ocasiones su criterio³³⁷, contribuyendo con ello, según creo, a generar cierta confusión en torno al concepto de adecuación social, así como a fraguar su escasa acogida por la doctrina y, especialmente, por la jurisprudencia. Así, en un primer momento WELZEL afirmó que el concepto de adecuación social debía ubicarse en el tipo penal –tipo objetivo- configurándose como causa de exclusión de la tipicidad, a continuación, en una segunda fase indicaría que en realidad debía ubicarse la adecuación social en el ámbito de la antijuridicidad configurándose por lo tanto como causa de justificación. Finalmente, en última instancia, WELZEL afirmaría que la adecuación social debía ubicarse efectivamente en el ámbito del tipo objetivo, aunque su configuración

debe encontrarse en el hecho de que la actividad médico quirúrgica corresponde a un elevado interés social”.

³³⁶ Francesco ANTOLISEI, *Manual de Derecho penal...*, ob. cit., pág. 231: “A nuestro entender, el verdadero fundamento de la licitud debe encontrarse en la consideración de que la actividad deportiva se halla permitida por el Estado, que, más aún, la favorece, consideración útil desde el punto de vista social, en cuanto mejora las condiciones físicas del pueblo y desarrolla el espíritu combativo”.

³³⁷ Manuel CANCIO MELIÁ, *La teoría de la adecuación social en Welzel*, ob. cit., pág. 700: “[...] no existe una sola teoría de la adecuación social; de hecho ni siquiera puede hablarse de una única teoría de Welzel de la adecuación social. En efecto, el carácter tornasolado de este concepto seguramente hay que reconducirlo, aparte de que sea problemática la materia a la que se refiere, a los múltiples cambios de opinión de Welzel en este campo. [...] En un primer momento, por tanto, la teoría de la adecuación social se correspondía con el esquema expuesto en el punto anterior. En una segunda fase, sin embargo, Welzel modificó su concepción en el sentido de considerar a la adecuación social como una causa de justificación consuetudinaria. Más tarde, él mismo recondujo este cambio de posición al haber tomado en consideración la regla de antijuridicidad del §240 StGB que –concebida como caso de aplicación de Derecho positivo de la idea de adecuación social- aconsejaba esta modificación. [...] En una tercera fase, Welzel finalmente volvió a colocar a la adecuación social de nuevo en el ámbito del tipo. Volvió a afirmar, por ejemplo, que los comportamientos socialmente adecuados no constituyen en ningún caso homicidios, lesiones, detenciones ilegales. Sin embargo a pesar de que vuelve a la ubicación en el tipo, el status de la adecuación social [...] será distinto al que ocupaba en la formulación original.

³³⁸ Durante las tres primeras ediciones de su manual mantuvo la adecuación social en el tipo objetivo, a partir de la cuarta edición en la antijuridicidad, para volver a partir de la novena edición a ubicarla nuevamente en el ámbito de la tipicidad.

resultaría en realidad más próxima a la de un criterio hermeneúutico que propiamente a una causa de exclusión de la tipicidad³³⁸.

Tal y como ya anunciáramos, la doctrina, lejos de asumir la exposición de WELZEL llegó a escindirse hasta en cuatro sectores en función de la configuración de la naturaleza y ubicación sistemática que se ofreciera al instituto de la adecuación social:

- a) Un primer sector doctrinal, mayoritario, ha ubicado el concepto de adecuación social en el ámbito de la tipicidad.

Lo primero que debe señalarse es que la ubicación del concepto de adecuación social en el ámbito de la tipicidad puede realizarse desde dos perspectivas distintas; bien como causa de exclusión del tipo objetivo, bien como criterio hermeneúutico, esto es, como instrumento de interpretación del tipo penal.

De entre estas dos posibles modalidades de configuración de la adecuación social en el tipo penal puede afirmarse que ha sido la segunda la que mayor acogida ha encontrado actualmente en la doctrina³³⁹.

- b) Un segundo sector doctrinal –con una alta representación– ubica el concepto en el ámbito de la antijuridicidad.

Afirmando por lo general que la adecuación social se configuraría como una suerte de causa de justificación³⁴⁰.

³³⁸ Durante las tres primeras ediciones de su manual mantuvo la adecuación social en el tipo objetivo, a partir de la cuarta edición en la antijuridicidad, para volver a partir de la novena edición a ubicarla nuevamente en el ámbito de la tipicidad.

³³⁹ Hans Heinrich JESHECK, *Tratado de Derecho penal*, ob. cit., pág. 271: JESHECK se situaría entre aquellos que conceptualizan la adecuación social como causa de exclusión de la tipicidad: “... puede hablarse de la exclusión de la tipicidad de una acción por motivos derivados de su adecuación social cuando falta el contenido del injusto típico”

³⁴⁰ Klaus TIEDEMANN, *Derecho penal económico: parte general y especial*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 149: “Postulan a favor de una causa de justificación de la conducta conforme a la profesión, entre otro Müller-Dietz y Tiedemann, con los ejemplos de aquel médico que coloca vendajes al delincuente en fuga, el empleado de banco que permite retirar dinero al delincuente fugado, el dentista que utiliza amalgama para el empaste de muelas cariadas, etc”.

Así, la adecuación social se configuraría bien como una causa de justificación supralegal en los términos que ya hemos referido, o bien, para otros, como un supuesto subsumible en los casos de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Sin embargo algunos autores, entre ellos el propio WELZEL, en su etapa final, han criticado semejante opción por entender que las causas de justificación legitiman la acción del sujeto para un supuesto excepcional lo que no casa con el fundamento de la adecuación social que descansa precisamente sobre lo habitual y común de la conducta desarrollada³⁴¹.

- c) Un tercer sector doctrinal absolutamente minoritario ha entendido la adecuación social como causa de exclusión de la culpabilidad³⁴².
- d) Un cuarto sector doctrinal ha considerado que la adecuación social debería ubicarse como causa de exclusión de la acción³⁴³.

No obstante, creo que puede afirmarse, en apretada síntesis, que con independencia de la naturaleza que se atribuya al instituto de la adecuación social, e incluso para el caso de que entendamos que se trata de un mero instrumento

³⁴¹ Juan José BUSTOS Ramírez/ Hernán HORMAZABAL MALARÉE, *Significación social y tipicidad*, ob. cit., pág. 27: “Tampoco es un problema de antijuricidad, porque lo característico de la causa de justificación es de conceder un permiso especial frente a una situación determinada, en cambio la adecuación social es una cláusula general de “libertad” de acción”.

³⁴² Luis GRACIA MARTÍN, “La estructura dogmática y la función político-criminal de la “adecuación social” como “cierre normativo” de lo injusto”, *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, nº 5, Buenos Aires, 2012, pág. 78: “Partiendo de la idea central de que no pueden ni deben ser punibles las acciones que tienen lugar en los procesos de funcionamiento usual y normal de la vida social, porque se trata de acciones aprobadas por la comunidad social con carácter general, o sea en toda circunstancia, en la doctrina actual se atribuye a la adecuación social, como referente que puede explicar la exclusión de tales acciones del ámbito de la punibilidad, la naturaleza de un principio general de interpretación de los tipos, la de una causa de exclusión de la tipicidad, la de una causa de justificación excluyente de lo injusto, **e incluso, minoritariamente, la de una causa de exculpación**” (negrilla añadida).

³⁴³ Juan José BUSTOS Ramírez/ Hernán HORMAZABAL MALARÉE, *Significación social y tipicidad*, ob. cit., pág. 28: “quedaría una cuarta posibilidad que es tratar la adecuación social antes de la tipicidad. [...] la adecuación social debe investigarse en conexión con la prueba del tipo. La cuestión de la adecuación social del actuar anteponerla a la prueba del tipo no tendría ningún sentido. Por el contrario se darían las siguientes dudas. El tipo de delito es el punto de partida para el planteamiento de la cuestión penal; sin su cumplimiento una conducta es siempre irrelevante penalmente, cualquiera que sea su configuración. La función del tipo en la teoría del delito se infiere de la función de advertencia respecto del ciudadano. Ella es el pórtico de entrada para que la conducta de un ciudadano pueda probarse en su contravención al Derecho penal”.

hermeneúico, la adecuación social sentó las bases para la futura normativización del tipo penal que tendría lugar gracias, en especial, a las teorías funcionalistas y al nuevo desarrollo que estas ofrecieron en el campo de la imputación objetiva³⁴⁴. Y es que, en realidad, la vinculación entre ambos institutos, sin entrar en debates acerca de la proximidad del parentesco entre los mismos, resulta incontrovertida a la vista de que en definitiva lo que se pretendía –y se sigue pretendiendo- a través del recurso a la adecuación social no es sino hallar una herramienta que permita superar las deficiencias que de una aplicación literal del tipo penal pudieran llegar en determinadas ocasiones a suscitarse. Puede decirse que, en definitiva, la adecuación social procura incorporar elementos de restricción material del tipo objetivo al igual que lo hace la imputación objetiva³⁴⁵. Así las cosas, fruto de esa vinculación y a la vista de la práctica jurídica, puede constatarse que en la actualidad las cuestiones tradicionalmente analizadas por la adecuación social hoy en día, con alguna excepción residual, se han trasladado al campo de estudio de la imputación objetiva.

A pesar de ello resulta necesario subrayar que entre los institutos de la adecuación social y de la imputación objetiva, existe una importantísima diferencia en torno a la cuestión del modo en que se procede a abordar el problema de la restricción del tipo penal, y es que mientras que la imputación objetiva analiza la conducta desde el prisma de la afectación para el bien jurídico –con la excepción matizada de JAKOBS-, y por lo tanto en atención al “resultado”, la teoría de la adecuación social aborda el análisis de la conducta de forma autónoma al resultado que la misma haya o pudiera haber producido, esto es, parte de dos momentos distintos en la teoría del hecho punible, como son: el análisis de la conducta –desvalor de acción- y el del resultado –desvalor de resultado-. De ello puede inferirse que la adecuación social resultaría de

³⁴⁴ ZAFFARONI, *Derecho penal. Parte General*, ob. cit., pág. 449: “En los tiempos del finalismo welzeliano se planteaban algunas dificultades que no hallaban solución satisfactoria y que, en general, trataban de resolverse mediante la función limitante del dolo o por vía de la llamada teoría de la adecuación social de la conducta, que Welzel osciló en ubicar en la justificación o en la atipicidad. A partir del funcionalismo sistémico se intenta resolverlos en el tipo como problema de imputación objetiva, con lo cual el tipo sufre un efecto reductor. La versión moderada del funcionalismo (Roxin) lo hace por la vía del aumento del riesgo, y la versión extrema (Jakobs) lo intenta por aplicación de la teoría de los roles”.

³⁴⁵ Manuel CANCIO MELIÁ, “La teoría de la adecuación social en Welzel”, ob. cit., pág. 710: “No puede negarse, sin embargo que al menos externamente existe la sospecha de que hay parentesco entre el riesgo permitido actual y la adecuación social de Welzel en su primera fase. Por ello merece la pena entrar a considerar la cuestión antes planteada, esto es, el posible carácter precursor de la categoría de la adecuación social”.

aplicación tanto a los delitos de mera actividad como a los de resultado, extremo que si bien también acontece en el ámbito de la imputación objetiva, lo hace de modo mucho más forzado.

A la vista de ello considero que a pesar de que, actualmente, la teoría de la imputación objetiva ha relegado a un segundo plano a la adecuación social toda vez que en la práctica es el único mecanismo de restricción del tipo penal empleado por doctrina y jurisprudencia, la adecuación social debe gozar de sustantividad³⁴⁶ frente a la imputación objetiva³⁴⁷, ya que se trata de institutos sólo parcialmente coincidentes en cuanto a sus finalidades, pero que en realidad proceden a un abordaje de los problemas que plantean desde perspectivas diferentes tal y como se ha señalado³⁴⁸.

4.- Contenido de la adecuación social.

Tampoco ha contribuido a delimitar la naturaleza del instituto de la adecuación social, ni su contenido, el elenco de casos que se han pretendido resolver mediante su invocación.

³⁴⁶ José Manuel PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en el Derecho penal (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1995, pág. 84: "... hay que decir que el concepto de adecuación social, tal y como generalmente es admitido por la doctrina penal (esto es, como factor que fundamenta la exclusión del injusto), no puede coincidir plenamente con el de riesgo permitido, si es que las palabras han de gozar de algún valor semántico propio, y no convertirse en meras fórmulas vacías".

³⁴⁷ Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho penal*, ob. cit., pág. 468 y 469: "... la exclusión de la tipicidad por adecuación social es una manera de limitar los alcances aparentes de los tipos penales, y en eso coincide con el principio de imputación objetiva; sucede solamente que mientras la adecuación social se inspira en la necesidad de aceptar cosas que "preexisten al legislador", como es la realidad social, la exigencia de la concurrencia de imputación objetiva excluye de la tipicidad a aquellas acciones que pareciendo típicas carecen ex ante de la necesaria peligrosidad para la producción del resultado. Una y otra son maneras de limitar la tipicidad, pero desde razonamientos diferentes".

³⁴⁸ Horacio ROLDÁN BARBERBO, *Adecuación social y teoría jurídica del delito (Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales)*, ob. cit., págs. 113 y 114: "... emergen, sin embargo, razones en pro de la sustantividad de la adecuación social o, si se quiere, del principio representado en dicha fórmula. Podrían comprenderse en las siguientes: a) las propias limitaciones del lenguaje legal hacen que, en ocasiones, la descripción jurídico-formal pueda disentir de la norma social de la que se ha gestado; b) El devenir histórico comporta que los preceptos legales puedan quedar desfasados, sin que su recambio por el órgano legislativo pueda operarse con la debida celeridad; c) La adecuación social sería una fórmula extensible a los delitos de mera actividad, mientras el teleologismo de la imputación objetiva parece haber sido desarrollado sólo en los delitos de resultado, d) la adecuación social satisface una exigencia ínsita en el Estado social y democrático de Derecho, cual es la de evitar contradicciones entre las valoraciones jurídicas y las sociales, e) la sociología criminal ha mostrado la adecuación social, como criterio reductor de otros métodos exegéticos, llevaría a resultados satisfactorios. A mi juicio, estas razones son del suficiente peso como para justificar la autonomía sistemática de la adecuación social en la teoría general de la imputación".

En realidad el propio WELZEL pretendió reducir a la unidad –la del recurso a la adecuación social- un elenco de supuestos de muy distinta índole, cuyo único denominador común consistía en que se trataban de conductas habitualmente desarrolladas y donde el recurso a la sanción penal se intuía excesivo. Considero que en la obra de WELZEL podemos distinguir, con carácter general, hasta tres grupos de casos que se pretenderían resolver mediante el instituto de la adecuación social: a) conductas autorizadas por el resto del ordenamiento jurídico –en especial por el administrativo o el mercantil-, b) conductas que lesionan de forma insignificante el bien jurídico protegido por la norma –supuestos de insignificancia-, c) conductas que se desarrollan dentro de la esfera de libertad personal³⁴⁹.

a) Conductas autorizadas por el resto del ordenamiento jurídico.

A pesar de que WELZEL en ningún momento llegue a afirmar que aquellas conductas que se encuentren autorizadas por otros sectores del ordenamiento jurídico deberán ser consideradas atípicas creo que el estudio de su obra, y en particular de ejemplos expuestos, permite inferir semejante conclusión. Y es que, según WELZEL, no deberían ser consideradas típicas las lesiones ocasionadas por el tráfico motorizado, ferroviario o aéreo –siempre que se ejecute conforme a las normas administrativas que lo desarrollan-³⁵⁰, ni

³⁴⁹ En este ámbito ROXIN distingue únicamente entre dos grupos de casos, Vid. Claus ROXIN, *Derecho penal: Parte General Tomo I*, ob. cit., pág. 297: “En efecto, si se pasa revista a los numerosos (y cambiantes en concreto) ejemplos que se aducen como conductas socialmente adecuadas, se podrá comprobar que cabe dividirlos en dos grandes grupos: El primer grupo es el del riesgo jurídicamente irrelevante o permitido. Así, la participación en el tráfico ferroviario, viario o aéreo, el funcionamiento de plantas industriales, la intervención en competiciones deportivas, etc., si se observan las reglas correspondientes, se mantienen dentro del riesgo usual en el tráfico y autorizado con carácter general y por ello no realizan el tipo de un delito de lesión aunque en algún caso se produzca un resultado así. [...] El segundo grupo es el relativo a la exclusión del tipo de las acciones insignificantes y socialmente toleradas de modo general. A este grupo pertenece el ejemplo antes mencionado del pequeño regalo de año nuevo al cartero, que por su adecuación social no debe subsumirse en el tipo del §331 pese al estricto tenor literal de la ley...”.

³⁵⁰ Hans WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal* ob. cit., pág. 86: “... la participación en el moderno tráfico motorizado, ferroviario o aéreo es una conducta socialmente adecuada, de modo que, por ejemplo, un sobrino no realiza una acción típica de homicidio si anima a su tío, del que es heredero, a utilizar con frecuencia los medios de transporte con la esperanza (fundada) de que muera antes en un accidente.”

tampoco los negocios que se mantienen dentro de una gestión ordenada – conforme a la normativa mercantil-³⁵¹

b) Conductas que lesionan de forma insignificante el bien jurídico protegido.

Según WELZEL todas aquellas conductas que a pesar de resultar típicas lesionan de forma cuasi intrascendente el bien jurídico deben ser consideradas atípicas por aplicación del instituto de la adecuación social. A modo de ejemplo se señalan las siguientes: lesiones insignificantes, privaciones de libertad de escasa entidad, juego a pequeña escala, entrega de obsequios de escaso valor a funcionarios o las injurias leves.³⁵²

c) Conductas que se desarrollan dentro de la libertad de acción personal del sujeto.

En última instancia señala WELZEL que aquellas conductas que se desarrollan dentro de la esfera de actuación personal del sujeto, de lo que constituye su ámbito de libertad, en donde no se admiten injerencias externas, también deben ser consideradas atípicas. Así por ejemplo: el abandono de la vida conyugal o el servir bebidas alcohólicas a pesar de los riesgos que se puedan derivar.³⁵³

³⁵¹ Hans WELZEL, *El nuevo sistema de Derecho penal*, ob. cit., pág. 86: “Son socialmente adecuados los negocios que se mantienen dentro de los límites de una gestión ordenada, aunque luego resulten ruinosos; no están comprendidos por ello, en los tipos del artículo 266 del Código penal, 294 de la Ley de sociedades anónimas y 81a de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada”.

³⁵² Hans WELZEL, *El nuevo sistema de Derecho penal*, ob. cit., pág. 87: “Por ser socialmente adecuadas quedan excluidas las lesiones corporales insignificantes del art. 223, las privaciones de libertad irrelevante del art. 239, el jugar pequeñas cantidades, de los arts. 284 y ss., la entrega habitual de obsequios de escaso valor por año nuevo del art. 331, las conductas meramente indecorosas o impertinentes de los delitos contra la honestidad, etcétera”.

³⁵³ Hans WELZEL, *El nuevo sistema de Derecho penal*, ob. cit., pág. 87: “Las conductas socialmente adecuadas no son necesariamente ejemplares, sino conductas que se mantienen dentro de los límites de la libertad de acción social. La determinación de estos límites no es tarea fácil. Como ejemplo de ello pueden servir los casos enjuiciados en las sentencias del Tribunal federal 7, 268 y 19, 52. a) Marido y mujer están obligados, sin duda, jurídicamente a llevar vida conyugal, pero de la infracción de este deber se derivan sólo consecuencias para la existencia del matrimonio. Su cumplimiento –de acuerdo con la concepción actual de la libertad personal- no puede ser impuesto y mucho menos colocado bajo tutela penal. Por ello, el abandono de la vida conyugal es una conducta socialmente adecuada, que se mantiene dentro de los límites de la libertad de acción social y sigue siéndolo aunque dé lugar al peligro

Considero que la anterior referencia ejemplificativa resulta interesante por dos motivos. En primer lugar, en la medida en que permite constatar que bajo el denominador común de la adecuación social se analizan supuestos de muy distinta índole. Y es que, se pretende ofrecer un tratamiento unitario a supuestos plurales equiparando casos en que la conducta del sujeto se encuentra autorizada por otros sectores del ordenamiento jurídico –y en los que en realidad se plantearían cuestiones de causalidad o de imputación objetiva- con otros en que simplemente resulta de aplicación el principio de fragmentariedad del Derecho penal, y que por lo tanto incluso resultaría discutible si deben dar lugar a la exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad –como por ejemplo las lesiones insignificantes o los regalos de escasa entidad a funcionarios-, junto con casos en los que se debate lo adecuado de la injerencia estatal, mediante el ejercicio del “*ius puniendi*”, por hallarse dentro de lo que puede denominarse esfera de libertad personal del sujeto. Semejante constatación nos permite comprender mejor la afirmación realizada en el apartado anterior acerca de lo controvertido de la naturaleza –y por ello ubicación sistemática- del instituto de la adecuación social, ya que dichas dificultades obedecen, al menos en parte, a lo diverso y asistemático del abanico de supuestos que se ha pretendido integrar en el concepto de lo socialmente adecuado³⁵⁴.

–cognoscible por el cónyuge- de que el otro cónyuge se suicide. b) El servir bebidas alcohólicas es una conducta socialmente adecuada (“usual”), a pesar de los peligros que el consumo de alcohol implica para la capacidad de movimientos de los clientes en el tráfico motorizado. “Si el camarero (...) tuviera que responder penalmente de las posibles consecuencias del consumo excesivo de alcohol se convertiría, en la mayor parte de los casos, en virtud del deber de garante, en una especie de tutor o guardián de sus clientes” (BGH, 19, 152) Por ello, la conducta de servir bebidas alcohólicas queda excluida de los tipos de los delitos de lesión aun, cuando, como consecuencia de ella, se produzca la lesión de un bien jurídico. Sólo cuando “la embriaguez del cliente ha alcanzado, sin duda, un grado tal que no puede actuar ya de un modo responsable”, el servir bebidas alcohólicas adquiere relevancia para las precauciones que el camarero debe adoptar para la protección de la colectividad y del cliente”.

³⁵⁴ Gonzalo QUINTERO OLIVARES subraya la necesidad de distinguir entre los casos de adecuación social y los denominados supuestos de tolerancia y la exclusión de bagatelas; vid. Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho penal*, ob. cit., pág. 468: “Diferente de la “adecuación social” es la “tolerancia”. Algunos autores incluyen entre los supuestos de ausencia de acción típica los casos de tolerancia social. Se designa así a acciones que formalmente parecen típicas pero que su aceptación y permisión en un determinado ámbito, y su carencia de capacidad lesiva, aconseja excluirlas del radio de acción de la norma penal. [...] Muy cerca de la idea de tolerancia se encuentra la exclusión de las bagatelas o cuestiones insignificantes. Este no es tanto un principio ligado a la ausencia de acción materialmente injusta, como el anterior, sino de racionalización político-criminal de los recursos del sistema punitivo, que no puede ser utilizado para resolver problemas de una entidad mínima, pues eso es contrario al ya tratado principio de intervención mínima”.

En segundo lugar, resulta interesante la exposición efectuada, toda vez que nos permite constatar nuevamente la indefinición existente en torno al concepto de adecuación social, indeterminación ésta que ha redundado negativamente en su asimilación doctrinal y jurisprudencial.

5.- Crítica de la adecuación social.

Una vez aquí, a la vista de las conclusiones alcanzadas en torno al contenido y naturaleza del concepto de adecuación social, resulta oportuno apuntar cuáles han sido las principales críticas que la doctrina ha realizado. Con carácter general puede indicarse que la crítica se ha centrado sobre cuatro puntos:

a) Inseguridad jurídica – confusión en la división de poderes-

La principal crítica formulada –de tal magnitud que incluso sus partidarios se han visto obligados a admitir al menos parcialmente- tiene por objeto subrayar la gran inseguridad jurídica inherente a esta figura. Y es que no son pocos los autores que ante su indefinición, así como ante las dificultades para delimitar su naturaleza y ubicación sistemática, han afirmado que de admitirse su aplicación ello implicaría sumir al Derecho penal en la más absoluta inseguridad jurídica al dotar al juzgador de una herramienta que le permitiría obviar en función de su conciencia de la realidad social la voluntad del legislador expresada en la ley.³⁵⁵

³⁵⁵ Horacio ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social y teoría jurídica del delito (Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales)*, ob. cit., pág. 71: “Ella muestra sus quiebras como estructura integrada en el sistema del hecho punible en cuándo se le formulan las preguntas de cómo y por quién se decide la clase de conductas que deben ocupar al Derecho penal. [...] ello es asunto que afecta a la formación del tipo. Antecede a la teoría jurídica del delito que debe ser un instrumento fundamentalmente hermeneútico. La doctrina de la acción social afecta –y, si se quiere, sólo de forma anunciativa- al momento de la creación legislativa. [...] ¿Quién debe fundar que la acción social negativa merece constituirse en un tipo penal y quién por el contrario, que debe apartarse de él? Desde luego, el legislador. Pero no el juez, único aplicador de la parte práctica de la legalidad, cuya misión empieza a partir de un tipo legal ya dado, no pudiendo, en consecuencia en ese estadio prejurídico que representa la acción”.

Vid. Hans Heinrich JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, ob. cit., pág. 270: “... también se recurre innecesariamente a la idea de adecuación social para la restricción de los tipos, cuando las propias y usuales reglas de interpretación conducen ya a una correcta delimitación de los mismos. En estos casos

b) Quiebra del principio de legalidad.

Directamente conectado con el apartado anterior no son pocos quienes han indicado que el instituto de la adecuación social podría suponer una quiebra del principio de legalidad en la medida en que supone atribuir al juez “funciones legislativas”, toda vez que, de adquirir virtualidad, implicaría atribuirle a éste facultades que irían más allá de la mera interpretación de los tipos penales³⁵⁶.

c) Indeterminación.

Otra de las críticas que, con carácter generalizado, se realiza en relación a la figura analizada se refiere a la indeterminación del propio concepto de adecuación social, esto es, con las dificultades que tradicionalmente han acompañado a su definición –o mejor dicho, a su falta de definición-. Tal y como ya hemos tenido ocasión de señalar a lo largo de este capítulo, desde sus orígenes el concepto de adecuación social ha encontrado dificultades dada la falta de delimitación de su naturaleza y ubicación sistemática, de la excesivamente diversa índole de los supuestos que se han pretendido cobijar bajo su sombra y de los cambios de criterio de su creador.³⁵⁷

es preferible la aplicación de las reglas de interpretación conocidas pues de este modo se consiguen resultados objetivamente verificables, mientras que la adecuación social permanece siempre como principio relativamente inseguro que, por este motivo, debe quedar siempre en último lugar”.

³⁵⁶ Horacio ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social y teoría jurídica del delito (Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales)*, ob. cit., pág. 52: “En todo caso, y para que la adecuación social no se desmorone como categoría sistemática al ser confrontada, a las llanas, con el principio de la concreción legal del tipo prohibitivo, sería necesario incorporarle sin ambages a una teoría de tanta ranciedad en la metodología jurídica y considerada universalmente como patrimonio del derecho judicial como es la de la hermeneútica. [...] ello supone, en sede de sistema del hecho punible, hacer de la atribución objetiva una base de recepción de las posibilidades de la interpretación penal”.

³⁵⁷ En este punto nos remitimos a lo ya expuesto acerca de la indeterminación e indefinición del concepto de adecuación social, así como al análisis efectuado en torno a su naturaleza.

d) Se trata de un concepto prejurídico.

Se ha señalado que el instituto de la adecuación social no debería tener cabida en el sistema de la teoría del delito en la medida en que implicaría asumir un concepto prejurídico u ontológico de acción incompatible con la actual sistemática del hecho punible. Asimismo, de constatarse dicho fenómeno se estaría admitiendo el desplazamiento de los bienes jurídicos toda vez que estos quedarían relegados a un segundo plano en la conformación del injusto.³⁵⁸

Con todo, parece oportuno indicar que un sector doctrinal ha entendido que a pesar de las insuficiencias de que pudiera adolecer el instituto de la adecuación social se trata éste de un instrumento del que no debemos prescindir, y ello, no sólo por la necesidad de contar con mecanismos de naturaleza jurídica que permitan moderar los rigores de nuestro actual sistema penal en atención al sentir social, sino asimismo porque nuestro propio ordenamiento jurídico admitiría dicha posibilidad. En este sentido HORACIO ROLDÁN ha señalado que éste tendría cabida en nuestro ordenamiento por dos vías; en primer lugar por vía del artículo 3.1 del Código civil³⁵⁹, ya que la realidad social como criterio de interpretación goza de expreso reconocimiento en el referenciado precepto y, en segundo lugar, por la vía del artículo 20.7 del Código penal, donde se contempla como causa de justificación el obrar en cumplimiento de un derecho, causa de exclusión de la antijuridicidad de la conducta que, según ROLDÁN, implicaría asimismo la introducción de criterios de carácter social, singularmente en el campo de las profesiones –por ejemplo; el panadero tendría

³⁵⁸ Juan José BUSTOS RAMÍREZ/ Hernán HORMAZABAL MALARÉE, *Significación social y tipicidad*, ob. cit., pág. 30: “El problema de la teoría de la adecuación social es trabajar con una concepción absolutamente prejurídica de acción, incluso ontológica, con lo cual no hay posibilidad alguna de establecer una relación con las categorías jurídicas del delito. No se puede partir desde la acción, menos aún si se le da un contenido naturalista u ontológico, para lograr determinar el tipo. [...] Sólo a partir del bien jurídico se puede dar un contenido al injusto, este es el punto de unión entre realidad y valoración jurídico penal, sólo a partir de él se puede precisar y determinar materialmente la tipicidad”.

³⁵⁹ Horacio ROLDAN, *Adecuación social y teoría jurídica del delito (Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales)*, ob. cit., pág. 134: “A la vista del sentido que la doctrina y jurisprudencia privatistas le otorgan al elemento sociológico de la interpretación, parece cumplir éste una función análoga a la que, en el orden penal, se le ha asignado a la adecuación social. [...] las reglas de interpretación del artículo 3 del Código civil, cuya aplicación al orden penal viene siendo reconocida por la más reciente jurisprudencia de la sala Segunda del Tribunal Supremo (SSTS 22/01/1987).

derecho a vender pan con independencia del uso que a éste vaya dársele, o el ferretero a vender un cuchillo... casos estos que en realidad serían más adecuado definir como supuestos de participación neutra-³⁶⁰

6.- Estudio jurisprudencial.

A pesar de que la teoría de la adecuación social ha sido tradicionalmente criticada en España llegando incluso a cuestionarse por los operadores jurídicos en no pocas ocasiones su virtualidad práctica, los tribunales españoles han tenido a bien proceder a su aplicación en determinados supuestos. Llama poderosamente la atención el hecho de que a pesar de que las resoluciones judiciales que aplican el instituto de la adecuación social no son precisamente cuantiosas por lo general el mismo se aplica en relación a un grupo muy reducido de tipos penales.

- Adecuación social y estafa

- **Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 37/2007, de 1 de febrero.**

“Ahora bien, destaca la doctrina, que el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su excesiva credibilidad aunque ello sea conocido por el autor. La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones ulteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error. En consecuencia, el juicio de idoneidad del engaño en orden a la producción del error e imputación a la disposición

³⁶⁰ Horacio ROLDAN, *Adecuación social y teoría jurídica del delito (Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales)*, ob. cit., pág. 149: “De esta suerte encuentra razón la adecuación social en el propio ordenamiento punitivo (y, en concreto, en el sistema del hecho punible), dejando de ser una categoría espúrea a considerar según gustos o aficiones. Y es en la ejercitación de esos derechos profesionales donde gana especial fuerza expresiva: en la profesión médica, en la práctica deportiva... y hasta en la actividad bancaria”.

Vid. asimismo Claus ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, ob. cit., págs. 294 y 295: “El punto de partida de un juicio crítico ha de ser que el principio de la adecuación social supone una importante perspectiva para la teoría del tipo; la idea de que una conducta aprobada, no ya excepcionalmente en el caso concreto, sino de antemano y de modo general no puede encarnar ninguna clase de delito y de injusto y por tanto tampoco puede ser nunca típica. Así pues, la atipicidad de la conducta socialmente adecuada es una consecuencia necesaria de la teoría del tipo aquí mantenida. [...] Ahora bien, el hecho de reconocer que la conducta socialmente adecuada es atípica no tiene sustancialmente más alcance que la perspectiva de que el tipo debe ser entendido como tipo de injusto: únicamente supone una remisión al desvalor social que es inmanente al injusto y constituye su fundamento material”.

patrimonial perjudicial comienza a partir de la constatación de que el engaño no es de los **socialmente adecuados** o permitidos”.

- **Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 2549/2012, de 30 de marzo.**

“Asimismo, el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. La adecuación social del engaño determina que el juicio de idoneidad en orden a la producción del error e imputación a la disposición patrimonial perjudicial debe comenzar a partir de la constatación de que el engaño no es de los **socialmente adecuados**. [...] Recordando, en todo caso, que como ya hemos señalado, *“Una cosa es sufrir error como consecuencia de un comportamiento propio del cual derive causalmente la equivocación que convierte en idóneo un engaño que por sí mismo en principio no lo era, y otra muy distinta sufrir el error por el engaño **adecuado** desplegado por el tercero, y convertir en negligencia causante de la equivocación la buena fe y la confianza del engañado (STS 630/2009, de 19 de mayo)”*.

- **Auto de la Sección 30ª de la Audiencia Provincial de Madrid nº 22/2012, de 18 de enero de 2012.**

“Ahora bien, destaca la doctrina, y así se recuerda en la STS 900/2006, que el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su excesiva credibilidad aunque ello sea conocido por el autor. La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones ulteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error. En consecuencia, el juicio de idoneidad del engaño en orden a la producción del error e imputación a la disposición patrimonial perjudicial comienza a partir de la constatación de que el engaño no es de los **socialmente adecuados** o permitidos”.

- **Adecuación social e injurias**

- **Sentencia Sección Primera Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria nº 88/2012, de 20 de abril.**

“El Derecho Penal no puede ser utilizado para una pequeña discordia, que puede rayar en la mala educación o mala conducta cívica de una persona, pero nunca en la comisión de un hecho de relevancia penal. Los insultos a que se refiere la denunciante, de haberse producido, no pueden obtener una respuesta penal, y menos aún entre personas con enemistad y en el transcurso de una disputa, tal y como se relatan los hechos en la denuncia. Por ello se ha de confirmar la sentencia impugnada-...’. Significando la SAP de Valencia, sección 1a, de fecha 28.5.2009, respecto de insultos tales como 'guarra, más que guarra' que '...El recurrente postula la revocación de la sentencia de instancia, que le condenó como autor de una falta de injurias, y el dictado de otra por la que se le absuelva de esa infracción. Resulta razonable, sobre la base de la prueba que se tomó en consideración, entender probado que el recurrente dijera las expresiones consignadas en el relato histórico. Pero, en esta materia se debe ser especialmente prudente para deslindar lo que significa un comportamiento **socialmente** incorrecto (la mala educación) de lo que constituye una falta de injuria, pues es obvio que las exigencias del principio de intervención mínima excluyen de la finalidad propia del derecho penal cualquier intento de criminalizar la mala educación, los comportamientos **socialmente** incorrectos. Así las cosas, es imposible considerar que la expresión "guarra", muestra inequívoca de mala educación en quien la pronuncia, pueda tener la entidad suficiente para revestir coloración penal. Es de constatar que esa expresión no se profiere en lugar público o en presencia de un grupo de personas. Por el contrario se expresan en una ocasión muy puntual, cuando la denunciante se presenta en el domicilio en el que estaba el denunciado, existiendo una situación de conflicto entre ambos. En esas circunstancias pierde lo dicho también la mayor

parte de su efecto peyorativo para convertirse en un acto grosero y de mala educación, susceptible sólo del reproche social. El principio de la "menor injerencia posible" o de "intervención mínima", implica que el hecho de que se recurra a la pena criminal, como, en su caso la gravedad de la misma, tiene que tener una justificación en la necesidad de tutela. El Derecho Penal debe revestir un carácter fragmentario, en el sentido de que las conminaciones penales no tienen por que extenderse a todas las infracciones, la protección penal no debe referirse a todos los ataques que pueda sufrir un bien jurídico, sino solamente a las más graves y más intolerables. Por lo que no toda controversia jurídica puede amparar el ejercicio de una acción penal sobre todo cuando la misma puede y debe resolverse en otros órdenes jurisdiccionales. En ese estado de cosas, visto los términos de los hechos probados, la expresión dirigida contra la denunciante carece de entidad a los efectos del procedimiento penal, pues lo contrario conduciría al absurdo de tipificar como infracción criminal, siquiera sea de carácter leve, conductas únicamente expresivas de la falta de educación de su autor, conclusión que nos dispensa de cualquier otro comentario. En definitiva, procede estimar el recurso y absolver al recurrente de la falta de injurias...".

- **Sentencia Sección Primera Audiencia Provincial de Valencia, nº 553/2011, de 31 de octubre.**

“Pero, en esta materia se debe ser especialmente prudente para deslindar lo que significa un comportamiento **socialmente** incorrecto o una crítica de lo que constituye una falta de injuria o vejaciones, pues es obvio que las exigencias del principio de intervención mínima excluyen de la finalidad propia del derecho penal cualquier intento de criminalizar los comportamientos **socialmente** incorrectos. Aun manteniendo la relación de hechos probados, la referida expresión verbal que es una "mala madre, que poca vergüenza tienes", por lo que ha sido condenado el recurrente carecen de envidia como para ir mas allá de las tensiones familiares o discusiones que desgraciadamente se producen tantas veces con ocasión del régimen de visitas y de comunicación, debiendo valorarse en el contexto en el que se producen. Es de constatar que la expresión se profiere por las discrepancias que surgen entre denunciante y denunciado por las visitas del padre al hijo y se vierte en un ámbito privado y sin que se acompañara con otras frases de verdadero contenido injurioso o vejatorio. En ese sentido los hechos probados se limitan a señalar que denunciante y denunciado se encontraron en la calle y que el segundo profirió las expresiones dichas. Para nada consta que esas expresiones se dijieran en alto para conocimiento de terceras personas que pudieran estar por el lugar. Las palabras con las que obsequió el recurrente a la denunciante, cuando no constan circunstancias que permitan sostener lo contrario, bien pueden ser muestra de una crítica por el comportamiento de la citada que a criterio del apelante no es **adecuado**, por lo que califica usando las palabras ya comentadas. El principio de la "menor injerencia posible" o de "intervención mínima", implica que el hecho de que se recurra a la pena criminal, como, en su caso la gravedad de la misma, tiene que tener una justificación en la necesidad de tutela. El Derecho Penal debe revestir un carácter fragmentario, en el sentido de que las conminaciones penales no tienen por qué extenderse a todas las infracciones, la protección penal no debe referirse a todos los ataques que pueda sufrir un bien jurídico, sino solamente a las más graves y más intolerables. Por lo que no toda controversia puede amparar el ejercicio de una acción penal. Por todo ello, tal expresión, por si sola y teniendo en consideración las circunstancias que concurren en el presente caso, no tiene la entidad necesaria para ser incardinada en el tipo del artículo 620.2 del Código Penal. En definitiva, procede estimar el recurso y absolver al recurrente”.

- **Adecuación social y medio ambiente**

- **Sentencia Tribunal Supremo nº 152/2012, de 2 de marzo.**

“No puede olvidarse, como señala la Sentencia de esta Sala 327/2007, de 27 de abril , que el domicilio de las personas es el lugar en el que se desarrolla una parte importante de la vida humana y, en este sentido, también forma parte del medio ambiente. Las personas tienen, por

lo tanto, derecho a que la porción del medio ambiente en el que viven una parte considerable de su vida esté protegido de todo ruido que no pueda ser considerado **socialmente adecuado**, como los que están legal y reglamentariamente proscritos. En lo concerniente a si los ruidos, emitidos con constancia durante una importante parte del día y durante un largo tiempo, tienen aptitud para producir un grave perjuicio en la salud de las personas, la respuesta debe ser positiva”³⁶¹.

- **Adecuación social y cohecho**

• **Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 13 de junio de 2008.**

“No es tarea fácil la delimitación del alcance de este precepto a la hora de decidir la relevancia típica de determinadas acciones. La existencia de módulos sociales generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, obliga a un esfuerzo para discernir cuándo determinados obsequios adquieren carácter típico y cuando, por el contrario, pueden inscribirse en el marco de la adecuación social. Esta fuera de dudas que este análisis sugiere el empleo de fórmulas concretas, adaptadas a cada supuesto de hecho, huyendo de las rígidas fórmulas generales. [...] La simple lectura de este fragmento ya advierte de que la acción imputada a ambos acusados desborda con claridad los límites de la adecuación social”.

• **Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 19 de septiembre de 2005.**

“Con respecto a los regalos de Navidad es necesario que se aclare quienes los recibieron realmente y cuál era el valor de los mismos. La anotación del folio 15.718 se refiere a un número de lotes que posiblemente fuera para distintas personas. La recepción de un obsequio de Navidad de los valores habituales, en todo caso, no es constitutiva del delito del art. 426 Cp, dado que la doctrina viene considerando unánimemente que tales hechos no realizan el tipo penal por ser socialmente adecuados. Por lo tanto es necesario determinar a quiénes individualmente se remitieron los obsequios y el valor de los mismos para poder pensar en la imputación de un delito al receptor de los mismos”.

- **Actividades prohibidas a los funcionarios públicos**

• **Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 2 de junio de 2008.**

“La Sala estima que el comentario que fue objeto de grabación no colma la acción típica. No existe una actividad de asesoramiento, aun ocasional, susceptible de integrar el tipo previsto en el *art. 441 del CP*. El intercambio de comentarios entre Elsa -abogada en ejercicio- y la persona aforada, no participa de las notas que definen, a efectos de tipicidad, la verdadera acción de asesoramiento. Y es que no todo consejo emanado de una autoridad o funcionario público puede reputarse delictivo. Solo aquel que compromete la imparcialidad, que menoscaba el deber de exclusividad o que provoca una interferencia entre los intereses privados y los de naturaleza pública, puede ser objeto de persecución penal. Ninguna de estas notas concurre en el presente caso en el que la

³⁶¹ Criterio éste reiterado hasta la saciedad por las distintas Audiencias Provinciales que incluso es recogido de forma literal, así por ejemplo en la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Toledo de fecha 16 de marzo de 2011 o también en la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia de fecha 10 de diciembre de 2012.

conversación concluye con la indicación por la aforada del nombre de dos personas que sí pueden realizar una eficaz labor de asesoramiento por su condición de especialistas en la defensa jurídica de conflictos familiares. En definitiva, en la conversación mantenida por la persona aforada se deslizan expresiones que se ajustan sin dificultad a los módulos de adecuación social generalmente admitidos. La formulación de un comentario acerca de las incidencias procesales de un determinado asunto, incluso, la indicación del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional como vía posible para la impugnación de actos jurisdiccionales, no puede considerarse, sin más, un hecho delictivo llamado a ser investigado por la jurisdicción criminal”.

- **Adecuación social y tráfico de influencias**

- **Sentencia Sección Primera Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de fecha 19 de marzo de 2012.**

“El primero de los elementos del delito, más en concreto del artículo 428 del Código penal, se centra en el término influencia. El funcionario o autoridad debe influir en otro funcionario o autoridad. Influencia es tanto como autoridad moral o como predominio en el ánimo [...]. La doctrina ha hecho ver, respecto de elemento, la necesidad de relegar extramuros de la previsión penal los supuestos de la llamada influencia adecuada socialmente, en los casos en que comúnmente no queda reprobada la conducta por su inmersión social, y de la llamada influencia no causal, por la pre-resolución tomada ya por el funcionario. Sólo así, se dice, será respetado el principio de intervención mínima y no se convertirá el delito en una norma puramente moralizante de la vida administrativa y social”.

- **Adecuación social y estado de necesidad**

- **Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Bilbao nº 4/2012, de 27 de enero.**

“María Esther , de nacionalidad española, nacido el día NUM001 de 1967, con DNI nº NUM002 , sin antecedentes penales contactó vía e-mail con una o varias personas cuya identidad no ha sido determinada, que le ofrecieron lo que decían ser un trabajo consistente en que teniendo disponibilidad horaria completa la acusada debía abrir una cuenta en una entidad bancaria, preferiblemente BBVA donde recibiría ingresos que ella a su vez debía reenviar detrayendo de los mismos un porcentaje en concepto de remuneración a fin de remitirlos a países del este con los que la citada empresa mantenía relaciones comerciales. Aceptando la propuesta la acusada, en la creencia de actuar lícitamente y acuciada por una situación económica y familiar muy desfavorable, abrió e la entidad BBVA la cuenta nº NUM003, en la que el día 14 de enero de 2010 recibió una transferencia por importe de 2.156,30 euros, de los cuales extrajo 2.005 en metálico, quedándose la diferencia como retribución y la cantidad extraída la remitió a través de Western Union a Bruno a la dirección NUM004 DIRECCION000, Kiev, Ucrania, desconociéndose la verdadera identidad del destinatario final. [...] Así es, la acusada no pertenece a ninguna organización criminal ni posee una cualificación profesional adecuada, se trata de una mujer de escasos recursos, quien ha acreditado documentalmente como en la fecha de los hechos se encontraba en una situación personal acuciante. Sin trabajo ninguno, tenía a su cargo, tras separación matrimonial, a dos hijos menores, no recibiendo pensión compensatoria ni alimenticia alguna, además de a sus progenitores, con una situación económica que calificó de desesperada. Y es en este grado de desesperación económica y familiar en el que se enmarca su actuación, que, sin duda, rebajó el control de legalidad de la propuesta de trabajo, como es perfectamente comprensible y **adecuado** a la realidad social imperante, de modo que como madre acuciada por la necesidad captó la propuesta laboral, en la que creencia de actuar lícitamente, y de obtener una remuneración (que por cierto fue

escasa). Esto es, en absoluto tuvo conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo penal de blanqueo de capitales, del que ha sido acusada, ni tan siquiera a título imprudente, sino que desplegó una conducta adecuada **socialmente** a la necesidad familiar y económica que soportaba, que en absoluto merece reproche penal alguno, al no formar parte de ninguna organización criminal al uso ni tener vínculo alguno con la comisión de la previa defraudación informática que sufrió la Asociación oftalmológica del Norte, lo que excluye la calificación subsidiaria de estafa informática del art. 298 CP efectuada por la representación del BBVA al no haberse probado ni tan siquiera conocimiento de la comisión previa a tal infracción, con lo que menos podrá imputársele la coautoría que se pretende. Así es, la acusada no pertenece a ninguna organización criminal ni posee una cualificación profesional adecuada, se trata de una mujer de escasos recursos, quien ha acreditado documentalmente como en la fecha de los hechos se encontraba en una situación personal acuciante. Sin trabajo ninguno, tenía a su cargo, tras separación matrimonial, a dos hijos menores, no recibiendo pensión compensatoria ni alimenticia alguna, además de a sus progenitores, con una situación económica que calificó de desesperada. Y es en este grado de desesperación económica y familiar en el que se enmarca su actuación, que, sin duda, rebajó el control de legalidad de la propuesta de trabajo, como es perfectamente comprensible y **adecuado** a la realidad social imperante, de modo que como madre acuciada por la necesidad captó la propuesta laboral, en la que creencia de actuar lícitamente, y de obtener una remuneración (que por cierto fue escasa). Esto es, en absoluto tuvo conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo penal de blanqueo de capitales, del que ha sido acusada, ni tan siquiera a título imprudente, sino que desplegó una conducta adecuada **socialmente** a la necesidad familiar y económica que soportaba, que en absoluto merece reproche penal alguno, al no formar parte de ninguna organización criminal al uso ni tener vínculo alguno con la comisión de la previa defraudación informática que sufrió la Asociación oftalmológica del Norte, lo que excluye la calificación subsidiaria de estafa informática del art. 298 CP efectuada por la representación del BBVA al no haberse probado ni tan siquiera conocimiento de la comisión previa a tal infracción, con lo que menos podrá imputársele la coautoría que se pretende”.

- **Adecuación social y lesiones en el deporte**

• **Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 89/2012, de 30 de enero de 2012.**

“La parte recurrente también efectúa una serie de alegaciones relativas a que los hechos son **socialmente adecuados** y error de prohibición. Se sustenta la pretensión de absolución basada en este motivo de impugnación de la sentencia recurrida, expresada de forma sintética, en que todos los que participan en un partido de fútbol se hallan expuestos a lances como los que ahora se enjuician, y los que aceptan. Añaden que deben ser valorados en otros estamentos distintos al de la jurisdicción. Debe desestimarse. En efecto, en cualquier caso si la acción es típica penalmente, la jurisdicción en el orden penal es la competente para conocer de los hechos y en su caso imponer la sanción penal que corresponda. En el caso enjuiciado no nos encontramos ante una lesión que se produce en un lance de juego entre jugadores que participan en una concreta jugada con la pelota en juego, sino que la agresión tuvo lugar una vez el árbitro paró el juego y el lesionado -éste- lo fue por agresión directa de un jugador: el denunciado. Desde luego tal conducta, que es la enjuiciada, no está **socialmente** permitida, ni siquiera en el ámbito deportivo donde tuvo lugar, siendo además numerosos los casos similares en que se han denunciado, enjuiciado y sancionado penalmente, no pudiendo existir ninguna duda en su autor que su conducta era antijurídica”.

• **Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de fecha 8 de septiembre de 2004.**

“... la lesión descrita en los hechos probados se produjo en el marco de la actividad deportiva, sin intención de causarse, toda vez que tuvo lugar en ese concreto ámbito, cuando ambos

jugadores trataban de buscar sus respectivas posiciones de remate y defensa y cuando el balón se dirigía a la portería del equipo del lesionado [...] debiendo concluirse que el choque del acusado con el lesionado José Luis no fue más que un lance del juego, acaecido en el estricto marco de una confrontación deportiva, en la que todos los contendientes prestan su consentimiento, por el simple hecho de participar en ella, a que la lesión se produzca, sin dolo o intencionalidad alguna por su parte, ni trascendencia en el ámbito penal, por haber asumido ambos contendientes el riesgo existente y por aplicación del principio de intervención mínima”.³⁶²

- **Adecuación social y Propiedad intelectual**

• **Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 2742/01, de fecha 4 de abril.**

“... no es idéntico el contenido criminal de la acción de quién importa conscientemente (“intencionadamente dice el texto legal) fonogramas provenientes de una usurpación de derechos intelectuales, que el disvalor de la conducta del que los compró en el extranjero legalmente al precio fijado libremente en el mercado extracomunitario. Mientras en el primer supuesto el importador perpetúa los efectos de la acción delictiva y se introduce ilegalmente en el mercado, en el segundo simplemente se vale de las leyes de la oferta y la demanda. Brevemente: no puede ser lo mismo introducirse en el mercado ilegalmente que participar del mismo mediante medios **socialmente adecuados**. Ambos supuestos no pueden ser igualmente punibles como lo proponen los recurrentes, pues la diversa magnitud de las ilicitudes debe tener un reflejo paralelo en la magnitud de la pena ya en el momento de la incriminación, no sólo en la individualización judicial. Si esta diferencia no existe, ello es un dato más que revela la necesidad teleológica negada por los recurrentes de distinguir entre importaciones de obras “piratas” y obras lícitamente puestas en el mercado. En suma: el texto del art. 270 CP distingue, tanto en la letra como en su espíritu, entre la importación de obras usurpadas, que son objeto de la alternativa típica de la importación y almacenamiento, y la importación de obras adquiridas lícitamente al precio fijado libremente en el mercado legal paralelo. El carácter criminal de las primeras justifica su punibilidad y es, además, político-criminalmente razonable”.

- **Coacciones**

• **Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 8338/1993, de 3 de diciembre.**

“Sin perjuicio de ello se debe agregar que, de todos modos, las coacciones del art. 496 CP. sólo pueden ser consideradas típicas cuando en sí mismas aparecen como un medio **socialmente intolerable** para alcanzar el fin propuesto. Es evidente entonces, que ya antes de la justificación, en el presente caso no se dan los elementos de la tipicidad, pues la decisión del (...) de demorar mediante la intervención de la Policía el cumplimiento del acuerdo del Ayuntamiento para evitar un enfrentamiento de consecuencias difícilmente calculables, no

³⁶² Sin embargo la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, Sentencia de fecha 2 de mayo de 2002, entiende que la conducta a pesar de ser típica resulta justificada por tratarse de un caso de actuación en el ejercicio legítimo de un derecho.

resulta **socialmente** intolerable, sino todo lo contrario, ya que introdujo una espera relativamente breve hasta la resolución judicial del conflicto, que no produjo perjuicios en modo alguno desproporcionados con relación al fin perseguido”.

- **Adecuación social y salud pública**

• **Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 8132/1993, de 29 de noviembre.**

“No es suficiente que el suministro de los diversos fármacos se dispense por personas que tienen la titulación médica necesaria para el ejercicio de la actividad profesional. Se necesita además que la decisión de proporcionar sustancias psicotrópicas mediante las correspondientes recetas tenga como fundamento un tratamiento terapéutico realizado con arreglo a las normas de la práctica médica y que tenga como fin el conseguir unos resultados inmediatos o a largo plazo. Bajo esos condicionantes la utilización de fármacos para el tratamiento aunque éstos estén incluidos en las listas de psicotrópicos constituye una actividad **socialmente** aceptada que no podría incluirse en las especificaciones del tipo penal que sanciona las actividades contra la salud pública”.

El estudio jurisprudencial realizado permite alcanzar las siguientes conclusiones:

1.- El instituto de la adecuación social resulta de aplicación en la práctica jurisprudencial casi con carácter exclusivo a un grupo reducido de tipos penales –y aún en estos casos su aplicación resulta excepcional-: la estafa, las injurias, los delitos contra el medio ambiente, delitos contra la administración pública y las lesiones deportivas. Así las cosas, a pesar de que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de aplicar la adecuación social a casos de delitos contra la propiedad intelectual o contra la salud pública lo cierto es que se trata en estas ocasiones de supuestos excepcionales.

a) La estafa.

En relación al delito de estafa la jurisprudencia recurre con una cierta frecuencia al concepto de adecuación social a fin de determinar la idoneidad del engaño para que la conducta resulte típicamente relevante, de modo que en aquellos casos en que el engaño resulte burdo o “visible” según los parámetros sociales la conducta deberá ser considerada atípica. Llama la atención que en todos estos casos lo adecuado del comportamiento se hace en

realidad depender de su idoneidad para conseguir la afectación del bien jurídico patrimonio. Siendo ello así, creo que puede afirmarse que se produce un solapamiento en estos casos entre los institutos de la adecuación social y de la imputación objetiva –riesgo permitido-, de modo que cuando se habla de conducta socialmente adecuada en realidad se está haciendo referencia a la idoneidad del engaño para lesionar el bien jurídico, y por lo tanto al concepto de riesgo permitido.

b) Las injurias.

En el caso de las injurias la jurisprudencia utiliza el concepto de adecuación social no como parámetro de determinación de la tipicidad de las conductas, sino como criterio de delimitación entre el Derecho penal y la moral. Y es que lo que se afirma por nuestros tribunales con carácter general no es sino que a pesar de que determinadas expresiones puedan ser manifestación de mala educación y por lo tanto ser tildadas como socialmente inadecuadas, no procede su punición si lesionan de forma insignificante el bien jurídico protegido. Así las cosas, puede afirmarse que en estos casos la jurisprudencia utiliza el recurso a la adecuación social a fin de constatar que el Derecho penal debe ir más allá de la moral, desarrollando un uso impropio de la expresión adecuación social.

c) Delitos contra el medio ambiente.

Es en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente donde se observa una mayor precisión en el empleo de la figura analizada. Según la Sala Segunda del Tribunal Supremo todas aquellas conductas que a pesar de lesionar el medio ambiente resulten socialmente adecuadas –siempre que la conducta haya sido desarrollada dentro de la esfera de libertad del sujeto- deberán ser consideradas atípicas. Realiza en estos casos el Tribunal Supremo un uso adecuado del instituto de la adecuación social toda vez que hace depender la tipicidad de la conducta de lo disvalioso de la acción y no del resultado que la misma origine.

d) Delitos contra la Administración Pública.

Sin ningún género de dudas el grupo de casos donde la Sala Segunda del Tribunal Supremo realiza un uso exponencialmente más elevado del instituto de la adecuación social es en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública, y en realidad, siendo más precisos, el de los delitos cometidos por funcionarios públicos. Sin embargo debe indicarse que en la mayoría de los supuestos enjuiciados no se realiza un uso adecuado del instituto de la adecuación social en la medida en que se utiliza como criterio dirigido a verificar la insignificancia de la conducta., esto es, que las conductas socialmente adecuadas, por frecuentes, lesionarían de forma tan insignificante el bien jurídico que no pueden resultar merecedoras de reproche penal alguno. No obstante en otro grupo de casos la expresión adecuación social se emplea con mayor acierto, como criterio hermenéutico dirigido a lograr la restricción de la literalidad del tipo penal.

e) Lesiones deportivas.

Llama la atención el dato de que a pesar de que tradicionalmente las lesiones deportivas han sido tratadas como un supuesto paradigmático de atipicidad por adecuación social, el tratamiento ofrecido por nuestros tribunales de esta cuestión no resulta ni mucho menos unívoco. De este modo podemos hallar hasta tres posturas jurisprudenciales diferentes: 1.- se trata de un supuesto de atipicidad por adecuación social, 2.- se trata de un supuesto de exclusión de la punición por consentimiento del ofendido, 3.- se trata de un supuesto de justificación por encontrarnos en el ámbito de la actuación en el ejercicio de un derecho.

2.- Se produce un solapamiento entre el instituto de la adecuación social y el instituto de la imputación objetiva, especialmente en relación al concepto de riesgo permitido.

Puede afirmarse que, en un número para nada desdeñable de casos, cuando nuestros tribunales emplean la expresión adecuación social en realidad están haciendo referencia al concepto de riesgo permitido. Así las cosas, dicho extremo no sólo

resultaría fácilmente constatable en el ámbito del delito de estafa –en los términos antedichos- sino también en otros ámbitos como el de los delitos contra la seguridad vial. Nuestros tribunales emplean indistintamente ambas expresiones ayudando con ello a crear una mayor confusión en este ámbito.

3.- Se produce un solapamiento entre la adecuación social y el principio de fragmentariedad del Derecho penal.

Tal y como ya hemos tenido ocasión de apuntar, dicho solapamiento ha sido una constante, también en la doctrina, de modo que se ha pretendido aplicar a los casos de constatada insignificancia de la afectación del bien jurídico el instituto de la adecuación social cuando en realidad se trataba de casos que claramente quedarían resueltos ya con anterioridad a la aparición de esta teoría mediante la aplicación del principio de fragmentariedad del Derecho penal –no de intervención mínima reservado al legislador- bien en sede de tipicidad bien en sede de antijuridicidad.

4.- En atención a lo anteriormente expuesto puede afirmarse, asimismo, que la jurisprudencia española ha venido manejando de forma indistinta diferentes acepciones de la expresión adecuación social, contribuyendo con ello a la indefinición e indeterminación de este instituto.

7.- Algunas consideraciones finales.

Tal y como se señalaba al inicio de este capítulo el objetivo principal de estas páginas no era sino el de reflexionar acerca del instituto de la adecuación social, su creación, desarrollo y virtualidad práctica, a fin de constatar las diferencias en relación con el concepto de lo socio-comunicativamente relevante desde la perspectiva penal, o del concepto de sentido delictivo de las acciones.

Es cierto que, a primera vista, la expresión adecuación social, fruto de las connotaciones que lleva aparejadas, parece asimilarse plenamente al concepto de lo socio-comunicativamente relevante que constituye el eje esencial de la presente tesis. La similitud entre ambos conceptos proviene, del hecho de que en ambos casos se parte de modelos de configuración de la valoración de las conductas que parten de

presupuestos convencionales, más en concreto de la valoración que socialmente se realiza de la conducta.

No obstante, existen pronunciadas diferencias entre lo socialmente adecuado y lo socio-comunicativamente relevante:

- a) en primer lugar debe señalarse que lo socialmente adecuado se determina en base a un estudio del pasado, esto es, en atención a la constancia de lo que resulta frecuente y habitual en una comunidad, mientras que por su parte la determinación del significado socio-comunicativo de la conducta se desarrolla con independencia del pasado, esto es, implica simplemente determinar si esa conducta expresa un significado positivo o negativo en la comunidad presente, con independencia de que hasta el momento de su ejecución jamás hubiera sido previamente realizada.
- b) Mientras que el concepto de adecuación social es valorativamente neutro, en el sentido que no implica una valoración acerca de si la sociedad valora positiva o negativamente la conducta desarrollada por el sujeto, sino simplemente si es de las habitualmente ejecutadas en comunidad, el concepto de lo socio-comunicativamente relevante pretende conseguir una valoración pormenorizada de la acción, en el sentido de determinar no si la misma es de las habitualmente ejecutadas en comunidad, sino si se encuentra positiva o negativamente valorada por ésta.
- c) El concepto de lo socio-comunicativamente relevante permite una mejor contextualización de la acción, y por lo tanto la obtención de una respuesta más adecuada a la realidad, en la medida en que no se centra en si la conducta es habitualmente repetida o no, sino en el dato de si para ese caso concreto, y en atención al contexto en que se ha desarrollado, merece ser considerada penalmente relevante.
- d) Por último indicar, asimismo, que entre las principales diferencias entre uno y otro concepto, se halla el de su naturaleza y ubicación sistemática, toda

vez que la propuesta que se desarrollará más adelante no pretende sino hallar un mecanismo de negación pretípica del delito que se ubica en el ámbito de la acción, mientras que en relación al instituto de la adecuación social ya hemos observado que existe una notable indeterminación en este punto.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DEL DESVALOR DE ACCIÓN (I)

1.- Introducción.

Creo que no resulta aventurado afirmar que el Derecho penal moderno se encuentra actualmente en una fase histórica ciertamente convulsa. Por más que desde algunos sectores se insista en apuntar que ya “todo está dicho” lo cierto es que nos encontramos ante un momento de excepcional desarrollo científico, siendo posible advertir sustanciales cambios en el contenido de las categorías dogmáticas e incluso en el propio esquema de la teoría del delito.

El concepto o la figura jurídica del desvalor de la acción, junto al de bien jurídico protegido y por ello al de desvalor de resultado, ha sido uno de los que mayor atención, directa o indirectamente, ha merecido por parte de la literatura jurídico-penal del s. XX. Así las cosas, superado el periodo inicial del positivismo, y admitida la imposibilidad de que el Juez fuera la “simple boca de la ley”, iría progresivamente advirtiéndose la necesidad de dotar al desvalor de la acción de nuevos contenidos a través de los que conseguir superar los rigores derivados de la estricta aplicación del principio de legalidad³⁶³.

Con todo, a pesar de que en aquella búsqueda por la simbiosis entre realidad social y dogmática penal los esfuerzos se centrarían en el análisis del bien jurídico protegido, considero que el estudio histórico del desvalor de acción se torna imprescindible a fin de advertir su virtualidad teórico-práctica.

³⁶³ Vid. Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, ob. cit., pág. 17: “Dentro de las construcciones sistemáticas a las que alude este autor –en referencia a SCHÜNEMANN– ninguna ha tenido un papel más importante en la evolución de la teoría del delito y a la vez ninguna ha sido y es objeto de mayor discusión que el concepto de antijuridicidad”.

2.- Orígenes del moderno sistema de Derecho penal.

La génesis del Derecho penal moderno se encuentra estrechamente ligada a la aparición del Estado liberal dieciochesco y al pensamiento filosófico de la Ilustración³⁶⁴.

El Estado liberal surgió como reacción frente a las atrocidades cometidas y consentidas durante el Antiguo Régimen por un modelo de Estado en donde el poder, en su más amplia acepción, aparecía excesivamente identificado –podríamos incluso afirmar que confundido- con la figura de un soberano adjetivado como “*legibus solutus*” quien a la postre se hallaba legitimado por una pretendida divinidad.

No puede perderse de vista que el nuevo modelo de Estado que se alzó ante la estratificación social propia del medievo traía causa de la atribución de privilegios estamentarios de los que derivaban diferentes estatus sociales sobradamente admitidos por el ordenamiento jurídico, apareciendo por ello como reacción ante la desigualdad. De ahí precisamente que el Estado liberal se vincule en sus orígenes, al menos formalmente, con la aparición del Estado de Derecho cuya principal máxima reza que todos somos iguales ante la ley.³⁶⁵

³⁶⁴ Al respecto vid. Manuel ATIENZA, *El sentido del Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 2012, pág. 139: “el surgimiento del Derecho coincide con el del Estado, y las zonas de juridicidad dudosa son precisamente las que caen fuera del ámbito estatal. Pero esa conexión se acentúa particularmente en la época moderna, en la que Derecho y Estado tienden a aparecer como las dos caras de una misma realidad. Por un lado, el Derecho se configura como derecho estatal, como el conjunto de las normas procedentes del Estado. Pero, por otro lado, el Estado tiende también a verse desde el punto de vista del Derecho: el poder del Estado (ésta sería la idea del Estado de Derecho entendido en sentido amplio) es legítimo porque es un poder sometido al Derecho”.

En el mismo sentido vid. Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Editorial Trotta, Madrid, 2009, pág. 33: “El Derecho penal de los ordenamientos desarrollados es un producto predominantemente moderno. Los principios sobre los que se funda el modelo garantista clásico –la estricta legalidad, la materialidad y la lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia- en gran parte son, como es sabido, fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal”.

³⁶⁵ Al respecto vid. Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*, 4ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, pág. 420: “en la sociedad del Antiguo Régimen el monarca, en virtud de su “poderío real absoluto” podía con su sola voluntad crear leyes y no estaba (según muchos teóricos) sometido plenamente a la fuerza obligatoria de las leyes vigentes. El Derecho en último término dependía o emanaba de su voluntad soberana, porque el monarca era titular de la soberanía. Por otro lado, los súbditos no eran iguales ante el Derecho. Los privilegios individuales o estamentales sentaban el principio y la evidencia de que los hombres eran desiguales ante la ley. Finalmente, quienes por delegación del rey y en su nombre gobernaban y administraban justicia gozaban de un amplio margen de arbitrio, sobre todo los órganos administrativos y judiciales superiores, de manera que no siempre

Las revoluciones liberales, no en vano ideológicamente informadas por el pensamiento ilustrado y, en particular, por una revisión antropológica del individuo, así como por el ensalzamiento de la razón, conducirían a una concienciación colectiva acerca de la igualdad del ser humano y a un progresivo distanciamiento entre el poder político y la religión. La legitimidad divina del soberano, la estratificación social jurídicamente amparada y la arbitrariedad judicial propia de este periodo - consecuencia directa del poder omnímodo del soberano- serían sustituidas por la proclamación de la soberanía nacional, la legitimación legal de la autoridad, la división de poderes, la instauración del principio de legalidad y el elogio de la razón como única vía de acceso a la verdad, y por lo tanto a la justicia ³⁶⁶ –“SAPERE AUDE”-.

Con todo, no quisiera perder la oportunidad de subrayar un aspecto al que según mi opinión no se ha concedido tradicionalmente la importancia merecida en el estudio de la evolución del pensamiento jurídico. Sin negar el destacado papel que en la construcción de los fundamentos del moderno sistema del Derecho penal ostentan hitos tales como la consolidación de la soberanía nacional, el establecimiento de la división de poderes o la vigencia del principio de legalidad, creo sinceramente que el auténtico cambio de paradigma en el campo de las ciencias penales no se produciría sino gracias a la nueva concepción antropológica ilustrada del ser humano así como a la irrupción de la epistemología kantiana³⁶⁷. El tratamiento del ser humano como

actuaban en virtud de normas previas de vigencia general, ni tan siquiera respetando privilegios jurídicos, sino que muchas veces decidían en el ámbito gubernativo o en el jurisdiccional (por otra parte, no bien diferenciados entre sí) o bien en función de órdenes secretas procedentes de instancias superiores, o bien en función de su personal y arbitrario criterio. Todo ello permite hablar de un cierto absolutismo judicial y gubernativo como reflejo del absolutismo político del soberano. Pues bien, todos estos principios jurídicos fueron atacados por los principales teóricos (Montesquieu, J. J. Rousseau, Kant, Mirabeau y tantos otros) de la ilustración y del primer liberalismo...”.

³⁶⁶ Vid. Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*, ob. cit., pág. 421: “Si todo el Universo tiene sus leyes naturales, también el hombre que vive en sociedad debe regirse por unas leyes positivas que guarden relación de dependencia con las leyes naturales. ¿Cómo lograrlo? Por medio de la razón. [...] Por consiguiente podemos hablar de un principio de legalidad (toda sociedad humana se rige, como todo en el Universo, por sus leyes), del principio de racionalidad (esas leyes deben derivarse racionalmente de las leyes naturales) y del principio de nacionalidad (las leyes deben adecuarse a la personalidad y características de cada nación).

Asimismo vid. Manuel ATIENZA, *El sentido del Derecho*, ob. cit., págs. 142 y 143: “Según una famosa distinción de Max WEBER, la legitimidad del poder puede asumir básicamente tres formas. Eso quiere decir que la conciencia que se tiene sobre la legitimidad del poder puede basarse: en las cualidades excepcionales que se atribuyen a una persona –autoridad carismática-; en la creencia en la validez de lo que siempre existió –autoridad tradicional-; o en la creencia en la legalidad –autoridad legal-. Esta última, la legitimidad de tipo legal, es lo que caracteriza al Derecho y al Estado modernos”.

³⁶⁷ Vid. Immanuel KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Ed. Espasa Libros, Barcelona, 1999, pág. 81: “Por todo lo dicho se ve claramente que todos los conceptos morales tienen

sujeto racional, la delimitación entre razón pura y razón práctica y la consideración de esta última como único mecanismo idóneo de aproximación a la verdad, la constatación de la imposibilidad de adquirir certeza objetiva sobre cuestiones metafísicas, así como el emergente agnosticismo fruto de las anteriores consideraciones supondrían la auténtica revolución.

La ciencia del Derecho penal, como no podía ser de otro modo, evolucionó de modo paralelo a la teoría y filosofía-política ilustradas, ya que, en definitiva, la legitimidad del ordenamiento jurídico penal se encuentra lógicamente asociada a la de las fuentes de las que dimana³⁶⁸.

En este contexto debe precisamente situarse el pensamiento de FEUERBACH y, con él, el nacimiento de la ciencia jurídico-penal tal y como hoy es concebida.

A pesar de que hay quienes han bautizado como “padre” del moderno Derecho penal al célebre autor de la mítica obra “De los delitos y de las penas”, Cesare BECCARIA, por ser éste el primero que expuso algunos de los principales principios

su asiento y origen, completamente a priori en la razón, y ello tanto en la razón humana más común como en la más altamente especulativa; que no pueden ser abstraídos de ningún conocimiento empírico y, por tanto, contingente; que en esa pureza de su origen reside precisamente su dignidad, la dignidad de servirnos de principios prácticos supremos; que siempre que les añadimos algo empírico restamos otro tanto de su legítimo influjo y empobrecemos el valor ilimitado de las acciones; que no es sólo por una absoluta necesidad teórica en lo que atañe a la especulación, sino también por su extraordinaria importancia práctica, por lo que resulta indispensable obtener los conceptos y las leyes morales a partir de una razón pura, exponerlos puros y sin mezcla e incluso determinar la extensión de todo ese conocimiento práctico puro, es decir, toda la facultad de la razón pura práctica, pero todo ello sin hacer que los principios dependan de la especial naturaleza de la razón humana, como lo permite y hasta lo exige a veces la filosofía especulativa, sino derivándolos del concepto universal de ser racional en general, y de esta manera, la moral que necesita de la antropología para su aplicación al género humano, habrá de exponerse antes que nada de una manera completamente independiente de ésta, como filosofía pura, es decir, como metafísica (cosa que muy bien se puede hacer en esta especie de conocimiento totalmente separados), teniendo plena conciencia de que, sin estar en posesión de tal metafísica, no ya sólo sería inútil intentar distinguir con exactitud, de cara a un enjuiciamiento especulativo, lo propiamente moral del deber de lo que simplemente es conforme al debe, sino que ni siquiera sería posible, en el mero uso común y práctico de la instrucción moral, fundamentar las costumbres en sus verdaderos principios y fomentar así las disposiciones morales puras del ánimo e inculcarlas en los espíritus para el mayor bien del mundo”.

³⁶⁸ Bernd SCHÜNEMANN, “Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victidogmática”, en Ricardo ROBLES PLANAS, *Límites al Derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, editorial Atelier, Barcelona, 2012, pág. 66: “Sólo la época de la Ilustración logró, como era lógico en el ámbito del Derecho penal –para citar las palabras de Immanuel KANT- hacer salir a la humanidad de su minoría de edad padecida por culpa propia. En cierto modo, el “Big Bang intelectual” configuró la legitimación y, de esa manera, también la limitación del Estado por medio de la idea del contrato social. A partir de éste, a mediados del siglo XVIII, Cesare BECCARIA y Karl Ferdinand HOMMEL extrajeron las consecuencias decisivas para el Derecho penal, en la medida en que limitaron el poder penal estatal a la prevención del llamado daño social...”.

informadores del Derecho penal ilustrado³⁶⁹, creo que en realidad es al penalista alemán Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH –aunque sin olvidar las aportaciones de sus contemporáneos GROLMAN y STÜBEL- a quien debe calificarse como auténtico fundador de la moderna ciencia del Derecho penal, y en particular de la dogmática y sistemática penal de cuño alemán³⁷⁰.

En lo que a nosotros interesa debe incidirse en que el pensamiento del autor del Código penal de Baviera de 1813 gravitó en torno a una sustancial revisión de las teorías del contrato social, y por lo tanto de los fundamentos de legitimidad del “*ius*

³⁶⁹ Vid. Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Viejo y nuevo Derecho penal: principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, editorial lustel, Madrid, 2012, pág. 31: “El actual Derecho penal y el estudio del mismo tienen sus raíces en el pensamiento ilustrado y, en concreto en la obra de BECCARIA “De los delitos y de las penas”.

³⁷⁰ Vid. Günther JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2008, págs. 37 y 38: “En la segunda mitad del siglo dieciocho se insinúa una corriente de transformación poderosa, procedente de la Ilustración, ante todo en el ámbito de la política criminal vinculada a los nombres de *Beccaria*, *Sonnenfels* (coautor de la “Josefina”) y *Hommel*. En este contexto, *Feuerbach* proclama en 1799, y rebelándose explícitamente contra la “tiranía de *Carpzov*”, que carecen de carácter científico todos los empeños que no se caractericen por la formulación de conceptos determinados, así como de principios generales firmes que resulten de una reflexión clara y explícita”.

Asimismo vid. Eugenio Raúl ZAFFARONI, “Ensayo preliminar”, en Paul Johan Anselm Ritter von FEUERBACH, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pág. 18: “... su concepción está presidida por un importantísimo sentido antropológico, que lo llevó a ser el verdadero expositor y garante del derecho penal liberal [...] Cabe señalar que el Ritter von FEUERBACH fue el “hombre del cruce”, ubicado entre dos siglos, convergiendo en él dos métodos y dos pensamientos. El Iluminismo marca una época filosófico-política del pensamiento penal, en tanto que a partir de las grandes modificaciones de los primeros años del s. XIX se abre una etapa positivista y científicista. FEUERBACH se encuentra entre la crítica filosófica y el positivismo jurídico. Aunando los dos aspectos divergentes, FEUERBACH coronó lo que puede considerarse la primera estructuración de una parte general del Derecho penal en sentido moderno, que se materializa en los “prolegómenos” de su *Lerbuch*...”.

Asimismo vid. Eugenio Raúl ZAFFARONI, “Introducción”, en Paul Johan Anselm Ritter von FEUERBACH, *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pág. 52: “Sin duda que FEUERBACH fue un hombre del iluminismo y su Código de 1813 el primer Código Penal verdaderamente moderno, que ha sido determinante para todos los trabajos de legislación penal del s. XIX, configurando el punto de partida de la evolución del Derecho penal de toda la época del estado de Derecho liberal. El espíritu de FEURBACH dominó durante todo un siglo”. También en este sentido JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, volumen I, pág. 265; “... el Derecho penal se construye por los científicos con acento liberal. Destacan tres nombres: G. D. ROMAGNOSI (...) en Italia, Jeremías BENTHAM (...) en Inglaterra, y Anselmo von FEUERBACH (...), en Alemania. Se inicia así y prospera la escuela del Derecho penal liberal, que más tarde había de denominarse clásica”.

En el mismo sentido, Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, ob. cit., págs. 117 y 118: “Lo que podríamos definir como Derecho penal moderno surge en la obra de autores de finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX. Aunque a lo largo del siglo XVIII se suceden importantes obras en las que el desarrollo sistemático de una parte general va adquiriendo cada vez más protagonismo, es a partir de la definitiva recepción de las ideas ilustradas de, a finales de siglo, cuando la exposición del Derecho penal adquiere el perfil científico que ya no abandonaría. [...] Entre los autores que contribuyen a la gestación del moderno Derecho penal he elegido sólo a algunos que considero especialmente representativos [...] FEUERBACH, STÜBEL y GROLMAN”.

puniendi”; FEUERBACH, quien siempre se mostró extraordinariamente crítico con el pensamiento político de HOBBS³⁷¹, entendía que en el estado de naturaleza –en contraposición al Estado de Derecho, que para él aparecería como modo de organización convencional- los seres humanos se caracterizaban por ser totalmente libres, pero asimismo, por encontrarse en un permanente estado de incertidumbre y desasosiego fruto de la posibilidad de que su libertad así como el resto de sus derechos subjetivos se vieran en cualquier momento lesionados. Por aquel entonces, la única posibilidad de obtener la tutela de los derechos residía en las fuerzas del propio sujeto, mecanismo éste de protección claramente insuficiente a fin de garantizar las legítimas expectativas de los individuos:

“El ser humano no es meramente un ser racional sino también un ser sensible. Como ser racional él quiere el bien, como ser sensible lo agradable y útil; como ser racional quiere la libertad de todos, como ser sensible únicamente la propia. Debido a ello es sabido que la libertad; externa de todos no puede asegurarse en una situación en que cada uno puede tutelar su libertad únicamente con su propia fuerza y en la que todos se inclinan a dañarse mutuamente, cabe que todos esperen ser ofendidos y atropellados en sus derechos por alguien más fuerte. Semejante estado es el estado de naturaleza, que no se lo designa con este nombre porque fuese más natural sino para contraponerlo a la situación artificial y convencional del Estado”³⁷².

Así las cosas, según FEUERBACH, los individuos habrían decidido unirse en comunidad a fin de garantizar su libertad, constituyéndose la comunidad civil como mecanismo a través del que conseguir la obtención de medios idóneos para tutelar la seguridad de los seres humanos así como garantizar el respeto por sus legítimas expectativas.

No obstante, debe puntualizarse que en el pensamiento del autor alemán el concepto de sociedad civil no se identificaba con el de Estado toda vez que la sociedad civil se configuraba como un estadio histórico previo a la aparición del Estado.

Según FEUERBACH la sociedad civil se caracterizaría por tratarse de una unión de individuos que se hallaba huérfana de liderazgo, configurándose por ello como un estadio de la evolución histórica en donde cada uno de los miembros de la comunidad se hallaría igualmente legitimado para interpretar los mandatos del contrato social

³⁷¹ Vid. Paul Johan Anselm Ritter von FEUERBACH, *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*, ob. cit., pág. 64: “Thomas HOBBS, contemporáneo de Cromwell y de Carlos I, se nos presenta en sus escritos como decidido amigo del despotismo y de un poder supremo no limitado por ninguna vía. El regente es para él todo y el ciudadano no es nada; aquel tiene poder ilimitado para mandar, este tiene el único mérito de obedecer ciegamente...”.

³⁷² Paul Johan Anselm Ritter von FEUERBACH, *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*, o. cit., pág. 69.

según su voluntad sin que, por lo tanto, nadie gozara de autoridad que le permitiera imponer su criterio para el caso de discordancia al resto de sus congéneres.

Es por ello por lo que para éste el concepto de sociedad civil devenía estéril en tanto que únicamente permitía solucionar una parte del problema: “De este modo hemos encontrado entonces en la sociedad civil una institución para posibilitar la seguridad, pero con ello todavía no está agotada nuestra tarea, puesto que esta institución no es de tal naturaleza que posibilite la plena existencia del estado jurídico. Es verdad que todos se han unido para el objetivo de la sociedad; se han unido las fuerzas de todos para asegurar la libertad recíproca mediante la razón. Pero no está presente todavía un poder jurídicamente constituido que pueda dirigir las fuerzas vinculantes hacia el objetivo de la sociedad y determinar su bienestar. Cada individuo sigue siendo aún el intérprete de su contrato civil, cada uno determina por sí mismo lo que debe hacer u omitir para el bien de la sociedad. Por esta razón no es posible una voluntad unánime de todos (*volonté de tous*), ni unidad de las fuerzas, ni armonía en la actividad de los miembros de la sociedad, y por ende, no es posible lograr el objetivo de nuestra sociedad. Si se quiere alcanzar el objetivo de los contratos civiles debe existir una voluntad organizadora que sea la intérprete del contrato social, que determine la voluntad particular de los miembros para el bien de la totalidad. Tal voluntad debe someter a todos, lo que sucede mediante el contrato de sujeción (*pactum subjectionis*). Con éste los ciudadanos otorgan a una persona el derecho de guiar la voluntad de los individuos hacia el fin común de la sociedad civil, constituyendo de esta manera una voluntad, cuyas decisiones especiales deben ser reconocidas como decisiones comunes a todos los ciudadanos y por ende, dado que debe proveer a la ejecución y eficacia de la voluntad general, es el órgano de la voluntad general”³⁷³.

Resulta por lo tanto evidente que para FEUERBACH la transformación de la comunidad civil en Estado tendría lugar mediante la atribución de poder para resolver los conflictos acerca de la interpretación del contrato social al soberano –individuo, órgano o institución- quien asimismo quedaba investido como garante de la voluntad general.

Sin embargo, según FEUERBACH, y esto es lo determinante de su posterior construcción científico-penal, el soberano no sería un tercero ajeno al contrato social, sino una de las partes contratantes a quien, a pesar de conferirse importantes atribuciones, se sometía a una capital obligación: cumplir los fines de la sociedad civil. No en vano, debe recordarse que aquel se erigiría en primer servidor del Estado y por lo tanto en el principal promotor del objetivo de la sociedad:

“El pacto de sometimiento es un contrato bilateral, o sea, un acuerdo en que cada parte es tanto promitente como receptor de una promesa, y que funda para ambas tanto Derecho como obligaciones. El soberano promete gobernar al Estado conforme a la voluntad general; los súbditos prometen obedecer sus leyes y disposiciones. Si cada promesa aceptada da base a obligaciones plenas (y no puedo pensar en ninguna promesa sin esta característica) y si a cada obligación plena corresponde un derecho de coacción (que es el predicado esencial de la obligación plena), resulta que el pacto de sometimiento dará la base: 1. Para un deber pleno de obediencia al órgano de la voluntad general, junto a un derecho pleno por parte del soberano a coaccionar a sus súbditos para el cumplimiento de su promesa. 2. Para un deber pleno del soberano de actuar conforme al pacto de sometimiento y para un derecho pleno de

³⁷³ Paul Johan Anselm Ritter von FEUERBACH, *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*, ob. cit., págs. 73 y 74.

los súbditos de afirmar sus derechos –provenientes de este contrato- mediante la coacción del soberano”³⁷⁴.

Y es que la idea rectora fundamental en el pensamiento político de von FEUERBACH sobre la que posteriormente éste erigiría su teoría jurídica sentando con ello las bases de nuestro actual sistema de Derecho penal, no sería sino la de que el soberano se hallaría obligado a regirse conforme a las cláusulas del contrato social, condición ésta por el que sus actos únicamente se hallarían legitimados en tanto estuvieran orientados a tutelar y garantizar el respeto por los derechos y libertades de sus súbditos que, nunca debe olvidarse, preexistían a la propia figura del soberano e incluso al Estado:

“Gobierno es ejercicio del poder supremo conforme a la voluntad general; soberano no es más que la persona mediante quien se debe poder alcanzar el estado jurídico y el objetivo del Estado. De este modo quien quiera ser regente deberá querer ser órgano de la voluntad general; soberano no es más que la persona mediante quien se debe poder alcanzar el estado jurídico y el objetivo del Estado. De este modo, quien quiera ser regente deberá querer ser órgano de la voluntad general, puesto que nadie puede querer un objeto deseado sin los predicados que le son inherentes. [...] una declaración de querer ser soberano es también la declaración de querer cumplir con los deberes del gobierno”³⁷⁵.

La repercusión de semejantes conclusiones en el plano jurídico penal resultaría aplastante: sino existe un deber incondicional de obediencia al soberano y además resulta que éste está obligado a perseguir la realización de los fines del Estado, y en particular a garantizar la libertad de los ciudadanos, únicamente aquellas normas jurídicas que sean expresión de la voluntad general y que se dirijan directa o indirectamente a promover la libertad de los sujetos podrán ser consideradas legítimas, quedando por ello el ejercicio del *ius puniendi* rigurosamente condicionado.

Si bien es cierto que el propio von FEUERBACH consideraría que las teorías del contrato social no tenían otro valor que el de ser meros instrumentos pedagógicos, no puede negarse la relevancia que semejante construcción tendría en el desarrollo de su pensamiento así como en el devenir de la ciencia jurídico penal³⁷⁶.

³⁷⁴ Paul Johan Anselm Ritter von FEUERBACH, *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*, ob. cit., 2010, págs. 103 y 104.

³⁷⁵ Paul Johan Anselm Ritter von FEUERBACH, *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*, ob. cit., 111.

³⁷⁶ A modo de ejemplo el propio ROXIN construye su teoría acerca del fundamento del injusto sobre las mismas teorías contractualistas, al respecto vid. Claus ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, nº 4, Barcelona 2012, pág. 5: “¿Cuál es por lo tanto el fin del Derecho penal desde donde poder derivar la estructura del injusto? Dicho de la forma más sencilla posible: la función del Derecho penal reside en asegurar a los ciudadanos una vida en común pacífica y libre, bajo la salvaguarda de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Esto se deduce de los principios de nuestra Constitución, pero también de los

Tomando como fundamento las anteriores consideraciones, puede afirmarse que el pensamiento de von FUERBACH, y con él la primera formulación moderna del Derecho penal se desarrollaría en torno a cuatro “ideas rectoras”:

- a) Estricta delimitación entre Derecho y moral.
- b) Sometimiento del Estado al ciudadano.
- c) Creación del concepto de bien jurídico.
- d) Principio de estricta legalidad.

- a) Estricta delimitación entre Derecho y moral.

Una de las principales contribuciones de von FEUERBACH a la configuración del actual sistema de Derecho penal consistió en la tajante separación entre moral y Derecho que propulsó ya a principios del siglo XIX.

Firmemente asentado sobre las fundamentos epistemológicos kantianos y humenianos³⁷⁷, el creador del Código penal de Baviera de 1813 pasó a distinguir entre una razón práctica moral que operaría como fuente de acceso a los postulados éticos y una razón práctica jurídica que operaba de forma autónoma a aquella, como fuente de acceso al conocimiento de lo jurídico. Con ello FEUERBACH pretendía dejar bien claro la tajante distinción entre Derecho y moral, en tanto que disciplinas distintas informadas por criterios autónomos.

En realidad, semejante conceptualización aparecía como una consecuencia lógica de la revisión de las teorías del contrato social así como de su interpretación teleológica del Estado; si los individuos se reúnen en comunidad a fin de garantizar sus

fundamentos teórico-estatales de la democracia. Estos fundamentos se remontan a la Ilustración europea y a la noción de Contrato social que en ella se desarrolla, por el que los ciudadanos, como portadores del poder estatal instituyen un gobierno al que le transfieren el monopolio de la violencia, en la medida en que ello es necesario para garantizar su seguridad y libertad. Por lo tanto, el Estado no puede todo aquello que querría, sino que únicamente puede establecer prohibiciones cuando sean necesarias para la seguridad y la libertad de las personas. La prohibición de expresar la propia opinión libremente o de la práctica religiosa, pero también, por dejemplo, la discriminación legislativa de determinados grupos de población, no están por ende permitidas, pues dichas limitaciones no son necesarias para garantizar la seguridad y libertad”.

³⁷⁷ En relación a la separación entre Derecho y moral vid. Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob. cit., pág. 220: “es una tesis metalógica –y concretamente una aplicación de la llamada Ley de HUME- que veta en tanto que “falacia naturalista” la derivación del Derecho válido o “como es” del Derecho justo o “como debe ser” y viceversa”.

derechos, no corresponde al Estado otra intervención sino aquella que se dirija a garantizar los derechos de los ciudadanos, de modo que allí donde no existe un derecho que garantizar la actuación del Estado deviene ilegítima³⁷⁸.

b) Sometimiento de la autoridad del Estado a los derechos del individuo.

La revisión de las teorías contractualistas pergeñada por FEUERBACH dejaba a las claras su postura: para él los intereses del Estado debían quedar sometidos a los intereses de los ciudadanos.

Semejante configuración de las facultades estatales obedeció en realidad a la aparición de un nuevo paradigma de corte ilustrado en torno al modo de legitimación de la autoridad estatal, abriéndose paso desde finales del s. XVIII un modelo de legitimidad de tipo legal en el que la autoridad aparecía configurada de modo abstracto e impersonal por el ordenamiento jurídico. Construcción ésta que desde luego contrastaba con el modelo de legitimidad teológica propia del Antiguo Régimen, en donde el soberano aparecía adjetivado como representante terrenal de la divinidad.³⁷⁹

³⁷⁸ Vid. Eugenio Raúl ZAFFARONI, "Introducción", en Paul Johan Anselm Ritter von FEUERBACH, *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*, ob. cit., pág. 28-30: "Desde su primer trabajo antes de los veinte años parece una obsesión la insistencia en la separación entre ambos ámbitos, lo que fue delineando con gran meticulosidad, [...] su vinculación con el método kantiano no se altera, de modo que su posición debe considerarse como una variable del kantismo. Para KANT, el derecho se deduce del deber de respeto al imperativo categórico, del que emerge el derecho de cada individuo a ser tratado como fin en sí mismo y la consiguiente prohibición de mediatizarlo. Esto hace que para KANT el derecho resulte reconocible partiendo de la misma fuente de la que emerge el reconocimiento de la moral (del imperativo categórico). [...] Es precisamente en esto donde FEUERBACH introduce una variable notable: en lugar de procurar el reconocimiento del derecho a partir del imperativo categórico del obligado, lo hace de la razón práctica del propio titular del derecho subjetivo. Si bien no admite dos razones prácticas, sino siempre una, reconoce en ella dos funciones, o sea, que la razón práctica no se reduce a la función de razón práctica moral, sino que también cumple la función de razón práctica jurídica. En tanto que con la primera función indica lo que debe ser moralmente, con la segunda señala el ámbito de lo que puede hacerse ejerciendo derechos anteriores al contrato estatal y con independencia del deber ser moral. Esta segunda función señala el espacio jurídico como derecho subjetivo, con independencia de la voluntad del soberano y de la moralidad del acto".

³⁷⁹ Manuel ATIENZA, *El sentido del Derecho*, ob. cit., págs. 142 y 143: "Según una famosa distinción de Max WEBER, la legitimidad del poder puede asumir básicamente tres formas. Eso quiere decir que la conciencia que se tiene sobre la legitimidad del poder puede basarse: en las cualidades excepcionales que se atribuyen a una persona –autoridad carismática–; en la creencia en la validez de lo que siempre existió –autoridad tradicional–; o en la creencia en la legalidad –autoridad legal–. Esta última, la legitimidad de tipo legal, es lo que caracteriza al Derecho y al Estado modernos".

De ahí precisamente la construcción conceptual de la noción de Estado desarrollada por von FEUERBACH, como “sociedad civil organizada constitucionalmente mediante el sometimiento a una voluntad común, siendo su principal objetivo la creación de la condición jurídica, es decir, la existencia conjunta de los hombres conforme a las leyes”.

Debe ponerse un especial énfasis en que el apuntado cambio de paradigma no tuvo un origen casual o azaroso, sino que en realidad encontró su razón de ser en los postulados de la filosofía idealista de corte alemán, particularmente en la epistemología kantiana, en tanto que responsable de imponer una nueva vía de aproximación al conocimiento: la racionalidad. Y es que, en definitiva resulta evidente, una vez “demostrada” la ineptitud de las fuentes del saber de origen cosmológico y divino, que la laización del Estado y del ordenamiento jurídico resultaba sólo cuestión de tiempo. De ahí precisamente, que ante semejante revolución filosófica resultara necesario desarrollar un nuevo modelo de legitimación del poder, lo que en definitiva cristalizaría en una revisión de las teorías del contrato social. Asimismo, no debe pasar inadvertido que el paso de la legitimidad carismática a la legal supondría no sólo una profunda transformación de las vías de acceso al poder, sino asimismo –y esto es aún más importante que lo anterior- un cambio en torno a la configuración de las decisiones del poder. Así las cosas, mientras el soberano ostentó la consideración de representante de la divinidad, el contenido de sus decisiones no pudo ser objeto de revisión alguna, sin embargo al ser adjetivado como ser mundano jurídicamente legitimado, el contenido de sus mandatos pasó a ser susceptible de revisión, debiendo sus decisiones aparecer amparadas por la racionalidad –al menos en el plano teórico nada justificaba lo contrario-³⁸⁰.

³⁸⁰ Winfried HASSEMER, “Derecho penal y filosofía del derecho en la república federal alemana”, *Revista Doxa*, Universidad de Alicante, 1990, nº 8, págs. 176 y 177: “La teoría del contrato social fue la respuesta a este problema de legitimación. En el fondo viene a decir que la legitimidad de las prescripciones jurídicas se deriva de los mismos que están sometidos a ellas. El estado natural se transforma en estado jurídico renunciando el ciudadano adulto –capaz de conocimiento- a una parte de su libertad natural para así poder convivir en libertad con los otros ciudadanos que igualmente renuncian a una parte de su libertad. En un plano horizontal el contrato social significa, por tanto, el acuerdo –imaginario- de los ciudadanos en un orden jurídico vinculante para todos [...] la autoridad superior puede lesionar los límites impuestos a su actuación, desatender sus funciones o imponer arbitrariamente su voluntad a los ciudadanos, restringiendo, por ej. su libertad más de lo que permite el contrato social. En este caso, muchos de los que defienden la teoría del contrato social admiten también un legítimo derecho de resistencia a la autoridad”.

En definitiva, si los ciudadanos habían decidido libremente ceder el monopolio de la violencia al soberano a fin de que éste garantizara sus derechos –recuérdese que preexistentes al propio nacimiento del Estado–, resultaba evidente que los intereses de éste jamás podían suponer menoscabo arbitrario alguno de los derechos de sus miembros, en tanto que el soberano quedaba condicionado en el ejercicio de su autoridad al cumplimiento de los deberes que le habían sido impuestos:

“Quien excede los límites de la libertad jurídica comete una lesión jurídica o injuria. El que lesiona la libertad garantizada por el contrato social, y asegurada mediante leyes penales, comete un crimen. Por ende, crimen es, en el más amplio sentido, una injuria contenida en una ley penal, o una acción contraria al derecho del otro, conminada en una ley penal. Las injurias también son posibles fuera del Estado, pero los crímenes únicamente lo son dentro del Estado”³⁸¹.

c) La aparición del concepto de bien jurídico protegido.

La tajante separación entre el plano de lo jurídico y de la moral, el sometimiento de la autoridad estatal a los intereses de la ciudadanía y, especialmente, el triunfo del método racional impuesto por el idealismo alemán conducirían a una reconfiguración del ordenamiento jurídico.

Así las cosas, el cambio de paradigma antes apuntado, en relación a la legitimación del soberano, también resultaría predicable en el plano de las normas jurídicas en tanto que los mandatos legales ya no podrían encontrar amparo en las fuentes de naturaleza religiosa –sin olvidar asimismo que la epistemología kantiana habría descubierto la falacia naturalista determinando así la imposibilidad de deducir del ser el deber ser–, sino únicamente en la racionalidad humana, sentándose con ello las bases para la creación de lo que se ha denominado Derecho natural racionalista³⁸².

³⁸¹ Paul Johan Anselm Ritter von FEUERBACH, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pág. 64.

³⁸² Vid. HASSEMER, *Derecho penal y filosofía del Derecho en la República Federal Alemana*, ob. cit., pág. 89: “La teoría crítica del conocimiento del idealismo alemán significó, dicho de un modo simple y breve, la superación del derecho natural clásico. El derecho natural cosmológico de la tradición aristotélica descansaba en la deducción del deber a partir del ser (“monismo metódico”), el orden del deber humano se derivaba así del orden real de la naturaleza. Esta deducción de un orden del deber desde el mundo empírico no fue ya posible a partir de Kant; los neokantianos, con el “dualismo metódico”, realizaron importantes restricciones al separar con claridad el ser del deber ser. El destino del derecho natural de origen divino característico de la teología de Tomás de Aquino y del pensamiento medieval europeo, estaba indisolublemente unido al destino de una divinidad inmanente; de un ser, por tanto, que no sólo era la fuente incuestionable del puro deber, sino también la que revelaba este deber a las personas [...] La filosofía idealista no hubiera merecido este nombre si no hubiera creado las bases de otra clase de derecho natural, del llamado “derecho natural racionalista”. [...] Este derecho natural

Ante este nuevo modelo de racionalidad jurídica en que el soberano aparecía como un “*primus inter pares*”, mera parte del contrato social, vinculado, o incluso limitado, por el cumplimiento de las funciones asignadas al Estado, FEUERBACH concluyó que el “*ius puniendi*” únicamente podría ser legítimamente ejercido en aquellos casos en que el mismo se hallara dirigido a garantizar el cumplimiento del contrato social. Por ello, si fin primero del referenciado contrato era el de garantizar la libertad de los ciudadanos, sólo en aquellos supuestos en que el Derecho penal se empleara como instrumento a través del que conseguir la efectiva realización de aquella libertad cabría afirmar la legítima utilización del *ius puniendi*³⁸³.

Aparecía así en la teoría de von FEUERBACH el concepto de bien jurídico protegido –aunque sin llegar nunca a emplear dicha denominación³⁸⁴ como mecanismo a través del que garantizar la legitimidad de las normas penales en tanto que expresión del método racional propio de las ciencias jurídicas, mecanismo de control de la actividad legislativa y parámetro apto para conseguir afianzar la distinción entre Derecho y moral. En definitiva, tal y como afirma HORMAZABAL MALAREE, el penalista alemán: “definió el delito como lesión de la libertad garantizada por el contrato social”, sentando así las bases del concepto de bien jurídico protegido, y todo

racionalista desempeñó un papel muy importante en toda la discusión que sobre la legitimación del poder hubo en el siglo XIX”.

Asimismo vid. Günther JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2008, pág. 32: “una concepción del Derecho penal como instrumento, fundado en la razón, de la sociedad civil, la cual ha de ser un instrumento fundado en la razón para garantizar la libertad de los ciudadanos (FEUERBACH)” [...] págs. 38 y 39; “En este contexto, FEUERBACH proclama en 1799 [...] que carecen de carácter científico todos los empeños que no se caractericen por la formulación de conceptos determinados, así como de principios generales firmes que resulten de una reflexión clara y explícita. [...] FEUERBACH vende sus reflexiones bajo el lema precisión en lugar de arbitrariedad, pero lo que realmente quiere decir es razón en lugar de autoridad”.

³⁸³ Vid. Günther JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, ob. cit., págs. 42-44: “El resultado de las reflexiones de FEUERBACH es que en las relaciones entre personas que no se encuentran especialmente vinculadas, es decir, entre personas cualesquiera, sólo se puede amenazar con una pena la infracción de los deberes negativos [...] La existencia de una obligación moral no es suficiente por sí misma. Ésta es la despedida jurídico-penal de la teoría del Estado y de la teoría penal del absolutismo ilustrado [...] FEUERBACH hace a un lado este compromiso con la generalidad: libertad de la persona en lugar de fomento de lo que es óptimo para la comunidad”.

³⁸⁴ Vid. Winfred HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, editorial Bosch, Barcelona, 1984, pág. 37: “El concepto de bien jurídico es obra del pensamiento de la Ilustración. Lo fundamentó y formuló Paul Johan Anselm FEURBACH como arma contra una concepción moralizante del Derecho penal”. En idéntico sentido vid. HASSEMER, *Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal Alemana*, ob. cit., pág. 92; “El principio de protección de bienes jurídicos fue elaborado originariamente por FEUERBACH [...] Sólo los intereses humanos (FEUERBACH) o, en su caso, los bienes jurídicos (BIRNBAUM, von LISZT) puede ser objeto de protección por el Derecho penal. Una conminación penal que sólo tenga como objeto ideología social es, por tanto ilegítima”.

ello tomando como fundamento “el precedente de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano que limitaba las prohibiciones legales sólo a las acciones perjudiciales a la sociedad que se expresó en la teoría de FEUERBACH (1832) de la lesión del derecho subjetivo”³⁸⁵.

Conviene destacar, no obstante, que el concepto de bien jurídico no es original de FEUERBACH, a pesar de que sería en este autor con quien encontraría mayor desarrollo y difusión mediante la creación de un concepto material de delito³⁸⁶.

d) El principio de estricta legalidad.

Sin ningún género de dudas el principio de legalidad, junto con la técnica de la división de poderes, constituye el principal legado del pensamiento político del liberalismo.

En realidad, puede afirmarse que éste apareció como principal reacción ante el sadismo, la violencia desmesurada, la irracionalidad y la arbitrariedad propios del Antiguo Régimen, fruto, en definitiva, del sometimiento pleno a la libre voluntad de un soberano cuyo poder no se hallaba limitado en forma alguna. La revolución ilustrada de las ideas acompañó en esta ocasión a una revolución política que hallaría en la Revolución Francesa su máxima expresión, imponiéndose a través de ella un auténtico cambio de paradigma en todos los sentidos³⁸⁷.

Así las cosas, frente a la irracionalidad, el subjetivismo y la más absoluta de las desigualdades en la aplicación del Derecho penal que caracterizaron a la Edad Media el principio de legalidad se alzó, fruto de la nueva consideración del soberano como parte

³⁸⁵ Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Ed, PPU, Barcelona, 1991, pág. 69.

³⁸⁶ Vid. Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, ob. cit., págs. 132 y 133: “FEUERBACH insistió de forma especialmente intensa en que el delito consiste en una acción externa capaz de lesionar los derechos ajenos. La ley penal tiene por objeto la preservación de los derechos subjetivos. El delito es una acción que lesiona tales derechos. [...] esta idea no es original de FEUERBACH, (aunque es él quien la destaca con mayor insistencia, quizás por su especial interés en separar Derecho y moral) sino que se encuentra presente en todos los autores de este periodo como GROLMAN, TITTMAN, STÜBEL o, entre nosotros, LARDIZABAL, y puede interpretarse como una consecuencia más de la traslación de las ideas ilustradas a la ciencia penal”.

³⁸⁷ Vid. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, ob. cit., pág. 263: “Como siempre una Revolución, primero en las ideas (Enciclopedia y Aufklärung) y luego en la realidad política, ha planteado un nuevo modo de ser. La Filosofía penal liberal ha nacido revolucionariamente en las postrimerías del s. XVIII. [...] La tres figuras de la época: BECCARIA, HOWARD y MARAT, más que edificar un Derecho penal y carcelario nuevo, censuraron lo existente, procuraron destruir lo ya caduco”.

del contrato social y de las nuevas formas de legitimación del poder, como garantía de realización de los fines del Estado, y desde luego, como *leitmotiv* del Estado de Derecho, procediéndose con ello a una clara humanización de los ordenamientos jurídicos.

A pesar de que hay quienes han afirmado que las primeras formulaciones del principio de legalidad se encontrarían en la Magna Carta leonesa de 1188 y en la Magna Carta inglesa de 1215, creo que puede afirmarse que los auténticos antecedentes del mismo, al menos en lo que a su conceptualización y espíritu actuales se refiere, se hallarían en la filosofía política de Jean Jaques ROUSSEAU. Sin embargo, sería BECCARIA, gracias a su célebre obra “De los delitos y de las penas” quien lograría su popularización ya a finales del siglo XVIII, sin olvidar, desde luego, el triunfo que supondría su proclamación en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789³⁸⁸.

Con todo, lo cierto es que, más allá de la anécdota histórica, sería Von FEUERBACH el que algunas décadas después emprendiera el auténtico desarrollo científico del principio de legalidad confiriéndole así su actual configuración jurídica: *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legal*. Según FEUERBACH:

“toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que conmine un mal sensible. De aquí surgen, sin excepción alguna, los siguientes principios derivados: I) Toda imposición de pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*). Por ende, sólo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y posibilidad jurídica de una pena. II) La imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (*nulla poena sine crimine*). Por ende, es mediante la ley como se vincula la pena al hecho, como presupuesto jurídicamente necesario. III) El hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine*

³⁸⁸ Vid. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, ob. cit., pág. 389: “Los autores –repitiéndose en serie- suelen reconocer, como el documento originario de donde arranca el principio legalista en materia penal el famoso art. 39 de la Magna Carta inglesa, arrancada por los nobles a Juan Sin Tierra, el año 1215. Allí se decía que “*nullus liber homo*” podría ser penado “*nisi per legale iudicium parium, uovim vel per legem terrae*”. [...] La Charta Magna leonesa es más antigua y de raigambre netamente popular. La otorga D. Alfonso, Rey de León y de Galicia, en las Cortes de León del año 1188. [...] Pero fue en la Declaración Francesa del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, donde adquiere “universalidad”. [...] pág. 167; “El principio de legalidad se halla plenamente encarnado en el famoso apotegma *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que tiene su auténtico origen en la filosofía de ROUSSEAU”. [...] pág. 254; “La filosofía penal liberal se concreta en el pensamiento de BECCARIA en una forma jurídica que resultaba del contrato social de ROUSSEAU; el principio de la legalidad de los delitos y de las penas: nadie podrá ser castigado por hechos que no hayan sido anteriormente previstos por una ley, y a nadie podrá serle impuesta una pena que no esté previamente establecida en la ley. Estos postulados de filosofía penal liberal acabaron con la arbitrariedad de los jueces, y pasaron al Derecho del s. XIX...”.

poena legali). Consecuentemente, el mal como consecuencia jurídica necesaria, se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica determinada³⁸⁹.

Hay que decir, que la originalidad de su propuesta radicó en la clara delimitación en la construcción de sus planteamientos entre una legitimación interna y otra externa del Derecho, consecuencia, en definitiva, de su voluntad de distanciar la materia penal de la filosofía moral, erigiéndose en el primer jurista en ofrecer una auténtica fundamentación jurídica y sólo jurídica del principio de legalidad³⁹⁰.

Gracias a FEUERBACH el Derecho penal, y por lo tanto el delito, pasarían a ostentar la condición de “mero” convencionalismo. Semejante adjetivación –que posteriormente el materialismo filosófico alemán extendería a todos los ámbitos- fruto del advenimiento de las teorías epistemológicas ilustradas, y la correlativa negación de la génesis eteizante o biológica del delito, que dejó de ser concebido como castigo por el pecado y pasó a convertirse en reproche por la contravención de la legalidad –no “*quia peccatum est*”, sino “*quia prohibitum est*”- marcarían de forma decisiva la posterior evolución de la Ciencia jurídica.

Por ello, las concepciones sustanciales u ontologicistas del delito propias del primer iusnaturalismo cedieron en favor de concepciones racionalistas fundadas en parámetros de orden objetivo cuya posterior evolución conduciría hacia doctrinas iuspositivistas, así como hacia la consideración de la ley como expresión de la voluntad popular a la luz de los nuevos modelos democráticos pergeñados³⁹¹.

A la vista de lo antedicho se advierten las importantes consecuencias derivadas de la admisión del principio de legalidad: la proclamación de la igualdad ante la ley, así

³⁸⁹ Paul Johan Anselm Ritter von FEUERBACH, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, ob. cit., pág. 63.

³⁹⁰ Vid. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, ob. cit., pág. 381: “En la ciencia de nuestro Derecho los principios *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimine* y *nullum crimen sine poena legali*, fueron afirmados por vez primera en el *Lerbuch* de Anselmo von FEUERBACH, con alcance meramente científico.

³⁹¹ Vid. Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob. cit., pág. 34: “el convencionalismo penal tal y como resulta del principio de estricta legalidad en la determinación abstracta de lo que es punible [...] exige dos condiciones: el carácter formal o criterio de definición de la desviación y el carácter empírico o fáctico de las hipótesis de desviación legalmente definidas. La desviación punible, según la primera condición, no es la que por características intrínsecas u ontológicas es reconocida en cada ocasión como inmoral, como naturalmente anormal o como socialmente lesiva o similares. Es más bien la formalmente indicada por la ley como presupuesto necesario para la aplicación de una pena, según la clásica fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*. Por otra parte, conforme a la segunda condición, la definición legal de la desviación se debe producir no con referencia a figuras subjetivas de status o de autor, sino sólo a figuras de comportamiento empíricas y objetivas, según la máxima clásica *nulla poena sine crimine et culpa*”.

como del principio de culpabilidad, la supresión del decisionismo judicial, el triunfo de la seguridad jurídica, la configuración de la ley como auténtica expresión de la voluntad popular, la negación del Derecho penal de autor basado en las características y circunstancias personales del delincuente, etc...

En definitiva, para FEUERBACH no era la naturaleza, ni la moral, ni la verdad, sino aquello que con autoridad dice la ley, mediante la positivización de los supuestos de hecho, lo que dotaba a las conductas de relevancia penal, de ahí precisamente la proclama: *Auctoritas, non veritas facit legem*.

Conviene asimismo destacar que semejante conceptualización supondría de igual manera una importante revisión del modelo de proceso judicial existente hasta la fecha, que a partir de entonces pasaría de gozar de naturaleza constitutiva a disponer de carácter cognoscitivo; esto es, pasó de ser concebido como mecanismo a través del que el juez creaba Derecho, a configurarse como vía a través de la que el juez aplicaba el ordenamiento jurídico mediante el análisis de la realidad empírica y la aplicación de criterios lógico-deductivos³⁹².

“Puesto que la punibilidad de una acción especial está condicionada por la existencia del tipo de un crimen, pero la existencia jurídica de una acción depende de la prueba jurídica de la misma, un súbdito no podrá ser penado si la prueba legal de la acción que cae bajo una ley penal y de la que se le inculpa fuese incompleta, como tampoco cuando la acción probada no caiga bajo la ley penal. Por ende, la pena con prueba incompleta es antijurídica, tanto si se aplica la pena legal como si se aplica una pena atenuada (extraordinaria)”³⁹³.

El nuevo modelo judicial pretendía, por lo tanto, reducir la labor judicial a la mínima expresión. Y ello, como consecuencia del entendimiento de la ley como principal expresión de la soberanía nacional residenciada en un pueblo, convertido en único y legítimo titular del poder³⁹⁴, como mecanismo a través del que garantizar la

³⁹² Vid. Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob. cit., págs. 36 y 37: “Esta concepción cognoscitivista de la jurisdicción, junto a la convencionalista y empirista de la legislación de la que es complementaria, se dirige a asegurar otros dos logros ético-políticos de la cultura penal ilustrada. Ante todo, el valor de la certeza en la determinación de la desviación punible, confiada no ya a valoraciones extemporáneas y contingentes post *factum*, sino exclusivamente a la taxativa formulación legal y judicial de supuestos típicos generales y abstractos”.

³⁹³ Paul Johan Anselm Ritter von FEUERBACH, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, ob. cit., pág. 83.

³⁹⁴ Al respecto vid. Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 9 y 10: “... como ha sido manifestado, la única razón que justifica la elección del Legislativo como el solo detentador de la potestad normativa en materia penal, reside en la representatividad de aquél poder, en ser expresión no de una oligarquía sino de todo el pueblo, que a través de sus representantes se encarga de que el ejercicio del poder se realice no ya arbitrariamente, sino en interés y beneficio del pueblo.

igualdad de los ciudadanos, así como igualmente fruto de la desconfianza generalizada en las instituciones que habían sobrevivido al cambio de régimen, pasando éste a convertirse en mero aplicador del Derecho cuya función se limitaba a constatar la realidad del hecho imputado y su subsunción en el ordenamiento jurídico penal.

3.- El sistema del delito de FEUERBACH.

La nueva teoría del delito elaborada por von FEUERBACH –y junto con él la de algunos de sus contemporáneos como GROLMAN, TITTMAN, STÜBEL, etc.- supuso, a pesar del escaso desarrollo dogmático alcanzado en la época, el establecimiento de una clara delimitación entre antijuridicidad y culpabilidad, aún y cuando el análisis de esta cuestión nunca fuera abordado de forma expresa.

Así, FEUERBACH, en su intención de elaborar un concepto material de delito fue capaz de distinguir entre un aspecto objetivo o externo del delito, que identificó con la existencia de una conducta que además de resultar lesiva para derechos subjetivos era susceptible de ser subsumida en la literalidad de la ley, y un aspecto subjetivo que habría identificado con la relación psicológica entre el autor y el hecho, superando de esta forma las anteriores teorías de la imputación en donde antijuridicidad y culpabilidad constituían un todo unitario y en donde el delito aparecía reducido a la mera atribución de un resultado.

En este contexto resulta de extraordinario interés subrayar que en el sistema del delito elaborado por FEUERBACH, el contenido de la antijuridicidad se encontraba extraordinariamente próximo al actual modelo sostenido por la doctrina mayoritaria. En la formulación feurbachiana el injusto se hallaba configurado, al igual que en la actualidad, en torno a dos parámetros: desvalor de acción y desvalor de resultado. De modo que el desvalor de la acción aparecía representado por la constatación de una conducta subsumible en la literalidad de la ley penal, esto es por la antijuridicidad formal, mientras que el desvalor del resultado se identificaba con la necesidad de corroboración de una efectiva lesión de derechos subjetivos, que hoy denominaríamos bienes jurídicos protegidos³⁹⁵.

³⁹⁵ Vid. Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, ob. cit., págs. 133 y 134: “Por otro lado, FEUERBACH se refiere en múltiples ocasiones y con distintas expresiones al hecho

Precisamente en donde dicho extremo aparece en forma más reveladora es en el tratamiento de la tentativa que desarrolla FEUERBACH, para quien la tentativa absolutamente inidónea debe ser considerada penalmente irrelevante por no disponer de capacidad lesiva para derechos subjetivos, esto es, para bienes jurídicos penalmente tutelados³⁹⁶; mientras que la tentativa idónea debía merecer una sanción inferior a la prevista para el delito consumado:

Sirva de ejemplo la regulación contenida en el Código penal de Baviera de 1813

“ Artículo 57.- “Hay tentativa cuando una persona, con la intención de cometer un crimen, hubiese emprendido acciones exteriores que estuviesen dirigidas a la ejecución o preparación del mismo”.

Artículo 58.- La tentativa estará libre de toda pena, cuando el actuar hasta la consumación no hubiese sido impedido por obstáculos exteriores, por impotencia o por accidente, sino que, libremente, por impulsos de conciencia, piedad o temor a la pena, se desistiese del emprendimiento; no obstante, esto último no se presume. Por supuesto, quien desista libremente, pero teniendo el dolo de ejecutar la infracción en otro tiempo, en otro lugar, sobre otra persona o de otra manera, será penado como si se hubiese impedido la consumación contra su voluntad.

Artículo 59.- De todas formas, las tentativas no punibles de crímenes para los que se establezcan pena de muerte, de cadena, de presidio o de casa de trabajo, tienen como consecuencia la orden de especial vigilancia policial personal.

Artículo 60.- Cuando una tentativa punible haya llegado tan cerca de la consumación del crimen o delito, que el infractor haya estado ya en vías de aquella acción mediante la cual el crimen o delito debía haberse producido en la realidad en seguida e inmediatamente, habrá una tentativa próxima, cuya pena deberá ser proporcionada en relación a la pena del crimen completo de la siguiente manera: I) En lugar de la pena de muerte, será aplicable la pena de cadena o la de presidio por tiempo indeterminado; II) Imponiéndose al crimen consumado pena de cadena o presidio por tiempo indeterminado o de veinte años como mínimo, deberá imponerse presidio de diez a quince años; III) En otras penas privativas de libertad delimitadas temporalmente, deberá reducirse la cuarta parte del grado menor de la pena establecida para el crimen o delito completo y, en caso necesario, se la disminuirá hasta la mitad, pero no más.”³⁹⁷

antijurídico lesivo de derechos pero todavía no imputable: así, por ejemplo, habla de “hecho antijurídico” (*rechswidrige Factum*), o de “resultado antijurídico o ilegal” (*rechswidrige o gesetzwidrige Effect*); o de “infracción de la ley” (*Uebertretung des Gesetzes*). [...] La justificación de este punto de vista resulta especialmente interesante porque se apoya en un concepto material de antijuridicidad que coincide en lo sustancial con el hoy dominante: “Una acción sólo es (externamente) antijurídica cuando lesiona o pone en peligro al derecho. La sola intención antijurídica no otorga a ninguna acción la característica de la antijuridicidad. Quien habla de delito en el suministro de un hipotético veneno, de tentativa de homicidio de un cadáver o similares, confunde lo moral con lo jurídico, las razones de la policía de seguridad con el derecho a penar, y debería también declarar culpable de tentativa de homicidio a cualquier bávaro que vaya en peregrinación a una capilla a rezar para que muera su vecino”.

³⁹⁶ Vid. Paul Johan Anselm Ritter von FEUERBACH, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, ob. cit., pág. 75: “En principio, existe una determinada infracción cuando han tenido lugar todos los acontecimientos y efectos que pertenecen al concepto de crimen (crimen consumado, del *consummatum*). No obstante, una acción externa intencionalmente dirigida a la producción de un crimen (emprendimiento criminal, *conatus delinquendi* en sentido amplio) ya constituye por sí misma una infracción y será penada, siendo objetivamente peligrosa: a) Cuando la consumación se interrumpa únicamente por impedimentos externos y no por libre mutación de la voluntad; b) Cuando la acción, conforme a su característica externa (mediata o inmediata, mayor o menor) se encuentre en conexión causal con el crimen tenido en vista”.

³⁹⁷ Vid. Paul Johan Anselm Ritter von FEUERBACH, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, ob. cit., págs. 93 y 94.

En realidad, semejante configuración del contenido de la antijuridicidad resulta coherente con el sistema anteriormente expuesto, apareciendo como una consecuencia lógica de la nueva sistemática penal propuesta por el autor del Código de Baviera.

Así, parece evidente que la decidida separación entre Derecho y moral cristalizada en la exigencia de ofensividad de la conducta delictiva desarrollada por FEUERBACH, resultaba a todas luces coherente con la configuración de un aspecto objetivo y otro externo del delito; en definitiva se trataba de dejar claro que la contrariedad a Derecho se produciría con independencia de las concretas circunstancias subjetivas del autor.

Por otro lado, a pesar de que FEUERBACH jamás empleó semejante terminología, la separación entre desvalor de acción como expresión de una mera antijuridicidad formal y desvalor de resultado como expresión de la antijuridicidad material de la conducta desarrollada y por lo tanto de su lesividad, resultaba asimismo lógica a la vista no sólo del nuevo concepto de bien jurídico, sino especialmente de la nueva formulación del principio de legalidad y de la configuración del principio de división de poderes propio de la época. Y es que, en definitiva, el esquema conceptual resultaba sencillo: es al legislador a quien corresponde, como representante de la soberanía nacional, decidir de entre todas las conductas lesivas para bienes jurídicos cuáles de ellas, por adjetivarse como disvaliosas, deben ser tipificadas, reduciéndose por ello la labor judicial a la mera aplicación en sentido estricto de dichas normas.

Lo realmente llamativo de lo hasta ahora expuesto radica precisamente en el dato de que, al menos a grandes rasgos, siga siendo éste el modelo seguido hoy en día por la doctrina mayoritaria. Llama poderosamente la atención que la conceptualización del desvalor de la acción propia de principios del s. XVIII siga, con matices, vigente en la actualidad.

4.- La propuesta de HEGEL.

A pesar de que el “moderno” modelo dogmático propuesto por von FEUERBACH sentaría las bases del nuevo Derecho penal, éste sería superado ya en el

primer tercio del s. XIX por una nueva propuesta de signo radicalmente opuesto: el sistema del delito hegeliano.

En realidad, no resulta aventurado afirmar que desde entonces la vigencia de los modelos de signo feuerbachiano y hegeliano irían oscilando como si de un péndulo se tratara en función del momento histórico y de las tendencias políticas imperantes, a través de la sucesiva alternancia de diferentes propuestas dogmáticas, en ocasiones incluso coincidentes en el tiempo.

Sin ningún género de dudas HEGEL puede ser adjetivado como el filósofo de la Restauración por antonomasia³⁹⁸. Su exaltación o incluso glorificación del Estado, una vez superado el periodo revolucionario tras la caída de Napoleón, marcarían de forma decisiva su concepción del Derecho, y con ello la de varias generaciones de juristas.

A pesar de que el pensamiento de HEGEL ha sido en no pocas ocasiones tildado de oscuro, creo que puede decirse que su concepción del Estado resulta clara. HEGEL entendió que los seres humanos, individualmente considerados, se hallan impulsados a actuar egoístamente en pro de su placer y felicidad, caracterizándose su actuación por obedecer a motivos meramente subjetivos. De ahí que un hombre singularmente considerado sea incapaz de acceder a lo objetivo o universal toda vez que su entendimiento siempre se encontrará en mayor o menor medida nublado por sus intereses particulares³⁹⁹. Sin embargo, el individuo, en tanto que ser social, participa con otros individuos; HEGEL entiende que el individuo, en primer lugar, es miembro de una familia. Sin embargo, la familia en tanto que se compone de miembros unidos por lazos singulares, también tiende a alcanzar objetivos egoístas que benefician exclusivamente a sus miembros. A su vez, los individuos que constituyen la familia forman parte de una comunidad de mayor envergadura, la sociedad civil, organización ésta que según HEGEL aún no es capaz de alcanzar lo objetivo y universal, toda vez que

³⁹⁸ Vid. Nicolás LÓPEZ CALERA, *Mensajes hegelianos. La filosofía del Derecho de G.W.F Hegel*, ob. cit., pág. 35: “La “Filosofía del Derecho de 1820”, aun teniendo un núcleo liberal, fue valorada como ambigua y HEGEL fue apareciendo como sospechoso de apoyar la política de la restauración de Prusia y en consecuencia su filosofía política fue desacreditada”.

³⁹⁹ Vid. G.W.F. HEGEL, *Doctrina del Derecho, los deberes y la religión para el curso elemental*, Ed. Biblos, Madrid, 2010, págs. 91-93: “El impulso del hombre conforme a su existencia particular, como lo considera la moral, tiende, con sus determinaciones interiores, a la concordancia de lo exterior sin más, al deleite y la felicidad. [...] Esta concordancia es, en cuanto deleite, un sentimiento subjetivo y algo contingente y que puede enlazarse con éste o aquel impulso y con su objeto, y en lo que yo sólo soy fin para mí, como ser natural y sólo como ser singular. El deleite es algo subjetivo y se refiere sólo a mí, en cuanto algo particular. No está en ello lo objetivo, universal, convenido.

supone la unión no institucionalizada de hombres regidos por intereses particulares. En último término, todos los individuos constituyen el Estado, estructura que para HEGEL aparece como la totalidad ética y el resultado de la razón fruto de la evolución histórica de la sociedad civil⁴⁰⁰. En definitiva, se trata de la institucionalización de la sociedad civil, esto es de los miembros de la comunidad, a fin de que mediante un gobierno se alcance el interés común que debe regir la actuación de todos los súbditos.

Y es que según HEGEL únicamente el Estado, en tanto que organización exenta de intereses egoístas, es capaz de alcanzar lo objetivo y universal, de ahí que sea calificado en el pensamiento de este filósofo alemán como la totalidad ética. Por ello, lo objetivo se identifica en el pensamiento del idealista alemán con lo aceptado por el conjunto de los individuos: “Una acción que, jurídicamente, moralmente o en cualquier otro sentido, es excelente, es hecha ciertamente por una persona singular, pero todos la aprueban. Ellos reconocen, por consiguiente, su propia voluntad en ello”.⁴⁰¹

Sólo tomando conciencia de lo anterior pueden llegar a comprenderse los motivos por los que HEGEL entendió que el Estado constituía un valor en sí mismo, así como por qué el individuo debía hallarse sometido al Estado; de ahí que para HEGEL “Contra el principio de la voluntad individual hay que recordar que la voluntad objetiva es en su concepto lo en sí racional, sea o no reconocida por el individuo y querida por su arbitrio particular”⁴⁰².

Por lo tanto, para HEGEL, el Estado ocuparía una posición privilegiada, siendo el único legitimado para determinar lo justo y lo injusto y de ahí precisamente que la Ley, en tanto que forma de manifestación de la voluntad del Estado, y como máxima expresión de la racionalidad de éste, fuera considerada un valor en sí misma, en tanto que expresión de lo objetivo y universal⁴⁰³.

⁴⁰⁰ Vid. Nicolás LÓPEZ CALERA, *Mensajes hegelianos. La filosofía del Derecho de G.W.F Hegel*, ob. cit., págs. 121 y 122: “La filosofía política hegeliana se podía describir como una pirámide que tiene en su base al individuo, al que siguen la familia y la sociedad civil. El Estado queda como el vértice, en el que se culmina la realización de la libertad como sustancia del espíritu objetivo”.

⁴⁰¹ G.W.F. HEGEL, *Doctrina del Derecho, los deberes y la religión para el curso elemental*, ob. cit., págs. 91-93, pág. 43.

⁴⁰² G.W.F. HEGEL, *Filosofía del Derecho*, 2ª edición, Ed. Juan Pablos, México, 1986, párrafo 258.

⁴⁰³ Vid. G.W.F. HEGEL, *Doctrina del Derecho, los deberes y la religión para el curso elemental*, ob. cit., pág. 79: “La ley es la voluntad universal en cuanto lo es conforme a la razón. En esto no es necesario que

Una vez aquí creo que nos encontramos en condiciones de abordar, aunque con carácter meramente esquemático, la teoría del Derecho de HEGEL.

La Teoría del Derecho hegeliana se construye, al menos en lo que a la disciplina jurídico- penal se refiere, sobre dos pilares; a) su filosofía política y su teoría del Estado –a la que ya hemos aludido-, y b) su filosofía moral, hasta el extremo de que en HEGEL los fundamentos de la responsabilidad jurídica se identifican con los propios de la responsabilidad moral del individuo.

Aquello que distingue al ser humano del resto de seres animados es su conciencia; si el ser humano goza de capacidad de acción es precisamente gracias a que tiene una conciencia que le permite ser libre, en tanto que le otorga capacidad de actuar conforme a su voluntad, a diferencia del resto de seres animados, que actúan exclusivamente movidos por sus instintos o impulsos.⁴⁰⁴ Para el filósofo alemán, precisamente la responsabilidad del ser humano descansa sobre su libertad ya que sólo si convenimos en que las personas, en tanto que dotadas de conciencia, son libres puesto que no se hallan determinadas por sus instintos, será posible exigirles responsabilidad, sea ésta de naturaleza moral o jurídica.

Así, resulta lógico que HEGEL entienda, que el elemento sobre el que se configura el concepto de acción humana sea precisamente el propósito del agente: “Sólo cabe responsabilidad sobre lo que estaba en mi propósito, que es lo que se tiene especialmente en cuenta en el caso del delito”⁴⁰⁵. Y de ahí precisamente que para HEGEL el elemento nuclear en su teoría del delito sea el de la intención del sujeto, así como su capacidad de imputación, esto es, su imputabilidad subjetiva, en tanto que

cada individuo haya conocido o encontrado sólo por sí mismo esta voluntad. Tampoco es necesario que cada individuo haya declarado su voluntad y que entonces fuera sacada una conclusión universal de eso. Por ello tampoco ha sucedido en la historia real que cada ciudadano singular de un pueblo haya propuesto una ley y que, a continuación, se haya puesto de acuerdo, mediante una deliberación común con los otros, en la ley. La ley contiene la necesidad de las relaciones jurídicas de unos frente a otros. Los legisladores no han dado estatutos arbitrarios. No son determinaciones de su arbitrariedad particular, sino que han reconocido, por medio de su espíritu profundo, lo que es la verdad y la esencia de una relación jurídica”.

⁴⁰⁴ Vid. HEGEL, *Doctrina del Derecho, los deberes y la religión para el curso elemental*, ob. cit., pág. 33 y 34: “También los animales tienen un comportamiento práctico respecto de lo que les es exterior. Ellos actúan por instinto conforme a fines, por lo tanto, racionalmente. Pero como lo hacen inconscientemente sólo se puede hablar de manera inapropiada de un actuar. Ellos tienen deseo e impulso, pero ninguna voluntad racional. En el caso del hombre se habla, respecto de su impulso o su deseo, también de voluntad. Pero dicho de un modo más preciso, se distingue la voluntad del deseo; [...] Sólo el hombre, en cuanto piensa, puede reflexionar sobre sus impulsos, que tienen para él necesidad en sí. Reflexión significa sin más abreviación de lo inmediato”.

⁴⁰⁵ G.W.F. HEGEL, *Filosofía del Derecho*, ob. cit., Párrafo 115.

presupuesto de la capacidad de acción del sujeto activo del delito; lo que permite concluir que la teoría del derecho de HEGEL y de sus discípulos –aunque en este último caso con alguna excepción- se construye sobre la consideración de la imposibilidad de configurar un injusto no culpable⁴⁰⁶.

A la vista de todo ello, HEGEL concluye que la ley, en tanto que expresión de la voluntad del Estado que en su pensamiento se identifica con la máxima realización de lo moral, constituye un valor en sí mismo toda vez que aparece conceptualizada como expresión de lo objetivo y lo universal, esto es, de lo justo. De ahí que, para él, la esencia de la responsabilidad penal se hallase en el propósito del agente, resultando por ello evidente que el injusto debería construirse exclusivamente en torno al desvalor de la acción que, en su teoría, aparecería exclusivamente identificado con el quebrantamiento de la norma como expresión de deslealtad ante el ordenamiento jurídico.

5. Reflexiones acerca del actual modelo de injusto penal.

Creo necesario puntualizar que la exposición de los sistemas del Derecho de Von FEUERBACH y HEGEL que se acaba de realizar no obedece a un interés meramente histórico, ni tampoco a disquisición alguna de orden estético o meramente ocioso.

Que los modelos de injusto propuestos por Von FEUERBACH y HEGEL coincidan en lo sustancial con las propuestas elaboradas respectivamente por los máximos representantes del moderno funcionalismo, ROXIN y JAKOBS, y por lo tanto con las dos posiciones que en mayor o menor medida sustenta la doctrina mayoritaria actualmente, no dejaría de apostillarse como mera anécdota de no ser por las paradojas que, al menos según mi parecer, se esconden tras tan sorprendente coincidencia.

⁴⁰⁶ Vid. Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, ob. cit., pág. 195: “El concepto de acción de HEGEL, que alude a la realización exterior de la voluntad del sujeto (coincidencia del aspecto interno –la voluntad libre- y el externo –las consecuencias en el mundo exterior-), es extremadamente subjetivo. Sólo aquellos aspectos de la realidad que son abarcados por la voluntad consciente del sujeto –entendida como dolo- pueden imputársele como su acción. En el ámbito jurídico-penal esto significa que el concepto de acción se identifica con el concepto de delito, al menos en su modalidad dolosa”; pág. 198; “La teoría hegeliana de la acción, llevada a sus últimas consecuencias, impide la distinción de antijuridicidad y culpabilidad tal y como es habitualmente presentada en Derecho penal. No es extraño que JAKOBS haya relativizado en grado sumo esta distinción al enfocarla desde un concepto de acción jurídico-penal próximo al de HEGEL”.

Por más que las propuestas de Von FUERBACH y HEGEL resulten a todas luces contrarias, es lo cierto, que al menos en lo que a la configuración del desvalor de la acción o de la antijuridicidad formal ambas parten de un presupuesto común: es al legislador al único a quien corresponde determinar qué conductas se hallan disvaloradas, fruto, respectivamente, de una determinada concepción del principio de legalidad y de la naturaleza del Estado.

Ambos autores defendieron, aunque por motivos diversos, que el poder judicial no se hallaba habilitado en ningún caso para someter a su criterio o valoración la corrección de la norma objeto de aplicación o el desvalor material expresado por la conducta objeto de enjuiciamiento. De modo que mientras Von FEUERBACH afirmaría que, en virtud del principio de legalidad estricta, el juez no era más que la mera boca que pronunciaba las palabras de la ley, siendo además que en virtud del principio de la división de poderes no podía desarrollar actividad creativa alguna en el campo jurídico, HEGEL alcanzaría idéntica conclusión al entender que la ley como expresión de la voluntad debía ser considerada auténtica expresión de lo objetivo y universal⁴⁰⁷.

Resulta oportuno recordar que, a finales del s. XVIII y durante buena parte de la primera mitad del s. XIX, semejante conceptualización del principio de legalidad fue llevada hasta sus últimas consecuencias, no ya en el plano filosófico o doctrinal sino también en el positivo⁴⁰⁸, al prohibirse y sancionarse con carácter expreso la interpretación de las normas, y ello, por cuanto la ley aparecía concebida como fruto de un proceso racional que permitía, mediante la aplicación del método lógico-

⁴⁰⁷ Debe decirse que en el pensamiento de HEGEL la función del juez también se hallaba reducida a la mera aplicación de la legalidad; al respecto vid. HEGEL, *Filosofía del Derecho*, ob. cit., párrafo 226: "... el segundo aspecto del juicio legal (...) es una tarea específica del juez jurista para el cual –como órgano de la ley- debe haberle sido preparado el caso en orden a la posibilidad de subsunción, es decir, debe haber sido elevado, a partir de su cualidad empírica apariencial, al hecho reconocido y a la cualificación universal", pág. 652; "El derecho que ha llegado a la existencia en forma de ley es para sí, se opone autónomamente a la voluntad particular y al opinar sobre el derecho tiene que hacerse válido como universal. Este conocimiento y realización del derecho en el caso particular –sin el sentimiento subjetivo del interés particular- concierne a un poder público, al tribunal".

⁴⁰⁸ Vid. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, ob. cit., pág. 410: "en los textos del s. XVIII y comienzos del XIX es donde se encuentran los más claros ejemplos. El Proemio del Corpus Iuris Fridericiani de 1749-1751, impedía bajo graves penas, el que alguien se atreviera a escribir un comentario sobre la totalidad del Derecho territorial o sobre parte de él. En orden a las leyes penales resulta sobremanera interesante, al respecto, que los *Amerkungen zum Strafgesetzbuch für das Königreichs Bayern* (Observaciones sobre el Código penal para el reino de Baviera), vols. I-III (1813-1814), publicadas con carácter oficial, prohibieran de modo expreso, en las páginas I-IV, en la Ordenanza de 19 de octubre de 1813, la redacción de otros comentarios y mandaban a los Tribunales de Justicia y a los "maestros de nuestras universidades del país, atenerse exclusivamente al texto del Código, utilizando las Observaciones".

deductivo, su aplicación con carácter objetivo. De ahí que, como nos recuerda JIMÉNEZ DE ASÚA, resulte ilustrativa la conocida expresión de Napoleón BONAPARTE al conocer que su Código civil había sido comentado por TOULLIER: “*Mon Code est perdu!*”⁴⁰⁹.

No tardaría sin embargo en advertirse que semejante reacción ante la arbitrariedad judicial del Antiguo Régimen, fruto del desarrollo de un modelo judicial en el que se atribuían al Juez capacidades plenamente creativas en lugar de cognoscitivas, resultaba igualmente excesiva por irrealizable. En primer lugar en tanto que pronto se constataría que incluso aquellas normas que presentaban una menor complejidad necesitaban de una mínima interpretación al ser aplicadas, resultando por ello evidente que la subsunción de corte matematicista del hecho objeto de enjuiciamiento en la norma penal resultaba de una ingenuidad que desbordaba con mucho lo meramente utópico. En segundo lugar, en tanto que la búsqueda de la igualdad ante la ley, resultaba asimismo contraria a una aplicación desmedida del principio de legalidad, ya que mal podía sostenerse que un ordenamiento jurídico exclusivamente construido en torno a aquel principio fuera garantía de igualdad de los ciudadanos ante la ley si ello a su vez implicaba la imposibilidad de individualización de las circunstancias concretas de los casos objeto de enjuiciamiento que permitiera tratar lo igual de igual manera, pero también lo desigual de forma diversa⁴¹⁰.

Superada, por lo tanto, esta primera etapa de imperio positivista, la doctrina concluyó de modo cuasi unánime que la labor del juez no podía en ningún caso reducirse a una mera corroboración empírica de la realidad del hecho imputado y su autoría, sino que la función judicial debía comprender asimismo la determinación de aquellas connotaciones que singularizaban el caso concreto distinguiéndolo del resto. En otras palabras, se alcanzó a comprender que la ley en tanto que formulación abstracta y con vocación universal era incapaz de valorar determinadas circunstancias concurrentes en cada uno de los supuestos objeto de enjuiciamiento, y ello a pesar de

⁴⁰⁹ Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, ob. cit., 1950, pág. 410: “se comprende la frase de NAPOLEÓN, que frente a los primeros comentarios al Código Civil, escritos por TOULLIER, exclamó *Mon Code est perdu!* y los recelos de BECCARIA, que afirmó que el Juez, por no ser el legislador, no tiene facultades para interpretar lógica o analógicamente las leyes punitivas”.

⁴¹⁰ Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, ob. cit., pág. 433: “la reacción contra las arbitrariedades de los jueces produjo excesos contrarios: BECCARIA proscribió la interpretación y los revolucionarios franceses establecieron en sus Códigos penales normas tan igualitarias que hacían imposible la individualización. [...] El arbitrio judicial es absolutamente indispensable si se quiere individualizar la justicia, pero debe concederse a jueces responsables, bien retribuidos, independientes y con bastante preparación especializada, no sólo en Derecho, sino en Criminología”.

resultar su apreciación necesaria a fin de ofrecer una solución justa de los casos⁴¹¹, por no hablar de la propia necesidad de interpretación de las palabras que integraban la norma penal.

Este “fracaso” de un modelo construido sobre una desmedida confianza en las capacidades del legislador, así como en la posibilidad de un perfecto silogismo judicial⁴¹², conducirían al reconocimiento de un necesario ámbito de discrecionalidad judicial cuyos límites aún a fecha de hoy siguen discutiéndose.

En todo caso, parece oportuno recordar que precisamente sería esta nueva configuración de la naturaleza de las normas jurídicas así como de las funciones judiciales, y la progresiva reflexión y evolución de los fines asignados al Derecho penal y a la pena, la que propiciaría la aparición y desarrollo de la moderna dogmática jurídico-penal. Si bien su papel se limitaría en un primer momento a la mera interpretación y configuración sistemática del Derecho criminal, poco a poco, fruto de las carencias inherentes a la ley y al principio de legalidad, y en particular fruto de la necesidad de asimilación por parte del Derecho, a fin de resolver con corrección los casos objeto de controversia, de las circunstancias particulares de los casos y de los sujetos sometidos a enjuiciamiento, su objeto se iría ampliando hasta convertirse en un instrumento científico a través del que desarrollar una función crítica consistente fundamentalmente, en la creación de un sistema coherente que permitiera el atemperamiento de los rigores del principio de estricta legalidad, así como de reformulación de un ordenamiento jurídico que se consideraría incompleto y por lo

⁴¹¹ Vid. Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob. cit., pág. 39: “el juez, además de comprobar los hechos abstractamente denotados por la ley como presupuestos de la pena, debe discernir las connotaciones concretas que conviertan a cada hecho en distinto de los demás, por muchos que estos pertenezcan al mismo género jurídico. Tales connotaciones nunca son legalmente predeterminadas del todo, pues en gran parte vienen remitidas a la equidad del juez, que según mostraré, es una función cognoscitiva que sin embargo incluye una actividad valorativa.

⁴¹² Vid. José MILTON PERALTA/Pablo E. NAVARRO/ María Laura MANRIQUE PÉREZ, *La relevancia de la dogmática penal*, Ed- Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pág. 13: “La confianza ingenua y desmedida en las capacidades de la legislación para obtener soluciones a los problemas sociales mediante la formulación de normas generales y abstractas llevó a una suerte de inflación legislativa, que en muchas ocasiones produjo resultados opuestos a los que se lograba intentar”. ROBLES PLANAS, *Dogmática de los límites al Derecho penal, Límites al Derecho penal (principios operativos en la fundamentación del castigo*, pág. 20; “La aportación de la dogmática a la ciencia del Derecho penal (en la que se incluye la política criminal) es, en este sentido irrenunciable pues tematiza, sistematiza y legitima o deslegitima lo que es objeto de la actividad del legislador desde un esquema conceptual superior, más abstracto y orientado a conexiones político-filosóficas profundas”.

tanto necesitado de una mayor concreción que únicamente podía producirse en el momento de su aplicación.

No son pocos los que han considerado que la atribución de semejante papel a la dogmática penal supondría, aún y seguir manteniendo las líneas maestras del pensamiento de Von FEUERBACH o de HEGEL, un manifiesto violentamiento del ideal del Estado de Derecho. Y ello en tanto que la nueva configuración vendría a producir una quiebra, más o menos intensa según la teoría defendida, del principio de división de poderes así como del principio de estricta legalidad, al menos en lo que a su formulación clásica se refiere⁴¹³.

Sin embargo, a mi parecer, la apuntada tensión entre Estado de Derecho y dogmática penal, por así decirlo, sería en realidad meramente aparente ya que en realidad desconocería la evolución de las teorías políticas y estatales desarrolladas a lo largo del último tercio del s. XX y desde luego de principios del s. XXI, y lo que es más grave, por cuanto desconocería la realidad social. A mi juicio, a nadie escapa que la auténtica realización del Estado de Derecho pasa hoy día no sólo por la mera formulación de la división estricta de poderes, sino por el establecimiento de una auténtica red de controles mutuos entre poderes del Estado a través precisamente de la que garantizar el correcto ejercicio de las funciones públicas.

El desdibujamiento de los contornos apuntado no puede ser total ni admitirse en cualquier sentido, pero desde luego resulta evidente que una vez desaparecido el ideal de la democracia directa en post de una democracia representativa en donde día a día resulta más difícil conocer a quién o qué representan nuestros mandatarios y, por lo tanto diluida aquella ficción de la ley como expresión de la voluntad popular, el desarrollo de una función crítica en la interpretación y aplicación del Derecho penal resulta irrenunciable, apareciendo la dogmática penal como un instrumento a través del que conseguir ejecutar tan compleja pretensión bajo el emblema –al menos en la

⁴¹³ Vid. José MILTON PERALTA/Pablo E. NAVARRO/ María Laura MANRIQUE PÉREZ, *La relevancia de la dogmática penal*, ob. cit., pág. 103: “esa intervención de la dogmática supone un problema para el ideal del Estado de Derecho ya que la reelaboración del material legislativo resulta en la formulación de normas parecidas a las que propone el legislador. [...] (pág. 111) “la intervención de la dogmática, en la medida en que pretende dotar a la ley penal de una precisión que ella no tiene, supone un cambio parcial de la norma expresada por la ley. La nueva norma formulada con el auxilio de las definiciones dogmáticas puede ser análoga a la norma que anteriormente expresaba la formulación del legislador, pero de todos modos es una norma diferente”.

mayoría de las ocasiones- de la racionalidad como mecanismo de exclusión de la subjetividad y especialmente del decisionismo.

En todo caso, a la vista de la evolución experimentada por la filosofía política que debe servir de base a sus construcciones, parece poco razonable sostener un concepto de injusto si no idéntico similar a los de Von FEUERBACH o HEGEL, particularmente en lo que concierne al contenido y fundamentos del desvalor de la acción.

En definitiva, y a modo meramente enunciativo toda vez que será el tema principal que nos ocupará en los próximos capítulos, parece lógico pensar que si el modelo de desvalor de acción, y junto con él el de antijuridicidad formal, desarrollado a principios del s. XIX, encontraba acomodo en una particular caracterización del principio de legalidad y de la división de poderes, y, por lo tanto, en un determinado modelo de Estado de Derecho y junto con él en una muy concreta configuración de la función judicial, la reformulación de los conceptos antes referenciados debería haber ido de la mano de una nueva profunda revisión de la noción de desvalor de acción.

Así las cosas, creo que puede afirmarse que un modelo de desvalor de acción, concebido como mera contrariedad a la norma podía resultar coherente, y de hecho lo era, en la Alemania ilustrada, así como durante la Restauración. Y ello, en tanto existía una auténtica fe en el papel del legislador como representante de una ciudadanía que ostentaba la soberanía nacional, y por lo tanto en la adjetivación de la ley como expresión de la voluntad popular. Lo que permitía considerar que no había otro sujeto legitimado para determinar que conductas se hallaban disvaloradas y por lo tanto eran contrarias a Derecho que el legislador, y todo ello, evidentemente, desde el convencimiento de la posible aplicación lógico-objetiva de la ley.

Sin embargo desde el momento en que el modelo apuntado desapareció, reconociéndose que cuanto menos sus líneas maestras se encuentran en entredicho; nada justifica el mantenimiento que viene realizándose de un modelo de desvalor de la acción meramente formal exclusivamente atribuido a la competencia del legislador.

La progresiva espiritualización del concepto de bien jurídico protegido y el cada vez más usual recurso a los bienes jurídicos de peligro abstracto o a los denominados bienes jurídicos intermedios, la flexibilización operada en el plano de imputación de los resultados, el cambio de paradigma en torno al modelo jurídico sobre el que se ha

venido construyendo la teoría del delito –se ha pasado del modelo del delito de acción y resultado al del delito de comisión por omisión imprudente-, la sustitución del modelo lógico-deductivo de dolo por un modelo adscriptivo de determinación de la intención del sujeto activo del delito, la flexibilización de las teorías de la autoría y la participación⁴¹⁴... nos han conducido a un nuevo modelo en que el Derecho penal aparece no ya como reacción ante el delito sino como mecanismo de prevención ante los peligros inherentes a la sociedad del riesgo en la que actualmente nos encontramos plenamente sumergidos.

No puede pasar inadvertido que este nuevo sistema de Derecho penal, que nuestro legislador parece asumir, se construye no ya tomando como fundamento la necesidad de protección de los derechos subjetivos de los ciudadanos sino la exigencia de fidelidad al Derecho.

⁴¹⁴ Vid. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial”, en Jesús María SILVA SÁNCHEZ/Fernando MIRÓ LLINARES, *La Teoría del Delito en la Práctica Penal Económica*, Ed. La Ley, Madrid 2013, pág. 37: “El paradigma de la teoría clásica del delito ha sido el delito doloso de acción. Es decir, el comportamiento individual de una persona (o, como máximo, de una limitada pluralidad coyuntural de personas) que con dolo directo de primer grado (intención) ejecuta de modo directo (mediante causación físico-natural inmediata) e incluso de propia mano un delito de resultado. [...] (pág. 41), Ya hace algunas décadas que el concepto de causalidad, como vínculo entre conducta y resultado que expresa una relación de necesidad con arreglo a leyes de experiencia científica, tiende a revisarse. [...] (pág. 49) Hace ya algún tiempo que la concepción cognitivo-volitiva del dolo ha ido siendo reemplazada, en la doctrina más avanzada, por una concepción cognitivista. [...] Pero proliferan las concepciones cognitivo-normativas. Para éstas, el enunciado que afirma la existencia de dolo no tiene la naturaleza descriptiva de un hallazgo mental, sino una naturaleza adscriptiva. El dolo sería, pues, objeto de un juicio de imputación, cuya base son determinados datos de experiencia, estos sí directamente constatables. [...] (pág. 53) “En el ámbito de los delitos dolosos activos, la evolución doctrinal condujo a la conformación de un concepto restrictivo de autor, cualitativamente diferenciado de las formas de participación, consideradas como extensiones de la punibilidad. No obstante, ese estado de cosas, cristalizado en las versiones más restrictivas de la teoría objetivo-formal, pasó a ponerse en cuestión tras la consagración de la doctrina del dominio del hecho...”.

CAPITULO V

ANÁLISIS DEL DESVALOR DE ACCIÓN (II)

1.- Revisión del concepto de injusto penal.

Con carácter previo debo advertir que soy consciente de lo aventurado de algunas líneas argumentales que configuran el presente capítulo, en el que, como se verá, realizo una propuesta atrevida que, desde luego, puede no ser compartida, pero que aún y así me permito someter a la consideración de la comisión.

El interés por proponer un nuevo modelo de injusto, o mejor dicho de sus contenidos, obedece a la necesidad de incorporar en el seno de la teoría del delito nuevos espacios sistemáticos en donde desarrollar el análisis de determinadas circunstancias fácticas que, a pesar de su importancia y de la frecuencia con que acontecen, creo que han venido siendo reiteradamente obviadas en el enjuiciamiento de los supuestos de hecho sometidos al parecer de nuestros tribunales, por no encontrar acomodo en ninguna de las categorías dogmáticas al uso. A pesar del actual estadio de desarrollo científico de la dogmática penal, no resulta sencillo ubicar en el esquema clásico de la teoría del delito elementos tan habituales en la práctica como lo son el “consentimiento de la víctima en la lesión de bienes jurídicos de su titularidad”, lo “socialmente adecuado” o la “falta de merecimiento o de necesidad de pena”, sólo por poner algunos ejemplos.

Se trata de una problemática sobradamente advertida por la doctrina, siendo posible afirmar, al menos según mi opinión, que su análisis ha centrado la atención de la academia hispano-germánica en los últimos cincuenta años, erigiéndose en el auténtico motor del desarrollo de la dogmática penal moderna. Ha sido precisamente la, en ocasiones feroz, discusión acerca del contenido de la antijuridicidad la que ha permitido dotar de auténtico contenido material a unas categorías dogmáticas, cuya configuración ha quedado supeditada al desarrollo de funciones político-criminales coherentes con la naturaleza que de las normas se predique, con el fundamento del injusto penal que se sostenga, con las finalidades atribuidas al Derecho penal y a la pena, y que desde luego también debe permitir el análisis de las concretas

circunstancias que concurren en cada uno de los casos objeto de enjuiciamiento a fin de lograr alcanzar el ideal de la justicia⁴¹⁵. No resulta aventurado afirmar, ante el recrudescimiento que en los últimos tiempos se viene advirtiendo en torno al debate acerca del contenido de la antijuridicidad, que actualmente somos espectadores de una nueva “lucha de escuelas”, una batalla académica en la que se discute la idoneidad de las actuales categorías dogmáticas, a fin de lograr construir un modelo de injusto penal que permita alcanzar el ideal de justicia que debe resultarle consustancial al Derecho penal, siendo muchos los que demandan una reconfiguración de la teoría del delito que de llevarse a cabo supondría un auténtico cambio de paradigma⁴¹⁶.

Justo es decir que los esfuerzos en desvelar las incógnitas de lo injusto penal, a pesar de que durante algunas décadas han resultado estériles, empiezan a producir resultados que aunque tímidamente nos permiten mostrarnos optimistas en relación al futuro⁴¹⁷.

⁴¹⁵ Vid. Claus ROXIN, *Derecho penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Tomo I, ob. cit., págs. 217 y 218: “Se debe partir de la tesis de que un moderno sistema del Derecho penal ha de estar estructurado teleológicamente, o sea construido atendiendo a finalidades valorativas. Pues si la solución sistemáticamente correcta aparece como resultado de una valoración previa, estará garantizada de antemano la concordancia entre la consecuencia (congruencia) sistemática y la corrección material pretendida, cuya falta ha dado lugar a tantas dificultades. [...] Las finalidades rectoras que constituyen el sistema del Derecho penal sólo pueden ser de tipo políticocriminal, ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho penal. Desde ese punto de vista, las categorías básicas del sistema tradicional se presentan como instrumentos de valoración políticocriminal, por lo que como tales también son irrenunciables para un sistema teleológico”.

⁴¹⁶ En este sentido, a modo meramente ejemplificativo vid. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 150; Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico...*, ob. cit., JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, ob. cit.; Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, ob. cit.; Wolfgang FRISCH/ Ricardo ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, editorial Atelier, Barcelona, 2004; Jürgen WOLTER/Georg FREUND, *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004.

⁴¹⁷ Vid. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”, en Jürgen WOLTER/ Georg FREUND, *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, pág. 16: “En el momento actual se constata, efectivamente, una cierta esterilidad de los planteamientos que proponen simplemente cambios de ordenación de las categorías y subcategorías; difícilmente puede afirmarse que estos tengan repercusiones sustanciales en la resolución de casos. En cambio, el estudio del contenido de no pocos conceptos y categorías del sistema de la teoría del delito apenas ha experimentado avance alguno en las dos últimas décadas. De ahí que resulte correcto seguramente afirmar que la insistencia en un “ordenancismo” nominalista es, entonces, el primero de los problemas que una concepción sistemática del delito habría de afrontar en la actualidad. Y de ahí, también que resulte recomendable que la labor de la dogmática se centre más en el contenido de los conceptos y categorías del sistema que en su mera ordenación o “presentación formal”.

Las próximas páginas pretenden desvelar los lineamientos básicos de esta nueva lucha de escuelas así como los motivos que subyacen a esta revitalización de la discusión dogmática, procurando con ello contribuir al debate resituando el punto de partida través de la que aquí se ha denominado tesis del desvalor material de la acción.

Muchos han sido los autores que han dedicado sus esfuerzos en hallar la esencia de lo “injusto” penal, aquello que convertiría un comportamiento en penalmente relevante legitimando con ello la intervención del “*ius puniendi*” del Estado sin que en realidad, aún a fecha de hoy, se hallan conseguido alcanzar sólidos resultados en una materia que se revela como esencial. De ahí precisamente que hasta el momento se venga sosteniendo mayoritariamente por la doctrina un concepto de delito meramente formal que conduce a la adjetivación como delictivas de aquellas conductas sancionadas con pena, erigiéndose, por lo tanto, la consecuencia punitiva en el único elemento configurador de lo criminal⁴¹⁸.

Sin embargo, resulta más que evidente que semejante descripción de la esencia de lo “injusto culpable” nada revela en realidad, resultando por ello paradójica la construcción de un elaboradísimo esquema conceptual, como lo es el de la teoría del delito, en torno a un concepto que hasta la fecha no hemos sido capaces de definir más que de modo aproximado, las más de las veces, mediante el recurso a meras vaguedades y a constructos vacíos de contenido material.

Sin embargo, es evidente que semejante descripción de la esencia de lo “injusto culpable” nada revela en realidad. Resulta por ello paradójica la construcción de un elaboradísimo esquema conceptual, como lo es el de la teoría del delito, en torno a un concepto que hasta la fecha no hemos sido capaces de definir más que de modo aproximado, las más de las veces, mediante el recurso a meras vaguedades y constructos huérfanos de cualquier contenido material.

Semejante constatación revela el interés por una cuestión que precisa de nuevas respuestas a la vista de la mayor complejidad de una sociedad constantemente cambiante, necesitada de modernas soluciones jurídicas que sólo pueden construirse

⁴¹⁸ Vid. Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, ob. cit., pág. 259: “Desde el punto de vista de la teoría del delito, ello propició la tajante separación, propia del sistema clásico, entre los aspectos objetivos del hecho, afectos a la antijuridicidad, y los subjetivos examinados en la reprochabilidad”.

sobre bases firmemente asentadas que permitan que el edificio conceptual no se desmorone.

Con todo, justo es decir, que el análisis histórico acerca de los fundamentos del injusto y del contenido de la antijuridicidad revelan no sólo una ingente labor doctrinal –de la que la jurisprudencia debiera dar buena cuenta en lugar de seguir anclada en un modelo de injusto que equipara en exceso injusto y tipicidad-, sino asimismo una enorme riqueza conceptual que debe servirnos de guía en la empresa que nos proponemos.

En un primer momento el causal-naturalismo impuso un modelo de injusto de carácter marcadamente objetivo, en donde el fundamento de lo injusto penal se identificaba de forma cuasi exclusiva con el desvalor del resultado. Con todo, semejante conceptualización de lo injusto resultaba coherente con el modelo conceptual que proponían y que, tal y como se analizaba en el capítulo primero, se caracterizaba precisamente por edificar, firmemente asentado sobre las bases del cientifismo naturalista, un concepto de acción, y sobre él un sistema de la teoría del delito en donde el acento se situaba en la producción de un resultado adjetivado como modificación del mundo exterior.

Si se sostiene que la acción penalmente relevante consiste en el desarrollo de una conducta que realizada libremente por el ser humano produce una modificación del mundo exterior, resulta lógico afirmar que el fundamento del injusto deberá edificarse alrededor de las nociones de causalidad y resultado⁴¹⁹. De ahí, precisamente, que el concepto de bien jurídico protegido se erigiera en auténtica piedra angular del sistema, ocupando así el desvalor del resultado un lugar privilegiado en la fundamentación de lo injusto penal, produciéndose con ello una ampliación desmesurada en no pocos casos de los tipos penales⁴²⁰. Semejante formulación

⁴¹⁹ Vid. Susana HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 19: "...desde una contemplación predominantemente objetiva de la antijuridicidad –coherente con una concepción valorativa de la norma penal en este plano, y con la configuración del dolo como una de las formas de culpabilidad- lo que fundamenta el injusto es, primordial e incluso a veces exclusivamente, el desvalor de resultado entendido como juicio de desaprobación que recae sobre el hecho por cuanto éste supone la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; en tanto que al desvalor de acción sólo se le atribuye, en este contexto, un papel secundario en la contribución del injusto, no siendo, en muchos casos, un elemento esencial de la misma".

⁴²⁰ Vid. Diethart ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito: análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1990, págs. 15-17: "Detrás de la tesis: "el acontecer objetivo del mundo exterior pertenece al ilícito, el acontecer

podiera permitir que acciones sencillamente desafortunadas, incluso en ocasiones meramente fortuitas⁴²¹, pudieran ser calificadas como disvaliosas, en atención exclusivamente al resultado acaecido. De ahí que pueda afirmarse que en realidad el causalismo penaba meros resultados y no acciones humanas libres⁴²².

La progresiva subjetivización del injusto que iniciaron los neocausalistas mediante la constatación de la existencia de especiales elementos subjetivos en algunos tipos penales que condicionaban la propia afirmación de tipicidad de las conductas, y en particular el cambio de signo acaecido tras la corroboración del carácter valorativo de las categorías penales, que culminaría en una reformulación sistemática de la teoría del delito por parte de los finalistas, supuso un cambio de tendencia en la fundamentación de lo injusto penal, que a partir de aquel momento, principalmente de la mano de WELZEL, pasaría a asentarse sobre el concepto de desvalor de la acción⁴²³.

subjetivo del mundo interior pertenece a la culpabilidad”, que ha hallado su expresión teórico-normativa más pura en la contraposición de GOLDSCHMIDT entre norma de derecho y norma de deber, se hallaba el espíritu del pensamiento de las ciencias naturales del siglo XIX [...] Hay que atribuir a esta concepción espiritual, el hecho de que el dogma causal pudiera llegar a ser, al comienzo de este siglo, el pensamiento dominante de la dogmática jurídico-penal [...] Sobre la base de esta teoría de la acción y del delito pudo ser visto lo específico del delito sólo en una lesión causal del bien jurídico, como el causar un resultado indeseado para el ordenamiento jurídico, como producción de una situación jurídicamente reprobada: una mera causación del resultado, la cual, aunque causada por un hombre –y que en su modo de ser, es completamente separable del hombre como su causante-, constituye el ilícito, como núcleo del delito”.

⁴²¹ Vid. Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, ob. cit., pág. 260: “La antijuridicidad así entendida debería extender su radio de acción a cualquier acontecimiento que provocara un estado de cosas desvalorado, incluso a los propios acontecimientos naturales. [...] el desplazamiento del centro de atención al resultado fue tan extremo que inicialmente la posición mayoritaria aceptó que también puede hablarse de situaciones o estados de cosas antijurídicos”.

⁴²² Vid. Susana HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, ob. cit., pág. 24; “A mi juicio, desvalor de resultado no debe identificarse con desaprobación del resultado externo sino con desaprobación de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico derivada de la conducta típica. Desde este punto de vista, puede decirse que dicho desvalor está presente en todas y cada una de las modalidades delictivas, pues todas suponen la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. La cuestión, entonces, no es tanto que no se dé un desvalor de resultado en algunos delitos, sino si dicho desvalor tiene o no un “rol” fundamentante del injusto”.

⁴²³ Claus ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, ob. cit., pág. 3: “la doctrina final de la acción ha dejado tras sí hondas y perdurables huellas en la Dogmática jurídico-penal. En este sentido, supuso en contraposición con la precedente época del pensamiento sistemático del Derecho penal en Alemania, la así llamada teoría causal de la acción, un avance esencial, en la medida en que, en vez de un mero nexo lógico-causal –la *condicio sine qua non*-, recurrió a una categoría antropológica para la fundamentación de la responsabilidad penal: el poder configurador de los acontecimientos mediante la finalidad humana. El consecuente reconocimiento del dolo como parte del tipo subjetivo y la comprensión de que el injusto penal se compone no sólo de un desvalor del resultado, sino también del desvalor de la acción, son todavía hoy en Alemania planteamientos absolutamente dominantes”.

Más allá de las imprecisiones en que pudiera haber incurrido el sistema finalista –principalmente su incapacidad para desarrollar un modelo de injusto imprudente convincente-, éste supo reaccionar frente a un sistema penal que cegado por la innegable importancia de la función de exclusiva protección de bienes jurídicos protegidos, así como por el auténtico avance que supuso la ideación de un concepto material de antijuridicidad, había perdido de vista un dato extraordinariamente relevante: si por algo debían caracterizarse las normas penales en un sistema jurídico racionalista era precisamente por regular las conductas de los seres humanos, nunca los estados disvaliosos. En definitiva, se concluyó que un sistema penal que tomara como irrenunciable punto de partida el de la dignidad y respeto por el ser humano, únicamente podía tener como objeto aquel ámbito de la realidad que se hallara bajo el manto de la responsabilidad humana y por lo tanto de su capacidad de acción⁴²⁴.

Ello supondría un notable avance en el campo de la dogmática penal en tanto que implicaría la firme introducción del concepto de desvalor de la acción en la teoría del delito como elemento esencial en la fundamentación de lo injusto penal, a pesar de que ya en la obra de IHERING resultara posible advertir una fundamentación del injusto construida en torno al desvalor de la acción, en tanto que éste habría reconocido que sólo cabía la posibilidad de prohibir acciones y no meros resultados⁴²⁵.

Vid. Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: Parte General*, 7ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2004, pág. 160: “para WELZEL [...] El “desvalor de resultado” (la objetiva causación de una lesión) sólo importa en cuanto obra de una conducta final, es decir, dentro del “desvalor de la acción” (concebida finalmente). Esta es la consecuencia más importante del concepto final de acción”.

WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, ob. cit., pág. 79: “La constatación de la tipicidad de una acción no es valorativamente neutral; selecciona, más bien, de la multitud de conductas humanas, aquellas que son relevantes para el Derecho penal y precisamente en el sentido de que tienen que ser necesariamente antijurídicas para el ordenamiento jurídico, pero nunca “valorativamente neutrales”. La afirmación de la tipicidad supone la constatación de la diferencia valorativa de una acción para el Derecho penal...”.

⁴²⁴ Vid. Susana HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, ob. cit., págs. 26 y 27: “Esta postura arranca, inicialmente, de algunas de las ideas expuestas por WELZEL en relación con el injusto de los delitos culposos. Para este autor, con el desvalor de acción queda fundamentado ya completamente lo injusto material de los delitos culposos, mientras que el resultado producido lleva a cabo solamente una “selección” dentro de él, en relación con su punibilidad. [...] De las palabras de WELZEL pueden extraerse varias ideas. En primer lugar la, a mi entender correctísima, de que no basta con que la conducta lesiones o ponga en peligro un bien jurídico para afirmar su antijuridicidad en contra de lo pretendido por la concepción valorativa de la norma penal. El desvalor de resultado no es, pues, para WELZEL, el único elemento constitutivo del injusto y, ni siquiera, es un elemento presente en todos los delitos ni independiente”.

⁴²⁵ En relación a la génesis del concepto de desvalor de acción vid. Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, ob. cit., pág. 371.

Según WELZEL, en consonancia con su concepto final de acción, el desvalor de acción debía determinarse –al menos en lo que se refiere al delito doloso- en atención exclusivamente a la voluntad del sujeto activo del delito, esto es a su intención final, de modo que lo que convertiría en penalmente injustas a las conductas no sería sino la constatación del elemento subjetivo exigido por el tipo penal.

A mi juicio, semejante modelo conceptual presentaba el acierto de acentuar el papel del desvalor de la acción, pero no es menos cierto que ello se hizo en detrimento de un modelo de desvalor del resultado que quedó relegado a un segundo plano junto con la función de exclusiva protección de bienes jurídicos protegidos, únicamente respetada por el finalismo desde su vertiente formal. Debe señalarse que aún hoy día se discute acerca si el modelo de WELZEL prescindía del desvalor del resultado en la fundamentación del injusto⁴²⁶. Asimismo, la configuración del desvalor de la acción en atención a la determinación del elemento subjetivo presentaba dificultades no sólo a nivel práctico, sino también a nivel teórico, a la vista de la incapacidad más que evidente del contenido de la voluntad para determinar el contenido y significado de las conductas humanas.

Sin embargo, las reacciones al finalismo no se harían esperar, imponiéndose a partir de la segunda mitad del s. XX un modelo de injusto de carácter mixto elaborado en torno a las nociones de desvalor de acción y desvalor de resultado.

Puede afirmarse que en este proceso de reformulación del contenido de la antijuridicidad el desarrollo de las teorías de la imputación objetiva, y en particular la propuesta del incremento del riesgo de ROXIN, resultarían esenciales en la configuración de un modelo de desvalor de la acción que, a partir de entonces y hasta nuestros días, se identificaría en exceso por la doctrina mayoritaria con la idoneidad de las conductas objeto de enjuiciamiento determinada desde una perspectiva “*ex ante*” para lesionar los bienes jurídicos en juego.

Como señala el propio ROXIN: “en este punto, el resultado decisivo de la concepción político-criminal de injusto por la que abogo consiste en que nos acaba llevando a la teoría de la imputación objetiva, que es hoy un elemento fundamental de la teoría jurídico-penal. Si se contempla la protección subsidiaria de bienes jurídicos como la función del Derecho penal derivada de los fundamentos de la Constitución y uno se pregunta cómo el ordenamiento jurídico puede garantizar dicha protección, solo

⁴²⁶ Vid. Susana HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, ob. cit. pág. 26: “Lo que está fuera de toda duda es que, en WELZEL, el desvalor de resultado no es un elemento independiente de constitución del injusto –junto al desvalor de acción- en los delitos dolosos sino, todo lo más un elemento aumentante del injusto”.

cabe aquí una única respuesta: para cumplir la misión de proteger los bienes jurídicos protegidos debe prohibirse la creación de riesgos no permitidos para tales bienes e imputar al autor de la acción típica la realización de tales riesgos en un resultado lesivo para un bien jurídico. Por ejemplo, quien como conductor no observa las reglas jurídicamente preestablecidas del tráfico crea un riesgo no permitido para la vida y la integridad física de los otros participantes en el tráfico. Si de ese modo se produce un accidente mortal dicho riesgo se ha realizado y lo sucedido se le imputa al conductor como una acción homicida⁴²⁷.

Con todo, un sector minoritario de la doctrina –destacan ZIELINSKI, SANCINETTI, KAUFMANN y, hasta hace algunos años, MIR PUIG⁴²⁸– habría introducido desde hace algunas décadas un criterio alternativo al mayoritario, según el cual, fruto principalmente del desarrollo de las tesis finalistas, el fundamento de lo injusto penal se hallaría exclusivamente en el desvalor de acción⁴²⁹.

Según estos últimos, lo que realmente resultaría de interés para el Derecho penal en su búsqueda por la esencia de lo ilícito se hallaría en el sentido o el valor que expresarían las acciones sometidas a enjuiciamiento, abstracción hecha de los resultados que de dichas conductas pudieran haberse derivado. Según los partidarios de esta tesis, si bien es cierto que los objetos gozarían de una realidad objetiva preexistente al Derecho y valorativamente neutra, al entrar en contacto con el mundo jurídico se preñarían de un sentido convencionalmente dado y por lo tanto de valor jurídico-social, de ahí que la incrustación del objeto en la estructura jurídico-social, a través de un proceso de contextualización, determine de entre los múltiples sentidos que pudieran asignársele cual debe ser el correcto⁴³⁰.

⁴²⁷ Claus ROXIN, *Derecho penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Tomo I, ob. cit., pág. 302.

⁴²⁸ Vid. Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El contenido de la antijuridicidad*, ob. cit., pág. 27: “...MIR sigue adoptando la denominada perspectiva ex ante y, consecuentemente, sigue considerando que en todo caso el resultado no es lo prohibido por la norma primaria y que su ausencia no impide la infracción de la norma”.

⁴²⁹ Vid. Susana HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, ob. cit., págs. 25 y 28: “La que con GALLAS, podríamos denominar tesis subjetivo-monista, considera que el desvalor de acción –entendido como desvalor de la intención– basta para la apreciación del injusto. El desvalor de resultado queda, de esta suerte, deportado del ámbito del injusto y relegado a la categoría de condición objetiva de punibilidad. [...] Un paso más en esta progresiva pérdida de incidencia por parte del desvalor de resultado es el que da ZIELINSKI, al negar que éste aumente el injusto y afirmar, en cambio, que la capacidad de resultado de una acción –entendida como aptitud de la misma, cognoscible ex ante por un observador objetivo, para realizar el resultado pretendido– no es independiente del desvalor de la finalidad. Dicha capacidad de resultado, en opinión de ZIELINSKI, ya ha sido tomada en cuenta al proceder a emitir un juicio desaprobatorio sobre la acción basada en la finalidad”.

⁴³⁰ Vid. Diethart ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito: análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, ob. cit., págs. 71 y 72: “Los objetos a los cuales el hombre se dirige cuando actúa, existen no por sí mismos, en un ámbito libre de valor (por ejemplo, en tanto ellos pudieran ser objetos de la consideración de las ciencias naturales), sino que como objetos de la vida humana y del ámbito de actividad en la comunidad, son de antemano unidades de sentido a las

Por ello, ese desvalor de la acción no debería determinarse con arreglo al elemento subjetivo del sujeto activo del delito sino, de modo paralelo a las teorías del incremento del riesgo, atendiendo a la idoneidad de la conducta desde una perspectiva “*ex ante*” para desencadenar la lesión del bien jurídico tutelado. De ese modo el desvalor del resultado quedaría absorbido por el propio desvalor de la acción.

Así las cosas, partiendo de la consideración de las normas como normas de determinación⁴³¹, los partidarios de esta tesis afirman que el desvalor de resultado debería quedar relegado todo lo más a mera condición objetiva de punibilidad así como a elemento de individualización de la sanción penal; en definitiva, si las normas aspiran a regular conductas humanas es lógico que el injusto aparezca exclusivamente construido en torno al análisis de las acciones que sean objeto de enjuiciamiento.⁴³²

Como es sabido, semejante reformulación del injusto, lejos de quedar relegada a mera abstracción conceptual, acarrea importantísimas consecuencias de carácter teórico-práctico.

que le corresponde, como tales, una significación social, ellos son accesibles al hombre –y sólo a él– a través de la comprensión intelectual, y no son comprensible en absoluto a través de la categoría de la mera causalidad. [...] La incrustación del objeto en la estructura social con su multiplicidad de relaciones normativas enmarca al objeto en una determinación social del ser y del sentido; previamente como tal, como totalidad de sentido y significación, deviene en objeto de la conducta orientada del actuar final”.

⁴³¹ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 8ª edición, págs. 68 y 69: “Una norma sería (sólo) **de valoración** si se limitase a expresar un *juicio de valor*, positivo o negativo, sin imponer ningún imperativo concreto dirigido a su destinatario. “**Norma de determinación**” significa, en cambio, la expresión de un mandato o prohibición que trata, a modo de imperativo o directivo, de *determinar* la conducta de su destinatario. [...] La concepción imperativa de las normas penales posee **consecuencias fundamentales en la función de la pena y la teoría del delito**. Si se admite la esencia imperativa de la norma dirigida al ciudadano, será más coherente asignar al Derecho penal, y por tanto a la pena, la **función de prevención** de delitos, que una función puramente retributiva. Ello ha de servir de **base de la teoría del delito**.”

⁴³² Vid. Diethart ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito: análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, ob. cit., pág. 231: “El camino de la investigación recorrido hasta aquí ha mostrado que el ilícito es ilícito de acción, que no hay ilícito de resultado. El resultado no tiene la función, que tradicionalmente le es atribuida de agravar el ilícito cometido. No tiene ninguna función en el ilícito. [...] Pág. 233; “La línea trazada en la ley de una orientación al resultado, conduce en la práctica, a una punición por el resultado. A pesar del supremo principio: “la pena no debe exceder la medida de la culpabilidad”, es frecuente leer en la fundamentación de las sentencias “...y teniendo en cuenta el gran (o: el muy pequeño) daño producido por el autor, resulta adecuada, pero también necesaria una pena de...”.

En idéntico sentido vid. SANCINETTI, *¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados?*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pág. 13: “El requisito de que la acción concreta debe causar el daño que se quería evitar, entonces, no responde a las premisas, entra sorpresivamente por la puerta del fondo. Un modelo de norma que pretende motivar sólo puede hablar a favor de una relación de oposición entre norma y acción, una oposición que a más tardar, rige hasta el último instante en que el autor puede tomar aún una decisión de acción. Cuando ya no puede influir más sobre el suceso ya no hay nada que imputar, porque al autor no le queda nada por hacer”

En primer lugar conduce a una más que lógica identificación entre tentativa acabada y tentativa inacabada toda vez que a la vista de la inoperancia del resultado en la configuración de un injusto penal que exclusivamente valoraría la conducta del sujeto activo, abstracción hecha de sus consecuencias, la consumación del delito en los delitos de resultado parece a todas luces intrascendente en el análisis de la antijuridicidad.

En este sentido, tal y como señala ZIELINSKI: “Sólo el acto acabado es el ilícito (de acción) completamente realizado: la tentativa inacabada contiene, necesariamente y siempre, un disvalor de acción no realizado completamente. Una línea de distinción cualitativa en el plano del ilícito no corre, por tanto, entre el delito tentado y el consumado, sino entre la tentativa acabada y la inacabada. [...] Si el ilícito se agota en el disvalor de acción, entonces son exclusivamente relevantes para el ilícito aquellos elementos que están en la relación de finalidad”⁴³³.

En segundo lugar hay quienes han señalado que la fundamentación del injusto en torno al desvalor de la acción, con carácter exclusivo, también debería conducir a la punición de la imprudencia sin resultado, toda vez que en ambos casos el desvalor de la acción sería el mismo⁴³⁴. Sin embargo, no debe olvidarse que para los partidarios de construir el injusto exclusivamente alrededor del desvalor de acción el resultado debiera operar, si se quiere respetar la función de protección de bienes jurídicos, como condición objetiva de punibilidad, de modo que resultaría necesario analizar en cada caso si la conducta desarrollada resulta necesitada de sanción penal en atención a la afectación producida.

En todo caso, debe ponerse especial énfasis en subrayar la vinculación existente entre la fundamentación y contenido del injusto y la naturaleza que se atribuye a las normas jurídicas. De modo que de afirmarse la naturaleza imperativa de las mismas⁴³⁵, -en este caso nos referimos exclusivamente a la denominada norma penal primaria- necesariamente habría de convenirse en que el injusto debiera

⁴³³ Vid. Diethart ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito: análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, ob. cit., pág. 163.

Susana HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, ob. cit., pág. 31; La atribución al desvalor de acción de un carácter de exclusividad en la fundamentación del injusto trae, como primera consecuencia de la identidad de los respectivos contenidos de injusto del delito consumado y de la denominada tentativa acabada, ya que en ambos casos el desvalor de acción es el mismo”.

⁴³⁴ Vid. Susana HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, ob. cit., pág. 32; “Ello obedece a que el injusto es idéntico con o sin resultado”.

⁴³⁵ Vid. Francisco Javier ÁLVAREZ, *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, editorial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 21: “Para el imperativismo, en cambio, el fundamento de la obligatoriedad se deriva no ya de una realización de abstractos valores sino de la instancia política encargada del dictado normativo. Se reconoce así la autoridad del Estado [...] Esto supone que el valor fundamental prestado por la norma era el de la seguridad jurídica y el de la paz”.

construirse exclusiva, o cuasi exclusivamente, en torno a la noción de desvalor de acción a causa de la función motivadora que informaría al propio concepto de norma penal⁴³⁶. Por otro lado, resulta evidente que las tesis que predicen una naturaleza predominantemente valorativa de las normas⁴³⁷, condenan al ostracismo la función motivadora antedicha en post de la consagración de determinados valores institucionalizados por el legislador mediante el recurso al ordenamiento jurídico, valores estos cuya lesión, identificada con la vulneración de los bienes jurídicos y por lo tanto con el desvalor de resultado, constituiría el fundamento del injusto⁴³⁸.

En la actualidad, la doctrina coincide de forma unánime en afirmar que en el Derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho, y por lo tanto de corte racional utilitarista, las normas no deben configurarse como un valor en sí mismas, sino tan sólo en atención al fin que están llamadas a desarrollar.

No puede desconocerse la función motivadora asignada a las normas, particularmente si convenimos en que el ordenamiento jurídico no puede limitarse a la mera punición de los estados disvaliosos. Y es que, aún y cuando reconozcamos un cierto contenido valorativo a las normas penales primarias, todo lo más podremos construir el injusto al alimón sobre las nociones de desvalor de acción y desvalor de resultado⁴³⁹.

⁴³⁶ Susana HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, ob. cit., pág. 17: “Una de las consecuencias más importantes de la adopción de un punto de vista imperativo sobre la norma jurídico-penal, que la considere como norma de determinación de conductas y no como simple norma de valoración, es, junto a la inclusión del dolo en el tipo de injusto de los delitos dolosos, la elevación del desvalor de acción a la categoría de elemento constitutivo y fundamentador del injusto penal”.

⁴³⁷ Vid. Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, ob. cit., pág. 20: “Históricamente el valorativismo podría asignarse a aquéllas posiciones doctrinales para las que las normas –por otro lado imperativas- recogen valores procedentes de la misma ley natural que incorporan a la ley humana. Las normas, obviamente serían obligatorias por ser *auctoritas*, una *auctoritas* indisolublemente unida a los valores que realizan. Dicha obligatoriedad, desagradable en sí misma para el fuero interno en una corriente que defiende a capa y espada el libre albedrío, resulta sin embargo aceptable por su mencionado carácter valioso moralmente y por tanto justo”.

⁴³⁸ Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, ob. cit., pág. 24: “Para el valorativismo, las normas recogen o consagran valores, por lo que la consecuencia jurídica se aplica por el ataque al valor, al contenido, más que por la infracción de la ley”.

⁴³⁹ Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones en Derecho penal*, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pág. 551: “Debe insistirse en que desde el imperativismo se ha aceptado muy claramente que a todo imperativo precede una valoración, que si el legislador prohíbe determinado comportamiento, ello se debe a que previamente ha valorado como preferible su evitación. Ahora bien, una cosa es que la norma imperativa requiera una previa valoración, y otra diferente es que el concepto de norma se haga depender del contenido de la valoración a que responde y de su confrontación con

2- Propuesta de reformulación del injusto penal.

La principal hipótesis que se defiende en este trabajo de investigación parte de afirmar la necesidad de reformular el concepto de desvalor de la acción, a fin de conseguir con ello introducir en el sistema del delito la posibilidad de analizar las singulares circunstancias concurrentes en cada supuesto de hecho. Extremo que entiendo resulta relevante para conseguir una adecuada contextualización de los casos objeto de enjuiciamiento⁴⁴⁰, permitiendo, así por ejemplo, dotar de relevancia al consentimiento de la víctima o a las conductas socialmente adecuadas. Elementos que a pesar de su importancia resultan sistemáticamente obviados, al menos en un plano teórico, con arreglo a la actual configuración de la teoría del delito, por las dificultades para lograr su ubicación en alguna de las categorías dogmáticas.

Así las cosas, siendo plenamente conscientes de lo aventurado de nuestras afirmaciones, creo que la actual configuración de la noción de desvalor de acción incurre en notables insuficiencias que impiden desarrollar en el seno de la teoría del delito un auténtico análisis del contenido de la conducta humana capaz de captar las particularidades de cada uno de los supuestos de hecho⁴⁴¹, y ello por los siguientes motivos: 1.- a la vista de la constatación de una superposición de planos entre los conceptos de desvalor de acción y desvalor de resultado, 2.- por la exacerbación de la noción de causalidad en el análisis de la acción, 3.- por la configuración de un modelo meramente formal de desvalor de acción.

determinados valores objetivos. Esto último afecta a la problemática de la justificación y legitimación del valor de la norma, más que a la de su concepto y esencia”.

⁴⁴⁰ Vid. Paulo César BUSATO, *Derecho penal y acción significativa*, ob. cit., pág. 102: A colación del causalismo-naturalista y el finalismo “La excesiva abstracción de esos modelos lleva a un progresivo alejamiento de la realidad social”.

⁴⁴¹ Vid. Paulo César BUSATO, *Derecho penal y acción significativa*, ob. cit., pág. 145: “En donde se identifica la acción a partir simplemente del Derecho positivo, no hay posibilidad de cuestionar la relevancia de éste o aquel comportamiento sino con base en el Derecho positivo y como tal, no sirve, absolutamente, para limitar o criticar el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho”.

2.1.- La superposición entre las nociones de desvalor de resultado y desvalor de acción.

Como es sabido, el término “desvalor de acción” pretende expresar la contrariedad al ordenamiento jurídico de una determinada conducta.

Tal y como se señalaba anteriormente, la doctrina mayoritaria, en su empeño por dotar de contenido material a las categorías dogmáticas así como de crear un sistema del delito funcional, viene defendiendo un modelo de desvalor de acción construido cuasi exclusivamente en atención al parámetro de la idoneidad de la conducta desarrollada por el sujeto activo del delito para lesionar los bienes jurídicos en juego, valorado desde una perspectiva “*ex ante*” determinada por un espectador externo conforme al criterio del “hombre medio”⁴⁴², mientras que el desvalor del resultado, por su lado, habría venido identificándose con la efectiva lesión de los bienes jurídicos protegidos⁴⁴³.

Pues bien, si, de acuerdo con los actuales postulados de la dogmática penal, entendemos que la noción de lesión de bien jurídico no debe identificarse exclusivamente con la destrucción no ya del objeto material del delito sino del propio bien jurídico, y se sostiene, por lo tanto, un concepto más amplio de lesión, entendida como afectación de los bienes objeto de tutela⁴⁴⁴, que comprenda tanto la destrucción

⁴⁴² Vid. Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: Parte General*, 7ª edición, ob. cit., págs. 163 y 164: “La antijuridicidad penal material parte, en general, de un **desvalor de resultado**. Sin embargo, en aquel modelo de Estado el Derecho penal debe respetar además el principio de culpabilidad (en sentido amplio), por lo que sólo puede intentar legítimamente impedir tales resultados desvalorando y, en su caso, prohibiendo las conductas voluntarias que aparezcan *ex ante* como capaces de producir dichos resultados (**desvalor objetivo de la conducta**), y según sean imputables a dolo o sólo a imprudencia (**desvalor subjetivo de la conducta**). Este planteamiento [...] supone tomas de posición en varios aspectos en que se ha manifestado la evolución expuesta del concepto de antijuridicidad y su relación con la tipicidad”.

⁴⁴³ A modo de ejemplo Vid, Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El contenido de la antijuridicidad*, ob. cit., pág. 59: “si la vulneración del bien jurídico no era objetivamente previsible según leyes generales, la conducta no será ya típica”.

⁴⁴⁴ Vid. Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, ob. cit., pág. 669: “...la existencia de un peligro –incluso en el nivel más objetivo que pueda concebirse– no entraña un desvalor de resultado equiparable a la lesión. Prohibimos y sancionamos peligros para evitar lesiones, pero no para evitar peligros. En este sentido, el resultado de peligro concreto no es en realidad más que una situación en la que el juicio de peligro que se podía realizar *ex ante*, con los datos entonces manejados, ha cambiado por la aparición de nuevas circunstancias *ex post*. Pero no hay aquí ningún desvalor añadido. Sólo hay nuevos datos que permiten hacer un nuevo juicio de peligro más fundado. La cualidad de la acción *ex ante* no se modifica, y el desvalor *ex post* para el bien jurídico tampoco”.

como la mera puesta en peligro de los intereses jurídicos objeto de protección⁴⁴⁵, resulta que la distinción entre desvalor de acción y desvalor de resultado desarrollada en los términos antes apuntados se revela tautológica.

Así las cosas, resulta evidente que toda conducta con aptitud bastante desde un plano abstracto para la producción de un resultado lesivo, una vez ejecutada, acarreará cuanto menos la puesta en peligro del bien jurídico protegido y por lo tanto su afectación –aunque ello no implique su destrucción–, de modo que en realidad, al menos desde semejante premisa, desvalor de acción y de resultado tendrían un mismo objeto de valoración, sólo que en el primer caso el mismo sería analizado desde una perspectiva “ex ante” y en el segundo desde una vertiente “ex post facto”⁴⁴⁶.

A la vista de ello no cabría afirmar, por lo tanto, la existencia de conductas en las que se hallara presente el desvalor de acción pero no así el desvalor de resultado, ya que de concurrir el primero necesariamente debería concurrir el segundo. Ello, sin perjuicio que efectivamente pueda afirmarse, atendiendo a los principios de ofensividad y fragmentariedad del Derecho penal, que ese resultado finalmente acaecido no revista la suficiente entidad como para merecer o necesitar de la imposición de una sanción penal⁴⁴⁷. Sin embargo, la renuncia a la sanción penal no supondrá una convalidación del resultado disvalioso, que en realidad seguirá siendo

⁴⁴⁵ En este sentido Vid. Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN, *El contenido de la antijuridicidad*, ob. cit., pág. 25; “En efecto, en el presente trabajo partimos de la base de que en toda tentativa (incluso en la tentativa inidónea, conforme a la teoría de la tentativa relativamente inidónea que aquí se defenderá, según expondré más abajo), si bien no existe obviamente una lesión del bien jurídico, sí existe un peligro real objetivo para el bien jurídico. Por tanto, en toda tentativa (y en los delitos de peligro) existe lo que aquí denominamos antijuridicidad material (lesividad en sentido amplio u ofensividad), concebida como desvalor de resultado. Hay en suma lesividad (concebida como ofensividad) real”.

⁴⁴⁶ Acerca de la confusión apuntada Vid. Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El contenido de la antijuridicidad*, ob. cit., págs. 20 y 21: “En suma, de lo que se acaba de exponer hay que extraer ya, por de pronto, la conclusión de que la inclusión de ambas clases de antijuridicidad (la material y la formal) en diferentes pretensiones de validez de la norma supone una novedad frente a las tesis dominantes, que, inadecuadamente, vienen concibiendo la antijuridicidad como una especie de objeto unitario, sin distinguir ambos aspectos el material (ofensividad) y el formal (ilicitud), que son dos cosas completamente diferentes. [...] Se ha venido incurriendo, así, en una superposición o confusión de ambos planos, propiciada sobre todo por la ambigüedad del concepto de norma, que se traslada inevitablemente a los términos relacionados de *acción ilícita* y *acción antijurídica* y cuyo problema fundamental reside en la imposibilidad de construir una norma que refleje la valoración general del hecho desde la perspectiva de su lesividad con efectos intersubjetivos y que a la vez delimite el comportamiento individualmente prohibido”.

⁴⁴⁷ Vid. Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El contenido de la antijuridicidad*, ob. cit., pág. 23: “Ni que decir tiene que, asumiendo la idea de que puedan existir hechos lesivos no prohibidos...”.

considerado contrario al ordenamiento jurídico en atención a los principios de proporcionalidad, fragmentariedad e intervención mínima del Derecho penal.

A la vista de lo antedicho habrá quienes aleguen que en todo caso sería el concepto de desvalor de acción el que absorbería el contenido del desvalor de resultado, haciendo innecesario el análisis del segundo, siendo no obstante el primero un concepto dotado de virtualidad teórica y práctica en tanto que objetivamente apto para evitar la punición de los meros sucesos fortuitos o los resultados acaecidos en virtud de cursos causales inadecuados o irregulares. No obstante, sin pretender ni muchísimo menos negar lo evidente, considero que el análisis del desvalor de acción no puede limitarse en un Estado social y democrático de Derecho a cumplir exclusivamente una misión de exclusión de aquellos resultados que no fuera previsible que se produjeran en el momento de ejecución de la conducta: en primer lugar, por cuanto ello supondría negar la condición de ser humano al sujeto activo del delito en tanto que los motivos y las circunstancias por las cuales la acción se habría desarrollado, sin perjuicio de las causas de justificación legalmente previstas, no serían atendidos en el enjuiciamiento de su conducta más que desde la vertiente de su potencialidad lesiva, en segundo lugar en tanto que ello limitaría el objeto de estudio, en realidad, a una mera cuestión de causalidad, en particular al análisis de la conexión causal entre resultado y acción.

Creo que si desvalorar significa apreciar o determinar el demérito de algo desarrollando, en el caso del Derecho penal, un reproche negativo acerca de una conducta, afirmando que algo está mal, no resulta lógico limitarnos a desarrollar dicho reproche en atención a la idoneidad causal para la producción del resultado de que se trate sin previamente afirmar la bondad o maldad de la conducta, abstracción hecha de aquella aptitud lesiva. En caso contrario nos limitaríamos a decir que una determinada conducta “está mal” por el mero hecho de ser potencialmente lesiva, y por lo tanto atendiendo no a su contenido o significación sino sencillamente en atención a las consecuencias que la misma está llamada a acarrear. Ello conduce, a modo de ejemplo, al absurdo de equiparar el desvalor de acción representado por quien propina una patada durante un partido de balompié a fin de evitar que el delantero consiga un tanto, pero a sabiendas de que causará un menoscabo de la integridad física del otro jugador, a las lesiones consentidas por la pareja en el

transcurso de un juego sexual intrascendente, y a la bofetada que el incívico propina al que le he mirado mal mientras deambulaba por la calle, ya que todas ellas gozarán de una similar potencialidad lesiva para el bien jurídico protegido integridad física.

A la vista de ello, resulta innegable que, en la actualidad la valoración jurídico penal en que el injusto consiste se vendría desarrollando exclusivamente en atención al resultado. De ahí que quepa afirmar que el concepto de delito sigue aún a fecha de hoy poniendo el acento en la punición de los estados disvaliosos⁴⁴⁸.

Así las cosas, en realidad se advierte que el parámetro de la capacidad de la conducta desarrollada para generar un determinado resultado no toma en consideración en momento alguno de su análisis el contenido de la acción ejecutada, o en todo caso lo haría de forma parcial, sino únicamente las consecuencias que la misma puede acarrear, esto es, su lesividad. De este modo, toda conducta apta para producir un resultado lesivo será disvaliosa, lo que no sólo no dista mucho de la afirmación acerca de que toda conducta que produzca un resultado lesivo será disvaliosa –aún y cuando se reconozca en el matiz un importante avance dogmático-, sino que asimismo permitirá sostener que en la actualidad nuestro ordenamiento jurídico habría pasado de sancionar estados disvaliosos a sancionar conductas capaces de generar estados disvaliosos, o lo que es lo mismo conductas que previsiblemente puedan generar un resultado lesivo para bienes jurídicos.

Si ello es así, y convenimos asimismo en que toda conducta apta para generar un resultado disvalioso presupone ya una afectación del bien jurídico en juego, en tanto que al menos conduce a una puesta en peligro del mismo, nos veremos obligados a concluir que el desvalor de acción se construye actualmente en torno al resultado, en tanto no existirá conducta apta para la producción de un resultado que no produzca el mismo, al menos en sentido normativo, en alguna de sus modalidades con mayor o menor intensidad.

⁴⁴⁸ Vid. Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, ob. cit., págs. 495 y 496: “La idea tácitamente aceptada por la dogmática penal es que del ordenamiento jurídico se desprende una valoración objetiva de las acciones u omisiones atendiendo a sus efectos reales o posibles sobre los bienes jurídicos, y que además esta valoración es general –intersubjetiva- y por ello se concreta en el contenido de las diversas normas de conducta dirigidas a los ciudadanos. El desvalor general del hecho, que a la vez sería el contenido de la norma, definiría la antijuridicidad. Este planteamiento olvida que aunque la finalidad de la norma es lograr que el comportamiento de los ciudadanos se ajuste al modelo valorativo general del ordenamiento...”.

En todo caso creo que no resulta atrevido afirmar que si nuestro ordenamiento jurídico pretende sancionar conductas y no meros resultados debe, más allá de la importancia de la función de exclusiva protección de bienes jurídicos asignada al Derecho penal, desarrollar una noción de desvalor de acción que se abstraiga de toda consideración al resultado. Un modelo de desvalor de acción, que atendido el contenido y significado revelado por las conductas humanas objeto de enjuiciamiento desarrolle una valoración positiva o negativa de aquello que las mismas signifiquen abstracción hecha de las consecuencias que puedan derivarse de dicho acto, o cuanto menos no exclusivamente configurado en atención a su lesividad.

Debe recordarse que las consecuencias lesivas del acto, la idoneidad causal para la producción del resultado así como la efectiva causación del mismo, resultarán valoradas en sede de configuración de la relación de causalidad –atendiendo a las teorías de la imputación objetiva, causalidad adecuada, etc... Así como el análisis de la antijuridicidad material de la conducta, lo será en atención al desvalor de resultado efectivamente acaecido –toda vez que el resultado deberá aparecer como realización efectiva del riesgo producido-.

Aún y cuando pudiera llegar a sostenerse que la aptitud de la conducta desarrollada por el sujeto activo del delito para la producción del resultado lesivo forme parte del contenido de la acción por ser inherente al comportamiento desarrollado –dato este desde luego discutible-, lo cierto es que semejante reduccionismo en la determinación del mérito o demérito expresado por la acción resulta evidente que impide captar la auténtica significación de la misma, esto es, impide dar razón del sentido auténtico o completo del comportamiento desarrollado, y esto es lo más importante, impide determinar si la conducta es una de aquellas respetuosas para con el ordenamiento jurídico y para con la sociedad. En definitiva, la potencialidad lesiva para bienes jurídicos protegidos es innegable que resulta esencial en el análisis de la teoría del delito, pero no lo es menos que en una sociedad en donde la colisión entre bienes jurídicos resulta diaria y en donde la convivencia y el desarrollo social y tecnológico exigen una constante ponderación de los bienes jurídicos en juego, dicha relevancia debe ser matizada. Y es que, el contenido de la acción, y por lo tanto su mérito o demérito, no puede aparecer determinado por su potencialidad lesiva, sino en atención al significado que la misma alcanza en sociedad

2.2.- La confusión entre causalidad y desvalor de acción.

Tal y como ya se apuntara en el apartado anterior, entiendo que la actual configuración del desvalor de la acción conduce a una importante identificación entre la antijuridicidad formal y la material⁴⁴⁹.

La doctrina penal mayoritaria partidaria de las tesis de la imputación objetiva, ha venido desarrollando desde hace varias décadas, fruto de las teorías del incremento del riesgo de Claus ROXIN, un concepto normativo-valorativo de causalidad que, alejado de las tesis naturalísticas, vendría postulando una noción de causalidad que asimismo se vería identificada con la aptitud del acto (abstracción hecha de las consecuencias aparejadas al mismo) para la producción de un resultado lesivo para los bienes jurídicos protegidos.

A la vista de ello, creo que resulta posible sostener que el actual modelo de valoración de las conductas desarrollado por el sistema jurídico-penal de la modernidad tomaría exclusivamente en consideración un aspecto del comportamiento humano, el de las consecuencias que el mismo está llamado a producir, pergeñando, por lo tanto, un modelo de desvalor de acción que analizaría las conductas desde una vertiente reduccionista: el de la acción como proceso de causación mecánicamente determinado, produciéndose por ello un solapamiento entre el concepto normativo de causalidad actualmente propugnado y el de desvalor de acción.

Si bien es cierto que el análisis de la acción desde una perspectiva meramente “mecanicista” pudiera resultar adecuado en otros ámbitos de estudio, creo que en lo que al Derecho respecta y en particular en lo que a la materia penal se refiere, ello ha venido impidiendo en la práctica acceder a aquello que realmente debe ser considerado como objeto de valoración de las conductas humanas, esto es, el sentido que la conducta ejecutada adquiere en sociedad. Tal y como señala ZIELINSKI: “el concepto de causalidad científico-natural se referiría sólo a un aspecto de la acción humana, pero no al esencial, mucho menos a la acción humana como totalidad. La

⁴⁴⁹ Vid. Santiago MIR PUIG, “Límites del normativismo en Derecho penal”, ob. cit., págs. 47 y 48: “...la antijuridicidad no es una mera descripción de una causación, sino, inevitablemente, un juicio de desvalor, que también depende de aspectos significativos del hecho no puramente causales. [...] Es difícil negar que el Derecho penal se ocupa de hechos dotados de significado valorativo y que le importan estos hechos precisamente por dicho significado y no sólo en su dimensión físico-naturalística”.

acción sería objeto de la ciencia jurídico penal no como causación causal, sino “como fenómeno pleno de sentido, ético socialmente-relevante”⁴⁵⁰. Y es que, en definitiva, en el análisis del desvalor de la acción, conceptualizado éste como afirmación del mérito o demérito de la conducta objeto de enjuiciamiento, deben ser tomados en consideración todos aquellos aspectos que permitan determinar el valor positivo o negativo del acto ejecutado, entrando en juego aspectos de corte axiológico en muchos casos de imposible objetivación.

La idoneidad causal para la producción del resultado, la aptitud lesiva en abstracto de un comportamiento para la lesión de los bienes jurídicos, no constituye un parámetro apto para determinar el sentido o contenido de la conducta, y por ello tampoco su demérito, al igual que no lo fue el resultado en el causal-naturalismo o la intención en el finalismo.

Considero que la búsqueda del sentido de las acciones humanas no puede desarrollarse sino en el marco de las relaciones sociales en donde tienen lugar, sin perjuicio de que la idoneidad de la conducta para la producción de un determinado resultado pueda ser un elemento, incluso relevante, a tomar en consideración en el análisis jurídico.

La propuesta que se presenta pretende precisamente afirmar que los fundamentos filosóficos subyacentes a la concepción significativa de la acción del profesor VIVES ANTÓN, ya previamente expuestos en otros capítulos, así como la filosofía del lenguaje, y en particular la tesis de WITTGENSTEIN, resultan aptos a fin de desarrollar un nuevo modelo de desvalor de acción más completo, que permita captar la conducta humana en toda su extensión –a pesar de la complejidad de la misma-. Con ello se pretende determinar el sentido positivo o negativo expresado por las conductas humanas en atención a nuevos parámetros, a fin, en definitiva, de contribuir a la tarea de progresiva humanización del Derecho penal mediante una labor de creación de espacios dogmáticos que admitan la contextualización de las acciones en el análisis de la teoría del delito, permitiendo con ello su singularización.

De acuerdo con el profesor VIVES ANTÓN y, a su vez, con la filosofía del lenguaje del segundo WITTGENSTEIN, el sentido de las acciones sólo puede ser

⁴⁵⁰ Vid. Diethart ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito: análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, ob. cit., pág. 55.

determinado atendiendo a los “juegos de lenguaje” propios del contexto en que se desarrolla el comportamiento en cuestión.

Según mi parecer resultaría no sólo posible sino además oportuno trasladar la propuesta de VIVES ANTÓN al ámbito de la valoración del mérito o demérito atribuidos a las conductas objeto de análisis. La idoneidad causal para la producción de un resultado puede ser, tal y como ya se expuso al analizar las teorías de la imputación objetiva, un criterio digno de ser tomado en consideración a la hora de impedir una excesiva amplitud de los tipos penales –resultando ciertamente discutible si excede los límites propios del concepto de causalidad, aún y cuando se configure como concepto normativo-, pero que en ningún caso permite calificar ni determinar el sentido concreto del acto afirmando que nos encontramos ante una lesión, un homicidio o cualquier otra clase de delito.

No en vano, a nadie se le pasaría por la cabeza afirmar que un pequeño cachete consentido en el trasero de la amante durante el acto amoroso que ocasionara un hematoma debería ser calificado como falta de lesiones del art. 617.1 del Código penal, o como delito de lesiones en el ámbito de la violencia de género del art. 153.1 del Código penal –sin perjuicio de lo prevenido en el art. 155 Cp-, y ello a pesar de que la potencialidad lesiva del acto pudiera ser, abstracción hecha del resultado, equiparable, o incluso mayor, que la bofetada propinada durante una discusión de tráfico, que desde luego resultaría calificada como agresión, subsumiéndose sin ningún género de dudas y cuanto menos en el contenido del art. 617.1 del Código penal. En definitiva, las reglas de la lógica y la experiencia nos conducen, tal y como afirma el profesor VIVES ANTÓN, a la conclusión de que el significado de las conductas debe determinarse con arreglo a reglas semánticas, llámeseles “reglas de juego” o de cualquier otra manera.

Asimismo, debe señalarse que sólo desde la perspectiva apuntada resultaría posible equiparar el significado de acciones y omisiones, particularmente en el caso de los delitos de comisión por omisión, ya que, en realidad, tal y como se apunta en otros capítulos al analizar la concepción significativa de la acción, resulta difícilmente comprensible la posibilidad de emplear por igual una idéntica noción de causalidad en ambos casos: así las cosas, no parecería razonable sostener que la puñalada asestada pudiera ser causa de la muerte en el mismo sentido que el hecho de no amamantar a

un recién nacido o de no rescatar al excursionista que se encuentra colgando de un precipicio⁴⁵¹ –y ello aún y cuando se sostenga un concepto normativo de causalidad-. Así las cosas, resulta evidente que si en ambos casos hablamos de “causa” ello no obedece a la presencia de un idéntico nexo científico sino a una mera convención según la cual de acuerdo con las “reglas del juego” vigentes en nuestra sociedad ambas acciones serían calificadas, no ya jurídicamente sino incluso en un estadio social previo, como homicidas y por ello como disvaliosas en atención a parámetros de corte axiológico.

De ahí precisamente que en la actualidad no falten quienes hayan venido reclamando la necesidad de situar a la causalidad en el lugar que realmente le corresponde, particularmente los partidarios de la concepción significativa de la acción, desbancándola de su condición de ley natural⁴⁵², en post de su nueva caracterización como mero concepto convencional según el cual no nos encontraríamos más que ante una mera inferencia desarrollada a través de la experiencia a fin de dar solución de continuidad, y con ello explicación, a los eventos que acontecen en el mundo que nos rodea tras la que, en realidad, no subyacería conclusión científica alguna. En este sentido sostiene RAMOS VÁZQUEZ, que: “en el estado actual de la ciencia, que no sólo niega toda posibilidad de conocimiento respecto de estados futuros de un sistema físico, sino que ha desechado el concepto

⁴⁵¹ Vid. Michael S. MOORE, *Causalidad y responsabilidad*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, pág. 106: “las omisiones no causan nada. “Nada surge de la nada ni nunca podrá surgir” es buena metafísica, además de la letra de una canción pegadiza en un musical. Los elefantes ausentes no hacen crecer el pasto por su ausencia; los salvamentos ausentes no causan nada, y ciertamente no causan las muertes que dejan de evitar. [...] un dejar morir omisivo no es una clase de asesinato. Tal omisión no contiene acto alguno, ni siquiera un acto mental de querer, y la ausencia de un acto no es un evento o estado de cosas por sí misma: del mismo modo, una omisión no es la causa de la muerte que deja de evitar. Ser considerado responsable por dejar de evitar la muerte de Smith es, entonces, muy diferente de serlo por un acto que causa la muerte de Smith, esto es, por un asesinato. La diferencia recae en que existen estados de cosas reales, y relaciones causales reales, vinculados con asesinar, pero no con evitar matar”.

⁴⁵² Michael S. MOORE, *Causalidad y responsabilidad*, ob. cit., págs. 147 y 148: “La teoría jurídica, como la filosofía, tiene su porción de escépticos acerca de la causalidad. [...] Algunos juristas son escépticos con respecto a que exista en el mundo cualquier relación natural que pueda denominarse “causalidad”. [...] HUME entendió, como es sabido, a las relaciones causales particulares como instancias de leyes causales ubicadas espacio-temporalmente, y entendió a las leyes causales como meras uniformidades en la secuencia entre tipos de eventos. HUME, fue entonces, doblemente reduccionista con respecto a la relación causal, reduciéndola finalmente a una concurrencia regular. Por esto es que, comúnmente, es considerado un escéptico.[...] HART afirmó que [...] los causativos serían sólo etiquetas utilizadas para expresar conclusiones acerca de la responsabilidad. Estas son las posiciones escépticas de los juristas. Parecen negar que la causalidad exista como alguna forma de relación natural, ya sea “como el pegamento”, ya sea como una concurrencia regular en la naturaleza, ya sea como alguna otra cosa”.

usualmente tenido por “científico” de causa, de modo que como señala MAIWALD, las ciencias naturales modernas se caracterizan por evitar los conceptos de “causa” y “efecto” y, cuando lo utilizan, lo hacen en el sentido de una causalidad débil...”⁴⁵³, tanto es así, que de hecho los últimos experimentos científicos relacionados con la radioactividad habrían demostrado la contingencia de la causalidad, adjetivándola por ello como concepto cultural:

”En efecto, como señalan MOSTERÍN/TORRETI, “tal y como entendemos la radioactividad, no cabe tipificar una circunstancia que preceda inmediatamente a la desintegración de un núcleo atómico radioactivo y que no acompañe también, en otros casos, a la persistencia de núcleos de la misma clase sin desintegrar. La desintegración radioactiva es, por ello, en el pensamiento científico de hoy, el prototipo del evento incausado”. Esto basta para desechar, por apresuradamente concluyentes, afirmaciones como la de RUBIA de que “desde el punto de vista científico-natural, la causa de un fenómeno físico es siempre otro fenómeno físico”. Tal afirmación, tomada en su sentido literal es falsa, y tomada en el sentido, más genérico, de que todo evento físico tiene una causa (y esta causa es física) es una superstición”⁴⁵⁴.

A la vista de todo ello entiendo que en la actualidad todo lo más resultaría posible sostener un concepto débil de causalidad, y ello en tanto que los resultados no suelen por lo general desarrollarse por un única causa, sino que resulta a todas luces evidente que todo evento acontece fruto de la concatenación de una pluralidad de elementos y circunstancias.

Incluso el acontecimiento que se revela como más simple y de menor entidad, acaece por una multiplicidad de causas, en definitiva, por una pluralidad de elementos cuya conjunción da lugar a un acontecimiento que únicamente valorado en toda su extensión y complejidad permite determinar lo realmente acontecido.

La consideración acerca de que un evento acontece a causa de una determinada acción humana debe enmarcarse, por ello, en el seno de un proceso convencional de atribución de sentido, y con ello de asignación de valor, de innegable carácter convencional, que transcurre en el marco de las reglas semánticas conforme a parámetros sociales predeterminados. Es cierto, insisto en ello, que el Derecho penal puede emplear un concepto propio y exclusivo de causa, un concepto normativo, pero la práctica ha venido mostrando durante décadas que ello no permite la

⁴⁵³ José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, *Ciencia, libertad y Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pág. 140.

⁴⁵⁴ José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, *Ciencia, libertad y Derecho penal*, ob. cit., 2013, pág. 142.

singularización de las conductas humanas en la búsqueda por la solución bien justa, bien racional de los supuestos de hecho⁴⁵⁵.

En todo caso, no quisiera poner punto y final al presente apartado sin antes realizar un breve apunte acerca de la propia naturaleza racional de cualquier valoración, con independencia del plano o rama científica en que se desarrolle. En este sentido no puede olvidarse que “valorar” según la Real Academia de la Lengua Española –en la acepción que se corresponde con nuestro objeto de estudio- se define como “reconocer, apreciar o estimar el valor o mérito de alguien o algo”, por lo que en definitiva, valorar consiste en adjetivar como positivo o negativo el objeto de análisis en cuestión. Siendo ello así, resulta a todas luces evidente que una valoración acerca de la bondad o maldad de la conducta humana no puede desarrollarse en atención a parámetros exclusivamente físicos, como lo es el de la idoneidad causal para la producción de un evento, por cuanto ello supondría incurrir en la ya a estas alturas sobradamente conocida falacia naturalista: del ser no cabe extraer el deber ser, y por lo tanto de la causalidad entendida en términos físicos o científicos no puede inferirse valoración, sea positiva o negativa, de conducta alguna. Ante este argumento podría argüirse que, en todo caso, el actual modelo de configuración del desvalor de la acción no incurriría en la consabida falacia naturalista en tanto que el resultado en cuestión ya se hallaría previamente desvalorado conforme a distintos parámetros de corte axiológico, en tanto que, en todo caso, supondría una lesión de bienes jurídicos relevantes para nuestra sociedad. No obstante, la previsible objeción debería desecharse ya de antemano por cuanto de estimarse nos trasladaría nuevamente a aceptar como exclusivo fundamento del injusto el desvalor del resultado, en tanto que la idoneidad causal, no debe olvidarse, no es más que una consecuencia de la conducta.

⁴⁵⁵ Vid. José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, *Ciencia, libertad y Derecho penal*, ob. cit., pág. 145: “...si es actuando como surge toda la problemática de la causa, debe quedar aún más claro –en tercer lugar- que “causa” es una palabra con sus correspondientes (y peculiares) juegos de lenguaje y que su absolutización (que es, a fin de cuentas, lo que propone el determinismo) no sólo es contraproducente, sino que supone una distorsión gramatical y un retorcimiento del lenguaje común, pues “todo evento tiene una causa” no es una verdad sintética a priori sino una regla de gramática. [...] el hecho de que exista una cesura entre palabra “causa” y su uso en el lenguaje científico, nos lleva a argumentar que éste sea un uso altamente especializado del lenguaje mismo”.

2.3.- La actual configuración de un modelo formal de desvalor de acción.

A buen seguro, ante las duras críticas vertidas en relación a la actual configuración de la noción de desvalor de acción, se objete que, en realidad, se trata de un concepto que en los términos expuestos no encontraría acomodo en el actual sistema de la teoría del delito. Así las cosas, el análisis del mérito o demérito expresado por las acciones correspondería en exclusiva al legislador quien, a la postre, desarrollaría dicha labor en un estadio previo al análisis de las categorías dogmáticas, en concreto durante la fase legislativa. En definitiva, sería al legislador a quien correspondería afirmar si el homicidio, el hurto, el robo, o la conducción bajo la influencia de las bebidas alcohólicas se hallan o no disvalorados. En este contexto, al juez simplemente se le permitiría operar con la vertiente formal del desvalor de la acción –la antijuridicidad formal- en el sentido de determinar si la conducta objeto de enjuiciamiento –previamente disvalorada por el legislador- sería contraria al ordenamiento jurídico. Sin embargo, en ningún caso se le permitiría, en virtud del principio de legalidad, desarrollar un análisis material acerca de si la conducta sometida a su parecer debería ser o no adjetivada como correcta o incorrecta, sino simplemente como subsumible o no en un tipo penal, y en su caso como justificada o injustificada –y todo ello en función de que el tipo penal fuera considerado *ratio essendi* o *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad-. En definitiva, resulta evidente que en semejante contexto la labor judicial se reduciría en el plano fáctico a la determinación de los hechos probados y en el plano teórico a una mera aplicación del sistema lógico-deductivo en que consiste la subsunción de los hechos en el tipo penal objeto de aplicación.

A pesar de lo fundado de las objeciones expuestas, este trabajo pretende reivindicar la necesidad de desarrollar un nuevo modelo de desvalor de acción idóneo para pergeñar un análisis de carácter material de las conductas sometidas a enjuiciamiento por parte de los operadores jurídicos.

Por más que resulte habitual la idea de que es al legislador a quien corresponde afirmar el demérito de las conductas, esto es, determinar si son o no disvaliosas, procediendo, para el caso de que lo sean y de que además lesionen en forma importante bienes jurídicos, a su tipificación, es lo cierto que en realidad la

determinación del desvalor de las conductas es una labor de carácter convencional que corresponde a la sociedad, de modo que el legislador únicamente se hallaría legitimado en su rol de representante de la ciudadanía –al igual que en el caso de la configuración de los bienes jurídicos protegidos- para seleccionar de entre todas las conductas consideradas socialmente disvaliosas aquellas que, en virtud del principio de fragmentariedad, le parecieran jurídico-penalmente relevantes procediendo a su posterior positivización. Es por lo tanto a la sociedad a quien, a través de los “juegos de lenguaje”, corresponde definir el significado de las conductas adjudicándoles el valor que merecen.

De ahí precisamente que haya venido afirmándose que el Derecho penal no crea derechos sino que simplemente los reconoce; a modo de ejemplo BINDING consideró que el Derecho penal tenía por objeto la protección de los derechos civiles, mientras que MAYER consideró que toda norma penal tendría su origen en las denominadas “normas de cultura”⁴⁵⁶.

Conviene subrayar que el actual modelo de tipificación de las conductas previamente declaradas disvaliosas se caracteriza por desarrollarse en un plano abstracto, así como por dirigirse a la universalidad de los ciudadanos –no vamos a entrar en el debate acerca de si las normas se dirigen a todos por igual o tan sólo a los destinatarios aptos para ser motivados por las mismas-, y ello a través de un sencillo sistema: la descripción de los elementos de carácter objetivo y subjetivo que definen o configuran esa modalidad de acción delictiva.

Mediante la redacción de los tipos penales el legislador desarrolla un procedimiento de normativización de las conductas delictivas que conduce a su objetivización, erigiendo con ello una clara línea divisoria entre la valoración social y la jurídico penalmente relevante. En definitiva, se produce una escisión en el plano legislativo entre aquello que, por ejemplo, el homicidio significa en sociedad y aquello que fruto de la normativización de la conducta se considera que lo es en su acepción

⁴⁵⁶ Vid. Francisco JAVIER ÁLVAREZ, *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, ob. cit., págs. 31 y 32: “Usualmente en Derecho penal se destacan las obras de Karl BINDING y Max Erns MAYER como máximos exponentes de la primigenia visión jurídica de la estructura de las normas penales. Si bien se aprecian en el último autor citado rasgos sociológicos que propenden a considerar el fenómeno jurídico más como expresión social del pueblo que del poder. BINDING, por su parte, hace más hincapié en la relación de jerarquía entre el poder y los súbditos receptores de las normas”.

jurídico-penal⁴⁵⁷. Se trata de una quiebra admitida doctrinal y jurisprudencialmente que resulta, según mi opinión, injustificada en tanto que no debe olvidarse que en todo caso la selección legislativa hallaría su principal fuente en la valoración social, de modo que cuanto menos la ruptura entre lo social y lo jurídico no debiera producirse en modo tan radical.

A mayor abundamiento, creo que no resulta excesivamente aventurado afirmar que la doctrina mayoritaria defiende hoy en día un modelo de antijuridicidad y en particular de desvalor de acción extraordinariamente próximos –con la evidente salvedad del desarrollo experimentado por los elementos subjetivos y junto con ellos por la categoría de la culpabilidad- a los modelos pergeñados por la doctrina penal alemana de mediados del s. XIX.

Centrándonos en el análisis del desvalor de acción, es menester subrayar que resulta muy difícil comprender semejante coincidencia histórica a la vista de los profundos cambios acontecidos en el seno de la teoría del delito, y, en particular, a la vista de las importantísimas variaciones experimentadas a nivel de fundamentación de los fines asignados al Derecho penal y a la pena, y asimismo en relación al desarrollo experimentado por las teorías de la norma. En particular, debe recordarse, tal y como se apuntará en otro capítulo de este trabajo, que el modelo penal liberal, y muy particularmente el concepto de injusto penal que le es propio, se construyeron sobre una singular conceptualización de los principios de legalidad y de la división de poderes que actualmente resulta controvertida.

Ese modelo al que viene aludiéndose se caracterizó, en coherencia con la ya apuntada rigidez en torno a los principios de legalidad y de la división de poderes, por configurar un concepto de injusto de naturaleza marcadamente formal, para el que la adjetivación de una conducta como delictiva debía producirse de modo cuasi matemático mediante un sencillo sistema de naturaleza lógico-deductiva: la subsunción.

⁴⁵⁷ Vid. Hans WELZEL, *El nuevo sistema de Derecho penal*, ob. cit., pág. 59: “todo tipo jurídico es una generalización de casos individuales posible. [...] Para la generalización hay dos reglas de lógica: cuanto mayor es la generalización, tanto más comprensivo y sin laguna es el tipo, pero también tanto más difuso y falto de contenido, y, sobre todo, tanto menos apropiado para una aplicación homogénea del Derecho. Inversamente, cuanto menor es la generalización, tanto más real y plástico es el tipo, pero también tanto más limitado y con lagunas”.

A fin de paliar la rigidez formal del sistema, así como de limitar los efectos de la antedicha escisión entre lo que podríamos denominar el mundo real y el jurídico, la doctrina desarrolló concienzudamente un concepto de antijuridicidad material que, gravitando en torno al concepto de bien jurídico protegido, debía operar como límite crítico al “*ius puniendi*” estatal, en definitiva, como forma de garantizar no sólo que las normas penales elaboradas por el legislador fueran legítimas, sino asimismo que su aplicación al caso concreto también lo fuera⁴⁵⁸.

El desarrollo de un concepto material de antijuridicidad, identificado con la afectación de bienes jurídicos resultó de una extraordinaria importancia, en primer lugar, toda vez que acarrearía una notable flexibilización de los principios de legalidad y de división de poderes propios del sistema liberal en forma de habilitación a los órganos judiciales para desarrollar una importante labor interpretativa. No en vano, ello permitió a los tribunales declarar la atipicidad de conductas que formalmente resultaban subsumibles en los tipos penales⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ Vid. Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: Parte General*, 8ª Edición, ob. cit., pág. 163: “¿Cuál es el sentido funcional en que los objetos reales importan al Derecho penal como bienes jurídicos? Es su dimensión social la que interesa al Derecho: la medida en la que la indemnidad de aquellos objetos reales constituye una *necesidad social* y condiciona las “*posibilidades de participación*” del individuo en los sistemas sociales. Pero debe quedar claro el sentido en que se alude a este aspecto funcional: no como exclusión de los concretos objetos existenciales del concepto de bien jurídico, sino como análisis del sentido funcional en que dichos objetos merecen protección como bienes jurídicos. Sólo así podrá cumplir el concepto de bien jurídico la función político liberal que se considera esencial en él: la de ofrecer una *concreción material* –y no sólo formal como la literalidad de los tipos penales- de los distintos estados valiosos que por su importancia reclamen la tutela penal.

⁴⁵⁹ Vid. Wolfgang FRISCH, “Delito y sistema del delito”, en Jürgen WOLTER/ Georg FREUND, *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, pág. 195: “La ciencia no puede hacer demasiadas cosas en contra de este fenómeno. Ciertamente, ha desarrollado un sistema impresionante sobre las características particulares del delito, pero frente a la pregunta de cuál es la esencia de un delito o qué convierte un hecho injusto en un delito, no sabe bien cómo responder. Especialmente, ha resultado ser un fraude la esperanza cultivada en los últimos decenios referente a que el delito se podía caracterizar con mucha precisión a través del concepto de bien jurídico. Dado que tan sólo la lesión o amenaza de bienes jurídicos podía caracterizarse como delito, este concepto permitía a la vez otorgar contenido material a los mencionados contornos. Y ello no sólo porque el incontestable bien jurídico genere preguntas que no pueden ser respondidas únicamente mediante el concepto de bien jurídico (p. ej. ¿qué afectaciones o amenazas deben castigarse? ¿Y bajo qué –otras- condiciones?). Ante todo, es evidente que la noción de bien jurídico permite construir cualquier cosa, de manera que la adopción de este concepto no ofrece al Derecho penal ningún contorno preciso ni puede protegerlo frente a una ampliación (quizás) desmesurada. En el fondo, la respuesta a la pregunta de qué convierte realmente un hecho en delito se agota en lo que ha sido respondido hace unos doscientos años, a saber, debe ser un injusto merecedor y necesitado de pena. En esta afirmación hay muchas cuestiones abiertas. En la mayoría de las ocasiones no es posible encontrar una concreción de los criterios rectores y frecuentemente ni tan siquiera un intento. Más bien, la concreción se deja en manos del legislador, que la pone en práctica según su arbitrio y cuyo trabajo de concreción se tolera más allá de los límites de la desproporción. Con otras palabras, la delimitación del injusto penal se ve como cosa de la política, como algo sobre lo que puede

En segundo lugar, en tanto que dejaba a las claras la necesidad de que el Derecho descendiera del plano dogmático al mundo real. Repárese en que el concepto de antijuridicidad material conducía a la encrucijada de poner en entredicho la tradicional labor legislativa de selección de bienes jurídicos, afirmándose con ello la necesidad de que el criterio del legislador, determinado en abstracto por medio de las normas escritas, fuera complementado por los órganos judiciales atendiendo a las peculiaridades del supuesto de hecho sometido a su parecer a fin de conseguir su singularización.

Por último, aunque no por ello menos importante, la nueva conceptualización del desvalor del resultado admitiría la introducción en el plano dogmático de parámetros de carácter sociológico o en todo caso no estrictamente jurídicos, permitiéndose con ello una suerte de simbiosis entre sociedad y sistema teórico jurídico⁴⁶⁰.

Pues bien, lo que se pretende con este trabajo de investigación, no es más que, de modo paralelo al desarrollo experimentado en su momento por el concepto de desvalor de resultado, dotar de contenido material al desvalor de acción, consiguiendo así que deje de existir un concepto de antijuridicidad meramente formal. No en vano, resulta paradójico que el concepto de delito adquiera contenido material en atención al resultado acaecido cuando precisamente el Derecho penal tiene por objeto la regulación de conductas, siendo algo comúnmente admitido hoy día, tal y como ha sido expuesto en la primera parte de este capítulo, que el resultado aparece como un elemento accesorio o cuanto menos secundario en la conceptualización del sistema del delito.

afirmarse muy poco desde la perspectiva científica. La ciencia entra en juego, de acuerdo con un determinado concepto de ciencia, sólo después y sobre la base de lo positivo originado política y acientíficamente. Esta actitud de resignación frente al concepto de delito se observa con mayor claridad en aquellas manifestaciones que renuncian (por ello) al concepto material de delito y se conforman con definir el delito tan sólo desde el punto de vista positivo-formal”.

⁴⁶⁰ Vid. Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: Parte General*, 7ª, ob. cit., pág. 169; “¿Cuál es el sentido funcional en que los objetos reales importan al Derecho penal como bienes jurídicos? Es su dimensión social la que interesa al Derecho: la medida en que la indemnidad de aquellos objetos reales constituye una *necesidad social* y condiciona las “*posibilidades de participación*” del individuo en los sistemas sociales”.

3.- Nueva propuesta: la tesis del desvalor material de la acción.

Tal y como viene exponiéndose, este trabajo de investigación pretende reformular el concepto de desvalor de acción actualmente propugnado de modo cuasi unánime por la doctrina y desde luego también por la jurisprudencia –quien en realidad se mantiene prácticamente ajena no ya a los términos en que se desarrolla el debate sino en relación a su propia existencia-.

El formalismo extremo a que conduce el actual sistema de la teoría del delito en lo que a la determinación de la contrariedad a Derecho de las conductas sometidas a enjuiciamiento se refiere, fruto de un modelo cognoscitivo de acceso, o mejor dicho, aproximación a la verdad “judicial” construido en torno a la idea de silogismo jurídico acarrea en no pocas ocasiones la imposible singularización de las peculiares circunstancias propias de cada uno de los casos sometidos a enjuiciamiento⁴⁶¹.

Según este modelo cognoscitivo de signo silogístico, o de la subsunción, el operador jurídico, y en particular el juez, únicamente deberá tomar en consideración, en el análisis jurídico a fin de afirmar el demérito de las conductas sometidas a su parecer, por imperativo del principio de legalidad, aquellos elementos que aparecen recogidos en la redacción del tipo penal, convirtiéndose el análisis del desvalor de acción en poco menos que una ecuación jurídica⁴⁶². De ahí que quepa afirmar en atención a la formulación del injusto actualmente imperante, y en particular de la noción de desvalor de acción, que el análisis de las conductas se desarrolla por el órgano judicial en términos reduccionistas. Y es que éste se dirige a la exclusiva corroboración de la presencia de los elementos descritos en el tipo penal así como de las causas de justificación legalmente descritas, y todo ello con independencia de la significación revelada por la conducta del sujeto activo del delito y desde luego al

⁴⁶¹ Vid. Wolfgang FRISCH, “Delito y sistema del delito”, en Jürgen WOLTER/ Georg FREUND, *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*, ob. cit., pág. 306: “Por lo que se refiere a la apreciación jurídica de un caso concreto, especialmente de un “objeto del proceso”, la acostumbrada “subsunción” en la norma legal parece, a primera vista, no darnos la posibilidad de una auténtica individualización”[...] pág. 309 “La insuficiencia de la norma frente a la individualidad radica ante todo no sólo en la peculiaridad y exclusividad del caso, sino también en la peculiaridad y exclusividad de la persona”.

⁴⁶² Vid. Juan José BUSTOS RAMÍREZ/ Hernán Hormazabal Malarée, “Significación social y tipicidad”, ob. cit., pág. 20; “Inexplicablemente, sin embargo, en el campo de la teoría del delito, todos los intentos globales de superación y renovación no han logrado desprenderse de su sello de nacimiento, esto es, del método de las ciencias naturales y en forma precisa del dogma causal”.

margen de circunstancias que, aún y ser evidentemente relevantes conforme a los más básicos postulados del sentido común y la experiencia, no hayan sido, sin embargo, previstas en la formulación que en abstracto y con carácter previo a la ejecución del acto sometido a enjuiciamiento haya realizado el legislador⁴⁶³.

Como señala QUINTERO OLIVARES: “si se aceptara que no cabe más concepto relevante de antijuridicidad y de justificación que la que se pueda derivar de la regulación legal cuestión cuyas dificultades ya hemos mencionado, no habría manera de explicar por qué la ley deja de aplicarse en función de criterios no incluidos en ella, pero admitidos científica e incluso jurisprudencialmente en ocasiones, como sucede con el principio de adecuación social [...] según el cual se excluye del ámbito del injusto punible aquella conducta que aun siendo formalmente típica es un comportamiento socialmente asumido y admitido; o bien, por qué es variable el entendimiento que los Tribunales pueden hacer de los *elementos valorativos* que la ley contiene, variaciones que son personales, locales, cronológicas, en suma, porque las leyes, como dice el art. 3.1 del mismo Código civil, deben interpretarse de acuerdo con “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”⁴⁶⁴.

No se pretende, ni muchísimo menos, permítaseme poner especial énfasis en ello, negar las evidentes bondades del principio de legalidad en tanto que mecanismo a través del que garantizar la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley mediante la postulación de un Derecho penal del hecho en detrimento de un Derecho penal de autor de corte subjetivista, así como tampoco se pretende pergeñar un modelo de aproximación al conocimiento de lo verdadero de carácter cognoscitivo en detrimento de modelos constitutivos o reconocitivos. En definitiva, no se propone aquí suprimir el modelo existente sino simplemente evidenciar la necesidad de completarlo a fin de permitir una mejor resolución de los casos sometidos al conocimiento de la justicia penal.

Para ello, entiendo que resultaría beneficioso desarrollar el análisis del desvalor de acción en dos fases o momentos cronológica y sistemáticamente diferenciados, distinguiéndose claramente entre un análisis material del desvalor de la acción, que debería desarrollarse en primer lugar, y otro de carácter formal y que en definitiva se

⁴⁶³ Vid. Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho penal*, ob. cit., pág. 466; “La lectura de lo que las leyes penales describen como delito, por más que se haga con el máximo rigor dogmático al servicio de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, no nos da todavía cabal noticia de lo que en la sociedad se considera merecedor de represión. Eso pone de manifiesto que la ley, cerrada en sus palabras, no es capaz, ni podría serlo, de captar toda la riqueza de matices y variables que puede tener un comportamiento humano, y por eso se comprende que la ciencia penal quiera dejar abiertos espacios en los que esa misión entre Derecho y sociedad pueda ser posible, y sea la conducta humana social y culturalmente la que deba soportar los calificativos de justa, injusta o indiferente”.

⁴⁶⁴ Vid. Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho penal*, ob. cit., pág. 267.

correspondería con el modelo actual⁴⁶⁵. De ahí que se afirme que no se trata de suprimir el concepto de antijuridicidad formal, sino sencillamente de perfeccionarlo⁴⁶⁶.

El análisis material del desvalor de la acción que defiende pretende operar como lugar de la teoría del delito en donde determinar el sentido expresado por la acción en sociedad, esto es, la calificación social de la conducta⁴⁶⁷.

Esta atribución de significado, desde luego, debería desarrollarse en los términos defendidos por la concepción significativa de la acción de VIVES ANTÓN, mediante el recurso a los denominados “juegos de lenguaje” wittgensteinianos. Sin embargo, a diferencia de lo sostenido por los partidarios de la concepción significativa, esta primera operación o fase de atribución de sentido debería desarrollarse al margen del tipo penal, y ello en tanto que la acción se caracterizaría, según el modelo que propongo, por gozar de un contenido sustancial⁴⁶⁸, aunque cierto es que mínimo, tal y

⁴⁶⁵ Aunque en un sentido distinto, Vid. Jürgen WOLTER, “Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de teoría del delito en la actualidad”, en Diego Manuel LUZÓN PEÑA/ Santiago MIR PUIG, *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1999, pág. 12: “... en un momento previo al examen del tipo objetivo de injusto (consiguientemente, “antes del primer nivel de la estructura del delito”) es preciso establecer si la conducta del autor era *socialmente adecuada*: esto es, si se ha creado únicamente un riesgo permitido, socialmente aceptado y de mínima relevancia para el bien jurídico. Pues la realización de conductas socialmente adecuadas de esta índole está garantizada por la Constitución como parte del contenido esencial de las libertades fundamentales y de los principios del Estado de Derecho. El legislador penal no está autorizado a crear normas jurídico-penales de conducta que abarquen riesgos socialmente adecuados. Detengámonos por un momento a examinar este nivel previo de la teoría del delito, anterior a la constatación de la existencia de una acción típica, antijurídica y culpable. Los riesgos socialmente adecuados, tales como la creación del riesgo de accidentes en el tráfico rodado cuando se han respetado las normas administrativas, no constituyen *objeto del dolo*. La creencia errónea de que se está creando un riesgo de resultado típico, cuando en realidad existe adecuación social, no constituye tentativa inidónea sino *delito putativo*.”

⁴⁶⁶ Vid. Wolfgang FRISCH, “Delito y sistema del delito”, en Jürgen WOLTER/ Georg FREUND, *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*, ob. cit., pág. 216: “Merece igualmente destacarse la ampliación de la discusión a los fenómenos extrapenales. En el sistema de WOLTER, estos fenómenos aparecen no sólo en la introducción directa del Derecho constitucional. La perspectiva de WOLTER según la cual muchas cuestiones que surgen a la luz de la valoración penal no son auténticos problemas jurídico-penales, sino que deben decidirse antes del Derecho penal, como por ejemplo las cuestiones que afectan a la libertad general de acción, me parece esencialmente correcta. El mérito de haber puesto de relieve estos aspectos extrapenales y previos al Derecho penal sigue siendo muy alto...”.

⁴⁶⁷ Vid. Arturo ROCCO, *El objeto del delito y la tutela jurídico penal: contribución a las teorías generales del delito y de la pena*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2005, pág. 502: “Si la licitud jurídico penal se distingue de la antisocialidad de una acción, si la licitud jurídico penal se diferencia de su socialidad, ello no significa que no exista una relación entre ilicitud penal y antisocialidad de una acción, por un lado, y entre licitud jurídico penal y socialidad de una acción por otro”.

⁴⁶⁸ Vid. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”, en Jürgen WOLTER/ Georg FREUND, *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*, ob. cit., págs. 19 y 20: “Ciertamente, la teoría del delito es una “teoría de la acción” humana o, en otros términos, una teoría de la interpretación de hechos. Así, designa un conjunto de

como el propio VIVES ANTÓN llega a reconocer de forma velada. En definitiva, no puede olvidarse que la acción, con relevancia penal, es siempre expresión de una conducta humana –sea ésta individual o colectiva-, siendo el componente humano su elemento esencial e irrenunciable que dota a la misma de auténtica sustantividad.

Así las cosas, una vez determinado el sentido de la acción en los términos expresados, esto es, lo que hemos venido en denominar la “calificación social” de la conducta, deberá determinarse qué valor ostenta dicha acción en sociedad, esto es, si se trata de un comportamiento positivamente valorado, neutro o desvalorado, siendo que únicamente para el caso de que nos encontremos ante un comportamiento calificado como socialmente disvalioso deberíamos adentrarnos en el análisis de la relevancia jurídica de la conducta, esto es, de su análisis típico, a fin de verificar si la conducta socialmente disvaliosa reviste relevancia jurídica⁴⁶⁹. Evidentemente, el análisis típico de la conducta constituiría la segunda fase de examen del desvalor de acción, examen éste que tendría lugar siguiendo el modelo actualmente dominante.

Mediante semejante reformulación del concepto de desvalor de acción se pretende lograr dos objetivos: por un lado, la declaración de irrelevancia penal de aquellos comportamientos que hayan sido positivamente valorados por la sociedad en que acontecen, y en segundo lugar, asimismo lograr un sistema de graduación de la intensidad del desvalor de la acción a través del que obtener un genuino parámetro de individualización de la pena⁴⁷⁰.

reglas para la atribución de un sentido a un hecho realizado por un sujeto. Ahora bien, toda atribución de un sentido concreto a un hecho se produce partiendo de una determinada perspectiva: los hechos sociales no tienen un único sentido “en sí”. En el caso de la teoría del delito, resulta imposible prescindir de la circunstancia de que la atribución de sentido va orientada a una atribución de responsabilidad por algo y, en fin, a la imposición de una consecuencia jurídico-penal. [...] el delito, como tal, no existe por sí solo en la realidad físico-natural, sino en los enunciados de quienes, a la vista de determinadas realidades físico-naturales, llegan a la conclusión de adscribirles sentido criminal, un preciso sentido criminal, y se las atribuyen a alguien como sujeto. Dado que el delito surge, pues, en la intercomunicación humana, no se sustrae a la mutabilidad consustancial a ésta”.

⁴⁶⁹ Vid. Jorge BARRERA/ Mario PEREIRA GARMENDIA, *Teoría del delito y praxis penal*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2012, pág. 17: “...ya no busca fundarse (el injusto) mediante la captación de esencias óptico-ontológicas propias del mundo natural, sino que tal fundamentación se obtiene desde el mundo cultural: compuesto por las creaciones colectivas consensuadas de los seres humanos, y que se expresa, fundamentalmente, a través del lenguaje. De allí se explica la relevancia y el desarrollo que han tomado desde el s. XX tanto la hermenéutica filosófica como (principalmente desde la década del diez por parte de WITTGENSTEIN y RUSSELL) la analítica filosófica”.

⁴⁷⁰ Vid. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”, en Jürgen WOLTER/ Georg FREUND, *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*, ob. cit., pág. 18: en relación a las nuevas tendencias “Estas formas algo más complejas de clasificación habrían de poner de manifiesto que en el sistema de la teoría del delito seguramente no se

Resulta lógico pensar que si el legislador, en el ámbito penal, debe limitarse a proteger intereses sociales preexistentes mediante su selección y positivización⁴⁷¹, desarrollando por ello una función meramente selectiva, sea posible desarrollar un nivel de análisis social acerca del mérito o demérito de los comportamientos sometidos a enjuiciamiento. Tanto es así que de hecho, de un tiempo a esta parte, viene apreciándose una progresiva introducción de nociones metajurídicas en el análisis del delito –particularmente en el estudio de la causalidad– incluso por aquellos que defienden modelos sistémicos autopoieticos, mediante la incorporación de parámetros normativo-sociológicos. Sirvan a modo de ejemplo los conceptos de riesgo permitido, o los parámetros de valoración “hombre medio” o “buen padre de familia”, nociones que, a mi parecer, se hayan impregnadas de una indudable naturaleza sociológica⁴⁷².

El estudio de estos supuestos resulta revelador en tanto que evidencia que los rigores derivados del excesivo formalismo que inundan la sistemática penal únicamente pueden ser moderados, a fin de conseguir soluciones justas –no en términos absolutos, sino sencillamente convencionales– atendiendo a parámetros extradogmáticos, tal y como en su momento se hizo en relación al desvalor del resultado, mediante la configuración en el seno de las categorías dogmáticas de la posibilidad de análisis de la intensidad concreta de la lesión del bien jurídico protegido en el supuesto de hecho objeto de enjuiciamiento.

Con todo, ciertamente la posibilidad de atribuir al juez facultades materiales en la determinación del desvalor de acción ha encontrado tradicionalmente, en clara

trata de una lógica binaria en la que todo sea reconducible a A y –A, sino que, si no todo [...] bastantes cosas en la teoría de la infracción penal son “cuestión de grado”.

⁴⁷¹ Vid. MIR PUIG, *Límites del normativismo en Derecho penal*, ob. cit., pág. 71: “El tipo objetivo del delito sólo es, pues, de forma limitada una creación normativa del Derecho, porque selecciona un sector de realidad, naturalística o social, previamente existente. La selección de tal realidad es un acto de disposición normativa jurídica, que da a dicha realidad un sentido valorativo específico. Pero la realidad seleccionada (matar a otro, no socorrerle, falsificar un documento, sustraer una cosa ajena, dictar una sentencia injusta) no es creada por el legislador, sino que le viene dada, con su significado natural y social propio”.

⁴⁷² Vid. Wolfgang FRISCH, “Delito y sistema del delito”, en Jürgen WOLTER/ Georg FREUND, *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*, ob. cit., pág. 219: “...riesgo permitido, riesgos mínimos y adecuación social [...] Los casos de esta naturaleza no son, desde la perspectiva de WOLTER, un problema que afecte al Derecho penal. En cierto modo esta afirmación es correcta, pues las conductas que están permitidas de modo general por parte del ordenamiento primario previo al Derecho penal, que se manifiestan, por ejemplo como ejercicio de la libertad de acción, no pueden penalizarse en Derecho penal”.

oposición a lo ocurrido en el caso del desvalor del resultado, resistencias que hasta la fecha se han revelado como insalvables. Así las cosas, bajo el estandarte del principio de legalidad se viene alegando que la atribución de facultades semejantes a los órganos judiciales acarrearía una vuelta a un determinismo más propio de tiempos pretéritos y, por ello, a una suerte de decisionismo ya afortunadamente proscrito de nuestro sistema procesal y material.

Con todo, ciertamente, la posibilidad de atribuir al juez facultades materiales en la determinación del desvalor de acción ha encontrado tradicionalmente, en clara oposición a lo ocurrido en relación al desvalor del resultado, resistencias que hasta la fecha se han revelado como insalvables. Así las cosas, bajo el estandarte del principio de legalidad se viene alegando que la atribución de facultades semejantes a los órganos judiciales acarrearía una vuelta a un determinismo más propio de tiempos pretéritos y, por ello, a una suerte de decisionismo ya afortunadamente proscrito de nuestra sistema procesal y material.

Permítaseme, no obstante, a pesar de ser ésta una idea extendida entre la doctrina mayoritaria⁴⁷³, expresar una convicción: la teoría material del desvalor de acción aquí pergeñada resulta escrupulosamente respetuosa con el principio de legalidad que debe presidir todo Estado de Derecho, con el modelo de división de poderes propio de las democracias representativas y desde luego con un modelo garantista de Derecho penal.

a) Modelo compatible con el principio de legalidad.

El principio de legalidad penal, expresado según la clásica *fórmula nulla poena et nullum crimen sine lege*, elevado a la categoría de Derecho fundamental en virtud

⁴⁷³ Vid. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”, en Jürgen WOLTER/ Georg FREUND, *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*, ob. cit., pág. 21: Naturalmente, ello implica acometer el intento de incorporar al sistema de la teoría del delito un conjunto de instituciones caracterizadas por su profunda diversidad, con los correspondientes riesgos para el propio devenir del sistema como unidad. Habrá quienes ya en este punto se mostrarían partidarios de circunscribir el alcance del sistema al concepto ético-material de delito (como infracción imputable o, en otros términos, injusto culpable) para evitar el peligro referido. Sin embargo, la pregunta es si una teoría del delito con vocación práctica (y no meramente artística) puede permitirse ignorar la creciente influencia de instituciones ajenas al injusto culpable sobre la determinación de la responsabilidad penal, excluyéndolas de la pretensión de ordenación y reducción de la complejidad que es inherente a la idea sistemática”.

del art. 25 de la Constitución española, impone el sometimiento del juez a la ley. De ahí que, como señala FERRAJOLI: “el juez no puede castigar como delitos todos (o sólo) los fenómenos que considera inmorales o, en todo caso, merecedores de sanción, sino sólo (y todos) los que, con independencia de sus valoraciones, vienen formalmente designados como presupuestos de una pena [...] el sometimiento del juez lo es sólo a la ley”⁴⁷⁴. En definitiva, el principio de legalidad operaría como insalvable obstáculo a las facultades decisorias del juez, impidiendo –al menos en abstracto- que éste pueda declarar penalmente relevantes, y por ello susceptibles de sanción, conductas que previamente no hayan sido declaradas ilícitas por el legislador, convirtiéndose por ello en garantía esencial para el ciudadano en tanto que mecanismo idóneo para proscribir, por arbitraria, toda manifestación del Derecho penal de autor⁴⁷⁵.

De ahí que, a sensu contrario y desde una perspectiva teleológica, resulte posible afirmar que la exclusión de la relevancia penal de un comportamiento atendiendo a parámetros metajurídicos o extralegales en ningún caso vulneraría un principio de legalidad que se dirige exclusivamente a evitar la imposición de sanciones arbitrarias; que nadie pueda ser sancionado sino en virtud de la ley en nada contradice que alguien pueda no serlo por causas no contempladas por la ley.

Es más, si el fundamento subyacente tras el principio de legalidad, tal y como ya analizáramos, reside precisamente en obtener un mecanismo idóneo a través del que garantizar la igualdad de todos los ciudadanos ante la el ordenamiento jurídico, lógico es pensar que todos aquellos mecanismos que se dirijan a arbitrar soluciones que permitan tratar de igual manera aquello que lo es y de distinta forma aquello que no lo es, deberán adjetivarse como respetuosos con aquel principio fundamental no ya

⁴⁷⁴ Vid. Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob. cit., págs. 34 Y 35.

⁴⁷⁵ Vid. Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob. cit., pág. 35: “El principio de estricta legalidad, por tanto, se propone como una técnica legislativa específica dirigida a excluir, por arbitrarias y discriminatorias, las convenciones penales referidas no a hechos sino directamente a personas y, por tanto, con carácter constitutivo antes que “regulativo” de lo que es punible: como las normas que en terribles ordenamientos pasados perseguían a las brujas, los herejes, los judíos, los subversivos o los enemigos del pueblo; o como las que todavía existen en nuestro ordenamiento que persiguen a los “vagos”, los “vagabundos”, los “proclives a delinquir”, los “dedicados a tráfico ilícitos”, los “socialmente peligrosos” y semejantes. Diremos, pues, [...] que el principio de legalidad no admite [...] normas que crean o constituyen *ipso iure* las situaciones de desviación sin prescribir nada, sino sólo reglas de comportamiento que establecen una prohibición, es decir, una modalidad deóntica cuyo contenido no puede ser más que una acción respecto de la que resulta posible tanto la omisión como la comisión, una exigible y la otra no forzosa y, por tanto, imputable a la culpa o responsabilidad de su autor”.

⁴⁷⁶ Vid. Karl ENGISCH, *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales*, ob. cit., pág. 182.

desde una perspectiva meramente formal sino asimismo material o sustantiva. De ahí precisamente que en estas páginas se afirme que la reformulación del concepto de desvalor de acción aquí propuesta resulta compatible con el principio de legalidad tanto desde una perspectiva formal, en tanto que principio que únicamente introduce condicionamientos en torno a la posibilidad de sancionar conductas pero que en ningún caso imposibilita operar con criterios metajurídicos a fin de declarar su irrelevancia penal, como asimismo desde una perspectiva material en tanto que, en primer lugar, no sólo no supondrá deterioro alguno de la garantía conferida al ciudadano y que se dirige a la proscripción del trato arbitrario, sino que, en realidad, conducirá a un reforzamiento de la misma a través de la posibilidad de que su conducta sea singularizada a los exclusivos fines de declarar o bien su irrelevancia penal o bien la intensidad del demérito revelado por su comportamiento, es decir, en unos términos que exclusivamente pueden ser conceptualizados como beneficiosos para el justiciable.

En segundo lugar, en tanto que la reconfiguración del principio de legalidad operada a causa de la imposible realización del modelo liberal, revela la necesidad de que el juez no sólo interprete las normas penales sino que incluso las complete, fruto de su excesiva abstracción –incluso podríamos hablar de ambigüedad a la vista de lo poco exhaustivo de algunos de los preceptos de nuestro Código, en clara colisión con el principio de taxatividad-. De ahí que como señalaba Karl ENGISCH “debamos mantenernos en la realidad empírica, que de ningún modo es la de las ciencias naturales, sino simplemente la “dada socialmente por supuesta[...] debemos partir del dualismo metódico según el cual ser y deber ser, en sí, son dos ámbitos o categorías distintas”⁴⁷⁶.

En definitiva, lo que aquí se propone no es más que desarrollar una primera fase de análisis o estudio del comportamiento humano previo al examen de la relevancia típica, desarrollado en los términos expuestos por los partidarios de la concepción significativa de la acción. Análisis, que, liberado de las cadenas del método lógico-deductivo al que denominamos subsunción según el que únicamente debemos

⁴⁷⁶ Vid. Karl ENGISCH, *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales*, ob. cit., pág. 182.

atender a los elementos tomados en consideración por el legislador, permita captar el sentido de la acción desarrollada por el sujeto en toda su extensión.

b) Modelo compatible con el principio de división de poderes.

Señalábamos asimismo que la tesis aquí defendida resultaría a todas luces compatible con la división de poderes propia de una democracia representativa.

El paradigma de la democracia directa a cuya sombra se forjó el modelo liberal de injusto, y que aparece hoy día ante nosotros como manifiestamente irrealizable, ha dado paso a nuevos modelos de democracia representativa. Dicho extremo, unido a la transformación del Estado de Derecho en Estado democrático y social de Derecho, exige repensar los fundamentos sobre los que descansa la actual configuración de injusto penal así como de la antijuridicidad.

El Derecho penal liberal, en tanto que reacción ilustrada contra los privilegios y la arbitrariedad del Antiguo Régimen, se construyó gravitando alrededor del principio de legalidad fruto de la existencia de una desmedida confianza en el poder legislativo⁴⁷⁷. La legitimidad de las cámaras legislativas a los ojos de la ciudadanía contrastaba, sin embargo, con la desconfianza hacia un poder judicial lastrado por los desmanes de tiempos pasados⁴⁷⁸. De ahí precisamente que la ley, como extraordinaria

⁴⁷⁷ Vid. Santiago MIR PUIG, "Límites del normativismo en Derecho penal", ob. cit., pág. 46: "El positivismo jurídico del s. XIX tenía, además de su pretensión de cientificidad, un significado político plausible. Por una parte, las aspiraciones humanísticas de la Ilustración se habían ido convirtiendo, en parte, en Derecho positivo, de modo que postular la subordinación de la doctrina jurídica al Derecho vigente era optar por una cierta realización histórica de los ideales ilustrados. Parafraseando a HABERMAS, la facticidad del Derecho positivo implicaba ya un grado de validez material que los juristas estimaban aceptable. Por otra parte, dicha subordinación al Derecho positivo realizaba por sí misma uno de los valores indiscutibles del Derecho: la seguridad jurídica, que a su vez representaba ya al principio capital del Estado de Derecho: el imperio de la ley, que en Derecho penal se traducía en el principio de legalidad. El formalismo y la exclusión de juicios de valor del método positivista añadían una forma fácilmente objetivable de analizar, reconstruir y aplicar el Derecho que parecía blindarlo frente al peligro de manipulación subjetiva por parte del intérprete".

⁴⁷⁸ Al respecto vid. Joachim HRUSCHKA, "Kant, Feuerbach y los fundamentos del Derecho penal", en Juan Pablo MONTIEL, *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 89: ¿Qué apariencia tiene una praxis penal que no conoce el principio "no hay pena sin ley" o que, en todo caso, no lo reconoce? Schaffestin la ha descrito. La teoría de los "delitos de excepción" y otras doctrinas parecidas permitían a los jueces del siglo XVIII no someterse a los tipos legales ni a los marcos penales legales. Los *delicta extraordinaria* y el *stellionatus* eran la "denominación para aquellos delitos que no eran punibles según la ley, sino según la discreción judicial".

manifestación de la soberanía popular, fuera calificada como instrumento idóneo para garantizar la igualdad de todos.

La ley y sólo la ley se hallaba legitimada, por lo tanto, para decidir qué conductas debían ser declaradas delictivas, mientras que los jueces, debían limitarse a aplicarla sin más. La discrecionalidad judicial debía ser extirpada del sistema a fin de lograr la completa regeneración.

Semejante perspectiva histórica creo que da perfecta razón del modelo decimonónico de injusto penal, en tanto que construcción desarrollada al amparo de una total, e incluso me permitiría añadir “ciega”, confianza en un poder legislativo considerado excelso, así como sobre algo más que meras suspicacias en torno al ejercicio de la función jurisdiccional. Efectivamente, en un contexto en donde la ley era considerada fuente de igualdades, auténtica expresión de la voluntad popular revestida de un halo de excelencia que la convertía en instrumento idóneo para dar solución a cuantos casos fueran sometidos a su abrigo mediante un sistema lógico-deductivo de sencilla aplicación, el legislador aparecía como representante auténtico y legítimo del pueblo –auténtico *primus inter pares*-.

A la vista de ello resulta relativamente sencillo advertir que una conceptualización de desvalor de acción construida exclusivamente en torno a la valoración desarrollada por el legislador resultaba no sólo formalmente viable, sino, asimismo, axiológicamente legítima.

Con todo, la deriva del principio de legalidad hacia modelos más flexibles, y especialmente, el distanciamiento entre ciudadanía y poder legislativo fruto de la instauración de modelos de democracia representativa de carácter meramente formal, la progresiva pérdida de legitimidad de un poder legislativo extraordinariamente desacreditado tanto en relación a sus aptitudes como a su honorabilidad⁴⁷⁹, la

⁴⁷⁹ Norberto BOBBIO, *Teoría general de la Política*, editorial Trotta, tercera edición, Madrid, 2009, pág. 283: “la participación popular en los Estados democráticos reales ha entrado en crisis, cuando menos por tres razones: a) la participación se agota en la mejor de las hipótesis en la formación de la voluntad de la mayoría parlamentaria. Ahora bien, el parlamento ya no es en la sociedad avanzada el centro del poder real, constituyendo con frecuencia tan sólo una cámara de registro de decisiones adoptadas en otras sedes; b) incluso si el parlamento siguiera siendo el órgano del poder real, la participación popular se limita, en intervalos más o menos largos, a otorgar su legitimación a una clase política restringida que tiene a su autoconservación, y que resulta cada día menos representativa; c) incluso en el ámbito restringido de una elección *una tantum*, sin responsabilidades políticas directas, la participación está distorsionada o manipulada por la propaganda de las poderosas organizaciones religiosas, de partido,

creciente confianza en la justicia como mecanismo regenerador del sistema y, particularmente, el evidente desdibujamiento de la división de poderes ante la aparición de competencias “concéntricas” y, asimismo, ante el entretrejimiento de una red de controles mutuos revelan la inoperancia de los argumentos liberales para seguir sosteniendo por más tiempo el tradicional concepto de desvalor de acción.

La propuesta de desvalor de acción que aquí se contiene no pretende ceder competencias legislativas a la autoridad judicial sino, simplemente, de modo paralelo a la actual configuración de la antijuridicidad material y atendiendo a nuestro modelo de Estado, arbitrar mecanismos que permitan analizar el demérito de las conductas sometidas a enjuiciamiento mediante su contextualización a fin de verificar que la valoración que en abstracto ha desarrollado el legislador se corresponde con la realidad⁴⁸⁰.

c) Se trata de un modelo propio de un Derecho penal de corte garantista.

Permítaseme traer a colación una extensa cita de uno de los autores emblemáticos en la defensa y construcción del garantismo penal.

Apostillaba Luigi FERRAJOLI en su obra “*Derecho y razón*”: “... el juez, además de comprobar los hechos abstractamente denotados por la ley como presupuestos de la pena, debe discernir las connotaciones concretas que convierten a cada hecho en distinto de los demás, por mucho que éstos pertenezcan al mismo género jurídico. Tales connotaciones nunca son legalmente predeterminables del todo, pues en gran parte vienen remitidas a la equidad del juez, que, según mostraré, es una función cognoscitiva que sin embargo incluye una actividad valorativa. En el plano axiológico, por lo demás, el modelo penal garantista, al tener la función de delimitar el poder punitivo del estado mediante la exclusión de los castigos extra o ultra legem, no es en absoluto incompatible con la presencia de momentos valorativos cuando éstos, en vez de dirigirse a penalizar al reo más allá de los delitos

sindicales, etc. La participación democrática debería ser eficaz, directa y libre. La participación popular incluso en las democracias más avanzadas, no es ni eficaz, ni directa ni libre”.

⁴⁸⁰ Vid. Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob. cit., págs. 354-358: “...y de ello se ha inferido la indebida consecuencia de que mientras los juicios relativos a la legitimidad o ilegitimidad interna son juicios de hecho que se refieren solamente a la existencia de las normas, es decir, a su pertenencia al Derecho positivo. La diferencia entre los dos tipos de legitimidad, esto es, entre validez y justicia, se ha hecho desembocar de ese modo en la contraposición entre el “Derecho como es” (o Derecho positivo) y el “Derecho como debe ser” (o Derecho natural o ideal). [...] Ahora bien, esta concepción exclusivamente formal de validez ciertamente resulta adecuada si se refiere a ordenamientos jurídicos de estructura elemental en los que el legislador es “*legibus solutus*”, de manera que cualquier norma emanada por los sujetos y en las formas queridos por él es una norma válida. [...]” – En relación a los ordenamientos modernos- “En estos ordenamientos jurídicos la validez no depende sólo de los aspectos formales de la producción normativa que permiten afirmar “el ser” o la existencia de las normas; depende igualmente del significado de los enunciados normativos producidos, y más exactamente de la valoración de la conformidad de su contenido con el “deber ser” jurídico establecido por normas superiores. [...] La especificidad del moderno Estado de Derecho reside precisamente en el hecho”

cometidos, sirven para excluir su responsabilidad o para atenuar las penas conforme a las específicas y singulares circunstancias en la que los hechos comprobados se han verificado. De ahí se sigue que no sólo es extraña sino incluso incompatible con la epistemología garantista la ideología mecanicista de la aplicación de la ley expresada en la célebre frase de Montesquieu “los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”⁴⁸¹.

A buen seguro que, más allá de las afirmaciones de FERRAJOLI, no faltarán quienes objeten que, en todo caso, de aceptarse la propuesta que aquí se contiene ello conduciría a la configuración de un modelo de signo decisionista que de forma expresa admitiría la arbitrariedad judicial, toda vez que no existe modo objetivo alguno de determinar aquello que las conductas expresan, ni tampoco qué clase de comportamientos se encuentran positivamente valorados en sociedad.

Con todo, admitiéndose, por evidente, la imposibilidad objetiva de determinación de la valoración social de los comportamientos, creo que no existen motivos para entender que ello permita concluir sin más la configuración de un modelo arbitrario de construcción del desvalor de acción⁴⁸². El Derecho, como ciencia cultural cuyo objeto de estudio goza de una intrínseca naturaleza valorativa, no puede “construir sus decisiones” sino a través de la racionalidad práctica. Por más que se trate de un método denostado, la argumentación racional constituye la única vía de aproximación a la verdad con que podemos contar⁴⁸³. No en vano, en el actual marco en donde la publicidad de las actuaciones judiciales aparece elevada a la categoría de derecho fundamental, y en dónde asimismo el control de las resoluciones judiciales aparece garantizado a través de un amplio y flexible sistema de recursos, la motivación

⁴⁸¹ Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob. cit., pág. 39.

⁴⁸² Vid. Jorge BARRERA/ Mario PEREIRA GARMENDIA, *Teoría del delito y praxis penal*, ob. cit., pág. 18: “A nuestro juicio una construcción de la teoría del delito jamás podrá ser considerada verdaderamente garantista, ni tan siquiera representar utilidad sistémica alguna, si no se nutre de los datos de la realidad que definen y materializan las conductas y relaciones humanas”.

⁴⁸³ Vid. Wolfgang FRISCH, “Delito y sistema del delito”, en Jürgen WOLTER/ Georg FREUND, *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*, ob. cit., págs. 198 y 199; “Un concepto “débil” de delito tiene también sentido. No se debe renunciar a trazar límites difusos por el hecho de que no se puedan hallar límites más exactos. [...] Me parece dudoso que tenga sentido orientar la materia del análisis jurídico hacia un concepto de ciencia que está claramente concebido para otras disciplinas, pues esto último provoca que las reflexiones jurídicas tengan un carácter marcadamente limitado. Cuando se aplica este concepto en el ámbito jurídico debería ser más adecuado orientar la cientificidad a lo que se espera del Derecho en el marco de las argumentaciones jurídicas o en las reflexiones racionales. Sin embargo ésta es una cuestión abierta. En todo caso, es problemático dejar en manos de la política el ámbito de los problemas jurídicos por el hecho de que la adopción de un determinado concepto no permita operar científicamente. Un etiquetamiento de este tipo amenaza con ocultar que también en el ámbito jurídico subsiste la posibilidad de utilizar métodos objetivos, si bien más débiles, de argumentar racionalmente, de construir estructuras valorativas, etc.”

de las resoluciones judiciales debe aceptarse como mecanismo razonablemente idóneo para proscribir arbitrariedades y subjetivismos de todo tipo. Es cierto que de esta forma siempre existirá un marco de subjetivismo, por reducido que sea, pero ello no puede conducir al descrédito de la presente propuesta en tanto que se trata de una característica inherente a cualquier sistema valorativo –como en definitiva lo es el Derecho por más que se pretenda su objetivación-. Claro ejemplo de ello son: la determinación de los hechos probados por el órgano judicial –en donde la presunción de inocencia y el principio “in dubio pro reo” no permiten ni muchísimo menos excluir un ámbito de subjetivismo en tanto que en no pocas ocasiones dicha determinación aparece como una mera cuestión de criterio-, la delimitación del grado de ofensividad de las conductas para el bien jurídico –que en los supuestos límite dependerá nuevamente de una cuestión de criterio en virtud de la que se proclamará la tipicidad o atipicidad de la conducta-, la determinación de la idoneidad *ex ante* para la producción del resultado lesivo, la determinación del elemento subjetivo, la determinación del grado de imputabilidad, etc..

4.- A modo de conclusión.

El objetivo prioritario de un ordenamiento jurídico penal propio de un Estado social y democrático de Derecho es proteger los intereses ciudadanos normativamente representados a través de la noción de bien jurídico. La recreación ficticia del contrato que subyace a la idea misma de “*ius puniendi*” exige, al menos en el contexto apuntado, que la violencia estatal únicamente se tenga por legítima en los casos en que se oriente a la tutela de los derechos subjetivos de los ciudadanos o bien de su participación en condiciones de igualdad en sociedad. Por ello, en caso de colisión de intereses, atendiendo a las “cláusulas del contrato” y en particular a los motivos por los que el súbdito –ahora ciudadano- decidió ceder al “soberano” sus competencias para el legítimo ejercicio de la violencia, los intereses estatales deberán ceder en favor de los individuales⁴⁸⁴. En un Estado social y democrático de Derecho en donde el

⁴⁸⁴ Claus ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, ob. cit., págs. 4 y 5: “la función del Derecho penal reside en asegurar a los ciudadanos una vida en común pacífica y libre, bajo la salvaguarda de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Esto se deduce de los principios de nuestra Constitución, pero también de los fundamentos teórico estatales de la

respeto por la dignidad humana se erija en fundamento de legitimidad, el fin nunca puede justificar los medios, por mucho que en ocasiones ello pueda implicar la frustración de expectativas colectivas⁴⁸⁵.

La dogmática penal y, desde luego, la teoría del delito no pueden discurrir ajenas a los más esenciales fundamentos del Estado así como de la configuración conceptual del “*ius puniendi*”. De ahí que quepa afirmar que la mera protección de un sistema normativo en abstracto no pueda erigirse en objeto legítimo del Derecho, que jamás puede dejar de aparecer como orientado a la protección del ser humano.

Como señala MIR PUIG ello: “presupone que no entendemos el Derecho como un sistema normativo cuyo sentido se agota en el mantenimiento de sus propias normas, al estilo de LUHMANN y JAKOBS, sino como un sistema al servicio de las necesidades de los seres humanos, como un sistema normativo al servicio de los sistemas biológicos representados por los individuos⁴⁸⁶[...] En un Estado democrático el sistema normativo del Derecho ha de estar, pues, al servicio de algo distinto a sí mismo como son los sistemas psíquico-físicos en que los seres humanos consisten. [...] este postulado es deóntico, de deber ser, y como tal no se deduce lógicamente de ser de los hombres. No es descriptivo, sino prescriptivo. No es ontológico, sino normativo. Sin embargo, la valoración que supone *parte* de las necesidades biológicas y psicológicas de los seres humanos como hechos reales no normativos, y exige la incidencia en dicho sector de la realidad”⁴⁸⁷.

El legislador resulta obligado, por lo tanto, a beber de las fuentes sociales a fin de determinar no sólo qué intereses resultan merecedores de la tutela penal, sino asimismo qué conductas deben ser consideradas disvaliosas, no gozando de competencias que le permitan crear intereses “*ex novo*”, ni tampoco la tipificación de comportamientos que no merezcan el reproche de la comunidad.

democracia. Estos fundamentos se remontan a la Ilustración europea y a la noción de *Contrato social* que en ella se desarrolla, por el que los ciudadanos, como portadores del poder estatal instituyen un gobierno al que le transfieren el monopolio de la violencia, en la medida en que ello es necesario para garantizar su seguridad y libertad. Por lo tanto, el Estado no puede todo aquello que querría, sino que únicamente puede establecer prohibiciones cuando sean necesarias para la seguridad y la libertad de las personas”.

⁴⁸⁵ Vid. Santiago MIR PUIG, “Límites del normativismo en Derecho penal”, ob. cit., pág. 58: “Basar la teoría jurídica en el reconocimiento de que el Derecho ha de servir al ciudadano me parece obligado para una *concepción democrática del Derecho*. Es evidente que ello supone renunciar a una teoría jurídico-penal válida para cualquier contexto político. No ha habido nunca ningún sistema jurídico-penal que no haya estado al servicio de algún sistema político. Merece la pena reducir el alcance de nuestro análisis al Derecho penal adecuado a nuestra actual cultura política, puesto que ello permite concretar los principios que han de inspirar su contenido. También permite evitar la impresión que puede dar una concepción apolítica, estrictamente jurídica, de que la legitimación del Derecho es independiente de su orientación concreta y procede de sí mismo”.

⁴⁸⁶ Santiago MIR PUIG, “Límites del normativismo en Derecho penal”, ob. cit., pág. 52.

⁴⁸⁷ Karl ENGISCH, *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales*, ob. cit., págs. 59 y 60.

Así, en el alambicado maridaje entre facticidad y validez⁴⁸⁸, el papel del legislador en el Estado social y democrático de Derecho debe aparecer reducido a una mera función de selección, coherente en definitiva con su papel de representante de la voluntad popular, en claro detrimento de modelos autoritarios que históricamente permitían el desarrollo de funciones de signo pedagógico o moralizante. En definitiva, el legislador en el Estado democrático no busca el perfeccionamiento de sus ciudadanos sino tan sólo el de sus condiciones de vida, garantizando aquellos derechos de signo subjetivo y social que le corresponden por su mera condición de ser humano.

Tampoco la teoría del delito puede perder de vista, en el desarrollo del contenido de sus categorías dogmáticas, aquel fin último del Derecho penal, resultando por ello oportuno arbitrar contenidos dogmáticos que permitan una correcta simbiosis entre el rigor sistémico y la realidad social que en puridad constituye la verdadera fuente de la que emana el Derecho penal. Como señalaba Karl ENGISCH: “la creación del Derecho [...] ha de tener en cuenta la realidad, los hechos, si realmente trata de exigir lo posible, de encontrar el medio práctico apropiado para un fin determinado, de considerar las verdaderas necesidades e intereses, de tomar como directriz las valoraciones radicadas en el pueblo y aquellas evidentemente germinadas”⁴⁸⁹.

En este marco el Derecho penal aparece como instrumento propio de un utilitarismo racionalista, paradójicamente dotado de un innegable contenido axiológico, en tanto que vehículo a través del que lograr, sino la pacífica convivencia de los ciudadanos en comunidad sí, al menos, un mecanismo de resolución de conflictos que permita la disminución de la violencia generada (un Estado democrático de Derecho no puede admitir la sanción como fin en sí mismo) así como el afianzamiento de los derechos de los ciudadanos.

En semejante contexto las normas jurídicas deben adjetivarse como normas de determinación, sin perjuicio de reconocer su carácter valorativo, en tanto que

⁴⁸⁸ Vid. Santiago MIR PUIG, “Límites del normativismo en Derecho penal”, ob. cit., pág. 53; “Especialmente problemática puede resultar la contraposición entre lo “fáctico” y lo “normativo”, si lo fáctico no se entiende limitado a lo naturalístico, sino que se extiende a lo social, puesto que busca parte de los hechos sociales se definen en términos normativos. [...] De ello depende a su vez hasta que punto es correcto considerar lo normativo con independencia de lo empírico y cómo puede la realidad condicionar lo normativo”.

⁴⁸⁹ Karl ENGISCH, *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales*, ob. cit., pág. 63.

presupuesto para el reconocimiento de la dignidad humana de sus destinatarios⁴⁹⁰, que en caso contrario se verían relegados a la condición de meros objetos –sin perjuicio de que ello sea asimismo compatible con una construcción valorativa de las mismas-. Y es que si lo que se pretende no es la mera punición de estadios disvaliosos, sino exclusivamente la de aquellos comportamientos considerados como reprochables no cabe otra posibilidad⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, ob. cit., 8ª edición, págs. 69 y 70: “La doctrina ha admitido normalmente que las normas primarias principales no suponen solo juicios de valor, sino que expresan prohibiciones o mandatos. Sin embargo, una importante dirección (neoclásica) creyó posible partir de la consideración del Derecho como un conjunto de **normas objetivas de valoración** destinadas a decidir lo que es conforme al orden jurídico y lo que lo contradice. Esta concepción sirvió de base para construir la teoría del delito a partir de su consideración como hecho contrario a las normas objetivas de valoración –en ello consistiría su *antijuridicidad*-. Para un *segundo* momento de la teoría del delito (la culpabilidad) se dejaba la oposición subjetiva del sujeto a la **norma subjetiva de determinación**, que se entendía derivada de la norma de valoración. Esta construcción no puede ser aceptada en cuanto atribuye el carácter de norma a la mera valoración. *Valorar* no es todavía *normar*. **Conviene distinguir entre valoraciones y normas**. El Derecho está integrado de amas cosas, además de constar de principios. Así, por ejemplo, si el Derecho valora positivamente el bien de la vida humana, ha de valorar negativamente toda muerte de un ser humano, y, sin embargo, no puede prohibir mediante sus normas toda causación de muerte, ni siquiera por parte de un ser humano, sino sólo las producidas por conductas voluntarias previstas en un tipo penal no justificadas y evitables por el sujeto. Pero, si las valoraciones jurídicas no bastan para la existencia de normas determinadoras de conductas concretas, resultarán insuficientes para quien vea en la función directiva (de determinación) del Derecho penal su cometido esencial. Tal es la concepción que me parece preferible en el Estado social y democrático de Derecho que impone la Constitución (art. 1, I), en el cual el Derecho penal ha de servir de instrumento jurídico democráticamente delimitado (Estado democrático de Derecho) con el que dirigir la vida social (Estado social) a la protección de los bienes jurídicos fundamentales. Han de quedar atrás otras concepciones del Estado –como la teocrática o puramente liberal- que pudieran legitimar un sistema de penas puramente retributivas de la infracción de unas normas valorativas, despojadas de la misión de conducir la vida social hacia una meta deseable. Las normas penales, tanto las secundarias como las primarias, deben entenderse, pues, ante todo como expresión de un imperativo. Las normas primarias están destinadas a apelar a la motivación del ciudadano. Las normas secundarias refuerzan esta motivación mediante la amenaza de la pena”.

⁴⁹¹ Vid. Jorge BARRERA/ Mario PEREIRA GARMENDIA, *Teoría del delito y praxis penal*, ob. cit., pág. 44: “Respecto de la norma penal primaria [...] podemos desde ya indicar que la misma observa una naturaleza dual: es valorativa, pero fundamentalmente es determinativa. Si no fuera determinativa, es decir, si no obligara a que el destinatario de la misma observe determinada conducta (mediante prohibiciones o mediante mandatos), entonces lisa y llanamente no estaríamos ante una norma”. Asimismo vid. Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, ob. cit., pág. 375: “Indudablemente, cualquier concepción que parta de una visión de la norma como instrumento para determinar conductas está abocada necesariamente a realizar la valoración del hecho ex ante, en el momento en que, dirigiéndose a sus destinatarios, puede ejercer influencia directiva sobre ellos. Pero la aceptación de una teoría valorativa de la norma matizada también permite este momento de la valoración del hecho se sitúe en su realización y no en la verificación ex post de sus efectos sobre los bienes jurídicos. Difícilmente podría ser de otra manera, por ejemplo en los delitos de peligro; pero incluso en los de resultado sólo una valoración ex ante permite delimitar entre las causales las acciones prohibidas. Incluso no está de más anticipar que, desde una óptica imperativa estricta, este planteamiento resulta insuficiente”.

A través de la norma el Estado comunica un mensaje a sus ciudadanos formulando con ello las reglas de la convivencia en sociedad, sin embargo dichas reglas no pueden sino revelar convenciones autorizadas en virtud de reglas sociales⁴⁹².

El actual modelo de la teoría del delito permite que el mensaje estatal una vez juridificado adquiera sustantividad propia, escindiéndose de su primigenia significación de carácter normativo-social. Adviértase que semejante fenómeno, observado habitualmente con normalidad, puede, y de hecho no es infrecuente que acontezca, generar situaciones en donde la significación normativo-social de un comportamiento difiera de su significación normativo-jurídica.

La configuración de un concepto de desvalor de acción de carácter marcadamente formal contribuye notablemente a este fenómeno, en tanto que la afirmación del demérito de los comportamientos se limita a la verificación de su contrariedad con el significado normativo-jurídico de la regla de conducta en atención a un modelo lógico deductivo de la subsunción que de modo sistemático obvia aquellas circunstancias particulares que, por motivos meramente lingüísticos, el legislador no pudo tomar en consideración en una formulación de la norma abstracta y universal.

Por ello parece lógico introducir mecanismos que permitan desarrollar un análisis normativo-social de las conductas a fin de verificar que la regla de conducta declarada disvaliosa por el legislador se corresponda, en el caso concreto, con la valoración social de la que aquella trae causa. Y es que, como afirma FRISCH: “un legislador que se esfuerza por hallar el Derecho correcto no puede pasar fácilmente por alto el consenso acerca de aquello que merece y necesita pena. Tales consensos existen, sin lugar a dudas, con respecto al núcleo más estricto del Derecho penal (los

⁴⁹² Al respecto vid. Jürgen HABERMAS, *Conciencia moral y acción comunicativa*, editorial Trotta, Madrid, 2008., pág. 139: “Los procesos de entendimiento buscan un acuerdo que depende de la aprobación, racionalmente motivada, del contenido de una aseveración. No es posible imponer el acuerdo a la otra parte, ni se le puede imponer al interlocutor mediante una manipulación: lo que se produce a la vista mediante la influencia externa no puede contar como acuerdo. Este descansa siempre sobre una convicción conjunta. El establecimiento de convicciones puede analizarse como una oferta de acto de habla, según el modelo de la adopción de actitudes. El acto de habla del uno alcanza su objetivo solamente cuando el otro acepta la oferta en él contenida, en la medida en que este otro toma posición afirmativa, aunque sea implícita frente a una pretensión de validez que es fundamentalmente discutible. [...] el concepto de la acción comunicativa extrae de esta dominación de la situación en especial el aspecto comunicativo de la interpretación conjunta de la situación, esto es, la introducción de un consenso, junto al aspecto teleológico de la ejecución de un plan de acción”.

auténticos delitos capitales), como, por otro lado, también sobre determinadas realidades que no merecen la pena criminal...”⁴⁹³. En caso contrario, nos encontraremos tolerando un modelo en donde el Derecho penal, con claro incumplimiento de los fines que le han sido asignados, declare como disvaliosas conductas socialmente consideradas valiosas, lo que, desde luego, lejos de reducir la conflictividad no hará sino generarla allí donde no existía por no haberse producido vulneración alguna de derechos subjetivos, menoscabando, a través de la sanción penal, eso sí, los derechos de un reo que habría actuado conforme a las reglas del juego.

Debe indicarse que semejante conceptualización del desvalor de acción, y por ello del injusto penal, no conduce a vulneración alguna del principio de legalidad, tal y como ya se ha expuesto, suponiendo todo lo más una colisión con el principio de seguridad jurídica. Sin embargo dicha colisión, analizada en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho debe necesariamente ceder en favor del análisis material del delito que aquí se propone en tanto que mecanismo construido a los solos fines de declarar la irrelevancia penal de conductas que de otro modo serían declaradas típicas, así como de contribuir a una más idónea individualización de la pena. Asimismo, resulta discutible hablar de inseguridad jurídica en relación a un concepto que por otro lado no deja de gozar de una naturaleza normativa, aunque no jurídica, existiendo mecanismos idóneos para prescribir la arbitrariedad en su determinación como son los ya apuntados de la motivación suficiente, el establecimiento de un sistema de recursos, la publicidad de las resoluciones judiciales, etc...

En todo caso, en esta valoración acerca de la oportunidad de introducción de nuevos espacios valorativos en el seno de la teoría del delito en detrimento del principio de seguridad jurídica no puede ni debe perderse de vista la innegable existencia de un irreductible ámbito de subjetividad en el campo jurídico-penal, y muy particularmente en el de los sistemas de corte garantista o liberal –fruto de su aspiración de realización del ideal de la justicia-. Precisamente, la evolución de la dogmática penal en el último medio siglo habría venido casi siempre acompañada de la

⁴⁹³ Wolfgang FRISCH, “Delito y sistema del delito”, en Jürgen WOLTER/ Georg FREUND, *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*, ob. cit., pág.202.

introducción de elementos valorativos que vendrían a sustituir conceptos o instituciones de carácter objetivo, en muchas ocasiones avalorativos, a fin de lograr construir un sistema del delito capaz de hallarse en armonía con la realidad social a cuyo servicio debe siempre encontrarse. Piénsese, a modo meramente ejemplificativo, en la progresiva normativización que se habría venido desarrollando en el ámbito de la causalidad a través del desarrollo de las teorías de la imputación objetiva, ámbito en donde la determinación de la idoneidad de la conducta desarrollada para lograr la afectación del bien jurídico protegido determinada desde una perspectiva *ex ante* o, asimismo, la determinación acerca de si el resultado obtenido es fruto de la realización del riesgo previamente generado mediante la conducta ejecutada resultan sin ningún género de dudas de imposible determinación objetiva. No obstante, a pesar de su irreductible carácter valorativo y, en consecuencia, de su colisión con el principio de seguridad jurídica, se trataría de una teoría aplaudida, y, lo más importante, ampliamente aceptada. Piénsese asimismo en el irreductible ámbito valorativo inherente a los principios de ofensividad o fragmentariedad del Derecho penal fruto de la evolución del concepto de antijuridicidad material: ¿cuándo debemos entender que la afectación para el bien jurídico protegido resulta relevante legitimándose con ello el recurso al Derecho penal? ¿Qué decir de los conceptos de “riesgo permitido”, “diligencia debida”, “infracción de las normas de cuidado”?

En definitiva, el principio de seguridad jurídica no puede erigirse en un valor absoluto de imposible limitación, sino que en tanto que principio que pretende, fundamentalmente, lograr la proscripción de la arbitrariedad en el ejercicio del *“ius puniendi”* debe admitir concesiones en favor de la “justicia”, especialmente si dichas concesiones únicamente pueden suponer un beneficio para el justiciable. Lo contrario resultaría no sólo paradójico sino asimismo incoherente con los modernos postulados del Derecho penal. Como nos recuerda Norberto BOBBIO: “es extraño como se tiende fácilmente a olvidar que los postulados éticos del positivismo jurídico, el principio de legalidad, el orden como el fin principal del Estado, la certeza como valor del derecho, fueron elaborados en el s. XVIII por la doctrina liberal desde MONTESQUIEU a KANT, para poder contener el despotismo, o sea, como frenos al arbitrio del príncipe, como defensa de la libertad individual en contra de la extralimitación del poder ejecutivo, como garantía de igualdad de trato frente a los privilegios”. Por ello, en este contexto,

el principio de seguridad jurídica no puede operar como obstáculo insalvable en la construcción de un concepto material de desvalor de acción, y ello en tanto que si bien es cierto que desde una perspectiva formal pudiera plantearse que el sistema aquí propuesto entraría en colisión directa con la seguridad jurídica, no lo hace desde una perspectiva material en tanto que se trata de una construcción respetuosa con su espíritu informador ya que, en todo caso, se dirige a evitar aquella extralimitación a que aludía BOBBIO, operando como salvaguarda de todos los ciudadanos⁴⁹⁴.

En definitiva, creo que el concepto de desvalor material de la acción aquí formulado permite obtener un mayor rendimiento de la teoría del delito en su búsqueda por la simbiosis entre objetividad y rigor sistémico y “justicia”, en tanto que:

1.- Permite obtener criterios a fin de lograr el tratamiento unitario de los supuestos de acción y omisión bajo el denominador común de la significación delictiva de la conducta en sociedad.

2.- Permite obtener criterios para el tratamiento unitario de dolo o imprudencia, en tanto que en ambos casos el fundamento de la responsabilidad penal se hallará en el disvalor material de la acción determinado por la significación delictiva de la conducta.

3.- Parece conducir a una mejor realización del ideal “justicia” –entendida en términos sociales o convencionales y desde luego no en términos absolutos o metafísicos-, inherente a la propia noción de Derecho penal aún y cuando se conciba en términos utilitaristas, por cuanto únicamente un Derecho percibido como justo será considerado apto para lograr la disminución de la conflictividad social.

⁴⁹⁴ Vid. Norberto BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1965, pág. 87: No se trata de trasladar el debate al campo de la discusión entre iusnaturalistas y iuspositivistas, pero considero que a pesar de ello las reflexiones de BOBBIO pueden resultar de interés en este momento “cuando se presentan como dos formas diferentes de aproximarse a la experiencia jurídica: el modo de la toma de posición y el modo de conocimiento, el iusnaturalismo y el positivismo jurídico son perfectamente compatibles ya que operan sobre dos planos diversos; por un lado el de la valoración de la justicia de las leyes con miras a su reforma, por otro, el de la interpretación de las leyes con miras a una mejor sistematización teórica y, por consiguiente, una mejor aplicación práctica; en este caso la controversia entre los partidarios de una y otra posición es totalmente estéril”.

4.- Permite una mejor configuración de un elemento subjetivo, que, en forma paralela a los postulados de la concepción significativa de la acción, dejará de determinarse atendiendo a una concepción cartesiana de la mente.

5.- Permite obtener nuevos parámetros para conseguir una más adecuada individualización de la pena.

6.- Permite, dando con ello cumplimiento al art. 3.1 del Código civil, adecuar las normas a la realidad social, obteniéndose gracias a ello un mecanismo a través del que conseguir una evolución paralela entre Derecho y sociedad, superándose con ello los déficits inherentes a la lentitud del proceso legislativo.

CAPÍTULO VI

ANÁLISIS DEL DESVALOR DE ACCIÓN (III)

1.- Evolución del concepto de antijuridicidad material.

El análisis histórico-jurídico del concepto de bien jurídico protegido, y junto con él el de los de antijuridicidad material y desvalor de resultado, nos resultará de utilidad para acreditar la viabilidad, así como la virtualidad práctica del nuevo concepto material de desvalor de acción que se propone.

Creo que no caben dudas acerca de que la acepción político-criminal del concepto de bien jurídico protegido ha venido siendo adjetivada durante décadas como una de las nociones basilares del sistema del delito, fruto esencialmente de la influencia desarrollada en nuestro país por la producción dogmática alemana⁴⁹⁵. Autorizadas voces han afirmado hallar en el concepto de bien jurídico protegido un elemento esencial en la configuración de la teoría del delito, como excepcional recurso mediante el que garantizar la legitimidad no sólo de la producción legislativa sino, asimismo, de las decisiones judiciales.

En definitiva, los principios de “exclusiva protección de bienes jurídicos” y de “fragmentariedad” u “ofensividad” del Derecho penal se han erigido, junto a los de legalidad y culpabilidad, en los pilares axiológicos de nuestro ordenamiento jurídico-penal⁴⁹⁶.

Tanto es así que la que ha venido en denominarse función crítica del concepto de bien jurídico protegido, tradicionalmente ubicada en el ámbito sistemático de la

⁴⁹⁵ Vid. Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho penal*, ob. cit., pág. 271: “en virtud de los principios fundamentales que configuran el Derecho penal, sus normas sólo pueden orientarse a la protección de bienes jurídicos”.

Asimismo, Vid. Santiago MIR PUIG, *Derecho penal parte general*, 8ª edición, ob. cit. págs. 119 y 120: “El Derecho penal de un Estado Social ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del Derecho se denominan “bienes jurídicos”. Se dice, entonces, que el Derecho penal sólo puede proteger “bienes jurídicos”

⁴⁹⁶ A modo de ejemplo vid: Miguel POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974, pág.22: “El bien jurídico posee una trascendencia ontológica, dogmática y práctica que en cierto sentido es basilar, y por ello indeclinable. De su esencia, entidad y contenido depende [...] la propia existencia del ordenamiento positivo”.

antijuridicidad material, habría sido unánimemente aceptada incluso por nuestros tribunales.

Con todo, es lo cierto que el concepto de bien jurídico protegido se halla actualmente en la encrucijada. Sin vocación de exhaustividad y a los meros efectos de desarrollar el análisis del concepto material de desvalor de acción aquí propuesto, pudiera decirse que la crisis apuntada obedecería principalmente a dos motivos: a) en primer lugar a la pérdida de la virtualidad crítica o legitimante del concepto, en tanto que actualmente, y como ya ocurriera en otros momentos históricos, la noción de bien jurídico aparece en no pocas ocasiones más ligada a la legitimación de la expansión del Derecho penal que al cumplimiento de los principios liberales tradicionalmente asignados a este sector del ordenamiento jurídico a los que, no debe olvidarse, apareció originariamente vinculada la institución que ahora se analiza; b) en segundo lugar, en tanto que un importante sector doctrinal, anclado en posiciones funcionalistas de corte autopoiético, habría venido postulando un nuevo sistema de la teoría del delito caracterizado precisamente por la exclusión del concepto de bien jurídico protegido así como de las funciones a este asignadas.

Ante semejante contexto el análisis acerca de la evolución del concepto de bien jurídico protegido se torna esencial: en primer lugar, en tanto que la evolución del concepto de desvalor de acción aquí propuesta resulta parangonable a la que en su día sufrió el concepto de desvalor de resultado, mediante la aparición de la noción liberal de bien jurídico protegido y la ubicación en el seno de las categorías dogmáticas del concepto de antijuridicidad material. En segundo lugar, en tanto que la pérdida de virtualidad práctica de la noción de bien jurídico protegido, fruto del desdibujamiento que en la actualidad viene sufriendo la función crítica, que originariamente le había sido asignada, exigen de la configuración de nuevos elementos que garanticen que el Derecho penal transcurra por los cauces que le son propios.

1.1.- El concepto liberal de bien jurídico.

El concepto de bien jurídico protegido hunde sus raíces en el pensamiento ilustrado de la Europa de los siglos XVIII y principios del XIX, apareciendo como instrumento fundamental a través del que conseguir la racionalización del Derecho y

con ello la renuncia a toda clase de fundamentaciones jurídicas de corte teológico o metafísico.

FEUERBACH⁴⁹⁷ ideó, en torno a la noción de bien jurídico, un sistema del delito construido sobre una tajante separación entre Derecho y moral, sentando las bases para el futuro advenimiento de una auténtica ciencia del Derecho penal de corte racional mediante la creación de un sistema de naturaleza rigurosamente jurídico. Como señala JAKOBS, FEURBACH entendía que “el Estado debía buscar la protección del orden jurídico mediante penas; en relación al moral sólo podía tenerse esperanza en la fe”⁴⁹⁸.

Tal y como ya se indicó en el capítulo cuarto, FEUERBACH, claramente influenciado por la noción kantiana de autonomía de la voluntad y de Derecho, según la cual: “el Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el libre arbitrio del uno se hace compatible con el del otro según la ley general de la libertad”⁴⁹⁹, postularía que la intervención del *ius puniendi* estatal únicamente resultaría legítima en los casos en que se dirigiera a tutelar derechos subjetivos de los ciudadanos, creando con ello sino la denominación si al menos la noción de bien jurídico⁵⁰⁰. En definitiva, toda lesión de un derecho subjetivo, sea cual fuere su naturaleza, siempre acabaría implicando una lesión de la libertad cualquiera que fuera su intensidad⁵⁰¹.

⁴⁹⁷ Vid. Gonzalo D. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, editorial B de f, Montevideo, 2004, pág. 11: “Como en tantos otros temas, corresponde ubicar como precursor de la teoría del bien jurídico en derecho penal a FEUERBACH, a partir de su Tratado, aparecido en 1801”.

En sentido contrario, vid. José Luis GUZMÁN DALBORA, “Estudio preliminar”, en Johan Michael Franz BIRNBAUM, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, editorial B de f, Montevideo 2010, pág. 15: “Conviene parar mientes en que esa manera de ver, sumamente arraigada en la doctrina del periodo clásico, tuvo defensores antes de FEUERBACH y mantendría adeptos durante todo el arco del s. XIX, siquiera en obediencia a inteligencias distintas del origen metafísico del *ius puniendi*” [...] Con precedencia a Feuerbach sustentaron la doctrina Mario Pagano, y Wilhem von Humboldt”.

⁴⁹⁸ Vid. Günther JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, Thomson Civitas, Navarra, 2006, pág. 118.

⁴⁹⁹ Vid. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 54.

⁵⁰⁰ Vid. JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, ob. cit., pág. 118: “La finalidad del Estado, es por consiguiente, la garantía de los derechos, y ello significa tanto en FEUERBACH como ya en KANT, de la libertad; en palabras de FEUERBACH: la recíproca libertad de todos los ciudadanos”.

⁵⁰¹ Contrario al paralelismo apuntado se muestra SCHÜNEMANN. vid. Bernd SCHÜNEMANN, “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, en Roland HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, ob. cit., pág. 205: “En KANT soy incapaz de vislumbrar, en rigor, limitaciones específicas al Derecho penal, ya que la fórmula de la “libertad de voluntad de cada uno”, que puede existir junto a la libertad de otros según una ley general”, caracteriza el concepto de Derecho como un todo, pero no un ámbito específicamente restringido de aplicación del

Debe destacarse, no obstante, que la noción liberal de bien jurídico protegido desarrollada por FEUERBACH se hallaba exclusivamente dirigida a servir de brújula al legislador en su labor de selección de aquellas conductas que debían ser criminalizadas. No en vano, el modelo feuerbachiano se construyó bajo el influjo liberal de exaltación de las bondades del legislador, así como ante un clima de absoluta desconfianza hacia el poder judicial, motivo éste por el que difícilmente pudiera llegar a apreciarse en la propuesta de la exclusiva tutela de “derechos subjetivos”, elaborada por FEUERBACH, una auténtica función crítica habilitante a los efectos de negar la relevancia típica de las conductas positivizadas.

En todo caso, resulta importante subrayar que la estrecha vinculación existente entre los conceptos de bien jurídico protegido y de Estado⁵⁰², fruto de la naturaleza sociológica de aquel, conducirían a una evolución discontinua o no lineal de la teoría del bien jurídico protegido. La configuración que en cada momento histórico se vino desarrollando acerca de las teorías del contrato social o, lo que es lo mismo, acerca de los límites al poder del Estado así como de la relación entre ciudadanía y poder, influyó decisivamente en la evolución científica de un concepto ya de por sí ambiguo.

Aún así, en nuestra opinión, la doctrina no ha puesto hasta la fecha el suficiente énfasis en torno a la relación existente entre la fundamentación del injusto penal, y por ello también la noción de bien jurídico, y el marco conceptual filosófico político que se hallaría en las bases de todo sistema del delito. Toda construcción jurídico penal tomará como punto de partida, aún tácitamente, una muy singular conceptualización de la relación entre Estado y ciudadano determinante de la habilitación para el ejercicio del *ius puniendi*, resultando por ello de singular importancia en la configuración de los intereses susceptibles de merecer la tutela penal.

Derecho penal, cuya intervención propone expresamente KANT como respuesta a cualquier lesión del Derecho. Y el hecho de que también está bien dispuesto a reaccionar con penas (incluso las más graves) a meras inmoralidades lo muestran sus ejemplos de “pederastia” (=homosexualidad) o “bestialismo” (= sodomía), a los que pretende reaccionar “con la castración (o) la expulsión perpetua de la sociedad civil”.

⁵⁰² Vid. Gonzalo D. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, ob. cit., pág. 13: “Su ideología liberal, firmemente arraigada en la filosofía política de la revolucionaria Declaración de 1789, la cual limita las prohibiciones a aquellas acciones perjudiciales a la sociedad, le lleva a diseñar un concepto embrionario del bien jurídico, que su obra se llama “derecho subjetivo”, en estrecha relación con la teoría del Estado”.

1.2.- El bien jurídico en la Restauración.

Sería precisamente en el plano conceptual en donde el influjo de la Restauración se dejase sentir con mayor intensidad, en tanto que instrumento el bien jurídico donde cristalizaría dogmáticamente la tendencia filosófico-política imperante. En concreto, el cambio de paradigma hegeliano que informó la Restauración trajo consigo un nuevo modelo; la exaltación del Estado dejaría en un segundo plano a la figura del ciudadano que una vez más se hallaría supeditado a intereses más elevados.

Los juristas de la Restauración, fruto de la necesidad de dotar nuevamente de legitimidad a un *legibus solutus* resuscitado, se encargarían, al abrigo de las nuevas concepciones filosófico-políticas, de sustituir la concepción liberal del bien jurídico protegido suprimiendo su función crítica, por un nuevo concepto que habilitara la criminalización de cualesquiera conductas, desarrollando así una acepción meramente dogmática del mismo.

El soberano ya no seleccionaba, sino que directamente ostentaba la facultad de decidir *ex novo* qué intereses merecían de la protección penal en aras al superior interés general encarnado en la figura del Estado. De ahí precisamente que, como afirmara HORMAZÁBAL MALARÉE, los juristas de la Restauración crearían “un sistema de delito partiendo de la base de que el delito constituye una insurrección constante en contra de la voluntad general. No tuvieron inconveniente en expresar que el objeto de la lesión es dicha voluntad general, salvando con ello los problemas que presentaba la teoría del delito del racionalismo iluminista por la incriminación de conductas que no pudieran ser comprendidas como derecho subjetivo”⁵⁰³.

Puede por ello concluirse que, durante la Restauración, se produjo un proceso de vaciamiento de la noción de bien jurídico, al menos en su acepción político-criminal, en tanto que se alcanzó la consideración de que cualesquiera intereses del Estado, con independencia de su naturaleza, constituían bienes jurídicos que habilitaban el empleo del *ius puniendi*.

⁵⁰³ Vid. Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Barcelona, PUU, 1991, págs. 23 y 24.

Sería precisamente en el marco de semejante contexto racionalista, aunque de carácter marcadamente conservador en consonancia con la política restaurativa de la época, cuando aparecerían las más importantes críticas al pensamiento de FEUERBACH, destacándose de entre todas ellas la efectuada por BIRNBAUM⁵⁰⁴, a la postre creador de la expresión bien jurídico protegido⁵⁰⁵, aunque ello pudiera parecer paradójico a la vista de la formulación que el mismo desarrollaría de dicho instrumento dogmático.

a) La tesis de BIRNBAUM.

Según BIRNBAUM, FEURBACH habría cometido un importante error al afirmar que la consumación del delito supondría la lesión de derechos subjetivos de la víctima, toda vez que por lo general semejante paralelismo resultaría falaz. En realidad, según BIRNBAUM, en ningún caso se concluye que el delito lesiona derechos subjetivos, por cuanto estos en todo caso subsistirían a la agresión antijurídica permaneciendo

⁵⁰⁴ Vid. Luis FERNÁNDEZ NIÑO, *El bien jurídico como referencia garantista*, Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2008, págs. 3 y 4: “Frente al pensamiento de autores que como FEUERBACH, entendían que el delito era la lesión del derecho subjetivo a ser respetado, emergente del contrato social e identificable en última instancia, con la libertad retenida tras el pacto o contrato, fue Johan Michael FRANZ BIRNBAUM (1792-1877), quien en 1834, rechazando aquella noción de delito como lesión de derecho, toda vez que un derecho no puede ser sustraído ni disminuido, concluyó que tales acciones sólo podían recaer sobre aquello que es objeto de un derecho, vale decir un bien que jurídicamente nos pertenece (Rechtsgut)”.

Asimismo, vid. Knut AMELUNG, “El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en Roland HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, ob. cit., pág. 233: “La opinión contraria, que atribuye a la noción de protección de bienes jurídicos una función normativa [*systemkritisch*], debe su origen a una serie tal de errores y conclusiones equivocadas que casi cuesta mantener la seriedad al mencionarlos. Aquí sólo se recordarán de forma breve. Atendiendo a las fuentes, en primer lugar aparece una errónea apreciación de BIRNBAUM, a quien no se ubica históricamente, de modo que resulta omitido que escribía en la época de la Restauración y como defensor del “positivismo moderado”; lo mismo puede decirse de su concepción que no se compara con el contenido político de la Teoría del daño social de la Ilustración por él abandonada”.

⁵⁰⁵ Vid. Paula Beatriz BIANCHI PÉREZ, “Evolución del concepto de bien jurídico en la dogmática penal, *Dikaiosyne*”, *Revista semestral de filosofía práctica*, nº 22, 2009, pág. 31: “no obstante atribuírsele a Feuerbach la formulación de la concepción inicial del bien jurídico, fue Birnbaum quien en 1834 estableció las bases adecuadas para una configuración científica y técnica de esta categoría dogmática”. Vid. asimismo Federico SZCZARANSKI, *Sobre la evolución del bien jurídico penal*, *Revista Electrónica semestral de políticas públicas en materias penales*, nº 14, 2012, pág. 383: “Su concepto de delito busca hacer frente a la hasta entonces dominante teoría de FEUERBACH que comprendía el delito como lesión de derecho”.

incólumes⁵⁰⁶. En definitiva, según el modelo de BIRNBAUM y a modo de ejemplo, el propietario de un reloj no vería en ningún caso truncado su derecho a la propiedad, que en todo caso subsistiría, a pesar de la antijurídica conducta del ladrón que lo sustrae, en tanto seguiría a pesar de ello siendo considerado legítimo propietario del objeto en cuestión.

Aquello que se lesionaría por la conducta antijurídica del sujeto activo del delito sería pues, según BIRNBAUM, el interés social en el respeto de los derechos objeto de tutela, al que el penalista alemán pasaría a denominar bien jurídico. Sin embargo, tal y como afirma FERNÁNDEZ⁵⁰⁷, BIRNBAUM no sería capaz, a diferencia de FEUERBACH, de desarrollar un concepto material que sirviera de auténtico límite al legislador: “BIRNBAUM no logra precisar el contenido del bien, sobre la base del cual pretende construir una teoría material del delito”.

En todo caso, lo cierto es que la obra de BIRNBAUM resulta ambigua acerca de qué debe entenderse por bien jurídico, en tanto que si bien es cierto que en un primer momento parece delimitar su contenido restringiéndolo a aquellos intereses esenciales para el individuo de carácter prejurídico y asimismo también de carácter convencional creados fruto del desarrollo social⁵⁰⁸, se aprecia en su teoría, un desbordamiento de la función crítica asignada al concepto, al entender que dichos intereses pueden ser no sólo de carácter personal sino asimismo social, admitiendo

⁵⁰⁶ Vid. Gonzalo D. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, ob. cit., pág. 15: “el término bien jurídico (*Rechtsgut*) fue acuñado recién por BIRNBAUM en 1834, quien desde una tesis liberal también, pero partiendo de la crítica a la teoría de FEUERBACH, sostiene por vez primera que el delito no lesiona derechos subjetivos, como lo pretendía aquél, sino que sólo lesiona *bienes* (*Gutsverletzung*). El objeto del ilícito, por lo tanto, según el natural uso del idioma, corresponde a la lesión de un bien (*Gut*) y no de un derecho”.

⁵⁰⁷ Vid. Gonzalo D. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, ob. cit., pág. 17: “Acaso por esa ambigüedad [...] que tanto se le ha criticado a BIRNBAUM, su planteó no suscitó en el momento mayores repercusiones teóricas. Sólo sería retomado bajo el auge del positivismo, en el último tercio del siglo XIX, cuando en torno al debate BINDING-LISZT se desarrolla y expande el concepto de bien jurídico, demostrándonos que esta nueva categoría –el *Rechtsgut*- venía a significar una incorporación muy firme a las herramientas de trabajo de la dogmática penal”.

⁵⁰⁸ Vid. Johan Michael Franz BIRNBAUM, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, editorial B de f, Montevideo 2010, pág. 58: “está fuera de duda que los bienes a que se refiere la esfera jurídica de cada quien, cuyo parejo disfrute hay que garantizar a todos en el Estado, vienen dados al hombre, en parte por la naturaleza y, en parte, son producto del desarrollo social, de suerte que al igual que a propósito de fijar su definición, también en la clasificación de los delitos es posible colocar como base el mismo concepto simple y, en consecuencia, asumir su división, con arreglo a un cierto sentido fáctico igualmente simple, en delitos naturales y delitos sociales”

que entre los mismos pueden encontrarse las acciones morales y religiosas toda vez que la moralidad y la religión pueden ser consideradas como un bien del pueblo⁵⁰⁹.

De ahí que para BIRNBAUM pudiera revestir la consideración de delictivo todo comportamiento “que conforme a la naturaleza del Derecho penal puede ser racionalmente considerado merecedor de pena en la sociedad civil”⁵¹⁰, o lo que, en definitiva, es lo mismo, todo aquello que según el legislador mereciera el abrigo de la tutela penal.

Tras BIRNBAUM el análisis acerca de la cuestión del bien jurídico protegido se vería revitalizado por el positivismo jurídico, en primer lugar de la mano de BINDING y más adelante por la de von LISZT.

b) La tesis de BINDING.

BINDING entendió, al igual que BIRNBAUM, que la agresión delictiva no suponía en ningún caso la lesión del derecho subjetivo del sujeto pasivo del ilícito en tanto que el comportamiento criminal no alteraría jamás la situación jurídica reconocida por el ordenamiento jurídico con carácter previo. Sin embargo, si bien el derecho subjetivo preexistente al acto criminal no se vería alterado, no ocurriría lo mismo con el objeto

⁵⁰⁹ Vid. Johan Michael Franz BIRNBAUM, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, ob. cit., pág. 58 y 59: “De esta manera, esto, es según los diversos alcances de la lesión o del peligro en su referencia al sujeto inmediatamente lesionado o amenazado, o lo que viene a ser lo mismo, según la índole del bien que la acción disminuye o pone en riesgo de preferencia, es factible, además, establecer la clasificación de los delitos en general, distinguiendo naturalmente delitos contra el bienestar común y delitos contra los individuos [...] Asimismo, conforme a ello es factible precisar, con plena corrección, el criterio según el cual hay que enjuiciar las acciones inmorales o irreligiosas, en tanto que éstas puedan ser punibles en general”.

Vid. José Luis GUZMAN DALBORA, “Estudio preliminar”, en Johan Michael Franz BIRNBAUM, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, ob. cit., págs. 4 y 5: “Es interesante advertir la multiplicidad de derivaciones que la doctrina posterior extrajo de la postulación de quien acuñara el concepto de bien jurídico. Así, Albin ESER señala la intención esencial de BIRNBAUM de viabilizar “una ampliación... del ámbito de protección jurídico-penal más allá de las personas y de las cosas”, desarrollo que no podía alcanzarse si se mantenía la limitación de corte kantiano a los derechos subjetivos y que, a la sazón, le permitió avizorar bienes comunes tales como las ideas morales y religiosas del pueblo. [...] otra parte de la doctrina pone el acento en el aspecto trascendente de esa concepción del bien jurídico, toda vez que las alusiones a la naturaleza y al desarrollo social parecen alzar una barrera al Estado y al Derecho, a los que sólo cabría reconocer a los bienes jurídico otorgados a los hombres por dichas fuentes, y no establecerlos, ni alterarlos ni modificarlos...”

⁵¹⁰ Vid. Bernd SCHÜNEMANN, “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, en Roland HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, ob. cit., pág. 206.

del derecho subjetivo en cuestión, que en este caso sí resultaría afectado por el injusto cometido. A modo de ejemplo, en el caso de la detención ilegal el derecho a la libertad del sujeto pasivo del delito no se vería afectado por el delito cometido, pues en todo momento el ordenamiento jurídico seguiría reconociéndole a la víctima su derecho a la libertad, sin embargo lo que sí se habría visto lesionado habría sido la libertad misma como objeto con valor autónomo. De ahí precisamente que BINDING definiera al bien jurídico como “objeto cosificado del Derecho”⁵¹¹.

Lo realmente significativo en la teoría de BINDING resultaría, no obstante, del absoluto vaciamiento de la noción de bien jurídico protegido⁵¹², toda vez que llevando el positivismo a sus últimas consecuencias en el campo jurídico, acabaría identificando injusto formal e injusto material⁵¹³, convirtiendo así el concepto de bien jurídico en un concepto absolutamente prescindible toda vez que, en definitiva, no sería posible apreciar en realidad más que un único bien jurídico protegido huérfano de virtualidad alguna por más que pudiera esconderse bajo distintos *nomen iuris*: “la autoridad del Estado”, apareciendo entonces el delito conceptualizado como mera infracción o lesión de deber.

De ahí, que como señalara BUSTOS RAMÍREZ, “la crítica más demoledora a la teoría de BINDING no proviene de sus consideraciones de carácter dogmático y de las

⁵¹¹ Vid. Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, ob. cit., pág. 22.

Asimismo, vid. Federico SZCZARANSKI, “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”, *Revista electrónica semestral de las políticas públicas en materias penales*, nº 14, 2012, pág. 385; “el bien jurídico se conceptualiza cómo aquello que el legislador considera valioso (...) reduciéndose el bien jurídico a un elemento de la propia norma y siendo concebido como *ratio legis*”.

⁵¹² Vid. Knut AMELUNG, “El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, en Roland HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, editorial Marcial Pons, Barcelona 2007, pág. 233: “Este cambio de concepción fue iniciado por el conocido artículo de BIRNBAUM de 1834, en el que se abandonaba la teoría de la infracción del Derecho (y con ella la del Contrato social) y se sustituía por una Teoría de la protección de “bienes” de débiles contornos. El proceso de adaptación de la Teoría del daño social a la concepción del legislador como sujeto autorizado a llevar a cabo prácticamente cualquier valoración imaginable se consumó cuarenta años después en la teoría del bien jurídico de BINDING, quien de forma expreso vinculó el bien jurídico a la valoración del legislador”.

⁵¹³ Vid. Miguel POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho penal*, ob. cit., pág. 108: “en la teoría de BINDING se aprecia la inexistencia de una auténtica distinción entre injusto material e injusto formal”.

contradicciones lógicas de su sistema, sino de su excesivo normativismo y de la excesiva exclusión del individuo que conlleva”⁵¹⁴.

Semejante conceptualización obedecía, sin embargo, a la voluntad de desarrollar un sistema científico-jurídico de carácter lógico-objetivo, que emulara lo acontecido por aquel entonces en el campo de las ciencias naturales, elaborado fundamentalmente sobre la consideración de la racionalidad incuestionable de la ley en tanto que producto del Estado.

De ahí precisamente que pueda afirmarse que en el contexto histórico-social en que la obra de BINDING se ubica, su teoría sí resultaba coherente en tanto que la legitimidad de la norma jurídica provenía no del examen de su contenido material, sino que se garantizaba a través de un procedimiento de elaboración preestablecido⁵¹⁵.

1.3.- La noción material de bien jurídico.

Desde posiciones positivistas más moderadas, Franz von LISZT ideó una tesis radicalmente opuesta a la propuesta desarrollada por BINDING⁵¹⁶. Tomando como punto de partida los postulados filosóficos del positivismo científico, y entendiendo, por lo tanto, que sólo los conceptos surgidos de la experiencia podían ser considerados como científicos –lo que desde luego condenaba al ostracismo al pensamiento metajurídico-, von LISZT propone una “ciencia total” del Derecho penal mediante la integración junto a la dogmática penal de otras dos materias con claro contenido

⁵¹⁴ Vid. Juan BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal español, parte general*, editorial ariel, Barcelona, 1984, pág. 46.

⁵¹⁵ Vid. Gonzalo D. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, ob. cit., pág. 19: “Se trata, fuera de dudas, de una concepción harto permisiva para el Estado, una delimitación apenas formal, ya que el bien jurídico surge de un mero juicio de valor del legislador, quien lo califica o categoriza como tal, sin otro límite que su propia consideración valorativa. El bien jurídico no es algo natural, no constituye un ente que vaya más allá del derecho, no posee tampoco origen prejurídico, sino que traduce una pura creación del legislador. Es el objeto de la lesión, pues en el bien jurídico se concreta la lesión al derecho subjetivo público del Estado. Este último no puede ser nunca pasible de una ofensa, la cual habrá de recaer –inexorablemente- sobre el bien jurídico, en tanto objeto cosificado del derecho”.

⁵¹⁶ Vid. Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, ob. cit., pág. 37: “El positivismo en el Derecho penal había de tomar dos direcciones metodológicas diferenciadas”.

Vid. Gonzalo D. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, ob. cit., pág. 21: “Muy otro es el perfil de Franz VON LISZT, gran contradictor de BINDING y, si se permite, el fundador del moderno sistema del delito. LISZT responde a la matriz del pensamiento naturalista que exige una objetivización del sustrato del delito, el cual debe salir del mundo espiritual al mundo real y, por tanto, ello determina al derecho penal a proteger cosas concretas, objetos del mundo exterior. A partir de tal perspectiva, el otrora catedrático de Berlín anuda el bien jurídico con la idea de fin en el derecho penal”.

sociológico, y por lo tanto experimental, como son la penología y la criminología, y cuyo estudio conjunto debía permitir captar la esencia y realidad del hecho criminal. Las diferencias metodológicas respecto de BINDING resultan manifiestas, en tanto que éste pretendía construir un sistema del Derecho autopoietico de carácter estrictamente jurídico en donde no existiera otra realidad que la ya dada por el legislador, mientras que von LISZT pretendía crear un sistema abierto del Derecho penal de carácter jurídico-sociológico, que permitiera armonizar Derecho y realidad.

En el pensamiento de von LISZT, la misión del Derecho penal consistió en transformar la reacción instintiva frente al hecho criminal en reacción racional, de modo que la sanción penal no pudiera en ningún caso ser comprendida como “respuesta ciega, instintiva e impulsiva y no determinada por la representación de un fin a alcanzar”, tal y como ocurría en los sistemas primitivos en donde el conflicto no se hallaba institucionalizado”, de ahí que “la misión a cumplir en el futuro es conducir el desarrollo iniciado en el mismo sentido y transformar consecuentemente la reacción ciega en protección de bienes jurídicos orientada al fin”⁵¹⁷. Semejante concepción teleológica de un Derecho penal orientado a la protección de intereses sociales permite afirmar que en el pensamiento de von LISZT, claramente influenciado en este punto por la obra de IHERING⁵¹⁸, el concepto de bien jurídico se erigió en el concepto nuclear del sistema del delito. Se trataba, pues, de la noción basilar a la que se encontraba supeditada el completo sistema del Derecho penal.

Queda claro que, según la teoría de von LISZT, el concepto de bien jurídico operaría nuevamente, al igual que en FEUERBACH como límite al ejercicio del *ius puniendi*, tal y como el mismo se encargaría de afirmar: “la conclusión alcanzada puede quedar resumida de este modo: el poder penal del Estado se transforma en Derecho penal (*ius puniendi*) a través de su propia autolimitación”⁵¹⁹. Se trataba de un concepto dotado de naturaleza sociológica estrechamente ligado a la noción de política criminal,

⁵¹⁷ Vid. Franz Von LISZT, *La idea de fin en el Derecho penal*, editorial Comares, Granada, 1995, pág. 48.

⁵¹⁸ Vid. Gonzalo D. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, ob. cit., págs. 21 y 22: “Es notoria la influencia de Rudolf VON IHERING[...] Según IHERING, las normas, al estar referidas al mundo social, deben interpretarse desde el fin que buscan: tan luego, el asegurar las condiciones de la vida social. En consecuencia, IHERING propone una definición prepositiva del delito, tomándolo como la puesta en peligro de las condiciones de la vida social”.

⁵¹⁹ Vid. Franz Von LISZT, *La idea de fin en el Derecho penal*, ob. cit., pág. 67.

y en particular a la consideración de la sanción penal como instrumento estatal a través del que conseguir un fin muy concreto: la disminución de la violencia⁵²⁰.

En todo caso, debe señalarse que lo realmente significativo en el pensamiento de von LISZT resultaría no ya de su concreta conceptualización del bien jurídico sino, muy especialmente, de las funciones asignadas al concepto. Y es que, para von LISZT, a diferencia de FEUERBACH, el bien jurídico no sólo operaría como mera brújula o guía que debía orientar la labor del legislador, sino que además lo haría como auténtico límite material, desarrollando por ello, ahora sí, una auténtica función crítica.

Precisamente sería von LISZT el primero en distinguir entre una antijuridicidad formal del acto delictivo: “el acto es formalmente contrario a Derecho, en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico” -y una antijuridicidad material⁵²¹- “el acto es materialmente ilegal, en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad”, resultando que “la lesión o riesgo de un bien jurídico sólo será materialmente contraria a Derecho cuando se hallará en contradicción con los fines del orden jurídico que regula la vida en común; esta lesión o riesgo será materialmente legítima, a pesar de ir dirigida contra los intereses jurídicos protegidos, en el caso y en la medida que responda a esos fines del ordenamiento jurídico, y por consiguiente a la misma comunidad humana”⁵²². De ahí que pueda afirmarse que, para von LISZT, una conducta podía ser a la vez formalmente antijurídica –en tanto que subsumible en la literalidad del precepto penal- y asimismo materialmente legítima –en tanto que respetuosa con el ordenamiento jurídico, para el caso de que la transgresión no supusiera la lesión del bien jurídico protegido por la norma, o que, aún y suponiéndola, dicha lesión debiera ser admitida a fin de proteger otros bienes jurídicos de mayor relevancia.

⁵²⁰ Vid. Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, ob. cit., pág.48: - Para von LISZT- “el bien jurídico está más allá del Derecho penal, se radica justamente en el punto de unión del Derecho penal co las otras ciencias penales a través de la política criminal”

⁵²¹ Vid. Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal: parte general*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1999, pág. 597: “La *antijuridicidad material* entendida a veces como *antisocialidad* de la conducta, fue un concepto surgido al calor de la lucha entre el positivismo jurídico y el positivismo sociológico. Frente al positivismo jurídico, von LISZT opuso, desde el positivismo sociológico, el concepto de *antijuridicidad material*. Afirmaba que una acción es formalmente antijurídica como contravención a una norma estatal, a un mandato o a una prohibición de orden jurídico, en tanto que *materialmente antijurídica* consideraba a la acción como conducta socialmente dañosa (antisocial o también asocial).

⁵²² Vid. Franz Von LISZT, *Tratado de Derecho penal*, editorial. Reus, Madrid, 1929, Tomo 2, págs. 330 y 331.

“La acción antijurídica es la agresión a un interés vital protegido por las normas jurídicas, sean del individuo o de la totalidad; por lo tanto, es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Pero este principio requiere una explicación limitativa. Proteger intereses vitales es la más próxima tarea de las normas jurídicas. No obstante, por más cuidados que fuera la delimitación de los intereses vitales que con la protección jurídica se elevan a bienes jurídicos, no puede excluirse totalmente la lucha de intereses, la colisión de bienes jurídicos. El fin de la vida humana en común, cuyo logro y garantía configura la última y más alta tarea del orden jurídico, exige que se sacrifique el interés de menor valor en cualquiera de tales contradicciones, cuando sólo a este precio pueda ser conservado el interés de mayor valor. De allí resulta que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico es sólo antijurídica cuando contradice los fines de la vida en común regulada por el orden jurídico: será materialmente adecuada a derecho, pese a su dirección contra intereses jurídicos, si –y en tanto- se corresponde con todos los fines del orden jurídico: será materialmente adecuada a derecho, pese a su dirección contra intereses jurídicos, si –y en tanto- se corresponde con todos los fines del orden jurídico y con ello de la vida humana en común”⁵²³.

Desde ese momento, el debate entre BINDING y Von LISZT, entre los partidarios de las tesis de carácter estrictamente normativo del bien jurídico y los defensores de las concepciones materiales nunca cesaría, convirtiéndose en una de las principales y más atractivas discusiones sostenidas por la dogmática penal no ya tan sólo por su interés académico, sino muy especialmente, por su evidente potencial práctico⁵²⁴.

Antes de dar inicio al análisis de las tesis materiales y formales del concepto de bien jurídico debe advertirse que la exposición que a continuación se efectuará no pretende, ni de lejos, resultar exhaustiva, puesto que sólo obedece a la intención de destacar algunos puntos de conexión entre los conceptos de bien jurídico, así como de antijuridicidad material, y los de acción y desvalor de acción.

⁵²³ Vid. Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal: parte general*, ob. cit., pág. 598.

⁵²⁴ Vid. Federico SZCZARANSKI, “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra, Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales”, ob. cit., pág. 427: “en la discusión sobre el bien jurídico podemos distinguir dos corrientes opuestas. Por un lado encontramos un conjunto de teorías en la que se sostiene que la protección de bienes jurídicos corresponde a un requisito de legitimidad de las normas penales. Para concretar lo anterior, se elaboran diferentes concepciones sobre lo que constituye un bien jurídico, todas las cuales tienen en común que la definición de este concepto no se encierran determinadas por el contenido de la normativa positiva. Por el contrario, se hace referencia a realidades independientes del legislador que deberían ser reconocidas en las disposiciones penales para que éstas puedan ser legítimas. Estas teorías proponen diferentes criterios para seleccionar los bienes que deben ser considerados bienes jurídicos. [...] En contraposición a estas teorías materiales del bien jurídico, es posible identificar una corriente formal conforme a la cual el bien jurídico es concebido como el objeto de protección de la norma penal.

2.- Concepto material de bien jurídico.

Ya en el periodo de mayor auge del causalismo-valorativo, Max Ernst MAYER llevaría hasta sus últimas consecuencias la tesis de von LISZT y, en particular, la distinción entre antijuridicidad formal y material.

MAYER, relativista y defensor del carácter convencional del Derecho, postuló enérgicamente que la función del legislador debía reducirse al mero reconocimiento positivo de los intereses previamente declarados como valiosos por la sociedad civil. Dichos intereses al ser jurídicamente reconocidos pasaban a ostentar la consideración de bienes jurídicos protegidos, convirtiéndose en el elemento nuclear de la teoría jurídica⁵²⁵.

El elemento diferencial en MAYER vendría dado, tal y como ya hemos tenido ocasión de analizar en otro lugar, por la vinculación por él desarrollada entre Derecho y cultura. De ahí que para MAYER los bienes jurídicos no fueran creados *ex novo* por el legislador, sino, simplemente, seleccionados de entre los diferentes intereses positivamente valorados por la sociedad, o, lo que es lo mismo, culturalmente desarrollados por el pueblo.

Asimismo, MAYER ahondaría en el análisis de la distinción entre antijuridicidad material y formal, advirtiendo que la tesis de von LISZT acerca de la posibilidad de declarar la falta de antijuridicidad material de la conducta formalmente antijurídica, aún y cuando ello implicara la inaplicación del precepto penal, exigiría de una mayor concreción acerca de qué debiera considerarse por fines del ordenamiento jurídico –lo que MAYER resuelve mediante la referencia a las normas de cultura-⁵²⁶.

⁵²⁵ Vid. Max Ernst MAYER, *Derecho penal parte general*, ob. cit., págs. 26 y 27: “La función del Derecho no es la de crear, sino la de reconocer intereses. Si se quiere saber cómo han surgido esos intereses, hay que acudir al estudio de la historia de la cultura, aunque no se debe olvidar que algunos intereses fundamentales pertenecen a la naturaleza del ser humano. El reconocimiento por el Estado significa, empero, tanto seleccionar –junto a los intereses reconocidos están los no reconocidos- como dar forma –junto al contenido y extensión reconocidos del interés se encuentran los no reconocidos-, y en último efecto, de ello se sigue la tutela. El Derecho crea un grupo de intereses jurídicamente tutelados. Y si en vez de intereses hablamos de bienes, cambiamos solamente la expresión (a través de una, modificación aquí insignificante): el Derecho eleva los bienes a bienes jurídicos, es tutela de bienes jurídicos”

⁵²⁶ Vid. Max Ernst MAYER, *Derecho penal parte general*, ob. cit., págs. 224 y 225: “Liszt, para escapar del círculo vicioso o, como él mismo lo expresa, para esclarecer el contenido material del injusto, ahonda en el fin de las normas del Derecho, pero se queda, después de habernos conducido a través del desarrollo gradual de hipótesis que se van corrigiendo, en una pregunta abierta. La concepción fundamental de Liszt consistiría en hallar la esencia de la antijuridicidad en la lesión o puesta en peligro de un bien

La conclusión resultaría evidente, para MAYER la adecuación de la conducta formalmente antijurídica a las normas de cultura excluiría en todo caso la antijuridicidad material del acto⁵²⁷.

De todo ello extraería MAYER la necesidad de distinguir nítidamente entre tipicidad y antijuridicidad como dos momentos distintos en el análisis del delito, aunque estrechamente ligados. De ahí que conceptualizara a la tipicidad como mera *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad⁵²⁸.

3.- WELZEL: la distinción entre desvalor de acto y desvalor de resultado.

El siguiente escalón en la evolución del concepto material de bien jurídico protegido vendría de la mano de WELZEL –quien incluso ha llegado a ser considerado como creador de la moderna concepción del bien jurídico protegido⁵²⁹–.

jurídico. Pero como, indiscutiblemente, el atentado en contra de un bien jurídico puede ser lícito –el dar muerte a un enemigo en la guerra, la destrucción de una cosa ajena con el consentimiento del dueño– esa opinión resulta insostenible, y también Liszt la utiliza sólo como punto de partida. Esclareciendo lo anterior añade el Tratado: “La lesión o puesta en peligro de un bien jurídico es tan sólo materialmente antijurídica si contradice los fines del orden jurídico que regula la vida social”. Pero tampoco con ello se ha obtenido un punto de apoyo, ya que se debe indicar los fines del orden jurídico. Ellos culminan en el mantenimiento de la vida social. Y de ese modo pasa a convertirse el resultado final en la identificación de conducta antijurídica con conducta antisocial. Ese es el concepto de antijuridicidad material, pero – ¡un nuevo escalón!– un concepto inutilizable de *lege lata*. [...] Justamente porque el injusto es lo contrario al Derecho, se puede hallar una definición real de la antijuridicidad, correspondiente a la nominal, sólo si se adopta un punto de vista que se encuentre fuera del Derecho; no, por supuesto, como opinan mis adversarios para dar la espalda al Derecho, sino para hacer tal aspecto objeto de consideración. [...] el Estado toma posición sobre la cultura en sus leyes, cuando reconoce ciertos deberes, rechaza otros y se esfuerza, en todos los casos, por fundir los fluidos juicios de valor en formas firmes y hasta rígidas, **y de esa manera llegamos a la conclusión: antijurídica es aquella conducta que está en contraste con las normas de cultura reconocidas por el Estado**”. (negrilla añadida)

⁵²⁷ Vid. Enrique CURY ARZÚA, “Antijuridicidad formal y antijuridicidad material”, *La revista de Derecho (Derecho, sociedad, cultura)*, Universidad Central de Chile, 2003, volumen 3, nº5, pág. 51: “Con arreglo al criterio de M.E. Mayer, en consecuencia la antijuridicidad material consiste en la contradicción entre la conducta típica y las normas de cultura. Igual que Liszt, Mayer acepta que en algunas oportunidades un hecho formalmente antijurídico pueda no ser materialmente antijurídico”.

⁵²⁸ Max Ernst MAYER, *Derecho penal parte general*, ob. cit., pág. 12: la tipicidad, como luego veremos, constituye la más importante base para el reconocimiento de la antijuridicidad. Ellas se comportan como el humo y el fuego”.

⁵²⁹ Vid. Bernd MUSSIG, “Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema”, *Revista de Derecho penal y criminología*, nº 9, 2002 págs. 173 y 174: “En el caso de Alemania ha de considerarse que el punto de partida histórico de una concepción moderna del bien jurídico está en la teoría jurídico-penal de WELZEL. Y ello, especialmente, porque la imagen de los efectos sociales del Derecho penal hizo de madrina de reformulaciones más recientes —inspiradas en las ciencias sociales— de la teoría del bien jurídico”.

La producción dogmática posterior a la Segunda Guerra Mundial, en que se circunscribe el grosor de la obra de WELZEL, se caracterizaría por una comprensible revitalización de la conciencia de compromiso con los derechos fundamentales singularmente enérgica en el ámbito alemán, que cristalizaría en una vuelta a tesis iusnaturalistas que durante buena parte de la primera mitad del siglo XX parecían hallarse absolutamente defenestradas.

WELZEL, en absoluto ajeno a la apuntada tendencia, pretendió construir su teoría jurídica sobre los postulados de la fenomenología de Edmund Gustav Albrecht HUSSERL, afirmando la existencia de estructuras lógico-objetivas metajurídicas inteligibles para el ser humano a las que el legislador quedaba absolutamente vinculado. De ahí precisamente la crítica desarrollada por WELZEL a la concepción avalorativa del tipo penal desarrollada por BELING, en tanto que las conductas descritas en los tipos penales habían sido positivizadas en virtud de una previa desvaloración efectuada por el legislador a la luz de la realidad social, o, mejor dicho, de las estructuras lógico-objetivas a las que el mismo quedaba vinculado: “Esta interpretación del concepto del tipo, atribuida a Beling, desconoce su función esencial. La constatación de la tipicidad de una acción no es valorativamente neutral; selecciona, más bien, de la multitud de conductas humanas, aquellas que son relevantes para el derecho penal y precisamente en el sentido de que tienen que ser necesariamente antijurídicas o jurídicas, pero nunca “valorativamente neutrales”⁵³⁰.

Lo relevante en la tesis de WELZEL, en el *iter* que nos hayamos recorriendo, no resultaría de su singular conceptualización de la noción de bien jurídico, sino de la distinción entre un desvalor de acción y la de un desvalor de resultado⁵³¹.

⁵³⁰ Vid. Hanz WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, ob. cit., pág. 79.

⁵³¹ Vid. Gonzalo D. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, ob. cit., pág. 41: “A su vez, WELZEL distingue también con claridad entre el bien jurídico y el objeto material protegido (*Schutzobjekt*), como lo venía haciendo la doctrina desde tiempo atrás, pero avanza un paso adelante. Como toda su teoría se centra en el *valor ético-social* de la acción y en el correlativo desvalor de acto, WELZEL distingue entre la lesión de la norma, donde reside el verdadero *desvalor de acto* de la conducta, y la *lesión del bien jurídico*, donde estriba recién el *desvalor de resultado* del comportamiento antijurídico. Según lo sintetiza con todo acierto AMELUNG, el injusto de la acción está en un daño a la vigencia de la norma: el desvalor de resultado, en cambio, en un daño al bien jurídico protegido. WELZEL representa el desarrollo del humanismo, a partir de una plataforma de derecho natural, que sin embargo privilegia los contenidos ético-sociales del *desvalor de acto* (*Actunwert*) por sobre el desvalor de resultado (*Erfolgsunwert*), porque su teoría final de la acción y el nuevo sistema del ilícito que a partir de ella se estructura, en particular en torno al concepto de injusto personal, están encaminados a la tutela de valores ético-sociales...”.

El abandono de la concepción causal del delito desarrollado por el finalismo, supondría primordialmente la elaboración de un nuevo concepto de injusto en donde el fundamento de la responsabilidad penal no descansaría exclusivamente en la producción de un resultado lesivo para bienes jurídicos, sino que con carácter prioritario, trasladaría su centro de gravedad hacia el concepto de acción. Según el finalismo, el sistema del delito debería colocar el acento sobre el comportamiento humano (identificado principalmente con la intención del sujeto activo del delito), como elemento basilar del sistema del delito en tanto que reconocería que el Derecho no se hallaría dirigido a penar acontecimientos, sino que en realidad se encontraría orientado a valorar y en su caso sancionar conductas disvaliosas generadoras de resultados lesivos para bienes jurídico-penalmente protegidos⁵³².

“En la mayor parte de los delitos es, sin duda, esencial una lesión o peligro de un bien jurídico, pero sólo como elemento parcial de la acción personalmente antijurídica, nunca en el sentido de que la lesión del bien jurídico agote lo injusto del hecho. La lesión del bien jurídico (el desvalor del resultado) tiene sólo relevancia en el derecho penal dentro de una *acción* personalmente antijurídica (dentro del desvalor de la acción). El *desvalor* personal de la *acción* es el desvalor general de todos los delitos en derecho penal. El *desvalor del resultado* (el bien jurídico lesionado o puesto en peligro) es un elemento, que carece de independencia, de numerosos delitos (los delitos de resultado y de peligro). El desvalor del resultado puede faltar en el caso concreto sin que desaparezca el desvalor de la acción, por ejemplo, en la tentativa inidónea”⁵³³.

Debe destacarse, que tras el periodo de auge finalismo se produciría una revitalización de la noción de bien jurídico en la construcción del injusto como primordial fin del Derecho penal. Sin embargo, la distinción entre la noción de desvalor de acción y de resultado creada por WELZEL (desarrollada por KAUFMANN en relación a las modalidades culposas, y por ZIELINSKI en lo que a las dolosas se refiere) perduraría hasta la actualidad.

⁵³² Vid. Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal: parte general*, ob. cit., pág. 383: “Con motivo de la estructura del tipo en la sistemática finalista, se desató un amplio debate sobre la naturaleza del injusto y la llamada disputa entre el desvalor de acto y de resultado”.

Asimismo vid. Bernd MUSSIG, *Desmaterialización del bien jurídico...*, ob. cit. pág. 174: El cambio de perspectiva característico de toda la obra de WELZEL, desde el «desvalor de resultado» al «desvalor de acción», otorga a la idea de la protección de bienes jurídicos una configuración dentro de su concepción del Derecho penal que es clara y al mismo tiempo supone una relativización: en el pensamiento de WELZEL, la protección de bienes jurídicos como objetivo del Derecho penal se imbrica en la finalidad de conjunto del mantenimiento de los «valores de acción», perdiendo así su posición sobresaliente en cuanto punto de referencia legitimador primario.

⁵³³ Hanz WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, ob. cit., págs. 108 y 109.

A pesar de que algunos autores han querido ver en el desarrollo de las teorías finalistas, principalmente en la obra de ZIELINSKI, un abandono de la teoría del bien jurídico, en tanto que el injusto parecería exclusivamente construido sobre el desvalor de acción⁵³⁴, considero que se trata ésta de una apreciación discutible toda vez que la función asignada al bien jurídico únicamente sufre para esta teoría una reubicación, trasladándose del injusto a la punibilidad, expresando la necesidad de pena en el caso concreto a la vista de la particular antijuridicidad material resultante del comportamiento realizado. Evidentemente de semejante cambio de ubicación se derivan importantes consecuencias dogmáticas, pero ello no puede ser equiparado al abandono de la teoría del bien jurídico.

4.- Clasificación: concepto material y formal.

Una vez dibujadas las líneas esenciales en la construcción del concepto de bien jurídico protegido, así como de los de antijuridicidad material y desvalor de acción y de resultado, el debate acerca del concepto de bien jurídico protegido, abandonado en gran medida tras la etapa iusnaturalista posterior a la II Guerra Mundial, se revitalizaría de nuevo en la década de los años sesenta del pasado siglo.

No obstante, delimitados ya los contornos del concepto así como aceptadas con carácter unánime la distinción entre antijuridicidad formal y material así como de desvalor de acción y resultado, al menos en sus lineamientos básicos, el signo de la discusión adquiriría nuevos tintes, centrándose a partir de entonces en tres aspectos: definición o delimitación del concepto, funciones asignadas al mismo y consecuencias prácticas derivadas de la teoría del bien jurídico.

4.1.- Concepto material de bien jurídico.

En apretada síntesis, cabe afirmar que en función del modo en que la doctrina favorable a las concepciones materiales del bien jurídico ha venido abordando el

⁵³⁴ Vid. Juan L. FUENTES OSORIO, "Formas de anticipación de la tutela penal", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2006, nº 08-08, págs. 3 y 4: Desde una perspectiva *estrictamente subjetiva del injusto*, en la medida en que el fundamento del injusto es la voluntad manifestada contraria a la norma de determinación no habría anticipación de la actividad punitiva del Estado cuando la intervención se encuentra exteriorizada: pasa a ser irrelevante cual sea la peligrosidad de la conducta. Cualquier voluntad contraria a la norma completa el tipo de injusto penal.

tratamiento de las cuestiones antedichas se ha distinguido entre: a) tendencias o tesis constitucionales del bien jurídico protegido y, b) tesis de carácter sociológico.

- a) Concluida la II Guerra Mundial, vivísima aún en la conciencia de la comunidad internacional la ignominia del Holocausto, la dogmática penal no sólo iniciaría una notable evolución hacia modelos iusnaturalistas, como mecanismo a través del que conseguir garantizar el respeto por los más elementales derechos fundamentales, sino que, además, pretendió encontrar en los textos constitucionales un firme aliado a fin de garantizar los postulados del por aquel entonces moderno Estado social y democrático de Derecho. Y ello, a fin de obtener mecanismos auténticamente eficaces con los que limitar el poder punitivo del Estado.

En ese contexto, un importante sector doctrinal entendió, dando con ello origen a las que han tenido en denominarse “teorías constitucionales estrictas”, que la tan criticada falta de concreción en la determinación del contenido material de los bienes jurídicos, así como, igualmente, la obtención de mecanismos que garantizaran su eficacia, podría ser paliada mediante su vinculación directa al texto constitucional, de modo que únicamente fueran considerados bienes jurídicos aquellos intereses expresamente reconocidos como valiosos por las respectivas constituciones⁵³⁵.

Por otro lado, y en sentido paralelo, un segundo sector doctrinal entendió que el concepto de bien jurídico protegido no debía aparecer tan estrechamente ligado a la literalidad del texto constitucional, pues ello podría dar pie a un inaceptable estaticismo de los intereses acreedores del derecho a ser reconocidos como bienes jurídicos incompatible con el carácter dinámico de la sociedad, mientras que por otro lado, asimismo, en sentido contrario, de aquella vinculación también pudieran derivarse

⁵³⁵ Vid. Gonzalo D. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, ob. cit., p. 48: “En procura de fijar una noción más clara del bien jurídico, el cual a veces parece inaprensible, los juristas penales buscan respaldarse en la Constitución: postura que da nacimiento a las *teorías constitucionales del bien jurídico*. La reacción es plausible; demuestra que una adecuada interpretación del ius poenale sólo logra consumarse, basándose en el programa penal de la Constitución”.

criterios legitimantes de la expansión del Derecho penal, ya que ello podría conducir al entendimiento de que todos los intereses constitucionalmente reconocidos pudieran, sin más y por el mero hecho de serlo, ser considerados legítimos bienes jurídicos merecedores de la tutela penal. De ahí que estos autores inscritos bajo las denominadas “teorías constitucionales amplias”, entendieran que la vinculación al texto constitucional debiera ir referida no a los concretos intereses reconocidos por la carta magna, sino a la más genérica y flexible noción de los valores y principios constitucionales⁵³⁶.

- b) El moderno Derecho penal se halló en sus orígenes íntimamente emparentado a la filosofía, disciplina esta de la que en realidad pretendía escindirse. Tanto es así que los primeros intentos de desarrollo de una ciencia autónoma del Derecho penal, no constituyeron en realidad sino una concreción depurada de la filosofía del Derecho idealista de cuño alemán.

Se advierte, no obstante, que tan estrecha vinculación iría perdiendo fuelle a lo largo del siglo XX, fruto del creciente desarrollo de la dogmática penal y muy singularmente de la sociología y antropología del Derecho. Así las cosas, en un claro afán por conseguir hallar métodos empíricos de análisis del Derecho, se produciría un giro metodológico hacia nuevas disciplinas que prometían la consecución de una mayor vinculación entre la disciplina jurídica y la realidad. Poco a poco el Derecho penal, especialmente la pena, dejarían de ser considerados un fin en sí mismo en

⁵³⁶ Vid. Paula Beatriz Bianchi, “Evolución del concepto de bien jurídico en la dogmática penal”, ob. cit., pág. 33 y 34: “Como ya se anticipó estas teorías tienen como referente directo la Constitución. Se basan en la existencia de dos órdenes de valores en el ordenamiento jurídico, estos son: los valores consagrados en la Constitución y los valores que consagra la ley penal, siendo obligatoria la coincidencia de los segundos con los primeros. Sin embargo, las teorías constitucionales pueden a su vez dividirse en amplias o estrictas en atención justamente al tipo de coincidencia de los valores, pues mientras las tesis constitucionales estrictas conectan los bienes jurídicos a disposiciones concretas del texto constitucional, las amplias toman a la Constitución como marco de referencia, al establecer simplemente relaciones de no contradicción y respeto a la forma de Estado consagrado en la misma”.

Vid. Roland HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, ob. cit., pág. 27: “Por oposición a esas teorías constitucionales estrictas, se ha dado en denominar “teorías constitucionales amplias” a las que no se circunscriben a aquella identificación sino que toman a la Constitución como marco de referencia, relacionando los bienes jurídicos con ese marco.

tanto que mecanismo a través del que lograr la realización de la justicia, para convertirse en instrumento cultural a través del que regular las relaciones sociales⁵³⁷.

Las concepciones sociológicas del bien jurídico se caracterizarían, por lo tanto, por subrayar el carácter metajurídico de la noción de bien jurídico, especialmente su aspecto social.

Dentro del análisis sociológico del Derecho penal podríamos decir que desde hace ya algunas décadas, han venido ganando terreno en el campo penal las denominadas propuestas funcionalistas.

De entre las diferentes propuestas sociológicas, más en concreto desde posturas próximas al funcionalismo estructural de Talcot PARSONS, se atribuye a ROXIN la creación de un sistema funcionalista teleológico del delito, comúnmente aceptado por la doctrina mayoritaria aún y con matizaciones, que se hallaría actualmente en la base de la mayor parte de las construcciones materiales de bien jurídico. Sucintamente puede decirse que para ROXIN, para quien la finalidad del Derecho reside en la consecución de las finalidades político-criminales asignadas a la pena⁵³⁸, cada una de las categorías dogmáticas se hallaría vinculada al desarrollo de una función autónoma. Al análisis de una singular faceta del delito y de su

⁵³⁷ Vid. Winfried HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, ob. cit., pág. 57: “esta tradición integradora de la filosofía, la filosofía del Derecho y la ciencia jurídica fue perdiéndose a lo largo del s. XIX. Después de KANT y HEGEL se establecieron en el ámbito del Derecho y de la filosofía del Derecho sistemas que tomaron y desarrollaron los teoremas de estos grandes maestros. [...] Todavía una mayor reducción de su ámbito experimentó a principios del siglo XX la filosofía del Derecho, que poco a poco fue siendo sustituida por la *teoría y metodología del Derecho* (como ciencias de la relación entre norma y decisión), por un lado, y la *sociología del Derecho* (como ciencia empírica del derecho), por otro. Estas nuevas ciencias dejaron de preocuparse por las cuestiones tradicionales y buscaron otros ámbitos de discusión. La filosofía del Derecho”.

⁵³⁸ Vid. Claus ROXIN, *Derecho penal: Parte general...*, ob. cit., pág. 203: “Aproximadamente desde 1970 se han efectuado intentos muy discutidos de desarrollar un sistema “racional-final (o teleológico)” o “funcional” del Derecho penal. [...] Sobre esa base, en este libro se intenta elaborar y desarrollar y hacer avanzar con un nuevo contenido los puntos de partida neokantianos (y neohegelianos) de la época de entreguerras, que en los sistemas neoclásicos sólo habían tenido un desarrollo insuficiente y se vieron conmovidos en la época nazi. El avance consiste sobre todo en que se sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídicopenal: las bases políticocriminales de la moderna teoría de los fines de la pena”.

imputación, informada por los fines que la pena se halla llamada a cumplir⁵³⁹.

En este contexto el concepto de bien jurídico protegido aparece como piedra angular del sistema teleológico-racionalista de ROXIN, en tanto que instrumento trascendente al sistema, fruto de su naturaleza sociológica, que debiera permitir moderar los rigores formales de una teoría del delito que en ocasiones habría pecado de un carácter excesivamente abstracto y formal. A través del bien jurídico se conseguiría vincular el sistema del delito a la función social del Derecho, apareciendo el mismo como límite prejurídico que garantizaría la adecuación del Derecho a la realidad que está llamado a regular, y que, una vez más encontraría su origen en la sociedad surgida del contrato social-⁵⁴⁰.

De ahí que pueda afirmarse, siguiendo a VIVES, que: “Roxin concibe materialmente el injusto como lesión de un bien jurídico y la tarea del Derecho penal como protección subsidiaria de bienes jurídicos, de cuyo posible ámbito se excluye lo que signifique mera inmoralidad; pero determina la idea de el bien jurídico desde la perspectiva del sistema social:

⁵³⁹ Vid. Claus ROXIN, *Derecho penal Parte General...*, ob. cit., pág. 217: “Las finalidades rectoras que constituyen el sistema del Derecho penal sólo pueden ser de tipo políticocriminal, ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho penal. Desde ese punto de vista, las categorías básicas del sistema tradicional se presentan como instrumentos de valoración políticocriminal, por lo que como tales también son irrenunciables para un sistema teleológico”.

⁵⁴⁰ Claus ROXIN, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en Roland HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, ob. cit., págs. 446 y 447: “Mi punto de partida es que los límites de las facultades de intervención penal deben extraerse de la función social del Derecho penal. Lógicamente, todo lo que vaya más allá de ésta no puede ser objeto del Derecho penal. [...] Según la concepción ideal del contrato social, los ciudadanos, detentadores del poder estatal, ceden al legislador, sólo aquellas facultades penales que son necesarias para alcanzar una convivencia libre y pacífica, y sólo en la medida en que este fin no se puede conseguir por medios más suaves. [...] De todo esto se desprende: en un Estado democrático de Derecho, que es el modelo de Estado que tomo por base, las normas penales sólo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica garantizando al tiempo el respeto de todos los derechos humanos. Así pues, y en la medida en que esto no pueda conseguirse de forma más grata, el Estado debe garantizar penalmente no sólo las condiciones individuales necesarias para tal coexistencia (como la protección de la vida y la integridad física, de la libertad de actuación, de la propiedad, etc.), sino también las instituciones estatales que sean imprescindibles a tal fin[...] Llamo “bienes jurídicos” a todos los objetos que son legítimamente protegibles por las normas bajo estas condiciones. Estos no son, como muchas veces se supone, sustratos de sentido de naturaleza ideal (si lo fueran no podrían ser lesionados), sino entidades reales”.

lo útil para el desarrollo del individuo o para el sistema mismo podrá, así ser calificado de bien jurídico”⁵⁴¹.

4.2.- Concepto formal de bien jurídico.

Las tesis formales del bien jurídico se caracterizan, tal y como ya se afirmara, por desarrollar un vaciamiento de los contenidos asignados al concepto de bien jurídico, limitando su virtualidad al mero desarrollo de una función dogmática de carácter simbólico.

El análisis de las diferentes propuestas que pudiéramos adjetivar como formales permite verificar que su denominador común se hallaría precisamente en un distinto *approach* conceptual sobre la cuestión, más propia de la filosofía política que de la ciencia del Derecho, acerca de la relación entre individuo y Estado, y particularmente sobre una distinta aproximación al estudio de lo jurídico, que en este caso se abordaría desde un iuspositivismo en ocasiones extremo.

Así las cosas, reducido el estudio acerca de la validez del Derecho a una mera cuestión formal, simplificado el análisis de la legitimidad del Derecho a la verificación de la corrección de un singular proceso de elaboración de la norma fruto de una discutible concepción democrática, no cabría más que dar por buena en todo caso la selección de las acciones y resultados que según el legislador debieran resultar disvalorados.

A la vista de ello pudiera parecer que la función de exclusiva protección de bienes jurídicos, o la orientación a la protección de bienes jurídicos como principal fin del Derecho penal, únicamente se verificaría nominalmente, pero en ningún caso alcanzaría virtualidad real, en tanto que, resultando indiscutible la autoridad del estado en la selección de los bienes jurídicos, la antijuridicidad material se colmaría con la mera infracción del deber de cumplimiento del Derecho. Sin embargo, según mi parecer, esta conclusión no resultaría del todo ajustada ya que si bien es cierto que la función crítica del concepto de bien jurídico resulta en estos casos cercenada, no lo es menos que subsistiría la función hermeneútica, constatándose asimismo, al amparo de semejante concepción, la vigencia del principio de lesividad u ofensividad como

⁵⁴¹ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del Sistema penal*, ob. cit., pág. 447.

criterio de verificación de la proporcionalidad en el ejercicio del *ius puniendi*, manteniendo por ello su virtualidad como parámetro de individualización de la pena.

5.- Alternativas al concepto de bien jurídico.

La incapacidad de consenso en la determinación del sustrato material de una noción auténtica de bien jurídico, así como el progresivo desdibujamiento del concepto, unido a una notable pérdida de virtualidad de las funciones que tradicionalmente le han sido asignadas, han conducido a la creación de un generalizado sentimiento de inoperancia del modelo de exclusiva protección de bienes jurídicos.

De entre las numerosas propuestas impregnadas por la desconfianza hacia la noción de bien jurídico surgidas durante las últimas décadas destaca la elaborada por JAKOBS, quien desde planteamientos funcionalistas de corte sistémico próximos a las tesis de Niklas LUHMANN, ha propuesto una reelaboración de las categorías dogmáticas –en donde en realidad el concepto de injusto se confunde con el de imputación–.

Con carácter general podemos afirmar que las teorías funcionalistas se caracterizan por tratar fundamentalmente de encontrar los mecanismos adecuados para evitar el conflicto del individuo con el grupo, consiguiendo de esta manera mantener el equilibrio del sistema establecido y reforzando los mecanismos de socialización necesarios para que los actores del proceso social, actuando conforme a un determinado sistema de valores y de normas morales se transformen en individuos útiles para el sistema⁵⁴². De esta forma los funcionalistas se limitan a describir la sociedad, esto es, las estructuras sociales existentes, las formas de interacción entre los miembros de la comunidad y los valores que rigen en la misma, con el fin de elaborar un sistema jurídico que en sus planteamientos más radicales pudiera llegar a

⁵⁴² Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., pág. 441: “El funcionalismo que llamaré “estructural” considera el sistema como una estructura rígida, como un conjunto organizado de pautas normativas orientada a valores que tienden a estabilizarse; esto es, a lograr un *equilibrio* con el medio. El sistema social se constituye, así, sobre un conjunto de valores básicos, que conforman la convivencia, y de los que dimanan pautas que pueden cambiar, pero que se hallan dirigidas a asegurar la pervivencia de los valores básicos; valores que, al internalizarse por los individuos configuran la personalidad de éstos, que es, así, tan social como el sistema mismo. El tipo de racionalidad fundamental es, pues, aquí, la *racionalidad teleológica*”.

“alardear” de resultar valorativamente neutro, toda vez que parte en su construcción de una realidad preexistente y no proclama más pretensión que la estricta protección de la sociedad –o mejor dicho, del modelo de sociedad vigente- y de sus valores.

Frente a la conceptualización rígida y estática de la sociedad propia del funcionalismo estructural en que los bienes jurídicos se identifican con los valores sociales propios del sistema, el funcionalismo de signo sistémico postula una visión organicista y dinámica de la sociedad que se regiría por procesos comunicativos.

Para LUHMANN el sistema, entendido en forma autopoiética⁵⁴³, se encuentra en constante tensión con el entorno extrasistémico⁵⁴⁴, siendo necesario a fin de conseguir su estabilización que cada uno de los individuos que lo configuran respeten el rol que les ha sido asignado. En aquellos casos en que se produzca una desviación en el cumplimiento de los roles, ello originará una quiebra de las expectativas en el sistema que deberá ser corregida a fin de garantizar la reestabilización. En definitiva, el sistema niega la autonomía del sujeto cuya libertad de actuación queda determinada por el rol normativamente asignado⁵⁴⁵.

De ahí que quepa afirmar que el funcionalismo sistémico toma como punto de partida la legitimidad del sistema, abstracción hecha de sus contenidos materiales,

⁵⁴³ Niklas LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, ob. cit., pág. 77: “desde un principio renunciaremos a la idea de una teoría que pudiera orientar a la práctica, de aquí que describamos el sistema de derecho como un sistema que se observa y se describe a sí mismo y que, por consiguiente al desarrollar sus propias teorías se comporta de manera constructivista; es decir, sin ningún intento de representar el mundo exterior al sistema”.

⁵⁴⁴ Niklas LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, ob. cit., págs. 88 y 89: “presuponemos que la unidad de un sistema se produce y reproduce únicamente por medio del sistema y no por medio de factores situados en el entorno. Esto es válido tanto para el sistema de la sociedad como para su sistema parcial del Derecho. [...] debemos aclarar que la relación que guarda este subsistema con el sistema de la sociedad es ambigua. Por una parte la sociedad es el entorno del sistema del Derecho; por otra, todas las operaciones del sistema jurídico son operaciones que se efectúan dentro de la sociedad; por tanto son operaciones de la sociedad. El sistema jurídico realiza la sociedad en cuanto se diferencia de ella. Dicho de otra manera: el Derecho con sus operaciones (que son operaciones sociales) introduce un corte en la sociedad y con ello se configura un entorno específico del Derecho interno a la sociedad...”.

⁵⁴⁵ Vid. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, editorial Atelier, Barcelona, 2003, pág. 59: “Es, en suma, en virtud de esta concepción sociológica tradicional por la que Luhmann termina por afirmar, cargando las tintas si se quiere, que el individuo, asumido en su subjetividad, no forma parte de la estructura del sistema social, sino que, en tanto la sociedad está constituida por comunicaciones: por normas, son las normas que conforman su rol social, su competencia comunicativa dentro del sistema, las que configuran la noción sociológica o socio-política y, en cualquier caso, abstracta y convencional, de *persona*”.

dirigiéndose exclusivamente a garantizar su eficacia, más allá de los valores que represente⁵⁴⁶.

La principal consecuencia, en lo que a nosotros interesa, de la teoría sistémica resulta de la singular concepción política que de sus postulados deriva, en tanto que configura un sistema de relaciones entre individuo y Estado de carácter cuasi hegeliano, en donde lo “individual” siempre debe hallarse subordinado a lo “colectivo”, y en donde la voluntad del legislador, en tanto que representación de la máxima expresión de lo colectivo, no admitiría cuestionamiento alguno⁵⁴⁷, convirtiéndose, como ya ocurriera en tiempos pretéritos, en un valor en sí mismo. De ahí que quepa afirmar que en su versión más radical el funcionalismo sistémico conduzca a posiciones autoritarias⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Derecho penal parte general*, ob. cit., págs. 348 y 349: “La sociología sistémica tuvo un importante desarrollo europeo, particularmente en Alemania, por obra de Niklas Luhmann (1927-2000). [...] La primera diferencia notoria del concepto de sistema de Luhmann respecto de Parsons reside en que mientras para el último el sistema social es algo autónomo, cerrado en sí mismo y que convive con otros sistemas (sociedades), Luhmann da una versión mucho más organicista: el sistema no está cerrado en sí mismo sino que se halla abierto y en permanente relación con el medio ambiente, de modo que no es estático sino dinámico, en constante tensión con el entorno extrasistémico y, por ende, éste no es controlable por el sistema. No obstante, frente al entorno el sistema reacciona (para mantener su propio equilibrio interno) apelando a estrategias de selección y reducción (reducción de la complejidad del entorno aumentando la del sistema). En esta tarea el único criterio de verdad es la eficacia en cuanto mantenimiento del equilibrio interno del sistema. Esto implica una legitimación *a priori* del sistema y de su equilibrio que admite réplica. [...] el sistema va seleccionando sus propios límites, pero también armoniza las expectativas mediante una *simplificación* de las seleccionadas, con el establecimiento de normas generalizantes y con creciente separación de los roles respecto de las concretas expectativas de los humanos. En síntesis: toda la teoría se sustenta sobre la necesidad del control que se legitima por sí mismo y opera mediante un creciente reforzamiento de los roles. Surge aquí una clara manifestación de organicismo extremo: las conciencias –o sea, las selecciones individuales- deben subordinarse a los roles que las hacen funcionales al sistema y lo equilibran. [...] En cuanto a los valores, Luhmann los reduce casi al equilibrio del sistema, en tanto que todo el resto se relativiza, quedando degradados a valores instrumentales, que es posible tomar o desechar, según resulte funcional para ese equilibrio (o sea, para el sistema)”.

⁵⁴⁷ Niklas LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, ob. cit., pág. 401: “Para un entendimiento de la argumentación más que nada es decisivo lo que con ella *no* se puede conseguir. Y esto que no se puede alcanzar es mover el símbolo de la validez del derecho. Ningún argumento tiene capacidad de cambiar el derecho vigente, como sí podría hacerlo, por ejemplo, una ley, un contrato, un testamento, una decisión jurídica tomada por el tribunal; ningún argumento es capaz de dar validez a nuevos derechos y obligaciones y con ello crear condiciones que, a su vez, pueden ser cambiadas. Este *no poder* sirve de descarga a la argumentación: la dispensa para que se constituya en otra clase de disciplina. Esta dependencia de la validez es, al mismo tiempo, condición para que la argumentación jurídica se restrinja al derecho filtrado por el sistema jurídico y que no resbale con los prejuicios morales u otros prejuicios”.

⁵⁴⁸ Vid. Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pág. 349: “La versión más radicalizada del funcionalismo sistémico llega a extremos que no son compatibles con el estado de derecho, al menos en su traslado al sistema penal o en las consecuencias que extraen quienes lo hacen. (a) Constituye una posición que interrumpe cualquier diálogo, pues se vuelve en sí misma un discurso autopoietico: pretende que quien acepta que debe haber poder estatal y éste debe tener eficacia, no puede discutir su legitimidad, o sea, que el poder punitivo existe o no existe, y cuando existe es preciso

Anclado en los postulados epistemológicos del funcionalismo sistémico, JAKOBS entiende que el delito debe ser concebido como hecho social que expresa comunicativamente la falta de vigencia de la norma, y que por ello supone una quiebra de las expectativas existentes sobre su cumplimiento, esto es que pone en riesgo el aseguramiento cognitivo de la colectividad, así como de los roles asignados al sujeto infractor. De ahí que la producción causal de un daño material a un bien jurídico resulte irrelevante para él, o, en todo caso, deba quedar relegada a un segundo plano⁵⁴⁹.

Por ello, precisamente, cabe afirmar que en el pensamiento de JAKOBS, el delito se concibe no como lesión de bienes jurídicos sino como mera infracción de deber, habilitándose con ello al legislador para desarrollar cualesquiera actuaciones en tanto que su edificio teórico parte del reconocimiento de la legitimidad, en todo caso, de la injerencia punitiva.

admitir o legitimar sin más sus caracteres negativos. [...] (b) Al aceptar y legitimar los elementos estructuralmente negativos del poder punitivo y ponerlos en positivo a través de la función autopiética de equilibrar el sistema, se convierte en una teoría *antitética*: el supremo valor es el sistema y todos los otros valores son meros instrumentos”.

En sentido contrario Vid. Günther JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, ob. cit., págs. 102 y 203: “la explicación funcional busca detrás de lo que se considera justo, la finalidad social quizá imperceptible a primer vista, su necesidad para la existencia de la sociedad. Nada sería tan equivocado como la afirmación de que, en virtud de esta perspectiva, las personas quedan sometidas al colectivo. Se trata justamente de lo contrario. Las personas que son constituidas por el reconocimiento social en portadoras de derechos y obligaciones, adquieren en esta vinculación social una existencia real y no meramente imaginada. Y ello ocurre con independencia de la respuesta a la pregunta ya bosquejada acerca de si tal vinculación ha de entenderse como un medio para la libertad o como sustancia de la libertad, ya que al menos respecto de su carácter de medio no se puede dudar. [...] La perspectiva funcional sirve de legitimación del Derecho penal, ya que fundamenta la imprescindible necesidad de las reglas de imputación en una sociedad de libertades: libertad implica responsabilidad por las consecuencias”.

⁵⁴⁹ Vid. Günther JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, editorial Thomson-Civitas, Navarra, 2003, págs. 59, 71 y 72: “La cuestión acerca del fin de la pena también puede plantearse en otro sentido distinto del que hasta ahora se ha discutido aquí: ¿para que sirve todo el “aparato penal”? La respuesta probablemente más extendida en Alemania es: para la protección de bienes jurídicos. En la segunda parte de esta intervención se pretende analizar críticamente esta respuesta, y la conclusión obtenida en la parte anterior, de acuerdo con la cual la pena debe ser entendida como una contradicción de la desautorización de la norma, ya preconfigura el resultado que se obtendrá en este punto: la pena no asegura bienes jurídicos, y mucho menos aún los repara, sino que asegura la vigencia de la norma. La protección de bienes jurídicos en todo caso se obtendrá como resultado mediato. [...] El significado puramente jurídico de la pena es la contradicción contra la infracción de la norma. [...] Un comportamiento que lesiona bienes y un comportamiento no permitido no son lo mismo, y con ello los bienes pasan definitivamente a un segundo plano, detrás de las relaciones entre personas”.

Vid. Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad*, ob. cit., pág. 89: “la forma de operación que produce y reproduce el sistema de la sociedad es la comunicación plena de sentido. Esto permite afirmar que el sistema del derecho –en cuanto sistema parcial de la sociedad- no puede hacer otras cosas que crear formas (oraciones) en el medio del sentido a través de la comunicación”.

Según mi punto de vista, ello conduce inexorablemente a enarbolar como emblema del sistema teórico del delito el principio de “seguridad” –expresión jurídica de las expectativas- en detrimento de los conceptos de libertad y de autonomía de la voluntad, lo que si bien es cierto que desde un plano estrictamente abstracto puede resultar técnicamente válido, no lo es menos que implica un evidente déficit de legitimidad axiológica incompatible, según mi criterio, con los postulados de un Estado social y democrático de Derecho.

La teoría de JAKOBS, de forma absolutamente consciente, pretende, en definitiva, proteger el *status quo* imperante, anulando con ello cualquier posibilidad de evolución social desestabilizante para el sistema, infiriéndose por ello que, a pesar de su carácter pretendidamente científico y avalorativo, se trata de una tesis que se construye bajo una particular concepción ideológica⁵⁵⁰.

Con todo, lo cierto es que no sólo desde el funcionalismo sistémico se ha venido reclamando una revisión del injusto construido en torno a la noción de bien jurídico.

6.- El bien jurídico en la encrucijada.

A mi parecer, no es complicado determinar los motivos que impiden actualmente a la comunidad científica alcanzar consenso acerca de la delimitación de la noción de bien jurídico.

El primero de los motivos encuentra su origen en el carácter eminentemente sociológico, además de jurídico, que la noción de bien jurídico encierra –excepción hecha de la naturaleza que se atribuye al concepto en los sistemas de signo autopoiético-. Tal y como ha venido refiriéndose, el concepto de bien jurídico constituye la cristalización en el sistema de la teoría del delito de aquellos “intereses sociales” considerados esenciales para la realización del Estado social y democrático

⁵⁵⁰Vid. Günther JAKOBS, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, editorial Thomson-Civitas, Navarra, 2004, págs. 75 y 76: “Cuando la sociedad pena, se niega a concebir un cambio de su configuración, el hecho punible como un acto de evolución, como una parte de sus posibilidades, sino que por el contrario se mantiene firme en el statu quo, en contra de la propuesta de cambio. De la misma forma que una persona rechaza una pretensión que no encaja con su forma de ser, ratificando de esta manera esta forma de ser, así la sociedad rechaza la pretensión de abandonar la expectativa defraudada, ratificando con ello su identidad.

de Derecho (en lo que al caso español se refiere) que resultan merecedores de la tutela penal, apareciendo en consecuencia, al menos en su versión crítica, como expresión de la política-criminal⁵⁵¹.

Esta naturaleza mixta convierte al concepto de bien jurídico en una institución dinámica, obligada a evolucionar –o involucionar- en forma paralela a la sociedad a la que sirve a modo de instrumento.

Uno de los mayores desafíos a los que se enfrenta actualmente el Derecho penal consiste en la necesidad de adecuar las tradicionales estructuras dogmáticas de signo liberal al actual e incesante desarrollo cultural y tecnológico. Semejante necesidad se advierte, con singular vehemencia en el ámbito que nos encontramos analizando, a la vista de la ambigua naturaleza de un concepto que en definitiva se encuentra llamado a adecuar el sistema del delito a la realidad social a fin de paliar los rigores formales de la teoría del delito.

La delimitación material del concepto de bien jurídico desarrollado por Von FEUERBACH permitía obtener un sencillo criterio de selección de los intereses susceptibles de la tutela penal, así como un límite de naturaleza objetiva a la intervención del *ius puniendi*. Sin embargo semejante conceptualización del bien jurídico limitada a la protección de los derechos subjetivos de los ciudadanos, o lo que es lo mismo, a la protección de bienes jurídicos de carácter individual o personal hoy día resultaría sencillamente inviable. Y ello no tanto porque Von FEUERBACH –a pesar de lo dicho por BIRNBAUM- errara en sus planteamientos, sino, sencillamente, debido a que los intereses susceptibles de lesión en una sociedad de carácter pre-industrial resultaban a todas luces distintos a los propios de una sociedad post-industrial, en donde la autonomía real del sujeto aparece condicionada por nuevos parámetros que van más allá del mero respeto a los tradicionales derechos subjetivos a la vida, la propiedad, la libertad en su vertiente clásica y la integridad física⁵⁵².

⁵⁵¹ Vid. Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: Parte General*, 8ª Edición, ob. cit., pág. 119: “El Derecho penal de un Estado social ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia puedan merecer la protección del Derecho se denominan “**bienes jurídicos**”. Se dice entonces, que el Derecho penal sólo puede proteger “bienes jurídicos”. La expresión “bien jurídico” se utiliza en este contexto en su “**sentido político-criminal**” de objeto que puede reclamar protección jurídico-penal”.

⁵⁵² Ricardo ROBLES PLANAS, “Dogmática de los límites al Derecho penal”, en Andrew von HIRSCH/Kurt SEELMAN/Wolfgang WOHLERS/ Ricardo ROBLES PLANAS, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, ob. cit., págs. 24 y 25: “La imagen del ser humano como ser autónomo

El desarrollo cultural y tecnológico alcanzado por la sociedad post-industrial durante el último tercio del s. XIX ha desembocado en la aparición de un nuevo modelo de sociedad, la llamada sociedad del riesgo⁵⁵³, caracterizada precisamente por la aparición de nuevos peligros para los ciudadanos derivados de la utilización de los avances técnicos, así como por la constante presencia de un generalizado sentimiento

obliga a la persona a desarrollarse considerando a los demás. El núcleo esencial de las expectativas recíprocas individuales se construye sobre el presupuesto de la autonomía. Y es la autonomía –mejor dicho: la compatibilización de todas las esferas autónomas- la que sostiene la ley general (en sentido kantiano). Desde el punto de vista del mundo de los bienes jurídicos estos cobran una dimensión mucho más profunda si se los pone en relación con la autonomía: están al servicio y son medio de desarrollo de la autonomía individual. [...] Este planteamiento, radicalmente reduccionista, limita el concepto material de delito a acciones lesivas interpersonales que implican una pérdida de autonomía individual. [...] Ciertamente, un concepto material de delito anclado en a noción de autonomía jurídica individual parece estar en condiciones de ofrecer una sólida base para limitar al Derecho penal, pero presenta el no menor inconveniente de que, en función de cuál sea su concreción, no dé cuenta de muchos tipos penales de cuya legitimidad nadie –o apenas nadie- duda”.

⁵⁵³ Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, editorial B de f, Buenos Aires 2008, pág. 13: “Desde la enorme difusión de la obra de Ulrich Beck, es un lugar común caracterizar el modelo social postindustrial en que vivimos como “sociedad del riesgo” o “sociedad de riesgos”. En efecto, la sociedad actual aparece caracterizada, básicamente, por un marco económico rápidamente cambiante y por la aparición de avances tecnológicos sin parangón en toda la historia de la humanidad. El extraordinario de la técnica ha tenido y sigue teniendo, obviamente, repercusiones directas en un incremento del bienestar individual. Como también las tiene la dinamicidad de los fenómenos económicos. Sin embargo, conviene no ignorar sus consecuencias negativas. De entre ellas, la que aquí interesa resaltar es la configuración del *riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural*. Ello, por el hecho de que buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provienen precisamente de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos: riesgos más o menos directos para los ciudadanos (como consumidores, usuarios, beneficiarios de prestaciones públicas, etc.)”.

Vid. Carlos María Romeo Casabona, “Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo”, en Emilio José ARMAZA ARMAZA (Coord.), *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, editorial Comares, Granada, 2010, pág. XI: “En efecto, actividades como la industria, la elaboración de productos para el consumo, el tráfico rodado y otros medios de transporte, etc., prestan inestimables servicios al ser humano, per entrañan al mismo tiempo graves peligros para su vida, su integridad física y sus bienes; y de modo semejante se presenta en el ámbito del ejercicio de algunas profesiones (de arquitectos, ingenieros, médicos y profesionales de la sanidad, etc.), en razón del riesgo que puede comportar tal ejercicio y de que por ello requiere de una alta cualificación preparación y especialización”.

Hans LILIE, “Sociedad del riesgo y Derecho penal”, en Emilio José ARMAZA ARMAZA (Coord.), *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, editorial Comares, Granada 2010, pág. 45: “En los años 90 el concepto de sociedad del riesgo tuvo gran actualidad en la República Federal Alemana. Fue la denominada escuela de Frankfurt, a través de su máximo representante (“*Wortführerschaft*”) y actual vicepresidente del Tribunal Constitucional WINFRIED HASSEMER y el también profesor de Frankfurt CORNELIUS PRITTWITZ, quienes abrieron la discusión sobre el concepto de sociedad del riesgo. La expresión había sido acuñada anteriormente por el sociólogo muniqués ULRICH BECK, cuya obra aparecida en 1986 “La sociedad del riesgo. En camino hacia una nueva modernidad” [...] despertó en Alemania, el máximo interés por arte de muchas disciplinas”.

social de inseguridad que ha derivado en el desarrollo de una dinámica legislativa populista⁵⁵⁴.

El incesante desarrollo tecnológico, cuyas bondades resultan innumerables, ha dado pie, no obstante, a un notable aumento de las posibilidades de lesión para los intereses de los ciudadanos; por un lado, en tanto que los nuevos avances en no pocas ocasiones han permitido obtener facilidades al delincuente en la ejecución de la acción típica, y en segundo lugar, en tanto que su mera utilización, aún sin intención delictiva, ya presupone en la mayoría de las ocasiones un riesgo potencial de lesión para los intereses de los ciudadanos.

Según mi opinión, la concienciación acerca de la existencia de riesgos potenciales o latentes inherentes a la mera utilización de las nuevas tecnologías, así como al desarrollo de determinadas actividades ha revolucionado el moderno Derecho penal, introduciendo un auténtico cambio de paradigma en el campo de las ciencias penales fruto de la creciente actitud interventora del Estado, para quien no existen materias vetadas a su actuación, así como consecuencia de la interiorización de las que podríamos denominar como “políticas del riesgo cero”.

Así las cosas, mientras que el Derecho penal liberal (e incluso podríamos decir que el Derecho penal desde la época arcaica hasta la actualidad), siempre concibió la sanción penal como reacción frente al ilícito cometido, con independencia de que el fundamento de punición residiera en motivaciones estrictamente retribucionistas o en argumentos de corte utilitarista de signo preventivo general o preventivo especial, el moderno Derecho penal, al que también se ha denominado Derecho penal del riesgo, la concebiría en no pocas ocasiones como elemento de prevención frente a la hipotética lesión de intereses⁵⁵⁵.

⁵⁵⁴ Fernando MIRÓ LINARES, “Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (I). Tipo objetivo”, en Jesús María SILVA SÁNCHEZ/ Fernando MIRÓ LINARES, *La teoría del delito en la práctica penal económica*, editorial La Ley, Madrid 2013, pág. 116: “La aparición de nuevos intereses sociales dignos de protección, nuevos sujetos activos y múltiples nuevas formas de comportamiento que no son las que existían cuando se crearon las categorías teóricas que pretendían dar cabida a todas las formas de realización de la infracción penal, ha respondido el legislador incluyendo numerosos nuevos tipos en la parte especial sin tener en cuenta en muchos casos los tradicionales principios del sistema penal y respondiendo a una nueva dinámica legislativa populista, punitiva y de nula diferenciación entre la legitimidad de la intervención en vía penal o administrativa”.

⁵⁵⁵ Hans LILIE, “Sociedad del riesgo y Derecho penal”, en Emilio José ARMAZA ARMAZA (Coord.), *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, ob. cit., pág. 45: “PETER ALEXIS ALBRECHT había constatado en 1988 (“*Strafverteidigertag*”) que con el tránsito del Estado liberal del

Semejante alteración de la misión a cumplir por el Derecho penal no resulta ni muchísimo menos baladí⁵⁵⁶, sino que esconde a todas luces un auténtico y real cambio de paradigma. Sin ánimo exhaustivo, puede afirmarse que el nuevo signo preventivo que informa las ciencias penales impone, tal vez sin que ello haya resultado conscientemente advertido por los impulsores del cambio, una alteración en la estructura conceptual sobre la que se edifica el sistema del delito, singularmente enérgica en relación a los siguientes aspectos:

a) Supone una revisión del concepto jurídico-penal de ser humano.

Una de las principales conquistas del Derecho penal de signo liberal resultó, sin ningún género de dudas de la revisión del concepto penal de ser humano⁵⁵⁷, quien

siglo XIX al Estado social y del bienestar del siglo XX se había transitado también desde el principio jurídico-penal de la idea de control represivo hacia un modelo de control preventivo-conformador”.

⁵⁵⁶ Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, ob. cit., pág. 134: “Con ello, se ha producido seguramente la culminación del proceso: el Derecho penal, que reaccionaba a *posteriori* contra un hecho lesivo individualmente delimitado (en cuanto al sujeto activo y al pasivo), se ha convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha “administrativizado”.

⁵⁵⁷ José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, “En terreno de Dionisio: algunos apuntes sobre el concepto persona en el Derecho penal”, *Teoría & derecho: revista de pensamiento jurídico*, diciembre 2013, pág. 113: “Tomando como premisa que uno de los campos semánticos más importantes en los que habita *persona* es el del Derecho y suponiendo que el “Derecho penal” designe, ante todo, la Ley penal (algo que no siempre parecen tener claro los que cultivan la llamada Dogmática jurídico-penal) podemos decir que, cuantitativamente, la premisa se verifica por completo: existe cerca de 300 referencias a “persona” en el vigente Código penal”.

Vid. Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, editorial Dykinson, Madrid, 2003, págs. 27 y 28: “en la Edad Media, la única dignidad existente, al menos hasta los siglos XIII y XIV es de origen externo, la heterónoma basada en la imagen de Dios o en la dignidad como honor, cargo o título, como apariencia o como imagen que cada uno representa o se le reconoce en la vida social. [...] La hipertrofia del rango y de la jerarquía privará de dignidad a los inferiores, por eso en las sociedades muy jerarquizadas u organizadas en estamentos, en castas o en órdenes, no es posible la igual dignidad, si esta pretende ser un mínimo de autonomía personal, un coto vedado a las intromisiones externas. Esta idea no desaparece totalmente en el mundo moderno. Es oscurecida por la idea de la dignidad de los humanistas, en los siglos XV y XVI, pero reaparecerá en el siglo XVII, el siglo del Barroco, no tan entusiasta con la idea de dignidad, que recuperará su impulso en el s. XVIII. Los estamentos siguen vivos con el absolutismo y Loyseau definirá al “Ordre” o “estat” (orden o estado) como una condición o dignidad [...] Por otra parte el llamado augustinismo político producirá el mismo efecto al negar la autonomía del individuo en el uso de su razón y en la búsqueda de la verdad. La luz del hombre no será propia, sino sólo derivada de la luz de Dios. [...] Por eso la modernidad producirá como reacción el proceso de liberación de esas ataduras, como humanización y racionalización, que tendrán como objeto principal la devolución de la autonomía de la dignidad humana. Por eso al siglo que culminará la primera fase de ese proceso, el siglo XVIII se denominará siglo de las luces. El movimiento ilustrado, el iluminismo pretende que el ser humano pueda brillar con luz propia. Es el siglo de la devolución de la luz al hombre, así como de su dignidad propia. Por eso el concepto de dignidad humana es un concepto propio del mundo moderno [...] La dignidad medieval de

hasta entonces había venido siendo adjetivado como poco menos que un mero objeto que se hallaba en manos de los designios del soberano. La postulación de la dignidad humana como valor superior del ordenamiento jurídico del que debían resultar merecedoras todas las personas por el mero hecho de serlo, constituyó un triunfo para la humanidad que, sin embargo, no encontraría auténtico reconocimiento hasta el periodo de consolidación de las democracias constitucionales⁵⁵⁸.

El punto de partida liberal en la revisión antropológico-jurídica resultaría, en definitiva, de la influencia de la ética kantiana en el ámbito de las Ciencias penales y, por lo tanto, de la consideración acerca de que toda persona debía ser considerada un fin en sí mismo, no susceptible de instrumentalización alguna⁵⁵⁹.

Las consecuencias derivadas del nuevo *approach* filosófico resultaron de gran calado: la proscripción del Derecho penal de autor en favor de un Derecho penal del hecho firmemente fundado sobre el principio de culpabilidad, la proclamación del principio de igualdad ante la ley, la revisión de las doctrinas meramente retribucionistas y la consecuente introducción de las teorías utilitaristas de la pena, la revisión del modelo de proceso penal, etc...

Según mi opinión, el nuevo Derecho penal del riesgo ha introducido una subrepticia revisión de signo funcionalista del modelo antropológico-jurídico de signo organicista que pudiera poner fin, de forma velada, al modelo liberal, en tanto que llegaría a considerar a la persona no como ser humano con valor propio en tanto que

origen externo, heterónoma o derivada no es propiamente dignidad humana porque no es autónoma, ni impulsa el desarrollo individual de la condición humana y no arranca del propio individuo”.

⁵⁵⁸ Norberto BOBBIO, *Teoría general de la Política*, editorial Trotta, ob. cit., págs. 455 y 456: “Parto del presupuesto de que el fundamento ético de la democracia es el reconocimiento de la autonomía del individuo, de todos los individuos, sin distinción de razas, de sexo, de religión, etcétera. En este presupuesto reside la fuerza moral de la democracia, [...] En esta inversión consiste la revolución copernicana de la filosofía práctica, paralela a la que Kant había afirmado en la teoría del conocimiento. Revolución que podemos resumir, en ambos campos, como el paso del punto de vista del objeto al punto de vista del sujeto. En la esfera de la política esta mutación significa que comienza a mirar a la sociedad civil, caracterizada por las relaciones entre gobernantes y gobernados, desde el punto de vista de los gobernados y no desde el de los gobernantes. DE esta inversión de la relación política por excelencia resultan, como primera gran expresión práctica políticamente relevante, las Declaraciones de Derechos de derechos de finales del siglo XVIII”.

⁵⁵⁹ Norberto BOBBIO, *Teoría general de la Política*, ob. cit., pág. 123: “Un paso abierto a la concepción liberal de la libertad, más significativo si cabe, es el que representa la teoría de los fines del Estado. Para Kant, el fin del Estado no es la felicidad, sino la libertad garantizada por el Derecho”.

tal, sino, como parte de un todo y por ello como exclusivo objeto de derechos y deberes inexcusables⁵⁶⁰.

El nuevo modelo del riesgo, según mi parecer, no se orienta a la protección del individuo sino a la protección de la sociedad, el acento no se coloca ya sobre la dignidad de la persona sino sobre la estabilización de los valores comunitarios o bien sobre la protección de las expectativas sociales⁵⁶¹. La persona deja por lo tanto de ser concebida como ser humano en toda su extensión para convertirse en un instrumento al servicio de una compleja organización⁵⁶².

Creo que es JAKOBS quien se pronuncia de modo más claro sobre esta cuestión: “En un mundo meramente cognitivo, como por ejemplo el mundo de las ciencias naturales, no hay personas; por el contrario, éstas son construcciones del mundo ordenado normativamente y han de concebirse como titulares de deberes y derechos. El concepto de persona es relativo a los deberes y derechos atribuidos; la personalidad jurídico-penal activa tiene como presupuesto la capacidad de culpabilidad”⁵⁶³.

El funcionalismo, singularmente el denominado funcionalismo sistémico, desarrolla, por lo tanto, una normativización del concepto de persona, que si bien es

⁵⁶⁰ José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, “En terreno de Dionisio: algunos apuntes sobre el concepto persona en el Derecho penal”, ob. cit., pág. 117: “desde mi perspectiva, no existe algo así como una “estructura lógico-objetiva” ni una “naturaleza de las cosas”. A *maiore ad minus*, considero que nada hay de natural en el concepto persona y podría incluso entrar a discutir la “cualidad” natural u “objetiva” del propio concepto *ser humano*”.

⁵⁶¹ Claus ROXIN, “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, nº 15, 2013, pág. 4: “esta visión se apoya en un normativismo exacerbado. Ciertamente, la pena contribuye a la estabilización de la norma, aunque ello –en contra de Jakobs– no sea su único fin. Pero la estabilización de la norma no es un fin en sí mismo, sino que está destinada a contribuir a que en el futuro no se produzcan lesiones reales, individuales o sociales (esto es, lesiones de bienes jurídicos). En consecuencia, sirve, en última instancia, a la protección de bienes jurídicos, y carecería de sentido sin ese fin”.

⁵⁶² Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del Sistema penal*, ob. cit., págs. 441 y 442: “El funcionalismo que llamaré “estructural” considera el sistema como una estructura rígida, como un conjunto organizado de pautas normativas orientadas a valores que tienden a estabilizarse; esto es, a lograr un *equilibrio* con el medio. El sistema social se constituye, así, sobre un conjunto de valores básicos, que conforman la convivencia, y de los que dimanar pautas que pueden cambiar, pero que se halla dirigidas a asegurar la pervivencia de valores básicos; valores que, al internalizarse por los individuos, configuran la personalidad de éstos, que es, así tan social como el sistema mismo. El tipo de racionalidad fundamental es, pues, aquí, la *racionalidad teleológica*. En cambio, el funcionalismo *sistémico*, en el que la metáfora biológica se formula de modo post-darwinista, la estructura deja de ser estable. La adaptación al entorno o, mejor dicho, la relación sistema-entorno, pasa a ser el punto de partida. Pero si el punto de partida es la relación sistema-entorno, los individuos dejan de ser los constituyentes simples del sistema: ahora son los procesos, esencialmente transitorios y fugaces de comunicación los que constituyen sus unidades básicas. De ese modo, el *aseguramiento* de expectativas por medio de *normas*, si bien puede ser descrito como *definición de valores*, no es más que un procedimiento de *estabilización* que puede fracasar”.

⁵⁶³ Günther JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, ob. cit., pág. 43.

cierto que desde un plano estrictamente abstracto pudiera resultar correcto, e incluso deseable en tanto que criterio objetivo, desde un plano axiológico debe ser censurado en tanto que supone una clara vulneración, más o menos intensa según el caso, del innegociable principio de dignidad del ser humano. Piénsese que semejante normativización, llevada a sus últimas consecuencias, ha conducido a un sector doctrinal encabezado por JAKOBS, a postular la distinción entre “personas” y “no personas”, quienes serían consideradas como meros “individuos” o “enemigos” del Estado: “En el esquema presentado aquí, el concepto de persona se limita al de persona en *Derecho*. A quien no es persona se le denomina “individuo”. Es más, el concepto de sociedad se refiere aquí solamente a comprensión normativa, es decir, a la comunicación social orientada estructuralmente. Todo lo demás es “espacio libre”⁵⁶⁴.

A la vista de todo ello considero posible afirmar que tras el nuevo modelo del Derecho penal del riesgo subyace una revisión normativa del concepto jurídico de ser humano que, en no pocos ámbitos, colisionaría en forma importante con el principio de dignidad constitucionalmente elevado a la consideración de principio rector del ordenamiento jurídico⁵⁶⁵.

En definitiva, el adelantamiento de la barrera punitiva mediante el mecanismo de los bienes jurídicos de peligro abstracto, vulnerará el referenciado valor superior del ordenamiento jurídico con mayor o menor intensidad en función de la mayor o menor afectación para el bien jurídico que realmente se pretenda proteger y que la conducta desarrollada por el sujeto activo del delito represente, y ello por dos motivos. En primer lugar, en tanto que implica una instrumentalización del ser humano⁵⁶⁶, quien a

⁵⁶⁴ Günther JAKOBS, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, ob. cit., págs. 53-54.

Vid. José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, “En terreno de Dionisio: algunos apuntes sobre el concepto persona en el Derecho penal”, ob. cit., pág. 121; “si ciertamente comparto la idea de este último autor de que la idea del enemigo como *no-persona* es un sinsentido, me gustaría hacer notar de nuevo el increíble poder retórico de persona, [...] Dada la peculiar concepción que de *persona* maneja el penalista alemán, no es de extrañar que centralizase en ella el núcleo de su propuesta/diagnosis”.

⁵⁶⁵ Norberto BOBBIO, *Teoría general de la Política*, ob. cit., pág. 538: “El fundamento de la forma de gobierno democrática, contrapuesta a las distintas formas de gobiernos autocráticos que han dominado gran parte de la historia del mundo, es el reconocimiento de la “persona””.

⁵⁶⁶ Ronald DWORKIN, *Los Derechos en serio*, editorial Ariel, Barcelona, 2012, págs. 288 y 291: “La perspectiva de logros utilitarios no puede justificar que se impida a un hombre hacer lo que tiene derecho de hacer, y las supuestas ganancias por el respeto a la ley son simplemente logros utilitarios.

pesar de no haber producido afectación alguna para bienes jurídicos, o en todo caso tras haber desarrollado una ofensa de menor entidad, sufrirá el castigo penal, extremo que a todas luces supone que en el caso de afectación de bienes jurídicos, la pena será impuesta en atención primordialmente a un supremo interés social. Por otro lado, en tanto que la punición de las conductas se construye en estos casos sobre la base de un hipotético riesgo de afectación de bienes jurídicos, en la mayoría de casos de carácter individual, lo que conlleva una prognosis criminal incompatible con la consideración de la persona como ser humano libre. Al efecto, repárese que semejante argumento no se halla excesivamente alejado de aquel que informaba la imposición de medidas de seguridad predelictuales: la supresión del riesgo.

b) Revisión del modelo liberal de contrato social.

Tal y como ya hubo ocasión de analizar en capítulos anteriores, el sistema del delito que nace en el periodo liberal se construyó sobre una muy concreta conceptualización de las teorías contractualistas, según la cual los individuos habrían cedido al soberano su derecho al legítimo ejercicio de la violencia contra aquel que ilegítimamente hubiera menoscabado sus intereses. El soberano se subrogaba, por lo tanto, en virtud del pacto, en la posición del individuo, adquiriendo con ello el monopolio en el ejercicio de la represión violenta, quedando de ese modo condicionado el ejercicio del *ius puniendi* a la exclusiva protección de los intereses de los ciudadanos, en concreto a la defensa de sus derechos subjetivos según la versión inicial formulada en el ámbito científico penal por Von FEUERBACH.

Semejante configuración de la relación entre individuo y Estado tomaba como punto de referencia dos premisas esenciales de significativa trascendencia en la construcción del sistema del delito: en primer lugar la consideración del individuo como un fin en sí mismo –fruto de la transición de una filosofía política realista hacia

Ningún sentido tendría jactarnos de que respetamos los derechos individuales a menos que ello lleve implícito cierto sacrificio, y el sacrificio en cuestión debe ser que renunciemos a cualesquiera beneficios marginales que pudiera obtener nuestro país al dejar de lado estos derechos toda vez que resultan inconvenientes. De modo que el beneficio general no constituye una buena base para recortar los derechos, ni siquiera cuando el beneficio en cuestión sea un incremento del respeto por la ley. [...] Si permitimos que sean las conjeturas el fundamento de la justificación de la emergencia o del beneficio decisivo, entonces, una vez más hemos aniquilado los derechos”.

una filosofía política idealista⁵⁶⁷-, lo que impedía todo tipo de instrumentalización del sujeto y, en segundo lugar, la del sometimiento del Estado al individuo. En definitiva se trataba de un modelo en donde la figura del ser humano ocupaba un lugar preponderante frente a la de la sociedad o la del Estado, de ahí precisamente que el único límite que se postulara hacia la capacidad de acción del individuo fuera el del respeto a los singulares Derechos subjetivos de los demás miembros de la comunidad, esto es, a su autonomía⁵⁶⁸.

Según mi parecer, el nuevo Derecho penal del riesgo ha supuesto la culminación de un largo proceso de revisión de las teorías contractualistas.

Ya la aparición del Estado democrático, y muy singularmente la del Estado de bienestar, supusieron una notable matización de las premisas que sustentaban el modelo liberal, y ello en tanto que la proliferación de derechos, incluso constitucionalmente reconocidos de carácter participativo y social, conllevó la acentuación del carácter no absoluto de los “derechos subjetivos” de los ciudadanos, que a partir de entonces hallaban nuevos límites a su ejercicio⁵⁶⁹. Progresivamente la naturaleza no absoluta de los derechos subjetivos iría dando paso, fruto de la aparición

⁵⁶⁷ Norberto BOBBIO, *Teoría general de la Política*, ob. cit., pág. 212: “Lo que constituye el núcleo fundamental del maquiavelismo no es tanto el reconocimiento de la distinción entre acciones buenas *per se* y acciones buenas por otra razón, sino la distinción entre moral y política en base en esta distinción. Es decir, la afirmación de que la esfera política es la esfera de las acciones instrumentales que, en cuanto tales, deben juzgarse no por sí mismas sino con base en su mayor o menor idoneidad para alcanzar un fin”.

⁵⁶⁸ Norberto BOBBIO, *Teoría general de la Política*, ob. cit., pág. 412: “Existe el individualismo de la tradición liberal-libertaria y el de la tradición democrática. El primero arranca al individuo del cuerpo orgánico de la sociedad y lo hace vivir fuera del seno materno metiéndolo en el mundo desconocido y lleno de peligros de la lucha por la supervivencia, donde cada cual debe velar por sí mismo, en una lucha perpetua, ejemplificada por el hobbesiano *bellum omnium contra omnes*. El segundo lo reintegra a sus semejantes para que su unión a la sociedad sea considerada no ya como un todo orgánico del que brotó, sino como una asociación de individuos libres. El primero reivindica la libertad del individuo frente a la sociedad; el segundo lo reconcilia con la sociedad haciendo de ésta el resultado de un acuerdo libre entre individuos inteligentes”.

⁵⁶⁹ Urs KINDHAUSER, “Los tipos de delito en Derecho penal económico”, en Jesús María SILVA SÁNCHEZ/ Fernando MIRÓ LINARES, *La teoría del delito en la práctica penal económica*, editorial La Ley, Madrid 2013, págs. 72 y 73: “El criterio de Feurbach significa que la lesión de derechos subjetivos sería un (auténtico) injusto criminal, mientras que la perturbación del ordenamiento que garantiza jurídicamente la seguridad de los derechos subjetivos sería una contravención. Es decir, para Feurbach la totalidad del Derecho penal económico, en tanto su intención sea proteger la capacidad funcional de subsistemas económicos, sería parte del derecho de contravenciones y no del Derecho penal. Ahora bien, no es mi intención defender la conveniencia de realizar en su totalidad, hoy por hoy, el programa de Feuerbach. Pues, así como la delimitación de Feuerbach es dependiente de su tiempo, también la comprensión de derechos subjetivos absolutos está subordinada a las transformaciones sociales. [...] Es decir, los derechos absolutos del particular son siempre relativos al estado de desarrollo de una sociedad y, precisamente por esa razón, también a los peligros que amenazan al libre desarrollo del particular”.

del modelo de la sociedad del riesgo y, particularmente en lo que al ámbito jurídico-penal interesa, de la reconstrucción funcionalista del Derecho penal a nuevos límites en el ejercicio de la libertad para los individuos, quienes ya no sólo verían supeditada su capacidad de acción por el respeto a los derechos ajenos, incluidos los de carácter social, sino asimismo por la imposibilidad de generación de riesgos o incluso de frustración de expectativas o lesión de funciones institucionales estabilizadoras. Con todo, no debe pasarse por alto que la originaria concepción de los modelos democrático y social de Estado, aún y cuando introdujeron importantes alteraciones en las concepciones de signo de liberal, se construyeron sobre el reconocimiento de la autonomía individual de los ciudadanos, consideración ésta que en las modernas sociedades del riesgo viene cediendo en favor de un concepto de autonomía colectiva, incompatible en buena parte con la tradicional concepción filosófico-antropológica propia de los sistemas democráticos constitucionales⁵⁷⁰.

De ahí precisamente que quepa afirmar que el nuevo modelo imperante reconfigura, bajo el emblema de la seguridad, la relación entre individuo, Estado y sociedad, ampliando notablemente la habilitación para el ejercicio del *ius puniendi* mediante la supeditación de los intereses individuales a los colectivos⁵⁷¹.

La situación expuesta justifica la formulación de un interrogante mayúsculo: ¿resulta legítimo construir un modelo de contrato social en donde los individuos cedan su autonomía individual en favor de una suerte de autonomía colectiva, su libertad en

⁵⁷⁰ Norberto BOBBIO, *Teoría general de la Política*, ob. cit., págs. 516 y 517: “La concepción individualista significa que el individuo ocupa el primer lugar, es decir, el individuo particular que tiene valor por sí mismo, y después viene el Estado y no viceversa; el Estado es creado por el individuo y no el individuo por el Estado, [...] En esta inversión de la relación entre individuo y Estado se invierte también la relación tradicional entre derecho y deber. [...] El individualismo es la base filosófica de la democracia: un hombre, un voto. Como tal se ha contrapuesto siempre, y siempre se opondrá, a las concepciones holísticas de la sociedad y de la historia que, vengan de donde vengan, tiene en común el desprecio de la democracia entendida como aquella forma de gobierno en la que todos son libres de adoptar las decisiones que les atañen y tienen el poder de hacerlo. Libertad y poder que derivan del reconocimiento de algunos derechos fundamentales, inalienables e inviolables, como son los derechos del hombre”.

⁵⁷¹ MIR PUIG, “Bien jurídico y bien jurídico penal como límites al *ius puniendi*”, *Estudios penales y criminológicos*, nº 14, 1989-1990, p. 209: “Hay dos enfoques posibles en la valoración de los intereses colectivos. Uno es contemplarlos desde el punto de vista de su importancia para el sistema social. Otro, valorarlos en función de su repercusión en los individuos. El primero es el adoptado por el Estado social autoritario, caracterizado por subordinar el individuo al todo social. El Estado social democrático ha de preferir el segundo enfoque: le importan los intereses colectivos en la medida en que condicionan la vida de los individuos. Es en este contexto en el que hoy se debate la tutela penal de los nuevos intereses colectivos. Desde este punto de vista la valoración de la importancia de un determinado interés colectivo exigirá la comprobación del daño que causa a cada individuo su vulneración”.

post no ya de la protección de sus derechos subjetivos, sino en virtud de una mera sensación de seguridad, o lo que es lo mismo, de la protección de sus expectativas?

c) Revisión de la relación entre facticidad y validez.

Detrás de toda norma jurídico-penal, al menos en lo que a los ordenamientos constitucionales de signo democrático se refiere, subyace siempre un intenso conflicto entre su legitimidad axiológica y aquella otra de signo utilitarista. Fruto de esta tensión los ordenamientos jurídicos avanzan procurando en la medida de lo posible desarrollar sistemas normativos, que sin renunciar a la eficacia que se pretende de los mismos a fin de alcanzar los objetivos político-criminalmente propuestos, se muestren respetuosos con aquellos valores proclamados como superiores y que, en definitiva, no hacen sino reflejar un ideal de justicia y de respeto por la dignidad del ser humano.

Según mi opinión el moderno Derecho penal del riesgo ha supuesto una importante revisión de la relación “liberal” entre legitimidad axiológica y utilitarista.

El desarrollo de un nuevo modelo penal de cuño proactivo, en detrimento de su tradicional función reactiva, ha permitido colocar en un primer plano, en el análisis de la legitimidad del sistema del delito, parámetros de corte utilitarista siendo, precisamente, el concepto de bien jurídico el que más habría acusado semejante cambio de tendencia.

En definitiva, puede afirmarse que el concepto de bien jurídico, lejos de cumplir en la actualidad la función crítica o de control axiológico que inicialmente le habría sido asignada, ha pasado a desarrollar, de nuevo, una función legitimadora de la intervención penal, y por ello de su expansión. Dicho extremo se advierte con matices en el análisis de los denominados delitos de peligro abstracto⁵⁷², así como

⁵⁷² Hans Joachim HIRSCH, “Delitos de peligro y derecho penal moderno”, en Emilio José ARMAZA ARMAZA Coord.), *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, editorial Comares, Granada, 2010, pág. 101: “La denominación hasta ahora vigente de “delitos de puesta en peligro abstracto” atiende a un amplio grupo de casos, en los cuales un bien no precisa ser expuesto al peligro, sino que una acción contiene o genera el riesgo de que posiblemente, cualquier bien de la señalada naturaleza pudiera entrar en una situación de peligro. Un ejemplo sería el corte de una curva sin visibilidad por un conductor. Aquí se trata ya del riesgo unido a tal acción. Aun cuando nadie entre en la situación de peligro, porque afortunadamente no venga ningún vehículo en sentido contrario, se da el riesgo, esto es, la peligrosidad de la acción. Este peligro de la acción se valora desde la situación del actor. También es imaginable una acción que genere una situación estática de peligro (por ejemplo, una contaminación peligrosa del aire)”.

singularmente en la moderna distinción doctrinal entre bienes jurídicos mediatos e inmediatos⁵⁷³. Adviértase, a modo de ejemplo, como recientemente el legislador ha conseguido mediante el recurso a los bienes jurídicos de peligro abstracto, no sólo adelantar la barrera punitiva a momentos previos al inicio de la ejecución del delito en relación al interés de carácter individual que realmente pretende protegerse, sino, asimismo, configurar lo que pudiéramos denominar como un desvalor objetivo del resultado, imposibilitando con ello el desarrollo de cualquier función crítica. Piénsese en el delito de conducción bajo la influencia de las bebidas alcohólicas con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 g/l, o en el delito de conducción sin permiso, en donde mediante el recurso a un bien jurídico huérfano de contenido material, mero *nomen iuris* creado a fin de colmar exigencias de carácter técnico jurídico, se pretende en realidad la protección de la vida e integridad mediante la eliminación de determinados riesgos, identificándose el injusto con la mera realización de una conducta sin necesidad de análisis de su antijuridicidad material⁵⁷⁴.

Sin embargo, es en el ámbito del recurso a los bienes jurídicos mediatos en donde ésta función legitimante, de signo casi exclusivamente utilitarista, se manifiesta con mayor intensidad⁵⁷⁵.

⁵⁷³ Hans LILIE, "Sociedad del Riesgo y Derecho penal", en Emilio José ARMAZA ARMAZA Coord.), *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, ob. cit., pág. 47: "Muchos tipos penales modernos del Derecho Penal económico son comprendidos como delitos de peligro abstracto que deben proteger prioritariamente bienes jurídicos universales. Esto se ve claro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán que en la estafa de crédito (§265b Código penal alemán) acentúa primeramente el bien jurídico supraindividual de la economía crediticia e incluso la economía nacional. Con ello nuestro Tribunal Supremo no se encuentra precisamente aislado, es más la sección cuarta de lo penal [...] recurre en esta argumentación expresamente a la exposición de motivos de la primera ley de lucha contra la criminalidad económica. Se apunta correctamente que el hecho individual no tiene siquiera que ser inicialmente adecuado para poner en peligro, siquiera en forma mínima, las instituciones económicas supuestamente afectadas".

⁵⁷⁴ Emilio José ARMAZA ARMAZA (Coord.), "Informe sobre los intentos de adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico: líneas de investigación y conclusiones", *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, ob. cit., pág. 498: "los delitos de peligro abstracto puros llegan a manifestarse como delitos de mero desobediencia a las normas, de mera infracción de un deber, y sin que apunten a un determinado colectivo defraudado por la conducta realizada. Ello suele ocurrir cuando la misma conducta, apriorísticamente, puede constituir ilícito administrativo e ilícito penal. Por ejemplo, la repetida conducción bajo la influencia de las bebidas alcohólicas".

⁵⁷⁵ Urs KINDHAUSER, "Los tipos de delito en el Derecho penal económico", ob. cit., pág. 74: "es posible diferenciar mi posición de aquellas que ven en la finalidad del Derecho penal económico, por sobre todo, en la protección de determinados bienes jurídicos intermedios "mediatizados". Así, de conformidad con estas últimas, en Derecho penal económico no sólo se debería proteger el patrimonio y la libertad de disposición, sino también la capacidad funcional de distintos subsistemas, como por ejemplo la capacidad funcional de la economía de crédito, de las operaciones de pago sin dinero en efectivo o del mercado de inversión de capitales. Sin embargo, este punto de vista pasa por alto, de una

Tal y como señalara SILVA, el recurso a los bienes jurídicos de peligro abstracto ha sido utilizado en no pocas ocasiones como mecanismo habilitante de la punición de aquellas conductas que a pesar de implicar, individualmente consideradas, una escasa afectación para el bien jurídico protegido en cuestión, resulta previsible que sean desarrolladas por una pluralidad de personas, produciéndose sólo fruto de la suma de sus aportaciones individualmente desarrolladas, una afectación notable del bien jurídico protegido⁵⁷⁶, que permitiera colmar las exigencias del principio de fragmentariedad del Derecho penal:

“Pues bien, puede afirmarse que es una característica del Derecho penal de las sociedades postindustriales el asumir, en amplia medida, tal forma de razonar, la de la lesividad global derivada de acumulaciones o repeticiones, tradicionalmente propia de lo administrativo. [...] El paradigma de lo anterior es la difusión de la tesis que entiende que es posible sancionar penalmente una conducta individual aun cuando ésta no sea por sí misma lesiva del bien jurídico (ni lo ponga por sí misma en peligro relevante), si cuenta con la posibilidad cierta de que dicha conducta –per se no lesiva- se realice también por otros sujetos y el conjunto de comportamientos sí vaya a acabar lesionando el correspondiente bien jurídico”⁵⁷⁷.

Debido en buena parte a la necesidad de superar la crítica desarrollada por SILVA acerca de la teoría de los delitos por acumulación, la doctrina española desarrolló la distinción entre bienes jurídicos mediatos e inmediatos, afirmándose que en realidad los bienes jurídicos de peligro abstracto no presentarían problemas de lesividad concreta en tanto que en los mismos resultaría posible identificar un bien jurídico inmediato, respecto del que sí se colmaría la exigencia de lesividad, y otro de

parte, que el menoscabo a un sistema de ordenación no puede, simplemente, equipararse a una intromisión dañina en las condiciones concretas de libertad institucionalizada, pues para esto último es menester demostrar que el autor ejerció una influencia perjudicial en las esferas de libertad jurídicamente garantizadas a los demás. Y de otra parte, este punto de vista riñe con los fundamentos de una política criminal orientada a fines, cuya observancia es una condición previa de legitimidad del Derecho penal”.

⁵⁷⁶ Roland HEFENDEHL, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en Roland HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, editorial Marcial Pons, Barcelona 2007, págs. 194 y 195: “Si, por tanto, ni la forma delictiva del delito de peligro abstracto ni el resto de construcciones ya mencionadas ayudan en el caso de los bienes jurídicos colectivos, hay que intensificar la búsqueda de la conexión entre acción típica y bien jurídico protegido. De otro modo, la búsqueda del bien jurídico protegido carecería de sentido. Para suplir la falta de una causalidad lesiva real entre acción y bien jurídico se exige aquí la llamada equivalencia material, que en los bienes jurídicos colectivos atañe necesariamente al plano de la criminalización. El pensamiento de la acumulación desarrollada en los delitos de cohecho o contra el medio ambiente encarna tal equivalencia. Se aplica a acciones individuales en sí inocuas dado que sin una prohibición reforzada con una sanción habría que contar con que se cometerían en gran número y, como consecuencia, resultarían perturbadas funciones protegidas. Si sólo se consideran aptos para la acumulación los efectos sinérgicos realistas atendiendo al principio de bagatela, se eliminan parte de las objeciones formuladas contra el tipo cumulativo”.

⁵⁷⁷ Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, ob. cit., págs. 141 y 142.

carácter mediato y que en realidad se identificaría con la *ratio legis*, respecto del que no resultaría necesario determinar lesividad alguna.

De ahí, que sea, precisamente, en el ámbito del recurso a los bienes jurídicos mediatos en donde esta función legitimante del Derecho penal de signo cuasi exclusivamente utilitarista se manifieste con mayor intensidad, por cuanto permite corroborar la actual tendencia orientada a la creación de bienes jurídicos huérfanos de auténtico contenido material, que en realidad aparecerían confundidos con la noción de *ratio legis* a simple fin de superar los déficits de ofensividad inherentes a determinados intereses y por lo tanto de ocultar las carencias axiológicas inherentes a determinados tipos penales⁵⁷⁸.

En todo caso, lejos de ser mi intención entrar en el arduo debate acerca de la legitimidad de los bienes jurídicos supraindividuales de peligro abstracto⁵⁷⁹ por exceder con creces los límites de esta tesis permítaseme, a los simples efectos de analizar posteriormente la trascendencia del desarrollo de un nuevo modelo de desvalor de acción con contenido material, poner el acento en que el Derecho penal del riesgo de signo utilitarista habría venido desarrollando sus contenidos en atención

⁵⁷⁸ Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*, ob. cit., pág. 174: “En efecto, estas construcciones [...] surgen para ser aplicadas a delitos de peligro abstracto que tutelan bienes jurídicos supraindividuales inmateriales o espiritualizados, con respecto a los cuales resulta difícilmente concebible la tipificación de una lesión o de una puesta en concreto peligro, toda vez que la vulneración de dichos bienes nunca tiene lugar con una acción típica individual, sino a través, en su caso, de una reiteración generalizada de conductas; de ahí que, desde la perspectiva del bien jurídico inmaterial colectivo, la acción individual carezca de la necesaria lesividad. Por consiguiente, la técnica de tipificación que se propone para tutelar aquellos bienes jurídicos inmateriales que se consideren dignos de protección penal es la de construir la figura delictiva sobre la base de un bien intermedio “representante” o con función representativa, que es el que ha de resultar **inmediatamente** lesionado (o, en su caso, puesto en concreto peligro) por el comportamiento típico individual, y sin que, por su parte, sea preciso acreditar esa efectiva lesividad (lesión o peligro concreto) para el bien inmaterial **mediatamente** protegido. Precisamente, la “abstracta peligrosidad” de la conducta típica para este bien mediato reside en la lesión (o puesta en concreto peligro) reiterada y generalizada del bien intermedio con función representativa”.

⁵⁷⁹ Mirentxu CORCOY, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pág. 213: “En relación con la lesión del bien jurídico protegido en los delitos de peligro abstracto, la doctrina penal que podemos considerar mayoritaria, defiende que en ellos no hay lesión de un bien jurídico-penal, sino únicamente una conducta peligrosa, considerando, en consecuencia, que su existencia entra en colisión con el principio de culpabilidad. En esta misma dirección, otro sector doctrinal niega la existencia de lesión, pero fundamenta la punibilidad en la peligrosidad general de un comportamiento determinado o de una determinada consecuencia y acepta que son necesarios cuando es necesario un ámbito social regularizando conductas, con lo que finalmente no se pone ningún límite a la legitimidad de los delitos de peligro abstracto. En el origen de estas posiciones está la propuesta de Binding, que diferencia dos grupos de delitos de peligro abstracto, los que son reconducibles a un delito de peligro concreto en los que no concurre un resultado de peligro y los de mera desobediencia, que serían injustos formales, carentes de fundamento material”.

a la necesidad de resolución de casos concretos, singularmente en el campo del Derecho penal económico y de la empresa, advirtiéndose una clara vocación de colmar lagunas de punibilidad en detrimento, en no pocas ocasiones, precisamente, de la salvaguarda de postulados de signo axiológico garantístico⁵⁸⁰. Sea cual sea la postura que se sostenga acerca de la legitimidad de los bienes jurídicos de peligro abstracto, lo cierto es que actualmente el uso que el legislador y la doctrina jurisprudencial han venido desarrollando de la noción de bien jurídico ha desacreditado en no pocos casos su virtualidad crítica, particularmente en el ámbito de los delitos supraindividuales. De ahí precisamente que no pocos hayan planteado la oportunidad de abandonar el concepto fruto de su inoperancia⁵⁸¹.

⁵⁸⁰ Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, ob. cit., págs. 34 y 35: “en lugar de centrar nuestra atención en el sistema en su conjunto, y en las categorías que le dotan de armonía y coherencia general, examinamos las instituciones dogmáticas en particular. En este punto sí se advierte,, por el contrario una importante tensión derivada del caso (o de un determinado grupo de casos: de la “generalización empírica” de sus elementos), como ha puesto de relieve últimamente Riggi. Las concretas instituciones dogmáticas se han visto sometidas, en efecto, a las exigencias de aprehensión de determinados casos que una concepción preexistente de la correspondiente institución no abarcaba. Así, con vistas a esta aprehensión, han sido sometidas a reformulaciones. Es cierto por lo demás que, una vez reformuladas en un sentido determinado, las instituciones concretas han impulsado cambios generales en el sistema. [...] puede sostenerse que en la actualidad las instituciones concretas de la teoría del delito se hallan sometidas, ante todo, a la tensión derivada de los casos del Derecho penal económico. [...] La tensión derivada del caso se explica, sobre todo, porque la dogmática de la teoría del delito no ha pretendido sólo levantar un edificio teórico coherente, exento de contradicciones en el plano abstracto. Por el contrario, ha tenido siempre en cuenta el caso concreto y su demanda de resolución. En este sentido, no ha querido sustraerse a la tensión consustancialmente existente entre el pensamiento sistemático y el pensamiento tópico. Ello entraña naturalmente riesgos, que se hacen muy patentes en determinados ámbitos de la dogmática”.

Vid. Hans LILIE, “Sociedad del Riesgo y Derecho penal”, en Emilio José ARMAZA ARMAZA Coord.), ob. cit., pág. 48; “Para la República Federal Alemana se puede decir que la concentración de la política en las apremiantes cuestiones de seguridad ciudadana y la fractura en la sociedad llevan a una falta de imaginación e inactividad de la política. Legislación de reforma, entendida en su sentido originario, no hay desde hace décadas. Casi todo se queda en breves creaciones parciales o es la jurisprudencia quien coge y crea un nada fiable Derecho del caso concreto”.

Vid. Hans Joachim HIRSCH, “Delitos de peligro y Derecho penal moderno”, en Emilio José ARMAZA ARMAZA Coord.), *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, ob. cit., pág. 107: “A favor del Derecho penal supuestamente “moderno” se ha aducido igualmente que el legislador, ante la aleatoriedad de los acontecimientos causales, incomprensibles para el ciudadano, asumiría en su lugar, en un momento previo, la función de prevención de peligros que el particular ya no es capaz de prestar. Para garantizar una protección óptima de los bienes jurídicos y evitar lagunas de protección jurídica debe defenderse cuando el legislador así, como “gran regulador”, introduce preceptos y cumple con ello, en persona la función de prevención de peligros. En la medida en que el legislador cumple esta función exigente y esencial de evitación de peligros, el particular sólo precisaría acatar sus indicaciones de acción. Pero esta argumentación tampoco puede compartirse. Pues contra una tal concepción habla, por principio, el hecho de que mediante la misma se adscriba al Derecho penal un carácter materialmente equivocado y policial”.

⁵⁸¹ Gerhard SEHER, “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”, en Roland HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho*

El segundo de los motivos que, según mi parecer, habrían impedido alcanzar consenso acerca de la delimitación del concepto de bien jurídico, guardaría relación con el carácter omnicomprensivo que se le atribuye. Creo que, en realidad, el problema provendría no tanto de la imposibilidad de reducir a la unidad intereses de distinta naturaleza tal y como afirma la concepción procedimental del bien jurídico⁵⁸², como de la existencia de muy distintos puntos de partida en la aproximación a la cuestión. Y es que aquello que interesa en la delimitación del concepto de bien jurídico, no son tanto las concretas características de cada uno de los objetos de tutela como las funciones que estos se hallan llamados a desarrollar en sociedad. De ahí precisamente que siguiendo en este punto la teoría de los juegos de lenguaje de WITTGENSTEIN quepa afirmar, como hace SCHÜNEMANN, que el bien jurídico bien pudiera adjetivarse como directriz normativa:

“Las tres posibilidades de comprender el concepto de bien jurídico como un concepto clasificatorio conducen, pues, a un callejón sin salida, pero hace tiempo que con ellas no se agotan las posibilidades de definición. Por el contrario, hay una cuarta posibilidad que pasa inadvertida para la crítica habitual, a saber, la comprensión del bien jurídico como directriz normativa, lo cual, por cierto, no constituye ningún tipo de artimaña jurídica, sino un caso especialmente instructivo de aplicación de conocimientos filosóficos. En la moderna filosofía del lenguaje se reconoce desde hace mucho que la definición clásica a través del *genus proximum* y la *differentia specifica* es un caso particular extremo al que reemplaza (por recoger sólo las otras categorías más importantes de representación lingüística) el tipo, el aire de familia en el sentido de WITTGENSTEIN o la ejemplificación de una intensión abarcante sólo de forma vaga por medio de algunos casos de la extensión, cuya posterior explicación se realiza por

penal o juego de abalorios dogmático?, ob. cit., pág. 75: “Mientras las dudas de STRATENWERTH sobre la capacidad del concepto de bien jurídico se centran en las modernas *materias* objeto de regulación, WOHLERS formula sus críticas en relación con las modernas formas de regulación. Ya el delito de peligro abstracto es causa de discordias en cuestión de su legitimación, sobre todo desde la perspectiva del bien jurídico, dado que la lesión de un bien jurídico no es requisito típico, y en algunos casos es conscientemente excluida. Debido a ello, WOHLERS propone una “legitimación independiente desvinculada del dogma del bien jurídico”.

⁵⁸² Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del Sistema penal*, ob. cit., págs. 827, 828 y 829: “En efecto, a menudo la doctrina mayoritaria habla del bien jurídico en términos de objeto, como si fuera un *objeto ideal* (el objeto de protección), delimitado por el tipo abstracto, al que se contraponen, con un status ontológico análogo, el *objeto material* sobre el que recae la acción delictiva concreta. Y, como se trata de un objeto, se intenta apresar en un concepto las características sustantivas que lo definen; pero, finalmente, se acaban adoptando definiciones vacías, como las que lo califican de interés o valor, o las que hablan de él como estado de cosas valioso, tutelable y lesionable, o las que entienden que sólo es “una denominación de lo único que es lícito considerar digno de protección desde el *punto de vista de las misiones del Derecho penal* o las que lo delimitan como “unidad funcional valiosa para nuestra sociedad definida constitucionalmente y, por lo tanto, también para la posición y la libertad de los ciudadanos individualmente considerados”, etc... Los bienes jurídicos son tan diversos que no pueden constituir un género integrado por realidades que tienen en común: a lo sumo, cabrá hablar de “una familia” cuyos diferentes integrantes están enlazados, no por algo que tengan en común, sino por una suerte de parentesco”.

un procedimiento analógico que en la hermenéutica ontológica se ha considerado siempre como un caso normal del método jurídico”⁵⁸³.

El punto de partida en el análisis material del concepto de bien jurídico protegido así entendido debiera hallarse entonces en el estudio de la filosofía política, singularmente de las teorías del contrato social, ya que, según mi parecer, previo a la elaboración de una noción material de bien jurídico debiera discutirse seriamente acerca de las posibilidades de intervención del Estado en las esferas de libertad del ciudadano. Sólo a través de un profundo estudio sobre los límites a la intervención del Estado (y por lo tanto acerca del concepto de persona) del principio de dignidad así como de la relación entre Estado e individuo- que determinara con unos mínimos de precisión en qué casos debiera hallarse habilitado el poder público para hacer uso del monopolio de la violencia, resultará posible sentar con una mínima firmeza las bases de una discusión que permita avanzar en tan espinoso camino. En todo caso, debe ponerse el acento en que este análisis no sólo deberá desarrollarse bajo el prisma del resultado que se pretende evitar, sino, asimismo, atendiendo a qué conductas, abstracción hecha de cualquier consideración al resultado, deben habilitar la injerencia del *ius puniendi*⁵⁸⁴, ya que, en definitiva, en un Estado social y democrático de Derecho, el uso del monopolio de la violencia no puede aparecer exclusivamente sustentado en atención a la posible producción de resultados, sino que, asimismo, debe partir de una valoración más completa del actuar humano respetuoso con dos valores esenciales como son la justicia y el respeto por la dignidad del ser humano.

⁵⁸³ Bernd SCHÜNEMANN, “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, en Roland HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, ob. cit., págs. 202 y 203.

⁵⁸⁴ Ricardo ROBLES PLANAS, “Dogmática de los límites al Derecho penal”, en Andrew von HIRSCH/Kurt SEELMAN/Wolfgang WOHLERS/ Ricardo ROBLES PLANAS, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, ob. cit., pág. 23: “Tras muchos años de estar presente en la discusión político-criminal, se va abriendo camino el convencimiento de la escasa capacidad de rendimiento del concepto de bien jurídico para realizar afirmaciones realmente operativas sobre los límites de las prohibiciones y mandatos y, más en general, sobre el Derecho penal. La razón es clara, su elevada dosis de circularidad conceptual. Aun reconociendo la “existencia” de intereses de protección jurídico-penales, pese a desconocer su origen, contenidos y extensión concretos, sigue en pie la cuestión –que en última instancia interesa en el nivel de las normas- relativa a qué formas de conducta son las que deben de estar prohibidas por su “referencia negativa” a tales intereses. Dicho de otra manera, el discurso tradicional de los bienes jurídicos obliga a argumentar sobre los grandes territorios que pueden o no ingresar en el campo de operaciones del Derecho penal, pero no está en condiciones de realizar afirmación alguna sobre si, habida cuenta de los diversos intereses en conflicto en cada uno de los territorios, es legítima o no la restricción de actuación y si además, es legítimo el castigo pena del quebrantamiento de tal restricción”.

Sin embargo, la realidad ha sido otra. La disparidad de presupuestos metodológicos en el análisis de la cuestión del bien jurídico ha impedido alcanzar un mínimo consenso que permitiera a la noción de bien jurídico, no ya adquirir auténtica virtualidad práctica en el desarrollo de las funciones que tradicionalmente le han venido siendo asignadas, sino, sencillamente, asentarse sobre unas bases mínimamente sólidas sobre las que dar inicio a la construcción de su edificio teórico⁵⁸⁵.

De modo esquemático pudiera decirse que mientras un primer sector doctrinal habría procurado desarrollar una noción material de bien jurídico tomando como punto de partida en su análisis el Derecho positivo (evidentemente, el hecho de presuponer la legitimidad axiológica del criterio del legislador inherente a semejante *approach* teórico dificulta enormemente la posibilidad de reducir a la unidad tan diversos intereses) , un segundo sector habría abordado la cuestión desde una perspectiva metajurídica, alejada del Derecho positivo⁵⁸⁶.

7.- Antijuridicidad material y tesis del desvalor material del acto.

El concepto de desvalor material de acción aquí propuesto, guarda estrechísima relación con el desarrollo del concepto material de bien jurídico.

Al igual que la noción de bien jurídico, el concepto material de desvalor de acción surge con la firme voluntad de hallar mecanismos que permitan paliar los rigores que en ocasiones pudieran derivarse de la desvaloración de los comportamientos desarrollada en abstracto desarrollada por el legislador, adecuando

⁵⁸⁵ Bernd SCHÜNEMANN, “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, ob. cit., pág. 203: “La constatación de que la crítica corriente al principio de protección de bienes jurídicos parte de presupuestos metodológicos erróneos no dispensa de responder plausiblemente a la pregunta de dónde ha de encontrarse, entonces, por lo menos el “punto subarquimédico” de este principio, al que poder dejar la red de una concreción ulterior todavía por entamar. Mi respuesta sería: en la idea fundamental de la limitación del Derecho penal derivada del concepto de contrato social, tal y como se ha impuesta desde hace alrededor de 250 años tal y como debe desplegar su máxima eficacia para cualquier sujeto racional, equitativo y justo en los tiempos actuales, en los que el respeto al Estado de Derecho se empareja con una comprensión más intensa que nunca del carácter cuestionable y la selectividad del Derecho penal estatal”.

⁵⁸⁶ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 8ª edición, ob. cit., pág. 161: “El concepto de bien jurídico se utiliza por la doctrina penal en dos sentidos distintos: a) en el sentido **político-criminal** (*de lege ferenda*) de lo único que merece ser protegido por el Derecho penal (en contraposición, sobre todo, a los valores solamente morales); b) en **sentido dogmático** (*de lege lata*) de objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate”.

el formalismo subyacente a la teoría del delito a la realidad social a fin de obtener un derecho penal no sólo más justo sino asimismo más eficaz.

En definitiva, la teoría material del bien jurídico desarrolla un modelo de desvalor de resultado paralelo a la noción de desvalor material de acción que aquí se postula, en tanto que parte de la necesidad de distinguir dos fases cronológicamente diferenciadas en la afirmación del demérito del objeto sometido a análisis.

La primera de estas fases se identificaría con en el análisis universal desarrollado por el legislador acerca de lo disvalioso que hipotéticamente debiera ser el resultado descrito por el tipo penal para el caso de producirse, fruto de la lesividad que se presupondría en abstracto que dicho resultado debiera acarrear para el bien jurídico en juego. La segunda fase, por contra, se identificaría con el análisis concreto, y de naturaleza empírica, desarrollado por la autoridad judicial una vez acaecido el resultado y, que en definitiva, debiera consistir en la concreta comprobación acerca de si el resultado acaecido resultó efectivamente lesivo en forma importante para el bien jurídico protegido por la norma penal.

A pesar de que bajo ningún concepto cabría negar que semejante modelo, cristalización de los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, ofensividad y fragmentariedad del Derecho penal, habría supuesto la atribución *de facto* a la autoridad judicial de facultades de rectificación, o si se prefiere de complementación de la decisión legislativa, nadie ha dudado de su respeto con los principios de legalidad o seguridad jurídica. A pesar de la inexistencia de un concepto unánime de bien jurídico protegido, de la inexactitud que en ocasiones acompaña a la determinación de los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales, de la imposibilidad de establecer parámetros objetivos que permitan determinar en qué ocasiones el resultado acaecido ofende en forma importante o no al bien jurídico tutelado por el precepto que resulta de aplicación, nadie afirma hoy día que el modelo dominante de desvalor de resultado suponga quiebra alguna de los principios de legalidad o seguridad jurídica. Al contrario, la doctrina mayoritaria ha decidido otorgar carácter primordial en el sistema del delito a la noción de bien jurídico fruto de la importante función hermeneútica y crítica que desarrolla.

Lo cierto es que, en realidad, el actual modelo de análisis del desvalor del resultado, y por lo tanto de determinación de la denominada antijuridicidad material,

ha sido construido en torno a parámetros de racionalidad práctica y de signo valorativo, y por ello lejos de criterios objetivos de determinación. De ahí que deba subrayarse que la afirmación de cuál sea el bien jurídico protegido en cada caso, y muy especialmente la de cuándo el bien jurídico deba entenderse ofendido en forma importante a fin de colmar las exigencias del principio de fragmentariedad del Derecho penal resulte siempre una cuestión que contiene un irreductible ámbito de subjetivismo, sólo relativamente paliable mediante el recurso a la motivación.

Sin embargo, a pesar de esta manifiesta colisión entre el actual modelo de determinación de la antijuridicidad material y el principio de seguridad jurídica, la doctrina mayoritaria sigue sosteniendo la necesidad de erigir el concepto material de bien jurídico protegido en elemento clave del sistema del delito. Ello obedece, según mi parecer, a dos motivos: en primer lugar a la interiorización de un modelo que ha venido siendo aplaudido desde hace más de dos siglos y en donde, lejos de cuestionarse su legitimidad axiológica, se le ha erigido precisamente en momento esencial en el análisis de dicha legitimidad. Y, en segundo lugar, fruto de las importantísimas consecuencias prácticas que se han derivado del mismo en tanto que cristalización del principio de proporcionalidad en el análisis del hecho criminal.

Ninguna duda cabe acerca de que el Derecho penal se encuentra sometido en su creación y aplicación a una constante pugna entre intereses. La propia norma penal, en tanto que mandato de determinación dirigido a todos los ciudadanos, presupone una limitación de la capacidad de acción que únicamente puede aparecer justificada en virtud de la protección de los intereses individuales o colectivos que para ese caso hayan sido considerados de mayor trascendencia, extremo que en realidad dependerá del contenido de la relación entre Estado y ciudadano que subyazca al sistema del delito.

La colisión entre seguridad jurídica y análisis material del desvalor del resultado no es más que una expresión de esa tensión, en donde los principios de legalidad y seguridad jurídica que no son absolutos, ceden en favor de un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico: la justicia.

Con todo, lo cierto es que no parece lógico que la función crítica del Derecho penal se desarrolle, al menos no exclusivamente, bajo la luz del desvalor del resultado, ya que la limitación de la capacidad de actuación de los ciudadanos no puede venir

justificada únicamente por la producción de resultados disvaliosos, sino que asimismo debe hacerlo en virtud de la ejecución de acciones disvaliosas.

A la vista de lo hasta ahora expuesto creo que resulta posible insistir en la viabilidad del modelo de desvalor material de la acción propuesto en este trabajo. En primer lugar, en tanto que el principal déficit de la teoría aquí expuesta, la colisión con el principio de seguridad jurídica es consustancial al análisis del desvalor del resultado sin que ello haya implicado óbice alguno para su desarrollo. Es más, es consustancial al actual modelo del desvalor de acción, en tanto que la determinación acerca de cuándo una conducta debe ser considerada idónea para la producción de un resultado, o cuando deba considerarse que un resultado aparece como cristalización del riesgo generado por la conducta, contiene asimismo un ámbito de irreductible subjetivismo.

En segundo lugar, en tanto que como ya se apuntara anteriormente el análisis acerca de la legitimidad axiológica del ejercicio del *ius puniendi* no debería desarrollarse en atención exclusivamente al resultado acaecido o que pudiera haber acaecido, sino principalmente en atención al mérito o demérito de la conducta ejecutada abstracción hecha del resultado, o lo que es lo mismo, de su potencialidad lesiva, ya que la bondad o maldad de la conducta deberían predicarse en atención a criterios exclusivamente axiológicos. Lo contrario equivaldría a la consideración de que toda conducta potencialmente lesiva, por el mero hecho de serlo ya debiera ser considerada axiológicamente disvaliosa, hecho este que en el moderno Derecho penal construido bajo el modelo del delito de comisión por omisión imprudente resulta, al menos según mi parecer, muy cuestionable.

“Se ha señalado que el paradigma del Derecho penal del presente y del futuro es el delito de omisión imprudente. Por mi parte, lo expresaría en términos similares pero algo más incisivos: a mi juicio, el paradigma del delito del presente y del futuro es “la estafa (o la administración desleal) cometidas por omisión y dolo eventual en el contexto de negocios de riesgo. Más allá de que estos puedan ser modelos delictivos paradigmáticos de la actual crisis financiera internacional, la pretensión de la alusión a este esquema delictivo resulta algo más trascendente. Con ello se quiere subrayar la creciente relevancia en la teoría del delito de los elementos de infracción del deber. Este dato tiene una doble repercusión. En el plano objetivo, la correlativa menor importancia de las conexiones “físicas” de la conducta del sujeto con el objeto de la acción: causalidad, dominio empírico. En el plano subjetivo, una significa tendencia a la relativización de los estados mentales del sujeto”⁵⁸⁷.

⁵⁸⁷ Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial”, en Jesús María SILVA SÁNCHEZ/ Fernando MIRÓ LINARES, *La teoría del delito en la práctica penal económica*, ob. cit., págs. 39 y 40.

No obstante, a pesar de la potencial validez de los anteriores argumentos, es la actual situación de crisis de la noción material de bien jurídico protegido, fruto de la aparición del moderno Derecho penal del riesgo, la que más aconseja la introducción de un modelo material de análisis del desvalor del acto.

La consolidación y proliferación de tipos penales contruidos mediante el recurso a la técnica de los bienes jurídicos de peligro abstracto puro acarrea, en realidad, la punición de delitos sin resultado normativo en los que ni tan siquiera sea necesario constatar una mínima potencialidad lesiva del acto:

“La diferencia fundamental no es por tanto, entre puesta en peligro concreto y abstracto –algo transitivo-, sino entre puesta en peligro de un concreto bien y (mera) peligrosidad de una acción (la cual también puede consistir en la producción de una situación de riesgo). Correspondientemente, en los delitos de peligro debe diferenciarse materialmente entre delitos de puesta en peligro y peligrosidad. Aquellos son delitos de resultado, estos delitos de mera actividad (los cuales, en el caso concreto, pueden estar vinculados a la producción de una situación de riesgo persistente)”⁵⁸⁸.

Efectivamente, los delitos de peligro abstracto puro más que construir el injusto en atención a la afectación del bien jurídico, lo hacen atendiendo a una potencial afectación para el bien jurídico –que tanto podrá consistir en lesión como en puesta peligro-, esto es, en atención a un juicio de probabilidad acerca de la posibilidad de que el desarrollo de la conducta pudiera llegar a poner en riesgo realmente en algún momento futuro bienes jurídicos. De este modo lo que en realidad se consigue, en no pocas ocasiones, es un adelantamiento de la barrera punitiva en relación a los bienes jurídicos individuales que realmente quieren protegerse, y cuya tutela, desde una perspectiva técnica y desde luego también axiológica devendría ilegítima atendida la configuración de los tipos penales clásicos. En definitiva, tal y como señala SCHÜNEMANN: “a medida que se distancie la materia de prohibición del acto real de lesión, la limitación de la libertad de acción será cada vez más grave”⁵⁸⁹.

La apuntada relajación en el catálogo de los bienes jurídicos, así como en las exigencias de ofensividad y aplicación del principio de fragmentariedad del Derecho penal, inhabilitan en buena medida la función crítica de la noción de bien jurídico, fruto en realidad de la creación de figuras típicas en donde el fundamento del injusto

⁵⁸⁸ Hans Joachim HIRSCH, “Delitos de peligro y Derecho penal moderno”, ob. cit., pág. 102.

⁵⁸⁹ Bernd SCHÜNEMANN, “Protección de bienes jurídicos, Ultima ratio y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un estado de derecho liberal”, en Andrew von HIRSCH/Kurt SEELMAN/Wolfgang WOHLERS/ Ricardo ROBLES PLANAS, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, ob. cit., pág. 75.

residiría en realidad en la infracción de determinados deberes de conducta⁵⁹⁰. De ahí, precisamente, que se afirme que el modelo de delito del moderno Derecho penal del riesgo no será más el del delito de resultado lesivo, sino el del delito de comisión por omisión imprudente, en donde la antijuridicidad material se identificaría con la mera generación del riesgo. Es cierto que tradicionalmente se ha señalado que una conducta dolosa supone siempre un aumento del desvalor del acto, pero en estos casos a pesar de que los tipos se configuren como dolosos lo cierto es que bajo ellos subyace el fundamento de la infracción de deberes inherente a las modalidades imprudentes, siendo éste fundamento el que debe tomarse en consideración a los efectos de desarrollar el análisis del desvalor del acto.

Evidentemente, semejante construcción conduce necesariamente a la completa confusión entre las nociones de desvalor de resultado y de desvalor de acción que, en ambos casos, pasan a identificarse con la idoneidad de la conducta desde una perspectiva *ex ante* para la producción de un resultado lesivo. Dicho extremo, además de permitir corroborar la identidad, tantas veces apuntada a lo largo de estas páginas, entre los actuales modelo de desvalorización de la acción y del resultado, supone desplazar el elemento angular en la fundamentación del injusto al ámbito de la conducta, derivando de todo ello la necesidad de configurar un nuevo sistema de corroboración de la legitimidad axiológica de la intervención penal para el caso concreto en atención, por lo tanto, no al resultado acaecido –esto es, al bien jurídico

⁵⁹⁰ Wolfgang FRISCH, “Delito y sistema de delito”, en Jürgen WOLTER/Georg FREUND, *El sistema integral del Derecho penal*, ob. cit., pág. 195: “la concreción se deja en manos del legislador, que la pone en práctica según su arbitrio y cuyo trabajo de concreción se tolera más allá de los límites de la desproporción. Con otras palabras, la delimitación del injusto penal se ve como cosa de la política, como algo sobre lo que puede afirmarse muy poco desde la perspectiva científica. La ciencia entra en juego, de acuerdo con la un determinado concepto de ciencia, sólo después y sobre la base de lo positivo originado política y acientíficamente. Esta actitud de resignación frente al concepto de delito se observa con mayor claridad en aquellas manifestaciones que renuncian (por ello) al concepto material de delito y se conforman con definir el delito tan sólo desde el punto de vista positivo-formal.

Límites pág. 24; “Repárese en que BINDING los calificó como delitos de “mera desobediencia”[...]. En efecto, en ellos la referencia *real* negativa para el bien jurídico está totalmente ausente. Se trata, pues, de la prohibición de una clase de acciones. Ahí, los aparentemente “legítimos” impulsos prohibitivos del legislador al amparo del bien jurídico sólo pueden ser contrarrestados argumentativamente acudiendo a la desproporción en sentido amplio: “se matan moscas a cañonazos”, se sacrifica mucho más que lo que se logra”.

lesionado-, sino al mérito o demérito expresado por la conducta sometida a enjuiciamiento⁵⁹¹.

Y es que, ante un modelo de injusto en donde a pesar de que los tipos penales se construyan como dolosos, en su base subyace la fundamentación del tipo imprudente sin resultado y en donde se aprecia una relajación de las reglas de imputación, ya que todo lo más que debe atribuirse al acto es la producción de una hipotética probabilidad en abstracto de producción de un resultado, creo entonces que será deseable el establecimiento de parámetros que permitan corroborar la legitimidad axiológica de la injerencia penal en atención a criterios ajenos al resultado⁵⁹².

En definitiva, insisto una vez más, se trata de plantear el problema en términos de habilitación para el ejercicio del *ius puniendi*. ¿Es legítimo el ejercicio del *ius puniendi* para anular riesgos? Revisada la cuestión desde la perspectiva de las

⁵⁹¹ Mirentxu CORCOY, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, ob. cit., págs. 214-216: “En la evolución de estas teorías, distintos autores, con diversos matices, tratan de dotar de antijuridicidad material a los delitos de peligro abstracto, a partir del desvalor de la conducta en el sentido de que el comportamiento peligroso debe de infringir el deber de cuidado y existir, al menos, imprudencia respecto de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Horn, lleva hasta el final estos planteamientos y afirma que los delitos de peligro abstracto son delitos imprudentes, en los que no se exige un resultado lesivo, consistiendo la lesión del bien jurídico en la infracción del cuidado expresamente tipificado “con fines ejemplificadores”. Brehm, en la misma línea que el anterior, entiende que el juicio de antijuridicidad es idéntico al de los delitos imprudentes, por lo que el juez debe constatar la existencia de una infracción del deber de cuidado que determina la aptitud de la conducta para lesionar el bien jurídico, el contenido del injusto será esta aptitud de la acción para lesionar el bien jurídico. [...] En los supuestos en que se tutelan intereses abstractos, el contenido del injusto es la mera infracción de la prohibición, por lo que la crítica a los delitos de peligro abstracto en el sentido de que son delitos formales, de mera desobediencia, está plenamente justificada. [...] Estas teorías, con formulaciones y matices distintos, podrían resumirse en que fundamentan el injusto de los delitos de peligro en la peligrosidad de la acción, en base a su aptitud para lesionar un bien jurídico individual, excepto en los casos en que consideran que es suficiente la infracción de la prohibición”.

⁵⁹² Ricardo ROBLES PLANAS, “Dogmática de los límites al Derecho penal”, en Andrew von HIRSCH/Kurt SEELMAN/Wolfgang WOHLERS/ Ricardo ROBLES PLANAS, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, editorial Atelier, Barcelona 2012 p 23 y 24; “no cabe desconocer una cierta permanencia del discurso en torno al bien jurídico. Ello es debido, con toda seguridad, a que encierra un núcleo cierto. Pero tal núcleo, a decir verdad, es más analítico que material. [...] el bien jurídico sirve sólo como primer material bruto para la discusión en torno a la legitimidad de las prohibiciones. [...] Identificado un interés digno de protección jurídica, resulta una perogrullada afirmar que su lesión puede ser prohibida. Con algo menos de convicción puede decirse lo mismo de su puesta en peligro, dados los intereses contrapuestos en el mantenimiento de la máxima libertad de actuación posible. No obstante, allí donde no se observa un gran interés e en el ejercicio de la libertad de actuación en relación con el bien jurídico en cuestión, se lega fácilmente a la prohibición de la conducta. El bien jurídico serviría así como mero catalizador de la discusión en torno a si pesan más los intereses en la no perturbación –en forma de puesta en peligro- del bien jurídico. Sobre la cuestión material no se puede argumentar con la lógica del bien jurídico, sino únicamente adoptando un punto de vista externo al mismo que decante el juego argumental a favor de la libertad o de la protección”.

aptitudes concedidas al “soberano”, consecuencia directa de la celebración del contrato social, creo que una buena forma de plasmar gráficamente la controversia, siguiendo con ello a ROBLES PLANAS, pudiera ser plantearla en términos de justificación. En los casos de legítima defensa se entiende que el Estado debe renunciar al ejercicio del *ius puniendi* debido a que el sujeto activo de la infracción efectuó un uso adecuado de la violencia ante una agresión efectiva o ante un riesgo inminente de que la misma se produjera, permitiéndosele en ese caso colocarse ante la posición del Estado a fin de permitirle salvaguardar su autonomía. Ahora bien, como es sobradamente conocido, no cualquier riesgo habilitará al ofendido para, subrogándose en la posición del Estado, hacer uso de la violencia, sino únicamente aquellos riesgos que por inminentes supongan un concreto peligro para el sujeto, así como no todo uso de la violencia será considerado legítimo sino únicamente el estrictamente necesario para repeler la agresión⁵⁹³.

Es cierto que el debate también pudiera plasmarse al modo en el plano del estado de necesidad, afirmando desde tal perspectiva una colisión entre la seguridad y la libertad de acción de los ciudadanos. Sin embargo, más allá de lo ampliamente cuestionable que puede resultar colocar en un Estado social y democrático de Derecho en un mismo plano valores tan dispares como seguridad y libertad –al menos en el plano abstracto la seguridad siempre debiera ceder en favor de la libertad-, lo cierto es que semejante postura únicamente encuentra acomodo desde posiciones funcionalistas en donde la estabilidad y protección de las expectativas aparecen colocadas en un plano superior del ordenamiento jurídico mientras que los seres humanos son rebajados a la mera consideración de instrumento o función. Asiste la razón, no obstante, a ROBLES PLANAS al afirmar que en estos casos: “la prohibición será legítima allí donde pueda exigirse a los ciudadanos que no alteren determinadas condiciones que, en principio, garanticen la realidad de los derechos y libertades”⁵⁹⁴.

⁵⁹³ Ricardo ROBLES PLANAS, “Dogmática de los límites al Derecho penal”, en Andrew von HIRSCH/Kurt SEELMAN/Wolfgang WOHLERS/ Ricardo ROBLES PLANAS, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, ob. cit., pág. 29: “un desarrollo sistemático de los límites al Derecho penal puede articularse teniendo en cuenta los principios generales de la justificación, esto es, haciéndolos fructíferos como instrumento estructural y axiológico para conformar el marco de lo prohibible y sancionable con pena”.

⁵⁹⁴ Ricardo ROBLES PLANAS, “Dogmática de los límites al Derecho penal”, ob. cit., págs.31 y 32: “En la medida en que tales peligros surgen de la esfera de organización del afectado por la prohibición ésta queda plenamente legitimada en el principio de responsabilidad. Es lo que sucede en muchos supuestos

Sin embargo, creo que a lo dicho por ROBLES PLANAS debe añadirse que en aquellos supuestos en los que el riesgo para los derechos y libertades resulte efectivo, fácilmente será posible constatar al menos un riesgo concreto que habilite la intervención penal sin necesidad de acudir al recurso a los delitos de peligro abstracto. Sin que por lo demás resulte legítimo fundar la injerencia penal en el riesgo de acumulación de conductas individualmente no ofensivas para los bienes jurídicos, pero sí conjuntamente consideradas, como pretende ROBLES PLANAS:

“En este sentido, no parecería haber obstáculos para dar cabida al pensamiento de la acumulación a la hora de conformar aquellos peligros que justifican una intervención normativa restrictiva de libertad precisamente sobre conductas que sólo de forma acumulada, esto es, en unión con otras conductas pueden representar un peligro para un bien colectivo. Lo que se exige entonces a los ciudadanos no es tanto la omisión de la conducta por el (en realidad inexistente) peligro que ésta supone para el bien, sino una suerte de solidaridad para con el bien por su importancia institucional”⁵⁹⁵.

Tal y como afirma SILVA SÁNCHEZ los partidarios de la teoría de los delitos de acumulación (*kumlationsdelikte*) afirman: “que es posible sancionar penalmente una conducta individual aún cuando ésta no sea por sí misma lesiva del bien jurídico (ni ponga por sí misma en peligro relevante), si se cuenta con la posibilidad cierta de que dicha conducta –per se no lesiva- se realice también por otros sujetos y el conjunto de comportamientos sí vaya a acabar lesionando el correspondiente bien jurídico”⁵⁹⁶.

Fácilmente se advierte que de legitimarse ámbitos de punición contruidos sobre fundamentos de acumulación ello supondría una inaceptable quiebra del principio de culpabilidad o responsabilidad por el hecho propio, así como de los principios de fragmentariedad del Derecho penal y de ofensividad. El injusto se sustentaría en estos casos sobre un juicio pronóstico de peligrosidad social, sobre una prognosis del comportamiento colectivo que, sin ningún género de dudas, conducirían a una instrumentalización de la persona a quien, se mire como se quiera, no se le reconocería su condición de ser humano. En definitiva se trata de una reducción normativa del concepto de persona a la mera consideración de objeto del sistema.

de “peligro abstracto”. Naturalmente, la particularidad de esta estructura de legitimación estriba en que, a diferencia de la estructura anterior, el “derecho a la seguridad”, constituye una base menos firme para la edificación de normas de conducta: no se trata de que un ciudadano deba garantizar la seguridad de los demás, *sino de respetar un determinado estado de cosas ya existente*. Por ello, precisamente, se está ante deberes negativos. Por consiguiente, la prohibición será legítima allí donde pueda exigirse a los ciudadanos que no alteren determinadas condiciones que, en principio, garanticen la realidad de los derechos y libertades”.

⁵⁹⁵ Ricardo ROBLES PLANAS, “Dogmática de los límites al Derecho penal”, ob. cit., pág. 33.

⁵⁹⁶ Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “La expansión...”, ob. cit., pág. 131.

8.- Nuevas propuestas.

El propósito que persigue este trabajo de investigación no es ni muchísimo menos original. Muchos han sido los autores que ya desde el s. XIX han procurado hallar fórmulas que permitieran moderar los rigores formales de la sistemática penal mediante la introducción de criterios de legitimación axiológica de la injerencia penal.

Si bien es cierto que tradicionalmente estos intentos se han desarrollado principalmente mediante el recurso a la figura del bien jurídico⁵⁹⁷, no lo es menos que algunos autores han advertido desde hace décadas la necesidad de analizar la cuestión desde la perspectiva del desvalor de la acción. Conviene así traer a colación la denominada teoría de las causas extralegales de justificación desarrollada por Von LISZT, la teoría de las normas de cultura desarrollada por MAYER, o la teoría de la adecuación social desarrollada por WELZEL, teorías diversas que compartirían el anhelo por conseguir hallar mecanismos que permitan la contextualización del caso al tipo penal.

Las más que razonables dudas que recientemente han venido suscitándose acerca de la virtualidad crítica de la figura del bien jurídico protegido, a la vista de su carácter renovadamente expansionista, singularmente en el ámbito del Derecho económico y de la empresa, así como la creciente desconfianza en un legislador que a nivel internacional ha venido mostrándose con inusitada frecuencia como demagógicamente populista, han dado pie a la reacción de un sector doctrinal que ha centrado sus esfuerzos en la creación de nuevos criterios axiológicos de carácter material que permitieran encauzar de nuevo la intervención del *ius puniendi* por los cauces por los que realmente debiera transcurrir, sin renunciar por ello a las necesidades de protección inherentes a los nuevos tiempos.

Llaman así la atención las modernas propuestas elaboradas por Jürgen WOLTER y Wolfgang FRISCH, quienes han querido ver en el concepto de merecimiento de pena

⁵⁹⁷ A modo de ejemplo la teoría del “tipo conglobante” de ZAFFARONI, vid. *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., págs. 455 y ss.

–ya presente, no obstante con matices, en el pensamiento penal de Von LISZT- un nuevo parámetro material sobre el que desarrollar el análisis del delito⁵⁹⁸.

Según WOLTER la actual sistemática penal habría sido incapaz de hallar acomodo en su seno a determinadas causas de exclusión del injusto que vendrían reproduciéndose con cierta frecuencia en la práctica jurídica, resultando a la vista de ello esencial desarrollar un nuevo modelo del Derecho penal que permitiera ubicar formalmente determinadas causas materiales de exclusión de la responsabilidad penal no expresamente previstas por el legislador.

“Esta contribución pretende abordar esta problemática en toda su amplitud y, de este modo, penetrar en un terreno dogmático y sistemático en parte inexplorado. Al hacerlo uno se topa con no pocas fracturas sistemáticas en la discusión doctrinal, así como con un vacío conceptual por parte del legislador a la hora de establecer las causas materiales de exclusión de la pena [...] El presente estudio se propone también poner de relieve que en el sistema tradicional de la teoría del delito manejado hasta ahora existen categorías adicionales reconocidas y autónomas –así, por ejemplo, las causas de exclusión de la responsabilidad (§§ 33, 35, 24, 310 StGB- que, sin embargo, no han encontrado su correlativa “prolongación” en el sistema de determinación de la pena o en el sistema del proceso penal”.⁵⁹⁹

A fin de conseguir ofrecer solución al problema, WOLTER propone una completa revisión de la teoría del delito que tomará como punto de partida la sustitución de las tradicionales categorías dogmáticas por aquello que el propio autor denomina como “los tres escalones del delito en el sistema del hecho punible”: 1) el merecimiento de pena, 2) la necesidad de pena, y 3) la punibilidad del injusto⁶⁰⁰.

El primer escalón dogmático del sistema de WOLTER, el merecimiento de pena, se configura como categoría nuclear en el sistema del delito por él propuesto, identificándose, en realidad, con la necesidad de constatación del desvalor jurídico penal del acto desarrollado por el sujeto activo del ilícito, desvalor que, a la postre, debería determinarse atendiendo al contenido del mensaje que la conducta

⁵⁹⁸ Diego Manuel LUZÓN PEÑA, “La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 46, 1993, pág. 22: “Según una opinión muy extendida el merecimiento de pena expresa un juicio global de desvalor sobre el hecho, en la forma de una desaprobación especialmente intensa por concurrir un injusto culpable especialmente grave (injusto penal) que debe acarrear un castigo, mientras que la necesidad de pena presupone el merecimiento de pena y significa que un hecho en sí merecedor de pena además necesita ser penado ya que en el caso concreto no existe ningún otro medio disponible que sea eficaz y menos aflictivo”.

⁵⁹⁹ Jürgen WOLTER, “Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma, estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena”, en Jürgen WOLTER/Georg FREUND, *El sistema integral del Derecho penal*, ob. cit., págs. 32 y 33.

⁶⁰⁰ Jürgen WOLTER, “Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma, estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena”, ob. cit., pág. 35.

comunicaría en sociedad a la vista de si la misma expresa un riesgo permitido o no⁶⁰¹. De esta forma, según WOLTER, cabría por fin ubicar sistemáticamente los supuestos de riesgo permitido, riesgos y resultados socialmente adecuados, así como los denominados riesgos mínimos⁶⁰².

El segundo nivel dogmático, la necesidad de pena, se identificaría en el sistema de WOLTER con el análisis ético social de la antijuridicidad y culpabilidad del sujeto activo del ilícito, consistiendo fundamentalmente en un análisis de naturaleza preventivo-especial⁶⁰³.

Por último, el tercer nivel dogmático, la punibilidad del injusto, consistiría en la mera constatación de la inexistencia de condiciones objetivas de punibilidad o causas de exclusión de la punibilidad.

Más allá de lo correcto o incorrecto de la propuesta de WOLTER, en lo que a nosotros interesa, llama de forma notable la atención el desarrollo de un nuevo concepto material de delito en torno a la noción de merecimiento de pena, y por lo tanto de desvalor del acto, que se desarrolla en términos comunicativo-sociales como mecanismo a través del que lograr una auténtica simbiosis entre sistemática penal y realidad social. A pesar de ello, la propuesta de WOLTER se aleja tremendamente de la

⁶⁰¹ Jürgen WOLTER, "Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma, estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena", ob. cit., pág. 35: "El injusto *merecedor de pena* como *primer nivel del delito* debe ser concebido como una unidad que se compone de tipicidad y antijuridicidad (ausencia de causas de exclusión del tipo o del Derecho penal, así como de causas de justificación o de exclusión del injusto), es decir, que se compone, en primer lugar, del injusto entendido como deber de actuar de otro modo y, en segundo lugar, de la culpabilidad entendida como capacidad de actuar de otro modo (ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad). Este injusto culpable perfila el "ámbito del riesgo punible" a los efectos de la prevención general que opera mediante mensajes comunicativos y fija la frontera inferior entre el Derecho y el injusto (culpable), el tipo de injusto (realizado culpablemente), la vulneración (culpable) de una norma de conducta jurídico-penal, y la desaprobación fundamental del hecho punible por parte de la ley.

⁶⁰² Jürgen WOLTER, "Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma, estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena", ob. cit., págs. 48-52.

⁶⁰³ Jürgen WOLTER, "Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma, estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena", ob. cit., pág. 36: "En este segundo nivel del delito, que se ha dado en llamar la "responsabilidad", se tienen en cuenta aquellos intereses jurídico-penales que tienen que ver al mismo tiempo con el injusto y la culpabilidad (si no han sido tenidos en cuenta antes). En este nivel la necesidad de pena decae ante la presencia de determinadas "causas de exclusión de la responsabilidad o de levantamiento de la responsabilidad", que so capaces de disminuir sensiblemente *a la vez* el injusto y la culpabilidad, en atención a especiales razones preventivas".

contenida en este trabajo de investigación, principalmente por desarrollar un modelo de desvalor del acto que tomaría como elemento nuclear en su configuración la noción de riesgo (permitido), y que por lo tanto se construiría en realidad, según la tesis que aquí se sostiene, desde la perspectiva del desvalor del resultado –o si se prefiere del desvalor del riesgo- y no del de la conducta.

En términos similares a los planteados por WOLTER, el también alemán Wolfgang FRISCH, ha venido afirmando desde hace ya varias décadas la necesidad de desarrollar una sistemática penal que se sustente sobre criterios materiales de legitimación a fin de hallar mecanismos de lucha contra la expansión del Derecho penal y muy especialmente contra su administrativización⁶⁰⁴.

Para ello, FRISCH ha decidido desarrollar lo que él mismo denomina un concepto débil de delito⁶⁰⁵: “delito es una conducta que aparece como merecedora y necesitada de pena”⁶⁰⁶. Ya que el desarrollo de un concepto rígido en un campo como el jurídico resulta inviable. La tesis de FRISCH se construiría a partir de la idea de racionalidad práctica, en tanto que sistema de argumentación propio de las ciencias jurídicas, que debiera permitir trazar las líneas directrices sobre las que sustentar la legitimidad axiológica del Derecho penal⁶⁰⁷. Dicho concepto, que se desarrollaría asimismo alrededor de la noción de “merecimiento”, ostentaría, según FRISCH, carácter prejurídico –“se trata de un concepto crítico y previo al Derecho positivo”⁶⁰⁸,

⁶⁰⁴ Wolfgang FRISCH, “Delito y sistema de delito”, ob. cit., págs. 194 y 195: “los esfuerzos por determinar el contenido material de los delitos y debilitarlos del resto de hechos injustos no han sido en vano. Sin embargo, no es menos cierto que el resultado no es muy impresionante. Ello se observa con claridad desde el punto de vista práctico. En la práctica los intentos de separar el mero injusto civil, el Derecho policial y el Derecho administrativo del auténtico Derecho penal no han podido impedir que el Derecho penal se extienda considerablemente hacia el terreno propio de aquellas materias. El legislador moderno ha tomado también este camino y bien mirado, incluso puede afirmarse que lo ha hecho sin contemplaciones: las infracciones de reglas cuyo cumplimiento es importante se explican mediante el delito sin demasiadas reflexiones teóricas. La pena se convierte en un arma de tecnología social adecuada para perseguir todos los fines del control.

⁶⁰⁵ Wolfgang FRISCH, “Delito y sistema de delito”, ob. cit., pág. 197: “Un concepto “débil de delito” tiene también sentido. No se debe renunciar a trazar límites difusos por el hecho de que no se puedan hallar límites más exactos”.

⁶⁰⁶ Wolfgang FRISCH, “Delito y sistema de delito”, ob. cit., pág. 200.

⁶⁰⁷ Wolfgang FRISCH, “Delito y sistema de delito”, ob. cit., págs. 197 y 198: “Un concepto “débil de delito” tiene también sentido. No se debe renunciar a trazar límites difusos por el que hecho de que no se puedan hallar límites más exactos. Esta idea cobra pleno sentido a la hora de ofrecer criterios a un legislador que los busca. A la vez, es útil en la medida en que tales criterios (respecto de los cuales el legislador puede pretender discrepar) comportan la carga de la argumentación y ofrecen elementos para la crítica”.

⁶⁰⁸ Wolfgang FRISCH, “Delito y sistema de delito”, ob. cit., pág. 198.

fruto de su carácter esencialmente axiológico, así como de una concepción política de carácter contractualista, según la cual el Derecho positivo debiera en todo caso aparecer limitado en atención a las facultades de intervención del *ius puniendi* legitimamente conferidas.

Resulta importante subrayar que, para FRISCH, el merecimiento de pena vendría determinado por el consenso social acerca del carácter delictivo de los comportamientos humanos. Dicho consenso social resultaría a todas luces vinculante para el legislador:

“Un legislador que se esfuerza por hallar el Derecho correcto no puede pasar fácilmente por alto el consenso acerca de aquello que merece y necesita pena. Tales consensos existen, sin lugar a dudas, con respecto al núcleo más estricto del Derecho penal (los auténticos delitos capitales), como por otro lado, también sobre determinadas realidades que no merecen la pena criminal. [...] A mi modo de ver, de lo que se trata es de la mirada detrás de la ley o a lo que la ley presupone: los correspondientes preceptos legales no aparecen por casualidad. Éstos deben su positivización a un consenso más o menos extendido que da por supuesto que determinados hechos que se hallan en el nivel bajo (culpabilidad disminuida, ausencia de interés público) no merecen la sanción con pena o bien no la necesitan”⁶⁰⁹.

Permítaseme, antes de poner punto y final a este capítulo, subrayar que el concepto de desvalor material de la acción que aquí se intenta construir permitiría, asimismo, dar cabida en su seno a la noción de merecimiento de pena en tanto que cristalización no sólo del principio de proporcionalidad sino asimismo de los principios axiológicos que informan el Estado constitucional de Derecho. En definitiva, se comparten las consideraciones de FRISCH acerca de que el desarrollo de un concepto débil de desvalor material de acción no conduciría necesariamente y sin más a una quiebra del principio de seguridad jurídica, sino que, lejos de ello, perfectamente pudiera operar como directriz normativa que habilitaría tanto axiológica como funcionalmente a la norma penal en su aplicación.

⁶⁰⁹ Wolfgang FRISCH, “Delito y sistema de delito”, ob. cit., págs. 202 y 203.

CAPÍTULO VII

CONSECUENCIAS DE UNA TEORÍA MATERIAL DEL DESVALOR DE LA ACCIÓN

1.- Acerca de la necesaria simbiosis entre dogmática y praxis.

La que aquí ha venido en denominarse teoría del desvalor material de la acción constituye una reflexión crítica acerca de la corrección y virtualidad de la negación pretípica del delito en un ámbito imbricado en el propio concepto de acción. La tesis que aquí se propone parte de una, tal vez atrevida, propuesta acerca de la necesidad de revisión de un modelo de desvalor de acción que, incluso, llega a ser adjetivado como formal, en tanto que construido en torno a un sistema lógico-deductivo a fin de lograr superar los rigores a que en determinadas ocasiones puede conducir una aplicación estricta de la tipicidad.

La “adaptación jurídica” de la filosofía del lenguaje de Ludwig WITTGENSTEIN, emprendida por VIVES ANTÓN a través de su “concepción significativa de la acción”⁶¹⁰, aparece, como punto de partida idóneo en la reconstrucción de los fundamentos del sistema penal, fruto de una profunda reformulación de las bases filosóficas del Derecho penal. Creo que la tesis de VIVES constituye un auténtico cambio de paradigma que, según nuestro parecer, permite en el plano teórico la introducción de criterios materiales en la construcción del discurso dogmático, y más en concreto en el seno de la teoría del delito⁶¹¹.

La tesis del desvalor material de la acción propugna una revisión del Derecho penal a la luz de las nuevas propuestas de la filosofía del lenguaje, en un intento de

⁶¹⁰ Paulo César BUSATO, *La tentativa del delito -Análisis a partir del concepto significativo de la acción-*, editorial JURUÁ, Lisboa, 2011 pág. 29: “La propuesta de Vives se asienta por un lado en la filosofía del lenguaje del segundo Wittgenstein, que ha producido el giro pragmático de la filosofía con base en la acción y la racionalidad práctica y, por otro, en lo que atañe a la metodología de presentación del sistema en la teoría de la acción comunicativa y teoría del discurso de Habermas”.

⁶¹¹ Francisco MUÑOZ CONDE, “Presentación”, en Paulo César BUSATO, *La tentativa del delito...*, ob. cit., pág. 29: “Tomás Vives acomete, tras un análisis exhaustivo de las insuficiencias de los conceptos de acción que tradicionalmente se manejan en la Dogmática penal, una reconstrucción de un concepto de acción para llegar a lo que él llama “concepto significativo de acción” [...] Son muchos los casos y supuestos en que la teoría significativa de la acción que propone Vives resulta especialmente atractiva desde el punto de vista teórico, y fructífera desde el punto de vista de su aplicación práctica”.

desarrollar ámbitos materiales propios de análisis de la conducta humana que se sustraigan a la noción de bien jurídico, o a la de expectativas en el caso del funcionalismo sistémico. Entiéndase que no se trata, ni muchísimo menos, de negar el papel esencial de la noción de bien jurídico en la fundamentación del injusto, sino de delimitar ámbitos autónomos de análisis.

Con todo, la propuesta que aquí se formula, aún y desarrollarse en un plano eminentemente teórico, se hallaría mutilada sin una referencia, por breve que esta fuera, a algunos de los aspectos prácticos que pudieran derivarse de la misma.

Permítaseme el atrevimiento de afirmar que repensar el Derecho penal, y en especial la teoría del delito exige huir, de una vez por todas, de las dogmáticas penales afortunadas pero sin consecuencias, huérfanas de virtualidad práctica.

Aún y cuando la virtualidad de la propuesta aquí contenida resulte asumible, en tanto que habilitación sistemática de un ámbito dogmático para la negación pretípica del delito, considero conveniente subrayar las consecuencias teórico-prácticas que de su aplicación pudieran derivarse en el ámbito de la participación neutra y de la imputación objetiva. No debe olvidarse que ambas teorías participan de un común denominador que guarda una estrecha relación con el objeto de nuestra propuesta: su interés por lograr hallar criterios teleológico-valorativos mediante los que lograr alcanzar una cierta “flexibilización” del principio de tipicidad, mediante una suerte de reformulación de sus contenidos a la luz de la “conciencia social” permitiendo así una redefinición de los comportamientos humanos penalmente relevantes.

Las páginas que siguen pretenden plasmar unas breves consideraciones acerca de la relevancia que los conceptos de acción y desvalor material de acción propuestos pudieran hallar en el desarrollo y resolución de los denominados supuestos de participación neutra a fin de mostrar la viabilidad de una propuesta que, al menos según nuestro parecer, gozaría de una inequívoca vocación práctica.

No obstante, adviértase antes de abordar directamente el análisis de la cuestión, a fin de evitar malentendidos, que se halla en las antípodas de nuestro ánimo desarrollar un completo estudio acerca de una cuestión tan extraordinariamente compleja como lo es la de la responsabilidad penal por las acciones desarrolladas en el ejercicio de las actividades cotidianas. Lejos de ello simplemente se pretende realizar una breve exposición académica que permita comprender la virtualidad práctica de

nuestra propuesta en un ámbito de tan rabiosa actualidad como el que ahora vamos a estudiar.

2.- Análisis de la denominada “participación neutra”.

Paradigmático ejemplo del arduo debate doctrinal actualmente existente en este ámbito resulta el que ni tan siquiera acerca de la denominación del objeto de análisis exista consenso, encontrándose en la doctrina expresiones de la más diversa índole tales como: “conductas o acciones neutrales”, “cotidianas”, “estándar”, “negocios normales de la vida diaria”, “conducta social y/o profesionalmente adecuadas”, “acciones conformes al ordenamiento jurídico”, “acciones en las que no existe solidarización con el injusto ajeno”, “conductas limitadas a la actividad profesional”, etc.”⁶¹².

Con todo, parece posible afirmar que la denominación que habría alcanzado actualmente mayor fortuna en la doctrina española sería la de “actividades neutrales” o “participación neutra”. Y es que, “al valor plástico y gráfico de una expresión que de forma sugerente evoca los límites de la complicidad punible, o con otras palabras, ese espacio intermedio de contornos difusos entre lo que, por un lado debe calificarse como participación punible y por otro lado, no es sino una conducta inocua, “neutra”, no merecedora de reproche penal”.⁶¹³. No en vano, el término “neutro” traslada directamente ya en un plano intuitivo, fruto de su enorme plasticidad, al campo de lo no disvalioso⁶¹⁴.

⁶¹² Vid. Luis ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 41.

⁶¹³ Vid. Jon Mirena LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”: contribución al “límite mínimo” de la participación frente a los “actos neutros”*, editorial Comares, Granada, 2002, pág. 3.

⁶¹⁴ Vid. Jon Mirena LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”: contribución al “límite mínimo” de la participación frente a los “actos neutros”*, ob. cit., pág. 2: “podría parecer que al referirnos a la neutralidad de la aportación del partícipe se estuviera delimitando una suerte de constelación de supuestos de complicidad punible pero que por sus características particulares darían una apariencia de comportamiento irrelevante penalmente. El término estaría así invitando a una profundización interpretativa que advierta al mismo tiempo de la apariencia engañosamente inocua de determinadas cooperaciones al delito. Desde la perspectiva contraria la mención a la neutralidad de la aportación sugiere más bien la identificación de grupos de casos situados en el límite entre la relevancia e irrelevancia jurídico-penal que deben quedar finalmente fuera del ámbito de prohibición de las normas punitivas”.

La falta de consenso existente acerca del *nomen iuris* de la figura resulta absolutamente extensible a su definición, fruto, sin ningún género de dudas, del inagotable cúmulo de propuestas metodológicas de muy distinta índole que diferentes autores han venido desarrollando en los últimos años. Con todo, y a los simples fines aquí propuestos, creo que pudiera resultar perfectamente plausible definir la “participación neutra” como: acto de cooperación al hecho antijurídico del sujeto activo del delito ejecutado mediante acciones o conductas que se caracterizarán por desarrollarse en un ámbito de cotidianidad, por lo general ejecutadas en el ejercicio de la actividad profesional.⁶¹⁵

La doctrina mayoritaria conviene, así, en afirmar que se trataría de una constelación de supuestos límite en lo que a la punición de la participación se refiere, en donde, fruto de lo ordinario o cotidiano de la conducta en que el favorecimiento ha consistido, se suscitan dudas acerca de su punición. Es decir, se trata de un elenco de casos en donde se cuestiona la estricta aplicación del principio de tipicidad por falta de coincidencia entre el desvalor formal afirmado por el legislador en abstracto, con carácter universal y desde una perspectiva *ex ante*, y el valor que ha dicha conducta se le otorga en sociedad, con carácter concreto y desde una perspectiva *ex post facto*⁶¹⁶.

⁶¹⁵ Vid. Isidoro BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, ob. cit., pág. 8: “las acciones neutrales suponen también una cooperación al delito de otro, aunque se desenvuelven en el marco de la normalidad diaria”.

Vid. Jon Mirena LANDA GOROSTIZA, “La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”: contribución al “límite mínimo” de la participación frente a los “actos neutros””, ob. cit., págs. 3 y 4: “aquella contribución que haya de quedar al margen del castigo penal: lo neutro será así a lo largo de estas páginas casi siempre lo opuesto a lo punible”.

Vid. Luis ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, ob. cit., pág. 63: “A pesar de la abundante literatura sobre la materia y que algunas sentencias extranjeras y españolas ya manejan esta expresión [...] hay que decir que no existe una definición clara de lo que sean acciones cotidianas o comportamientos neutrales. Tanto es así que algunos autores consideran que tal idea no existe”.

Vid. Ricardo ROBLES PLANAS, “Imputación en la empresa y conductas neutrales”, en Jesús María SILVA SÁNCHEZ/Fernando MIRÓ LLINARES, *La teoría del delito en la práctica penal económica*, ob. cit., pág. 441: “Conviene emprender el análisis insistiendo en que bajo el término “conductas neutrales” se aborda el tratamiento jurídico que debe merecer un grupo de supuestos con una estructura constante, a saber, aquellos en los que algún modo puede identificarse un efecto favorecedor en términos causales al autor del delito mediante conductas estándar, estereotipadas o ejecutadas conforme a un rol o posición social o profesional”.

⁶¹⁶ Vid. Luis ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, ob. cit., pág. 33: “El problema de la relevancia penal de los comportamientos cotidianos tiene su sede de discusión sistemática precisamente en la configuración del desvalor de acción del cooperador y la determinación de los criterios de imputación objetiva del comportamiento humano. Hay que destacar ya desde un principio que incluso desde planteamientos finalistas, tan contrarios a la teoría de la imputación objetiva y que configuran el desvalor de acción básicamente en términos subjetivos, el

Cabe apostillar que, en definitiva, nos encontraríamos ante un elenco de supuestos de hecho, reiterados hasta la saciedad en el plano académico, aunque sólo excepcionalmente plasmados en la realidad judicial, en donde el sujeto sometido a enjuiciamiento contribuye al delito mediante un acto aparentemente “inocuo”, fruto principalmente de la frecuencia con que se reproduce en sociedad, y por ello huérfano de todo reproche social, tales como el supuesto del ferretero que vende un cuchillo, tijeras o martillo, al sujeto activo del delito de lesiones que las utiliza como instrumento, el del taxista que transporta hasta el lugar del crimen al asesino, el del comerciante que suministra bebidas o alimentos al proxeneta a sabiendas de que serán servidos en el lupanar favoreciendo con ello la ilícita actividad, etc..⁶¹⁷

Según mi opinión, más allá de la progresiva relevancia práctica que el estudio de los diferentes supuestos de hecho ha venido alcanzado en los últimos años en la realidad judicial, principalmente en el del Derecho penal económico “bancario” y “notarial”, debe hacerse especial hincapié en que el análisis dogmático de la materia ha permitido verificar la necesidad, reiteradamente proclamada a lo largo de este trabajo, de fundar nuevos ámbitos mediante los que resolver las fricciones generadas por la demasiado habitual contradicción entre el aquí denominado desvalor formal del acto y aquel otro de carácter material⁶¹⁸. Adviértase que, a pesar de lo que pudiera

problema de delimitar la relevancia penal de las conductas cotidianas también se ubica en un ámbito objetivo, concretamente en el terreno de la adecuación social”.

⁶¹⁷ Vid. Luis ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, ob. cit., págs. 44-46: “-Caso de la venta de una barra de pan sabiendo que se va a utilizar para envenenar a la esposa [...] -Caso de la venta de un destornillador sabiendo que quien lo compra lo va a utilizar para llevar a cabo un robo con fuerza en las cosas [...] -Caso del taxista que traslada a un cliente conociendo que éste va a cometer un delito en el lugar al que le lleva [...] -Caso del mecánico que repara el coche de una persona sabiendo que éste lo va a utilizar para cometer un delito contra la seguridad del tráfico [...] -Caso del estudiante de biología que trabaja como camarero en un restaurante, descubre, en virtud de sus conocimientos especiales, que hay un raro hongo venenoso en la ensalada y la sirve [...] -Caso del dueño de una papelería que vende papel y tinta a un cliente sabiendo que éste lo va a utilizar para cometer un delito de falsificación documental [...] -Caso del vendedor de un espray de pintura a un conocido grafitero de la ciudad [...] -Caso de quien ofrece una bebida a otro que está intentando forzar una caja de caudales y debido a la dureza del trabajo le da mucha sed, de tal modo que aquél continúa su trabajo con renovadas fuerzas [...] -Caso del dependiente de una tienda de jardinería que observa una pelea que tiene lugar en la calle y cómo uno de los contendientes entra en la tienda y le pide que le venda una pala [...] -Caso del cliente que encarga a un carpintero un armario a medida sabiendo que no va a declarar sus ingresos a Hacienda [...] -Caso del ayudante que colabora con el Catedrático en la elaboración de sus manuales y sabe que este oculta sus honorarios a Hacienda ...”.

⁶¹⁸ Vid. Isidoro CORDERO BLANCO, *Límites a la participación delictiva: las acciones neutrales y la participación en el delito*, ob. cit., pág. 26: “En este sentido, HASSEMER denomina acciones neutrales a las que realizan los elementos del injusto de complicidad, pero que en realidad no fundamentan su injusto. Afirma que las acciones de una persona que, desde la perspectiva de un espectador objetivo, no

parecer a primera vista, se trata éste de un extremo de enorme trascendencia, que desde luego excede con creces el ámbito estrictamente teórico, fruto de las consecuencias que de asumirse pudieran derivarse.

Claro ejemplo de ello resulta de su ubicación sistemática, de su tratamiento por parte de la doctrina mayoritaria en el ámbito de la tipicidad⁶¹⁹.

Así las cosas, a pesar de que algún sector, tal y como se verá, ha venido desarrollando el análisis de las actividades neutrales en el ámbito sistemático de la antijuridicidad, fruto de sus similitudes conceptuales con la causa de justificación del obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, es lo cierto que en realidad parece más lógica la solución contraria.

Según MIR PUIG: “las causas de justificación suponen la concurrencia de ciertas razones que conducen al legislador a valorar globalmente de forma positiva el ataque a un bien jurídico- penal (sin que por ello desaparezca su consideración de “mal” aisladamente considerado)”⁶²⁰. De ahí que resulte comúnmente admitido que la justificación de la conducta supone reconocer una “autorización” específica para el sujeto activo, que a pesar de haber cometido un hecho típico, y por lo tanto disvalioso (por más que el demérito inicial ceda en virtud de otras consideraciones), se considera que ha actuado de forma no contraria a Derecho atendiendo a las circunstancias concurrentes.

A la vista de ello, si las acciones neutrales pasan por ser acciones cotidianas y por ello no disvaliosas, al menos desde una vertiente social, lógico sería pensar que las mismas no deban ser consideradas penalmente irrelevantes fruto de una “autorización” *ad hoc* para el caso concreto, sino que lo sean con carácter general ubicándose su análisis en el ámbito de la tipicidad⁶²¹.

tienen una tendencia objetiva del injusto, podrían recibir tal tendencia como consecuencia del conocimiento de informaciones adicionales. Las acciones neutrales, dice, tienen en sí mismas el sentido de diarias, de normales, son adecuadas socialmente sin necesidad de otras explicaciones”.

⁶¹⁹ Vid. Luis ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, ob. cit., pág. 111: “La opinión mayoritaria de la doctrina moderna que se ha ocupado de la relevancia de las acciones cotidianas es ubicar este tema en la tipicidad”.

Vid. Isidoro CORDERO BLANCO, *“Límites a la participación delictiva: las acciones neutrales y la participación en el delito”*, ob. cit., pág. 26: “Desde ciertos sectores, pese a considerar que la solución ha de buscarse en el ámbito del tipo objetivo, se centra el problema en torno al tipo subjetivo”.

⁶²⁰ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 7ª edición, ob. cit., pág. 175.

⁶²¹ Vid. Luis ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, ob. cit., pág. 115: “desde una **perspectiva lógica**, si la constatación de una causa de justificación tiene un carácter negativo, ello presupone que concurren todos los elementos fundadores del injusto

3.- De lo viejo y lo nuevo en el análisis de la participación neutra.

La doctrina mayoritaria coincide al ubicar los antecedentes remotos de las teorías de la participación neutra en la obra de J. KITKA y Ludwig VON BAR⁶²², pero, sería JAKOBS quien, gracias a su obra *“La prohibición de regreso en los delitos de resultado”*⁶²³, reintrodujese en el panorama jurídico, claramente influenciado por la tesis de FRANK⁶²⁴ sobre la denominada “prohibición de regreso”, el debate acerca de la corrección de la punición de estas singulares formas de contribución al hecho delictivo. Debate éste que, sin ningún género de dudas, se vería notablemente avivado por la trascendencia que la cuestión hallaría en el ámbito del moderno Derecho penal económico, muy singularmente, fruto de la evolución del que aquí hemos denominado como moderno Derecho penal del riesgo.

penal y como dice ROBLES PLANAS, “ello no es ni mucho menos evidente” en los casos que nos ocupan. Si es posible efectuar una restricción en el ámbito de la tipicidad resulta, entonces, innecesario esperar a resolver estos supuestos en elementos de la teoría jurídica del delito que han de analizarse con posterioridad”.

⁶²² Vid. Isidoro CORDERO BLANCO, *Límites a la participación delictiva: las acciones neutrales y la participación en el delito*, ob. cit., pág. 2: “El problema de la participación mediante acciones neutrales fue planteado a principios del s. XX por V. Bar, tanto en el ámbito de la intervención posterior al delito, esto es, de lo que se conoce como encubrimiento, como la intervención previa o simultánea [...] Jakobs es uno de los autores que han retomado la reflexión sobre este problema, planteando en una contribución del año 1977 diversos ejemplos –posteriormente desarrollados y completados en su manual- como el del empleado de una ferretería que vende un destornillador a un cliente, pese a que conoce por casualidad que lo va a utilizar para la comisión de un robo...”.

Vid. Luis ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, Tirant lo Blanch, ob. cit., pág. 127: “Los primeros intentos de delimitación de la punibilidad en el plano subjetivo –según ROBLES PLANAS- se pueden hallar en la denominada “teoría de la impunidad por dolo eventual”, apuntada por KITKA (en 1840) y, desarrollada posteriormente por otros autores. Así, por ejemplo, ya VON BAR [en 1907] afirmaba la necesidad de renunciar al castigo de las “acciones inocuas”...”.

⁶²³ Günther JAKOBS, “La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”, en Günther JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, editorial Civitas, Madrid, 1997.

⁶²⁴ Vid. Bernardo J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal: ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en derecho penal*, ob. cit., págs. 20-22: “La tradicional “teoría de la prohibición de regreso” formulada por FRANK conforme a la cual todo favorecimiento imprudente de una conducta dolosa y culpable es impune [...] FRANK llega a esta conclusión partiendo de la idea de que no se podía considerar causa del resultado típico a una condición que se dirige libre y conscientemente (de forma dolosa y culpable) a la producción de un resultado. El propio FRANK consideraba que en esta constelación de casos “existe relación de causalidad, pero las condiciones en cuestión no son causas”. Según este autor, quien crea una precondition de esta especie sólo puede responder como partícipe en caso de que se den los presupuestos legales de la participación”.

Independientemente de la anécdota histórica, lo realmente interesante resulta de la nueva perspectiva desde la que JAKOBS abordaría el análisis de la cuestión. Y es que el citado autor, a diferencia de sus precursores, lejos de analizar las actividades neutrales al abrigo de las genéricas reglas de la participación, trasladaría el debate al campo de la causalidad e imputabilidad objetiva, ubicándolo de forma decidida en el ámbito sistemático del tipo objetivo, extremo éste que influiría decisivamente en el devenir del debate⁶²⁵.

Con todo, transcurridas ya varias décadas de debate, lo cierto es que, aún y a pesar de que los esfuerzos no han sido precisamente escasos, ha resultado absolutamente imposible encontrar una solución unívoca que arrojará algo de luz sobre la cuestión, generándose un abanico auténticamente inabarcable de propuestas, algunas de ellas, de auténtico interés conceptual, que finalmente han conducido a una inaceptable confusión. Hecho éste que habría cristalizado en la práctica en una cierta reticencia en la aplicación de la figura por parte de nuestros tribunales –extremo que desde luego no obsta la potencialidad práctica de la figura, singularmente en el ámbito del Derecho penal económico-⁶²⁶.

Resulta relativamente sencillo, según nuestra opinión, determinar el motivo subyacente a todo ello: la imposibilidad de desarrollar un auténtico análisis material del acto, así como la falta de ubicación sistemática de dicho análisis en el moderno

⁶²⁵ En su obra *La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión* JAKOBS analiza el estado doctrinal sobre la materia, esto es, sobre la participación neutra al injusto de un tercero, atisbando la existencia de cuatro soluciones tradicionales; a) desde la perspectiva de la adecuación social, b) desde la de la prohibición de regreso, c) desde el ámbito del denominado principio de confianza, y, d) desde las denominadas teorías del fin de la norma (Günther JAKOBS, “La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”, ob. cit.). Sin embargo, el propio JAKOBS se muestra crítico con las cuatro posibilidades apuntadas, trasladando, ya de forma más clara en su obra *Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales riesgo permitido, prohibición de regreso y principio de confianza*, el análisis de la cuestión al ámbito del tipo objetivo (Günther JAKOBS, “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales riesgo permitido, prohibición de regreso y principio de confianza”, en Günther JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, editorial Civitas, Madrid, 1997).

⁶²⁶ Vid. Ricardo ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, editorial Atelier, Barcelona, 2007, pág. 37; “La solución a estos casos es altamente controvertida. La espectacularidad que les es inherente lleva frecuentemente a soluciones intuitivas y por ello en muchas ocasiones, precipitadas”.

Vid. Jon Mirena LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”: contribución al “límite mínimo” de la participación frente a los “actos neutros”*, ob. cit., pág. 2; “La doctrina lejos de ir aclarando los términos de la discusión no ha hecho sino oscurecerla y complicarla aún más”.

sistema de la teoría del delito. Y es que, tal y como ya hemos tenido ocasión de analizar, las actividades neutrales se caracterizan precisamente por albergar supuestos de favorecimiento al delito del sujeto activo mediante una conducta que por ser desarrollada en el ámbito de la cotidianeidad es considerada como inocua, o como socialmente no disvaliosa.

Se trataría por lo tanto, como norma general, de casos en donde, conforme a las reglas de la dogmática actualmente vigentes, existiría una colisión entre la valoración clásica de una conducta, que en tanto que objetivamente imputable debiera ser considerada formalmente disvaliosa fruto de la creación de un riesgo previsible para los bienes jurídicos en juego, y su valoración desde una perspectiva material, según la que, más allá del riesgo generado desde una perspectiva *ex ante*, conforme a criterios semántico sociales debiera determinarse su intrascendencia penal⁶²⁷.

4.- Análisis de las diferentes propuestas académicas.

En función del distinto tratamiento metodológico que el elenco de supuestos de hecho comprendidos bajo la denominación de actividades neutrales ha venido recibiendo, esto es, en atención a los diferentes criterios elaborados a fin de obtener soluciones dogmáticas, y sin perjuicio de las notables diferencias internas entre las propuestas objeto de discusión, la doctrina ha sido capaz de distinguir hasta un total de tres posibles grupos de soluciones:

- Teorías subjetivas: donde se pretende dar solución a la constelación de casos límite abordando la cuestión desde el tipo subjetivo, y por lo

⁶²⁷ Fernando MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva: aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, editorial Atelier, Barcelona, 2009, pág. 68 “Es, pues, esto lo que esencialmente se discute, lo que coloca estos casos en la mira del objetivo de la Dogmática penal: el que la conducta parece tener un significado si se ve en un sentido puramente objetivo (si es que esto es posible), concretamente un significado de irrelevancia penal, y otro diferente, esto es, de relevancia, si se analiza tomando en consideración lo subjetivo. Está claro, entonces, el interés: se trata de los supuestos perfectos para analizar qué de objetivo y qué de subjetivo hay en el injusto de participación (en realidad, en el injusto) y, más concretamente, para afrontar la superación de una Dogmática penal que se centraba excesivamente en lo subjetivo por medio de una nueva teoría penal que parte de hacer todo lo contrario, la teoría de la imputación objetiva”.

tanto, resolviendo las dudas acerca de la relevancia penal de las conductas en atención al dolo del sujeto.

- Teorías objetivas puras: que tratan de dar solución a la problemática exclusivamente desde el ámbito del tipo objetivo.
- Teorías mixtas: que a pesar de situar el acento en el análisis del tipo conceden también importancia a los aspectos subjetivos, distinguiéndose a su vez entre mixto-objetivas y mixto-subjetivas en función, en función de la mayor o menor relevancia que se concedan a los mismos.

4.1.- Teorías subjetivas.

Como se anticipaba, las teorías subjetivas se caracterizan por aunar un grupo de propuestas que pretenden hallar en el elemento subjetivo, más en concreto en el dolo directo de primer grado, la piedra de toque para resolver los supuestos límite en el campo de la participación neutra.

Dentro de las teorías subjetivas, puede a su vez, distinguirse entre: a) teorías que emplean el recurso al dolo directo como único criterio delimitador y, b) la denominada teoría de la solidaridad psíquica de SCHILD TRAPPE⁶²⁸.

a) Teorías del dolo.

El recurso al dolo directo como criterio rector en la determinación de la relevancia penal de los supuestos sometidos a enjuiciamiento resulta de una

⁶²⁸ Vid. Luis ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, ob. cit., pág. 126: “Dentro de aquellos autores que encuentran la solución de la relevancia de las acciones cotidianas en el lado subjetivo podemos, a su vez, distinguir dos criterios. Por un lado, estarían quienes utilizan el dolo directo como factor delimitador de las conductas punibles, frente a aquellas otras que tan sólo se realicen con dolo eventual, que quedarían al margen del Derecho penal. Y por otro lado, hay que hacer referencia también a un criterio puramente subjetivo, que lo hemos independizado del anterior, porque no depende exclusivamente de la voluntad con que actúa el partícipe, sino del grado de “solidaridad psíquica” que tenga con el autor. Mientras que el criterio del dolo directo/eventual tiene antecedentes incluso en el s. XIX, el criterio de la “solidaridad psíquica” es bastante reciente, y se debe fundamentalmente a la autora suiza SCHILD TRAPPE. Además, si ésta es una postura muy minoritaria en la actualidad, la anterior tiene más seguidores sobre todo por parte de la jurisprudencia alemana”.

extraordinaria simplicidad. Únicamente serán consideradas penalmente trascendentes aquellos casos en los que el favorecedor del ilícito obre con dolo directo de primer grado, excluyéndose en cualquier otro caso la sanción penal⁶²⁹.

Debe subrayarse que las tesis del dolo fueron tradicionalmente empleadas por los tribunales alemanes, resultando un ejemplo paradigmático de ello el conocido “caso del burdel”, Sentencia de 14 de junio de 1906 del Tribunal del Reich, en donde los tribunales alemanes consideraron penalmente relevante la conducta del comerciante que había proveído vino a un burdel a fin de que fuera servido en el mismo, a sabiendas de la actividad que allí se venía desarrollando, toda vez que su conducta había favorecido conscientemente la actividad del proxeneta⁶³⁰.

Con todo, se trata de una teoría prácticamente abandonada por la doctrina académica en la actualidad⁶³¹.

⁶²⁹ Vid. Luis ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, ob. cit., pág. 126: “El criterio delimitador del dolo directo, esto es, del conocimiento seguro de que con la conducta cotidiana se favorece, facilita, posibilita o asegura el delito ajeno, ha tenido antecedentes, en particular, con respecto al delito de encubrimiento, y en la actualidad se sostiene por la jurisprudencia alemana y también por un sector de la doctrina de ese país. Según esto, el conocimiento de que simplemente sea una posibilidad, esto es, que no vea como resultado seguro el favorecimiento con su conducta del delito ajeno, hace que, y tan sólo por ello, el partícipe ya no sea punible. Los supuestos de dolo eventual, por tanto, quedarían fuera del ámbito del Derecho penal”.

⁶³⁰ Vid. Isidoro CORDERO BLANCO, *Límites a la participación delictiva: las acciones neutrales y la participación en el delito*, ob. cit., pág. 30: “Algunas decisiones de los tribunales alemanes excluyen la punibilidad de tales supuestos en el ámbito de la tipicidad, indicando que las acciones neutrales en la mayoría de los casos realizan el tipo objetivo, pero no el subjetivo, puesto que no está presente el dolo”.

⁶³¹ En nuestro país se halla próxima a esta postura María Ángeles RUEDA MARTÍN quien a pesar de ubicar el problema en el ámbito de la adecuación social acaba concediendo primacía a la determinación del elemento subjetivo. Vid María Ángeles RUEDA MARTÍN, “Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso”, *revista La Ley*, enero 2002, nº 9, págs. 130 y 133: “Por lo tanto debemos concluir que el fundamento común de la atipicidad de esta clase de conductas es el de la libertad de acción social, y el objetivo que se pretende con él queda mejor reflejado con la teoría de la adecuación social de WELZEL que con los nuevos instrumentos que ofrece la teoría de la imputación objetiva que prescinden por completo del contenido de la voluntad del sujeto que actúa. [...] El conocimiento del cómplice debe ser contemplado desde un punto de vista material y efectivamente desempeña un papel importante en la determinación del tipo objetivo. En la determinación del sentido social típico de una acción es necesario otorgar prioridad al tipo subjetivo tal y como se pone de manifiesto en el caso de los actos cotidianos: no tiene el mismo sentido la entrega del pan sin el conocimiento de que será utilizado por el cliente para envenenar a una persona que la entrega del pan con dicho conocimiento”.

b) Teoría de la solidaridad psíquica.

La denominada teoría de la “solidaridad psíquica”, de SCHILD TRAPPE, se caracteriza por exigir como criterio determinante de la responsabilidad penal del partícipe el de la solidaridad psíquica no ya con el hecho del autor, sino con el propio autor, a través de una conducta de favorecimiento psíquico trascendente y visible para el mismo⁶³².

Si bien el análisis crítico de las teorías subjetivas excede con creces el objeto de estas páginas, permítaseme señalar que, siguiendo en este punto a VIVES ANTÓN, resulta más que discutible, por no decir absolutamente inviable, que el elemento subjetivo pueda ser empleado como criterio decisivo en la fundamentación del injusto penal, toda vez que el contenido de las acciones no parece viable que pudiera aparecer determinado por la intención del sujeto activo sino por su significación en el marco del juego de lenguaje en que la misma haya tenido lugar⁶³³. Es más, dejando a un lado los postulados de la concepción significativa de la acción, se advierte que el elemento subjetivo difícilmente podrá ser entendido como fundamento determinante del injusto en un Derecho penal orientado a la protección de los bienes jurídicos (o en su caso las expectativas normativas) por cuanto, en realidad, se tratará de un criterio accesorio en la determinación de la ofensividad de las conductas –sin perjuicio de lo sostenido por las tesis finalistas–.

⁶³² Vid. Wolfgang WOHLERS, “Complicidad mediante acciones “neutrales”. ¿Exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en el uso de la actividad cotidiana o típicamente profesional?”, *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, volumen 27, nº 80, 2006 pág. 136: “SCHILD TRAPPE sostiene que la solidaridad se deduce necesariamente de la presencia de un dolo del cómplice mediante acciones exteriormente reconocibles, y que el autor además “reconoce y acepta como tal dicha solidaridad”.

Vid. Luis ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, ob. cit., pág. 145: “SCHILD TRAPPE parte de que el mínimo común denominador de las conductas de complicidad merecedoras de pena lo constituye la complicidad psíquica en el campo afectivo. La complicidad la define entonces como “la influencia

⁶³³ Vid. Jon Mirena LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”: contribución al “límite mínimo” de la participación frente a los “actos neutros”*, ob. cit., pág. 73: “El dolo de favorecimiento convierte “hacia atrás” al tipo objetivo en otra realidad que no permite admitir la impunidad de la conducta laboralmente neutra sino que se colorea y contamina con la voluntad convirtiéndose en auténtica complicidad punible”.

4.2.- Teorías mixtas.

Tal y como indicáramos con anterioridad, las llamadas teorías mixtas se caracterizarían, como su propia denominación indica, por dar cobijo en su seno tanto a criterios de índole objetiva y como subjetiva en la resolución de los supuestos de hecho sometidos a análisis.

Con todo, si bien es cierto que este elenco de propuestas se habría caracterizado tradicionalmente por dotar de una notable preeminencia a los aspectos de carácter objetivo, debe subrayarse que, en función de la mayor o menor relevancia que se conceda a los aspectos subjetivos, ha venido asimismo distinguiéndose entre teorías mixto-objetivas y teorías mixto-subjetivas.

4.2.1.- Teorías mixto-objetivas.

Las teorías mixto-objetivas se caracterizan por ofrecer un papel residual o meramente accesorio a los parámetros subjetivos en la determinación de la responsabilidad penal del partícipe, aunque eso sí, sin llegar a su absoluta exclusión a diferencia de las teorías objetivas puras. Así las cosas, se trata de una propuesta que aún y fundamentar el injusto del partícipe sobre consideraciones objetivas, toma también en consideración los especiales conocimientos del sujeto activo en la determinación del sentido delictivo de la conducta.

Una vez configurado este mínimo denominador común podemos distinguir, en forma muy esquemática y a los exclusivos fines de desarrollar el análisis material del desvalor de la acción, el siguiente grupo de propuestas:

a) Teoría de la adecuación social.

Un sector doctrinal, encabezado por WELZEL, ha creído ver en el recurso a la noción de adecuación social la solución de los supuestos límite en materia de participación neutra. Según la teoría de la adecuación social, analizada en otro de los capítulos de esta tesis a cuyas consideraciones nos remitimos, todas aquellas

conductas que se muevan dentro de lo que ha venido en considerarse como socialmente adecuado deberán ser consideradas penalmente irrelevantes.

Se trata esta de una tesis generalmente rechazada no tanto por considerar que efectivamente debieran ser declaradas penalmente irrelevantes dicho elenco de supuestos, sino por las dificultades inherentes a la determinación de aquello que deba ser considerado como socialmente adecuado, así como de las dificultades para ofrecer un tratamiento sistemático en el plano de la teoría del delito a la noción de adecuación social⁶³⁴.

b) Teoría de la adecuación profesional.

Las dificultades en el tratamiento de lo socialmente adecuado en el ámbito de la teoría del delito, condujeron a HASSEMER a elaborar una nueva teoría que tomando como punto de partida la noción de adecuación social procurase resolver los problemas de concreción antedichos⁶³⁵.

Tomando como premisa que las acciones cotidianas suelen desarrollarse en ámbitos profesionales caracterizados precisamente por hallarse, por lo general, extrapenalmente regulados, HASSEMER ha creído oportuno vincular la corrección de la conducta del sujeto interviniente, y por lo tanto del juicio de tipicidad, con su adecuación a dicha normativa de carácter tanto positivo como consuetudinario (atendiendo a los usos del sector), añadiendo, no obstante, que la mera infracción de

⁶³⁴ Vid. Luis ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, ob. cit., pág. 244: "A pesar de las críticas que se han dirigido al criterio de la adecuación social, si éste se precisase y concretase su contenido, sí podría resultar una herramienta útil para resolver la cuestión de la delimitación de la esfera de lo punible en el ámbito de las acciones cotidianas. En este sentido se han dirigido las contribuciones de RUEDA MARTÍN..."

⁶³⁵ Vid. Wolfgang WOHLERS, "Complicidad mediante acciones "neutrales". ¿Exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en el uso de la actividad cotidiana o típicamente profesional?", ob. cit., pág. 135; "HASSEMER concibe su punto de vista como una evolución posterior y concreción de la teoría de la adecuación social fundada por WELZEL. La adecuación profesional es definida por él como "la conducta aceptada y regulada socialmente que no necesita sustraerse del análisis y valoración jurídico-penal porque las normas del Derecho penal no la neutralizan, sino más bien la complementan, trazan sus contornos, la concretan, y tiene lugar en determinados ámbitos sociales de la acción, sin que con ello contradigan las prohibiciones penales".

Vid. Isidoro CORDERO BLANCO, *Límites a la participación delictiva: las acciones neutrales y la participación en el delito*, ob. cit., pág. 35: "El fundamento de la exclusión del injusto tiene su base en la teoría de la adecuación social. Pero para salvar las críticas ya aludidas relativas a la amplia indeterminación de la teoría, considera necesario reformularla con claridad tanto conceptualmente como desde un punto de vista sistemático".

las reglas del sector no sería sin más suficiente para afirmar la trascendencia penal de la conducta, sino que para ello debería exigirse además que el sujeto actuara con dolo directo⁶³⁶.

c) Teoría de la imputación objetiva.

Son muchos los autores que han intentado resolver los problemas que aquí planteamos al abrigo de las denominadas teorías de la imputación objetiva, empleando como principal criterio delimitador de la responsabilidad penal el del aumento desaprobado del riesgo de afectación para bienes jurídicos protegidos.

Así por ejemplo, PUPPE considera que la creación de un riesgo desaprobado apto desde una perspectiva antecedente para lesionar el bien jurídico deberá ser considerada penalmente relevante con independencia de que el sujeto interviniente haya actuado en forma adecuada a su rol, resultando el elemento clave en la valoración de la relevancia penal, y por lo tanto de la previsibilidad, el de la proximidad entre la contribución y la ejecución del ilícito⁶³⁷.

⁶³⁶ Vid. Luis ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, ob. cit., pág. 248: "En definitiva, una conducta realizada en el marco profesional sólo daría lugar a complicidad punible cuando se infrinjan las reglas profesionales, y esta infracción estaría formada por dos factores: la infracción o alteración de las reglas para conseguir objetivos contrarios al Derecho penal y la intención del actuante de alcanzar fines criminales".

Vid. Isidoro CORDERO BLANCO, *Límites a la participación delictiva: las acciones neutrales y la participación en el delito*, ob. cit. pág. 41: "A la construcción de HASSEMER se contraponen un argumento de peso. No es suficiente, a su juicio con la infracción de las normas de un determinado ámbito para fundamentar el injusto de la cooperación. Es preciso, además que el sujeto persiga con ello fines criminales".

⁶³⁷ Ingeborg PUPPE, *La imputación objetiva: presentada mediante casos ilustrativos de los altos tribunales*, editorial Comares, Granada, 2011, págs. 134 y 135: "Para los casos en los que entre la entrega de los presumibles medios delictivos y la realización delictiva medie un espacio largo de tiempo, hay que tener en cuenta primeramente que el planteamiento del problema es formulado al menos de manera inexacta al hacerse de la siguiente forma: "¿puede el proveedor entregar un objeto del que se sabe efectivamente que será empleado en la ejecución de un delito?" Si el delito ocurrirá puede fijarse a lo sumo con el comienzo de la ejecución del hecho, pues antes el proveedor no puede saberlo a ciencia cierta. Puede saber, en todo caso, que en razón de la intención del autor, existe una cierta probabilidad de ello. [...] si el delito está a punto de cometerse, la probabilidad de su realización, en primer lugar, se habrá elevado considerablemente, en caso de que el autor siga aferrado a su resolución criminal, de manera que puede decirse con cierta razón que el proveedor de los medios sabe efectivamente de la inminente realización del delito. En segundo lugar, un medio en sí fácil de conseguir deja, en esta situación, de serlo si el autor ya no puede proveerse este medio de otro modo. Quien sabe de la inminencia de un delito no puede auxiliar al autor. [...] El taxista que ayuda a escapar del lugar del delito al delincuente junto con los tapices y cuadros robados, no puede alegar que a él no le incumbe el contenido de la maleta [...]. Esto es así aun cuando pida por el viaje no más que la cantidad que aparece en el taxímetro [...] esto es, que externamente se ha mantenido estrictamente dentro de su rol de taxista".

Por otro lado, LÜDERSEN considera que el análisis de la cuestión deberá desarrollarse en el ámbito de ponderación en sede de proporcionalidad entre la libertad de acción del sujeto interviniente y los bienes jurídicos en juego, de modo que no toda creación de un riesgo antecedente de lesión para bienes jurídicos deba ser considerada, sin más, penalmente relevante⁶³⁸.

Finalmente, WEIGEND considera que sólo serán relevantes aquellas conductas del sujeto interviniente que, además, de aumentar el riesgo de lesión para bienes jurídicos protegidos, supongan un acto de favorecimiento efectivo al plan del sujeto activo del delito, entendiendo por tal aquellas contribuciones que el sujeto activo no hubiera podido obtener con carácter ordinario por parte de cualquier profesional⁶³⁹.

d) Teoría del riesgo permitido.

Tomando como referencia los postulados clásicos de la imputación objetiva, algunos autores, entre los que destaca la postura de WHOLERS, han entendido que el parámetro esencial en la delimitación de la responsabilidad penal del partícipe, singularmente en el caso de las actividades neutrales, debe hallarse en el concepto de riesgo permitido. Según WHOLERS, no toda contribución causal al resultado delictivo, ni aún la que traiga causa de una previa conducta generadora del riesgo cristalizado en el resultado, deberá ser considerada imputable al sujeto, sino que, únicamente, deberán serlo aquellos resultados que se hallen vinculados a la previa creación de un riesgo considerado como no permitido.

Para WOHLERS tres son los criterios que deberán servir de barómetro a la hora de configurar si el riesgo creado debe ser adjetivado como permitido: a) la existencia de una regulación normativa específica, b) el incumplimiento de los deberes de

⁶³⁸ María Carmen LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 129: “En consecuencia para este autor –en referencia a LÜDERSEN- lo más importante es establecer si en el caso concreto el bien jurídico lesionado directamente por el partícipe está protegido también frente a él. Si la respuesta es afirmativa, su conducta será punible *aunque falte el hecho principal típico y antijurídico*”.

⁶³⁹ WEIGEND T., “Grenzen strafbarer Beihilfe”, en ESER, A., *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*. Nomos, Baden-Baden, 1998, pág. 206: “Lo relevante es, por tanto, el desvalor de resultado desde la perspectiva del autor: si la prestación ha servido realmente a la realización del delito por parte del autor” -cita extraída de Fernando MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva: aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, ob. cit., pág. 72.

garante, c) la creación de un riesgo directo e inmediato para el bien jurídico, criterios que no son acumulativos ni tampoco excluyentes entre sí⁶⁴⁰.

e) Teoría del principio de confianza.

STRATENWERTH, ha hallado en el principio de confianza un criterio habilitante en la determinación de la responsabilidad penal de quien actúa en el ámbito aquí estudiado⁶⁴¹.

Según este autor, resultando comúnmente admitido que quien actúa lícitamente puede legítimamente pensar que los demás también lo harán. Únicamente aquellas conductas que tengan un exclusivo sentido delictivo⁶⁴², deberán ser consideradas ilícitas⁶⁴³. De ahí que las acciones cotidianas únicamente sean calificadas como delictivas en aquellos supuestos en los que no puedan ser interpretadas más que como colaboración a la actividad delictiva de un tercero, fruto de la existencia de

⁶⁴⁰ Vid. Wolfgang WOHLERS, "Complicidad mediante acciones "neutrales". ¿Exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en el uso de la actividad cotidiana o típicamente profesional?", *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, volumen 27, nº 80, 2006, pág. 138: "Realmente se podrá ver un determinado comportamiento favorecedor objetivamente de un delito como un injusto penalmente relevante, "como señala STRATENWERTH", recién cuando "rebasando la medida de lo permitido, cree un riesgo jurídico desaprobado". La cuestión decisiva es entonces: ¿con arreglo a que criterios y medidas podríamos delimitar la creación de riesgos todavía permitidos de los ya no permitidos?"

⁶⁴¹ Claus ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, ob. cit., pág. 1004: "el principio de confianza hoy reconocido sobre todo en el Derecho penal de la circulación es un principio que sirve para la negación de un incremento del peligro admisible. En su forma más general afirma que quien se comporta debidamente en la circulación puede confiar en que otros también lo hagan, siempre y cuando no existan indicios concretos para suponer lo contrario". Por tanto quien, p.ej., tiene prioridad de paso en los cruces no precisa reducir su velocidad en atención a posibles infracciones de tráfico de otros conductores, sino que por regla general puede partir de la base de que se respetará su preferencia de paso".

⁶⁴² Günter STRATENWERTH, *Derecho penal: parte general*, editorial Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, págs. 359 y 360: "parece no defendible ya desde puntos de vista del Estado de Derecho, criminalizar acciones cotidianas que externamente están en total consonancia con el derecho, sólo por el hecho de que, en el caso concreto, el agente sabe o cuenta al menos con esa posibilidad, por razones más o menos casuales, que otro podría abusar de aquéllas con fines delictivos. Podría ser distinto en los casos en que una acción en general corriente, según las circunstancias, *solamente* pueda tener el sentido de contribuir a la comisión de un delito (y ser el cómplice consciente de ello).

⁶⁴³ Vid. Wolfgang WOHLERS, "Complicidad mediante acciones "neutrales". ¿Exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en el uso de la actividad cotidiana o típicamente profesional?", ob. cit., pág. 138: "STRATENWERTH afirma la posibilidad de una colaboración penalmente relevante sólo cuando un determinada acción "bajo las circunstancias dadas por sí sola tiene el sentido de contribuir a la comisión de un delito".

indicios concretos que permitan quebrar la confianza imperante en la interacción social⁶⁴⁴.

4.2.2.- Teorías mixto-subjetivas.

Las teorías mixto-subjetivas, sin negar la relevancia de los parámetros objetivos, se caracterizan por emplear el recurso a la intención del sujeto activo como parámetro trascendente en la determinación del sentido delictivo de las conductas.

Sin ánimo de exhaustividad, y a los meros efectos ejemplificativos podemos subsumir en este ámbito:

a) Teoría de la imputación objetiva de ROXIN.

Según ROXIN la imputación de un resultado al sujeto activo del delito exige de la previa ejecución de una conducta generadora de un riesgo no permitido o desaprobado, que, *ex post facto*, cristalice precisamente en la producción del resultado disvalioso: “se puede decir que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo”⁶⁴⁵.

Así las cosas, a la vista de lo anterior y, a pesar de la indeterminación que rige en torno al concepto de riesgo permitido⁶⁴⁶, resultará evidente que con carácter

⁶⁴⁴ Vid. Claus ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, ob. cit., pág. 1006: “el principio de confianza ha de regir también en cuanto que por regla general se puede confiar en que otros no cometan delitos dolosos. Pues la venta de cuchillos, cerillas, mecheros, alcohol de quemar, de hachas y martillos y la transmisión de tales objetos no serían posibles si se hubiera de contar con la comisión de delitos dolosos por los compradores o por los demás receptores. Esto rige también con carácter general: si se debiera prescindir de ofrecer a otros ocasión para cometer delitos dolosos, la vida social moderna sería igual de imposible que si se renunciara al tráfico automovilístico. En esta medida se trata también de un caso de riesgo permitido los peligros inevitables se asumen o soportan en atención a las ventajas individuales y sociales que el principio de confianza ofrece también en este terreno”.

⁶⁴⁵ Claus ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, ob. cit., pág. 364.

⁶⁴⁶ Vid. Claus ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, ob. cit., pág. 371: “Aquí se va a entender por riesgo permitido una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye la imputación objetiva”

general las acciones cotidianas desarrolladas en el ejercicio de la actividad profesional diaria generarán, salvo excepciones, riesgos jurídicamente aprobados⁶⁴⁷.

Con todo, según ROXIN, en estos casos, la adjetivación del riesgo como permitido o no permitido deberá realizarse atendiendo fundamentalmente al elemento subjetivo, de modo que en aquellos casos en que el sujeto actúe de forma dolosa⁶⁴⁸ (tanto en supuestos de dolo directo como de dolo eventual), deberá ser considerado penalmente responsable, fruto de la quiebra del principio de confianza que hasta aquel momento venía amparando su conducta, lo que resulta sorprendente a la vista de que de este modo la pretendida atribución objetiva de resultados a la acción del sujeto activo en que se ampara la tesis de ROXIN acabará transformándose, cuando conviene, en una teoría de lo subjetivo.

b) Tesis de WOHLLEBEN.

Ubicado también en el plano conceptual de la teoría de la imputación objetiva, WOHLLEBEN entiende que la determinación del riesgo permitido debe desarrollarse desde dos planos: en primer lugar, desde la perspectiva de la conciencia del sujeto, y por lo tanto atendiendo a la concurrencia del elemento subjetivo (dolo) y, en segundo lugar, atendiendo a una ponderación de intereses en juego, valorando por lo tanto si socialmente resulta ventajosa la permisión del riesgo en cuestión que justifiquen la asunción de la hipótesis dañosa⁶⁴⁹.

⁶⁴⁷ Vid. Claus ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, ob. cit., pág. 1006: “el principio de confianza ha de regir también en cuanto que por regla general se puede confiar en que otros no cometan delitos dolosos. Pues la venta de cuchillos, cerillas, mecheros, alcohol de quemar, de hachas y martillos y la transmisión de tales objetos no serían posibles si se hubiera de contar con la comisión de delitos dolosos por los compradores o por los demás receptores”.

⁶⁴⁸ Vid. Claus ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, ob. cit., pág. 1007: “Lo correcto es que el principio de confianza no puede regir ya cuando una conducta fomenta la perceptible inclinación o propensión al hecho delictivo de un potencial autor doloso. Por tanto, quien, a petición suya, alcanza un cuchillo al contendiente en una pelea encarnizada se hace penalmente responsable, al menos por homicidio imprudente, en caso de que falte el dolo homicida propio, si el receptor comete con él un homicidio. No obstante ha de resultar improcedente la imputación imprudente, incluso en caso de perceptible inclinación al hecho delictivo, cuando falte un “fomento o favorecimiento” porque la conducta del *extraneus* sólo se convierte en causal para el resultado mediante una combinación caprichosa de condiciones por parte del autor doloso”.

⁶⁴⁹ Fernando MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva: aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, ob. cit., pág. 77: “En este sentido se manifiesta WOHLLEBEN en Alemania, cuando señala que la imputación objetiva debe tener en cuenta los conocimientos del autor. No se trata, por tanto, de partir del dolo directo o eventual, sino de valorar

Adviértase que se trata esta de una solución que parte de un previo posicionamiento filosófico-político: la supeditación del individuo al interés social.

La tesis de WOHLLEBEN añadiría, por lo tanto, a la tesis del incremento del riesgo de ROXIN, un parámetro de carácter marcadamente utilitarista orientado por la noción de eficiencia⁶⁵⁰.

c) Tesis de AMELUNG.

Tomando como punto de partida la genérica prohibición de favorecimiento de cualesquiera actividades delictivas, AMELUNG entiende que, sin embargo, existen determinados supuestos que fruto de su singularidad deben quedar al margen de dicho principio general: a) aquellos casos en que el sujeto desarrolla una conducta en el marco de su actividad profesional cotidiana que se refiere a prestaciones necesarias para la vida diaria y, b) aquellos casos en los que el sujeto desarrolla una conducta en el marco de su actividad profesional cotidiana que contribuye a la generación de un hecho imponible, esto es, el pago de un tributo.

Una vez aquí, AMELUNG afirma que los supuestos antedichos deben quedar exentos de responsabilidad penal por no generar riesgos desaprobados, con la salvedad de los casos en los que el sujeto obre con dolo directo, o bien en aquellos en que obre con dolo eventual, pero con la matización, para este último supuesto, de que sólo será punible el dolo eventual cuando el riesgo aparezca concretado. Lo que ejemplifica al afirmar que ello obedece a que todo comerciante conoce que sus productos pueden ser eventualmente empleados para la comisión de un delito con carácter general, sin que por ello resulte admisible la imputación de cualesquiera resultados producidos por tratarse de riesgos aceptados y necesarios para el desarrollo de la vida.

primero el comportamiento del partícipe como socialmente beneficioso o perjudicial tomando en consideración el conocimiento que tuviera el sujeto del significado del hecho, pues cuanto más seguro es el perjuicio social mayor es la desaprobación del comportamiento”.

⁶⁵⁰ Vid. Luis ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, ob. cit., pág. 321: “WOHLLEBEN distingue, entonces, entre el objeto de la valoración y el sujeto de la valoración. El objeto de valoración sería la representación del autor, referida a esos riesgos concretos, mientras que el sujeto de la valoración sería la sociedad. La cuestión es si una acción desde un punto de vista objetivo (desde el punto de vista de la sociedad) comporta más beneficios que perjuicios”.

4.3.- Teorías objetivas puras.

Tras las tesis objetivas puras encontramos un elenco de propuestas de diverso signo que pretenden dar solución a la problemática de las actividades neutrales mediante su ubicación en el tipo objetivo con exclusión de cualesquiera consideraciones al elemento subjetivo del sujeto interviniente, situando por ello el acento en la significación delictiva que la conducta alcanzaría en sociedad.

a) La tesis de JAKOBS.

Mediante una profunda revisión de la teoría de la prohibición de regreso JAKOBS ha desarrollado una nueva propuesta, a la luz del funcionalismo sistémico de LUHMANN, coherente con el edificio conceptual que constituye el sistema del delito por él elaborado.

Según mi opinión JAKOBS pretende resolver los casos límite acaecidos en el ámbito de las actividades neutrales en el seno del desvalor de acción, fruto de una singular concepción de la imputación objetiva y de la culpabilidad⁶⁵¹.

Si bien es cierto que dicho extremo no añade nada nuevo, puesto que en definitiva las diferentes teorías estudiadas han pretendido también resolver la problemática apuntada atendiendo a la significación delictiva de las conductas, trasladando su análisis al ámbito que denominaríamos del desvalor material de la acción, lo genuino en el pensamiento de JAKOBS resulta de las premisas filosóficas que le sirven de fundamento.

Según el funcionalismo sistémico de signo lhumaniano, la sociedad se configuraría como un sistema surgido en un proceso de reducción de la complejidad inherente al caos original fruto de sucesivas comunicaciones que habrían acaecido en un plano contingente.

De ahí precisamente que el sistema, en tanto que ficción convencional, se construya tomando como referente el concepto de comunicación y no el de persona, que en todo caso quedaría siempre supeditado en el pensamiento de LUHMANN

⁶⁵¹ En realidad ello obedece a la imposibilidad de ubicación sistemática del desvalor material de la acción en su teoría.

frente al sistema social: “La sociedad y sus subsistemas, según Luhmann, no se componen –por lo tanto- de individuos, sino de comunicaciones”⁶⁵².

La sociedad se configuraría, así, como un sistema autorreferencial en tanto se construiría exclusivamente mediante comunicaciones; “Quiere esto decir, por una parte, que es el sistema social mismo el que constituye sus propios elementos, o sea, el que produce comunicación mediante comunicación. Por otra parte, gracias precisamente a ese su operar cerrado sobre sí mismo se decanta el sistema social frente a otros sistemas, establece sus propios límites”⁶⁵³. De ahí que quepa afirmar que es el propio sistema el que se configuraría y reproduciría a través de las constantes comunicaciones que tendrían lugar en el plano intersubjetivo.

La comunicación, en tanto que fenómeno social, trascendería la conciencia individual de los sujetos, ya que “si la comunicación es sociedad reproduciéndose a sí misma, quiere decir también que es la sociedad la que comunica, y no las conciencias individuales”, o lo que es lo mismo, que es la propia sociedad la que comunica en tanto que es ella la que dota de significación al acto en virtud de las reglas del sistema convencionalmente establecidas.

De ahí que, a mí juicio, resulte posible establecer ciertos paralelismos entre el funcionalismo sistémico de LHMANN y la filosofía del lenguaje de WITTGENSTEIN, al menos en lo que a la objetivización del significado de las acciones se refiere, no siendo dicha semejanza predicable, evidentemente, ni del carácter autopoiético del sistema ni, asimismo, de las funciones asignadas al sistema social.

El Derecho se configurará entonces para LUHMANN como un subsistema, concebido atendiendo exclusivamente a la función que en sociedad se halla orientado a cumplir: la estabilización o salvaguarda de las expectativas sociales que la comunicación ha ido generando y que constituyen la base misma de la sociedad. “El Derecho permite la generalización de esas expectativas, les da un alcance que rebasa el tiempo, la situación y los partícipes de cada interrelación particular, permite su vigencia como estructura social”⁶⁵⁴, configurándose a su vez como sistema autónomo de carácter autorreferencial, de modo que las normas jurídicas se crean, interpretan y

⁶⁵² Juan Antonio GARCÍA AMADO, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 155.

⁶⁵³ Juan Antonio GARCÍA AMADO, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, ob. cit., pág.111.

⁶⁵⁴ Juan Antonio GARCÍA AMADO, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, ob. cit., pág. 169.

aplican con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. De ahí que para LUHMANN no haya Derecho fuera del Derecho, dato éste que, evidentemente, conduce a un positivismo radical⁶⁵⁵.

Para JAKOBS, como seguidor de LUHMANN, la función del Derecho penal consiste en garantizar la estabilidad del sistema social, y de ahí la comprensión del delito como un mensaje comunicativo que expresa un sentido de quiebra de las expectativas sociales, así como de la sanción penal como mensaje que comunica la restauración de la vigencia de la norma y de las expectativas que han sido quebradas por el delito⁶⁵⁶.

Adviértase, asimismo, que en el sistema del delito de signo funcional sistémico de JAKOBS la significación delictiva de las conductas trasciende al individuo, en tanto que el significado comunicativo de las acciones sólo puede ser determinado en sociedad. De ahí que para JAKOBS, al igual que para VIVES ANTÓN, la conciencia individual no determine el contenido del acto –aunque por motivos notablemente diferentes-.⁶⁵⁷

Todo lo expuesto conducirá a JAKOBS a concluir que la atribución de un resultado a un sujeto únicamente podrá efectuarse conforme a parámetros normativos, de carácter intrasistémico, permitiéndole extraer un postulado: la comunidad con otro siempre es tan sólo una comunidad limitada. Los sujetos, en tanto

⁶⁵⁵ Vid. Juan Antonio GARCÍA AMADO, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, ob. cit., pág. 175: “No hay Derecho fuera del Derecho [...] Esto implica una lectura radical de los conceptos de validez y positividad. No hay criterios de validez ni reales ni hipotéticos fuera del derecho, es el propio derecho el que lo establece y se autolegitima internamente como derecho. La positividad no es más que la misma autopoiesis del sistema, la plasmación de que el derecho no puede “valer” más que un derecho positivo, es decir, “puesto” por el propio derecho”.

⁶⁵⁶ Vid. Günther JAKOBS, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, editorial Thomson Civitas, Madrid, 2004, págs. 75 y 76: “El Derecho penal tiene por misión garantizar la identidad de la sociedad. Esto se lleva a cabo tomando el hecho punible en su significado, como aportación comunicativa, como expresión de sentido y además respondiendo ante él. [...] El hecho punible consiste en la defraudación de expectativas en sí misma, dicho de forma tradicional, en el quebrantamiento de la norma y no ya en las consecuencias psico-sociales de este quebrantamiento. Por consiguiente, al concepto de pena pertenece la ratificación de la existencia de la norma, esto es, la refutación del hecho que cuestiona esta existencia”:

⁶⁵⁷ Vid. Günther JAKOBS, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, ob. cit., pág. 84: “El significado de un comportamiento es su posición en el contexto social. No es suficiente pues poner la mirada en un causador, incluso quizás aunque se le tenga en cuenta junto con lo que ocurra psíquicamente, sino que la mirada debe dirigirse también a la víctima y a terceras personas, para poder atribuirle un suceso acaecido en el mundo material como su hecho o como su infortunio”.

que considerados por el subsistema jurídico como meras funciones normativas únicamente están obligados a cumplir las expectativas que les han sido asignadas⁶⁵⁸.

Para JAKOBS, en aquellos casos en los que la conducta del sujeto interviniente, se desarrolle conforme a su función o rol, sin quiebra de las expectativas asignadas por la sociedad, no podrá entenderse que se haya ejecutado una conducta penalmente relevante de ninguna clase⁶⁵⁹. De ahí que exista una prohibición de regreso de la responsabilidad penal en el pensamiento de JAKOBS ya que si, por ejemplo, el comerciante que ha vendido el cuchillo ha cumplido con las expectativas inherentes a su rol no deberá responder por el uso que terceros den al cuchillo.

En definitiva, si el sentido delictivo de las conductas debe determinarse en virtud del cumplimiento de las expectativas asignadas al rol del sujeto, la conducta de quien actúe conforme a los usos cotidianos nunca podrá ostentar la consideración de delictiva con independencia de que haya generado un riesgo.

“Es posible un distanciamiento en tales términos de un “interviniente”, en el ámbito de la prohibición de regreso, cuando su comportamiento en el momento de su ejecución no depende en absoluto de que continúe la acción, que realiza el tipo, del ejecutor; pues entonces el “interviniente” ha creado una situación que, si bien otras personas puede que continúen hasta realizar el tipo, sin embargo precisamente de él no ha recibido un sentido de realización del tipo y no puede resultar teñida retroactivamente de dicha realización. [...] No importa que el “interviniente” abrigue malas intenciones, sino el sentido social de la comunicación”⁶⁶⁰.

⁶⁵⁸ Fernando MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva: aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, ob. cit., pág. 70: “Así lo entiende JAKOBS, quien utiliza la imputación objetiva para cambiar el sentido de la prohibición de regreso y, desde una base normativa, superar el naturalismo infinito e indelimitable de la causalidad y tratar de establecer una línea que delimite hasta dónde puede llegar la responsabilidad de los que colaboran con el autor del delito. A la hora de definir esa prohibición de regreso, pues, el dolo del sujeto no puede tener ningún valor, sino que será el quebrantamiento del rol [...] el que marque el ámbito hasta el que puede retroceder la responsabilidad”.

⁶⁵⁹ Vid. Günther JAKOBS, *“Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad”*, ob. cit., pág. 127: “se trata de los casos en que existe una comunidad fundamentada en los contactos sociales, si bien en ningún caso absoluta, sino siempre limitada de determinada forma. Pues bien, en estos casos, las metas que sean pretendidas por uno de los miembros de esa comunidad más allá de lo común, no habrán de ser tenidas en cuenta por el otro componente de la comunidad. Hablando en términos ejemplificativos: La compra de objetos se agota en el intercambio de la mercancía por el dinero, y el pago de deudas en la liquidación del crédito; lo que el comprador haga con la mercancía, por ejemplo si la exporta de forma prohibida o si la usa por su parte para un negocio fraudulento o para la construcción de un paquete bomba, le interesa al vendedor tan poco, como al deudor le importa si el acreedor subvenciona a una organización terrorista con lo recibido o financia tráfico de armas prohibido”.

⁶⁶⁰ Günther JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, editorial Marcial Pons, segunda edición, Barcelona, 1997”, págs. 843 y 845.

b) La tesis de FEIJÓO SÁNCHEZ.

Al igual que JAKOBS, FEIJÓO toma como punto partida en el análisis de la relevancia penal de los actos de favorecimiento al delito mediante actividades desarrolladas en el marco de la cotidianidad la denominada teoría de la prohibición de regreso y, también al igual que JAKOBS, aunque en este caso de forma expresa, FEIJÓO traslada el problema al ámbito del desvalor de acción.

Para FEIJÓO SÁNCHEZ la relevancia penal en estos casos vendrá determinada no tanto por la contribución del sujeto al resultado delictivo, entendida esta en términos estrictamente causales o incluso normativos, sino, más bien, fruto del sentido delictivo que la conducta del sujeto interviniente alcance en sociedad en tanto aparezca configurada como conducta socialmente disvaliosa: “Es preciso que el partícipe configure el mundo ya de una forma delictiva que agote su sentido objetivo en favorecer un delito. Por ello si la conducta tiene un sentido externo distinto que el de favorecer un delito, un sentido social propio, no estaremos ante una conducta desvalorada por el Derecho penal”⁶⁶¹.

Así, la determinación del sentido delictivo de la conducta deberá configurarse de forma respetuosa con el principio *favor libertatis*, desarrollando un concepto restrictivo de partícipe, según el cual, únicamente, aquellos comportamientos que expresen solidaridad con el hecho del autor resulten acreedores de ser adjetivados como cómplices⁶⁶².

Desde esta perspectiva entiende FEIJÓO SÁNCHEZ que en los supuestos en que no existiendo solidaridad con el hecho del autor, el sujeto interviniente, goce de auténtica conciencia de la intención del sujeto activo del delito, no podrán ser equiparados a aquellos otros en los que sí exista una auténtica solidarización con el plan delictivo, toda vez que la no variación de la conducta propia para evitar que otro realice un delito que se haya al margen del ámbito propio de organización no

⁶⁶¹ Vid. Bernardo J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal: ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en derecho penal?*, ob. cit., pág. 60.

⁶⁶² Vid. Bernardo J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal: ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en derecho penal?*, ob. cit., págs. 79 y 80: “la relevancia penal del comportamiento como participación en un delito es indudable en cuanto la conducta adquiera cualquier grado de solidaridad con la futura conducta del autor. En estos casos nos encontraremos ante una cooperación necesaria o una complicidad”.

expresará un idéntico desvalor, expresando o comunicando todo lo más un mensaje de desatención de los deberes como ciudadano de la obligación de colaboración en la evitación de delitos en los términos previstos por el art. 450 del Código penal⁶⁶³.

Con ello, FEIJÓO introduce una sustancial modificación de las reglas clásicas de imputación en el ámbito de la participación, en tanto que configura el sentido delictivo de la acción de favorecimiento atendiendo, no al riesgo generado o al menos no con carácter exclusivo ni tampoco al elemento subjetivo, sino al sentido comunicativo expresado en sociedad por la conducta desarrollada por el sujeto interviniente abstracción hecha del uso que de su acto realice un tercero.

c) La tesis de WOLFGANG FRISCH.

A mi entender, FRISCH es uno de los autores que ha analizado de forma más concienzuda los fundamentos de la responsabilidad criminal en los supuestos de favorecimiento al delito mediante la ejecución de actividades cotidianas.

Da comienzo FRISCH al estudio de la cuestión afirmando que el análisis dogmático adolece de un error categorial histórico en tanto la cuestión habría sido tradicionalmente abordada desde la perspectiva de la imputabilidad objetiva, manteniéndose por ello prácticamente inexploradas las posibilidades de restricción del tipo ultramuros de la causalidad –entendida ésta tanto en sentido natural como normativo–.

Según FRISCH, el auténtico sentido de las conductas difícilmente puede establecerse atendiendo a un parámetro tan vago como el de la previsibilidad, concepto que a la postre únicamente sería capaz de captar un limitado aspecto de la

⁶⁶³ Vid. Bernardo J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal: ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en derecho penal?*, ob. cit., 1999, págs. 75 y 76: “En mi opinión, un Derecho respetuoso con la libertad de actuación y consciente de su carácter fragmentario debe pronunciarse a favor de la atipicidad o a favor de la menor penalidad del delito de omisión simple cuando la conducta tiene también un sentido socialmente adecuado. Además, desde un punto de vista del fundamento de los deberes infringidos, la tipicidad de la conducta en estos supuestos en los que están en peligro bienes jurídicos muy importantes no estaría más bien en lo que el sujeto emprende, si no en no tener un grado mínimo de solidaridad para modificar una actuación en beneficio de la víctima ya que se sabe o se tienen indicios de que alguien está dispuesto a realizar un delito. Sin duda, el Derecho penal le exige a una persona en esa situación, una variación de su conducta, pero establece dicha obligación a través del art. 450 C.P. y no de otros tipos penales. ¿Por qué no querer variar la organización de los asuntos propios para impedir que otro realice un delito se ha de entender como cooperar a la realización de dicho delito?”

conducta humana. Aspecto que no resultaría concluyente en el enjuiciamiento de su mérito o su demérito⁶⁶⁴.

Las sustanciales alteraciones en la fundamentación de un injusto penal que habría pasado de construirse alrededor del resultado a hacerlo en torno a la acción, no habrían ido acompañadas de la oportuna revisión de la teoría del delito, impidiendo con ello ubicar sistemáticamente el denominado desvalor del acto en forma auténtica⁶⁶⁵.

En definitiva, identificar el desvalor de acción con la capacidad lesiva para bienes jurídicos, implicaría admitir una suerte de solipsismo entre ambas categorías, resultando paradójico, que queriendo hacerse hincapié en la necesidad de conseguir distanciar comportamiento y resultado, se acabe afirmando que el mérito o demérito del comportamiento humano deba proclamarse atendiendo a la aptitud para la causación de resultados, aún y cuando estos sean manifiestamente disvaliosos.

A la vista de ello FRISCH advierte que en los casos de participación neutra la determinación de la responsabilidad penal no deberá desarrollarse atendiendo, al menos no con carácter exclusivo, a la idoneidad del acto de favorecimiento para coadyuvar a la lesión de bienes jurídicos, ni aún tan siquiera cuando la misma resulte previsible⁶⁶⁶, y ello en tanto que la imputabilidad del resultado no es criterio suficiente de desvaloración del comportamiento.

⁶⁶⁴ Vid. Wolfgang FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, editorial Marcial Pons, Barcelona, 2004, pág. 251: "La falta de precisión del concepto de la previsibilidad dificulta determinar la extensión exacta del ámbito de lo punible, así como verificar críticamente el principio de solución y responder concluyentemente a la cuestión de su aplicación consecuente. [...] evidentemente, la solución de la previsibilidad acierta sólo con ciertos requisitos adicionales [...] la Administración de Justicia no piensa muchas veces en absoluto en llevar a efecto la solución de la previsibilidad; más bien se percibe la normalidad de muchas acciones abarcadas por el principio y se las admite...".

⁶⁶⁵ Vid. Wolfgang FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, ob. cit., pág. 40: "En vista de esta evolución del debate fundamental, resultaba evidente que en el ámbito de las categorías de la doctrina de la aplicación del Derecho tiene lugar un desarrollo muy determinado: si en el debate básico en torno al concepto de injusto se relativiza la importancia del injusto de resultado y se acentúa al mismo tiempo la importancia decisiva del injusto de comportamiento, era de esperar cierto paralelismo en el ámbito de las categorías que "traducen" la concepción básica en instrumentos de la aplicación práctica del Derecho. [...] Sin embargo, el panorama de los manuales y comentarios muestra que no es así: la categoría dogmática (vinculada sistemáticamente de modo claro al desvalor de resultado) de la imputabilidad objetiva del resultado se encuentra en continuo crecimiento: en vano cabe buscar una categoría del comportamiento típico radicalmente concebida, que plasme decididamente la idea del injusto de conducta".

⁶⁶⁶ Vid. Wolfgang FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, ob. cit., pág. 291: "En pocas palabras: de ninguna manera en todos los casos en que la resolución delictiva del tercero es posible y se conocen indicios concretos de ello, se plantea la desaprobación penal del que eventualmente facilita o favorece".

De ahí que el citado autor concluya que será el significado delictivo de la conducta del sujeto interviniente el que determine su relevancia penal. Por ello, la afirmación de la tipicidad exigirá no sólo aptitud lesiva en abstracto para bienes jurídicos –elemento que conforma el desvalor del resultado–, sino, asimismo, de la constatación de una significación social disvaliosa determinada en atención al significado comunicativo del comportamiento⁶⁶⁷.

En todo caso, debe señalarse que la determinación del sentido delictivo de la conducta no se realizará atendiendo a la conciencia individual del sujeto interviniente, toda vez que la intención por sí sola no confiere sentido al acto, sino, atendiendo a lo que la misma comunique en sociedad⁶⁶⁸. De ahí que quepa concluir que, en realidad, la solución de los supuestos límites se produce en este caso desde los postulados de la filosofía del lenguaje como criterio rector en la determinación del mérito o demérito de los comportamientos humanos.

5.- Actividades neutrales y tesis del desvalor material del acto.

En las páginas precedentes he procurado mostrar, en forma esquemática, el estado doctrinal en el campo del favorecimiento al delito del autor mediante la ejecución de conductas cotidianas desarrolladas por lo general en el ámbito de la actividad profesional.

En mi opinión, el análisis de las diferentes propuestas dogmáticas, permite inferir en forma meridianamente clara la necesidad, sobradamente advertida por la

⁶⁶⁷ Vid. Wolfgang FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, ob. cit., pág. 303: “De los puntos de vista precedentes, que sustentan la calificación como conducta típica, se deriva que sólo cabe hablar del grupo de casos que nos ocupa bajo *presupuestos* relativamente *estrictos*. Sólo si la acción está dirigida inequívocamente a posibilitar o facilitar la conducta delictiva ajena no surgen problemas especiales de legitimación. La situación es la opuesta si la conducta a enjuiciar recibe el sentido de su función para acciones o para la realización de estados o situaciones en sí intachables; aun cuando con el surgir de estos estados, esto es, con la realización de los correspondientes sentidos, esté vinculado un peligro mayor o menor de comportamiento delictivo sobre esta base”.

⁶⁶⁸ Vid. Wolfgang FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, ob. cit., págs. 304 y 305: “la cuestión de la desaprobación o no del obrar del sujeto que (objetivamente) facilita o posibilita, las intenciones del tercero no son nada subjetivo, esto es, perteneciente a la psique de la persona a *enjuiciar*, sino un dato objetivo. Con mayor razón es esto así cuando –como en el fondo no puede ser de otro modo– hay que atender en realidad, no a la psique del tercero, sino a su manifestación exterior. [...] Más bien la referencia de sentido es un dato objetivo, y se da si la acción tiene sentido sólo en su propiedad de posibilitar o facilitar el comportamiento delictivo ajeno, o al menos aparece como reacción a necesidades delictivamente definidas, satisfaciéndolas”.

doctrina mayoritaria desde hace ya varias décadas, de encontrar soluciones que permitan superar los rigores que en no pocas ocasiones se derivan de una aplicación, tal vez, excesivamente formal del principio de tipicidad, así como, según mi opinión, de una discutible comprensión del principio de legalidad.

La inagotable amalgama de propuestas elaboradas para resolver supuestos de hecho que, de forma intuitiva, resultan en muchas ocasiones de sencilla resolución deja bien a las claras las insuficiencias de la moderna teoría del delito, insuficiencias que, aún y a sabiendas de lo aventurado de mi afirmación, quizás pudieran ser mejor resueltas mediante el recurso a la tesis material del desvalor de acción que aquí se sostiene.

Si en algo coinciden las distintas teorías que analizan la participación del sujeto interviniente que favorece el resultado disvalioso mediante la ejecución de un comportamiento neutro, es en afirmar que la mera realización de un acto de favorecimiento al delito desarrollado por un tercero, sin más, no es suficiente por sí misma para merecer el reproche penal. Lejos de ello, la doctrina viene exigiendo que el acto objeto de enjuiciamiento, además de favorecer en forma efectiva la producción de un resultado delictivo, al menos en un plano hipotético determinado en abstracto y en forma antecedente, sea considerado disvalioso fruto de su singular significación delictiva. De ahí precisamente la distinción entre estas formas de participación y aquellas otras en donde el acto de favorecimiento no se identifica con un acto cotidiano habitualmente ejecutado en sociedad.

Es absolutamente indistinto que se ponga el acento en los aspectos subjetivos del hecho –en cuyo caso el desvalor de la acción se identificará con la intención, tal y como durante décadas han venido pregonando los finalistas- o que se coloque en los más variados aspectos objetivos –en cuyo caso el desvalor de acción se identificará con el riesgo desaprobado, el sentido delictivo de la conducta, la potencialidad lesiva del acto, la quiebra de expectativas, etc...- ya que, en todo caso, el elemento clave determinante de la trascendencia penal del supuesto de hecho sometido a consideración será siempre el del desvalor del acto, sin perjuicio de la trascendencia que se confiera al desvalor del resultado⁶⁶⁹.

⁶⁶⁹ Fernando MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva: aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, ob. cit., pág. 72: “De todos estos, y otros

Pues bien, es precisamente esta conclusión la que permite dar razón de la imposibilidad no ya tan sólo de obtener una solución doctrinal unánime en el ámbito de las acciones cotidianas como problema en la participación criminal, sino de al menos reducir la complejidad alcanzando un mínimo nivel de consenso⁶⁷⁰.

Tal y como ya se ha expuesto en otro lugar, el moderno sistema de la teoría del delito evolucionó notablemente a lo largo del pasado siglo trasladando el fundamento del injusto desde el resultado hasta el acto, llegando incluso algunos autores como SANCINETTI o ZIELINSKI a construir el injusto penal exclusivamente sobre el desvalor del acto. El nuevo modelo dual (desvalor del acto/desvalor del resultado) encontró acogida en el plano conceptual, además de en el ámbito de la teoría de las normas, fundamentalmente en sede de imputación objetiva en tanto que criterio teleológico-valorativo no ya sólo de atribución de resultados sino, asimismo, de delimitación del tipo penal mediante la introducción de criterios normativos aplicables además de a los delitos de resultado, también, a los de mera actividad⁶⁷¹.

Sin embargo, a pesar de los notables avances introducidos, la evolución apuntada no se tradujo en la oportuna revisión del sistema del delito mediante la

criterios que buscan la limitación en el tipo objetivo de la punibilidad de la participación, y que en la mayor parte de las ocasiones, y como posteriormente se analizará, se han mezclado en múltiples combinaciones, los que más "éxito" han tenido han sido el de la referencia de sentido delictivo y el del incremento del riesgo"

⁶⁷⁰ Günter STRATENWERTH, *Derecho penal: parte general*, ob. cit., pág. 359: "Respecto de la forma de la posible prestación de ayuda resta aún una dificultad que ha sido percibida claramente recién en los últimos años. Se trata de la cuestión de si puede constituir complicidad punible, y, en su caso en qué medida, formas de conducta externamente corrientes por completo, como especialmente la conclusión de negociaciones de la vida cotidiana, si ellas, en el caso concreto posibilitan o facilitan la comisión de un delito. Para escoger un ejemplo sencillo, la venta de pimienta no puede ser punible por el hecho de que el vendedor tema que el comprador desee emplearla en un asalto para engeguercer a la víctima del robo. Pero, por el momento, los criterios según los cuales deba juzgarse esta cuestión están aún poco claros".

⁶⁷¹ Vid. Wolfgang FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, ob. cit., pág. 41: "Esta imagen del ordenamiento jurídico como ordenación del comportamiento dirigida a conseguir comportamientos correctos contribuye forzosamente a determinar, a la vez, la imagen del injusto (penal): el injusto, concebido como injusto de una persona es, con esta perspectiva, en principio, un desvío de la persona con respecto a las normas de conducta, la contravención de las normas de prohibición o de mandato del ordenamiento jurídico, o dicho brevemente es: *injusto de comportamiento*. Las posiciones extremas llegan a estimar el comportamiento disvalioso como único sustrato planteable para el injusto, expulsando del todo al resultado (realizado causalmente) del concepto de injusto. No obstante, en la medida en que aún se hace figurar el desvalor de resultado como pieza del injusto, prácticamente existe hoy unanimidad en torno a que el injusto en sentido penal no es concebible sin desvalor de acción. Dentro de esta visión dualista dominante del injusto sólo hay discrepancia acerca de los criterios exactos del injusto de acción, y consiguientemente acerca de la delimitación entre desvalor de acción y de resultado".

creación de una categoría dogmática al uso⁶⁷², o, en su defecto, de un espacio sistemático en donde ubicar el análisis del enjuiciamiento del mérito o demérito de las conductas sin perjuicio de los criterios que pudieran emplearse en dicha tarea, a diferencia de lo que ocurría en el ámbito del desvalor del resultado que siguió ubicándose sistemáticamente en la antijuridicidad material y por lo tanto, conforme a la doctrina mayoritaria, en el estudio de la tipicidad.

La carencia sistemática y material apuntada procuró resolverse primero mediante el recurso al elemento subjetivo, reminiscencia de la tesis finalista que identificaba desvalor de acto e intención ya durante el primer tercio del s. XX y, principalmente, ya a partir de la segunda mitad del s. XX, gracias a las aportaciones de ROXIN, mediante el recurso a la teoría de la imputación objetiva como criterio de selección de los comportamientos subsumibles en el tipo penal⁶⁷³.

Con todo, lo cierto es que hoy día, fruto de la evolución de la moderna filosofía del lenguaje, puede afirmarse que ni la intención puede, al menos por sí sola, fundamentar el desvalor del acto, toda vez que en realidad las acciones no aparecen determinadas por la conciencia individual de quien las desarrolla, sino por su significado semántico objetivo⁶⁷⁴, ni asimismo la imputación objetiva constituye un criterio apto para desarrollar un auténtico enjuiciamiento acerca del mérito o demérito del comportamiento humano⁶⁷⁵.

⁶⁷² Vid. Wolfgang FRISCH, "Comportamiento típico e imputación del resultado", ob. cit., pág. 45: "lo que se echa en falta es una categoría del "comportamiento típico" que dé cuenta explícitamente de la idea de lo imprescindible e importante del desvalor de acción"

⁶⁷³ Fernando MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva: aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, ob. cit., págs. 68 y 69: "Lo cierto es que la Dogmática penal anclada en los pilares básicos de la teoría del injusto personal, tal y como nació con el finalismo, entendía la parte subjetiva como el lugar más adecuado donde restringir el ámbito de la tipicidad, en general, y para la participación en particular. [...] Cuando la doctrina replantea la cuestión de las conductas neutrales es, pues, para revertir esta tendencia y para integrar en esta discusión en general, y en la teoría sobre la participación en particular, los avances en la dogmática de la teoría de la imputación objetiva. Es cierto que también surgen algunos pronunciamientos sobre la capacidad de una ampliación a la participación de la teoría de la adecuación social de WELZEL para resolver los supuestos de conductas neutrales, pero es sobre todo por medio de la teoría de la imputación objetiva como se llega a la conclusión que la limitación del injusto del partícipe no puede realizarse en el tipo subjetivo, sino que tiene que ser antes, en sede tipicidad objetiva".

⁶⁷⁴ Vid. Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del Sistema Penal*, ob. cit., pág. 225: "La semántica intencional fracasa por que no explica cómo es posible la transmisión de un contenido cualquiera de conocimiento, creencia, etc. Los propósitos del hablante no bastan para explicar la comunicación por medio de signos, sino que es preciso, además, un código, sin el cual el agente puede percibir que el hablante quiere decir algo: pero sin saber qué".

⁶⁷⁵ Vid. Wolfgang FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, ob. cit., pág. 47: "mucho de lo que hoy se califica como problema de la imputación del resultado no se encuadra en este ámbito de

Así, no debe olvidarse que la imputación objetiva constituye en realidad un criterio normativo de atribución de resultados o de reconfiguración valorativa de la causalidad.

Creo que puede afirmarse, aún y a sabiendas de las importantes consecuencias que de ello pudieran derivarse, que el hecho de que resulte posible conforme a parámetros teleológico-valorativos atribuir un resultado a una conducta no permite inferir sin más que dicha conducta deba ser considerada disvaliosa, sino, simplemente, que la misma reunirá las condiciones que permitan atribuirle normativamente la producción de aquel resultado.

Es más, no debe perderse de vista que las teorías de la imputación objetiva, al menos en cualquiera de sus principales versiones, desarrollan, como por otro lado es lógico por tratarse de un sistema de atribución de resultados, un modelo de análisis de la conducta desde la perspectiva de su potencialidad lesiva, por más que el análisis se desarrolle en abstracto y de forma antecedente, y, por lo tanto, desde la perspectiva del resultado. Adviértase, que de ese modo, no existiría en realidad posibilidad de desarrollo de un auténtico análisis del comportamiento al margen de la afectación del bien jurídico y, por lo tanto, del resultado producido.

El hecho de emplear las teorías de la imputación objetiva como método de valoración de los comportamientos ha provocado, en realidad, notables distorsiones en el sistema del delito, resultando evidente la necesidad de introducir elementos correctores en no pocas ocasiones, a fin de moderar los rigores que de una aplicación estricta del principio de tipicidad se derivarían, siendo claro ejemplo de ello el elenco de supuestos que integran el estudio de la participación neutra.

Como hemos tenido ocasión de comprobar a lo largo de este capítulo, las distintas propuestas doctrinales analizadas en el seno del estudio de la participación neutra, principalmente las de carácter objetivo y mixto, han venido caracterizándose, entre otros, por introducir criterios correctores de carácter teleológico valorativo

problemas, sino que debería hacerlo en el ámbito de una categoría sistemática que se plantee la idea del injusto de comportamiento. La doctrina de la imputación objetiva parece deber su asombroso crecimiento, no en último lugar, a la circunstancia de que no se ha considerado (ni se ha elaborado) suficientemente el acentuar el injusto de comportamiento por parte del debate básico en el ámbito de la plasmación dogmática”.

sobre las teorías de la imputación objetiva fruto de su inoperancia, para desarrollar el análisis del mérito o demérito material del acto.

Adviértase que, en definitiva, el recurso a las nociones de riesgo permitido, fin de protección de la norma, principio de confianza, sentido delictivo, etc.. no constituyen sino criterios teleológico valorativos añadidos a aquello que ya son por sí mismos criterios teleológico valorativos correctores de la causalidad física: la imputación objetiva.

Semejante paradoja obedece, por un lado, a la inexistencia de un ámbito sistemático propio que permita un análisis unívoco del desvalor del acto de forma autónoma a cualesquiera otras consideraciones, y en segundo lugar, a la ya apuntada confusión introducida por la teoría de la imputación objetiva.

Probablemente sea en este ámbito, el del estudio del favorecimiento al delito mediante actos propios de la actividad cotidiana, en donde mejor pueda advertirse la necesidad de desarrollar un modelo de desvalor de acción absolutamente autónomo, ajeno a cualesquiera consideraciones acerca del resultado –tanto en relación a resultados de carácter efectivo como hipotético-.

Mediante el análisis material del desvalor del acto creo que conseguiríamos dotar al estudio acerca de la significación delictiva de las conductas de un ámbito propio, lo que ya constituiría por sí mismo un notable avance fruto de una mayor claridad conceptual y expositiva, y, asimismo, lograríamos disponer de un criterio mediante el que enjuiciar el mérito o demérito de los comportamientos humanos sin necesidad de recurrir a subterfugios ni a criterios correctores de naturaleza valorativa creados *ad hoc* para resolver el caso concreto.

Adviértase, por lo tanto, que a través del recurso a la tesis del desvalor material del acto se obtendría un instrumento mediante el que dar una solución unívoca a los distintos supuestos de autoría –mediata o inmediata-, cooperación o complicidad, omisión, etc... sin necesidad de introducir soluciones normativo-valorativas.

Es cierto que aparece, entonces, el problema de la determinación del significado de los comportamientos⁶⁷⁶, pero también lo es que no se trata de una

⁶⁷⁶ Vid. Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del Sistema Penal*, ob. cit., pág. 224: “El “significado del significado” es, desde luego, un problema arduo, con el que tropieza, en sus mismos comienzos, cualquier investigación filosófica”.

problemática genuina sino que, lejos de ello, resulta común a los modernos modelos de determinación de la responsabilidad penal que recurren sistemáticamente a nociones como la de riesgo permitido, merecimiento de pena, fragmentariedad, ámbito de protección de la norma, etc...

En cualquier caso, la determinación del sentido de las acciones creo que debe abordarse atendiendo al sentido que las mismas comunican en sociedad, puesto que en última instancia toda interpretación se desarrolla en términos semánticos, tal y como han puesto de manifiesto las modernas tesis pragmáticas de la argumentación.

Semejante constatación no debe conducir, ni mucho menos, a un escepticismo epistemológico radical ya que, por más que la doctrina penal en su conjunto se halla mantenido al margen, en un intento por mantener un modelo dogmático cuasi autorreferencial, se advierte que la filosofía del lenguaje, y fruto de su influencia la argumentación jurídica, ha avanzado notablemente en la materia desde mediados del s. XX aportando nuevas y valiosas soluciones.

La crítica postempírica del positivismo lógico desarrollada principalmente por POPPER, y el paralelo auge de la filosofía del lenguaje, muy singularmente en su versión wittgensteiniana, condujeron a una relativización de la objetividad tradicionalmente asignada a las ciencias naturales, así como a una paralela revitalización de la fe en las posibilidades de obtener criterios objetivos en la determinación del sentido de las acciones⁶⁷⁷.

Para WITTGENSTEIN el significado de las acciones trasciende la conciencia individual del actuante objetivándose en el plano social. La determinación del sentido de las acciones tiene, por lo tanto, carácter objetivo, y se desarrolla en un plano normativo conforme a reglas semánticas de carácter marcadamente convencional.

Para lograr acceder al sentido, como demostrarían HABERMAS, ALEXY o DWORKIN, no resultará necesario emplear métodos lógico-deductivos al uso de las ciencias naturales, sino un método propio: la argumentación pragmática, descendiente

⁶⁷⁷ Jürgen HABERMAS, *Conciencia moral y acción comunicativa*, ob. cit., pág. 38: "En primer lugar se produjo el debate entre Popper y Kuhn y el ascenso de una teoría de la ciencia posempírica que debilitó la autoridad del positivismo lógico y, con ello, destruyó la visión de una ciencia nomológica más o menos unitaria. Una derivación de ello es una traslación del acento dentro de la historia de la ciencia de las construcciones normativas a las propuestas de índole hermeneútica".

directa de la racionalidad práctica, cuyas posibilidades de aproximación a la verdad, sin ser absolutas, serán desde luego dignas de ser adjetivadas como científica⁶⁷⁸s.

6.- Otras consecuencias: el consentimiento de la víctima en Derecho penal.

La virtualidad teórica y práctica de la tesis material del desvalor de acción que aquí se propone resulta fácilmente perceptible en diferentes ámbitos del Derecho penal. A continuación, a los solos efectos ilustrativos y sin ánimo de exhaustividad, se analizará el problemático tratamiento del consentimiento de la víctima en Derecho penal.

Así, resulta cuanto menos sorprendente que una cuestión *a priori* tan sencilla como la del consentimiento de la víctima en Derecho penal⁶⁷⁹, haya originado tantos problemas. No tan sólo existen dudas acerca del encaje sistemático del consentimiento en la teoría del delito, sino, asimismo, incluso acerca de si éste puede alcanzar alguna relevancia en el enjuiciamiento de la responsabilidad penal.

Dejando de lado el análisis de los supuestos en los que el propio tipo penal configura como elemento del tipo el consentimiento del sujeto pasivo de la infracción –a modo de ejemplo: el allanamiento de morada o el hurto–, la doctrina académica ha venido discutiendo acerca de si el consentimiento debiera ubicarse sistemáticamente en la tipicidad o bien en la antijuridicidad.

Quienes consideran que debiera ubicarse en el ámbito de la tipicidad alegan que el consentimiento, en el caso de delitos en los que se protegen bienes jurídicos individuales, excluiría en todo caso la antijuridicidad material del acto, en tanto que los bienes jurídicos individuales no deberían en ningún caso sustraerse al ámbito de disposición de su titular. En caso contrario ello implicaría una inaceptable quiebra de la

⁶⁷⁸ Manuel ATIENZA, *El sentido del Derecho*, ob. cit., pág. 272: “Desde la perspectiva de la concepción pragmática, la argumentación se ve como una interacción que tiene lugar entre dos o más sujetos”.

⁶⁷⁹ Beatriz ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho Penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 39: “Cuando en Derecho penal se habla del consentimiento del titular del bien jurídico, se hace referencia, por un lado, a los supuestos en los que dicho titular se resigna y permite que un tercero afecte al bien jurídico que le pertenece, acomodando su voluntad a la de ese tercero [...] Pero se emplea el mismo vocablo, *consentir*, con un sentido algo distinto al verdadero significado del término, para designar aquellos casos en los que el titular no se limita a soportar que otro interfiera en su bien jurídico, sino que es él quien realmente desea que esa injerencia tenga lugar”.

libertad de acción de los sujetos⁶⁸⁰. Así las cosas, anulada la ofensividad de la conducta no cabría sino declarar su atipicidad y con ello su irrelevancia penal.

En sentido contrario, un segundo sector doctrinal ha venido entendiendo que determinados bienes jurídicos son indisponibles⁶⁸¹, en tanto que intereses objetivados con valor social que trascienden la relación meramente subjetiva entre sujeto y el objeto de la protección. Siendo ello así, el consentimiento no anularía en dichos supuestos la ofensividad del acto, debiendo afirmarse por ello su tipicidad⁶⁸².

Sin embargo, según algunos de los partidarios de esta postura mayoritaria, el consentimiento del sujeto pasivo de la infracción sí pudiera hallar encaje en el ámbito de la antijuridicidad como causa de justificación, en concreto la de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho⁶⁸³.

En mi opinión, sin perjuicio de la corrección dogmática que las propuestas analizadas puedan albergar, así como de su interés en el plano axiológico, lo cierto es

⁶⁸⁰ Bernd SCHÜNEMANN, "Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victidogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho liberal", en Ricardo ROBLES PLANAS, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, editorial Atelier, Barcelona, 2012, pág. 78: "Como punto de partida ya debiera estar claro que el bien jurídico no se puede defender contra la voluntad de su titular. Los todavía hoy difundidos intentos de proteger el bien incluso en contra de su titular por medio de la construcción de una restricción del poder de disposición, los considero tanto disfuncionales para la comprobación de la idoneidad, como erróneos desde el punto de vista normativo debido a la falta de respeto de la libertad de acción del titular del bien jurídico".

⁶⁸¹ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, ob. cit., pág. 514: "Con carácter general puede afirmarse que nada de ello sucederá en los delitos contra la colectividad puesto que en ellos se protegen bienes independientes de la voluntad de un individuo [...] Por el contrario, en los delitos contra los particulares debe partirse del principio de la eficacia del consentimiento. Ello resulta evidente cuando el interés protegido es exclusivamente privado y renunciable [...] Mas ocurre que en algunos delitos contra los particulares es *discutible* que el interés protegido sea exclusivamente privado y renunciable".

⁶⁸² Beatriz ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho Penal*, ob. cit., págs. 111 y 112: "Hasta los años setenta fue opinión común que en los delitos en que se protegían bienes jurídicos individuales, el consentimiento del titular sólo podía desplegar sus efectos en el escalón de la antijuridicidad, justificando una conducta penalmente típica. En esa fecha surge en Alemania otra corriente minoritaria todavía ahora, que defiende que, en dichos supuestos, el consentimiento no excluye la antijuridicidad de la conducta, sino ya, desde el primer momento la tipicidad. Se inicia así una discusión que se mantiene viva aún hoy acerca del papel que ha de desempeñar la figura del consentimiento en la teoría jurídica del delito. [...] Los partidarios de la doble función del consentimiento, parten de la concepción de que los bienes individuales por los tipos se erigen como valores autónomos, independientes del derecho de disposición que se conceda al titular de los mismos, y que, por tanto, la lesión del bien jurídico es posible a pesar de la voluntad favorable del titular. Los defensores de la teoría unitaria entienden los bienes jurídicos individuales como la relación existente entre un bien real el derecho de autodeterminación de su titular".

⁶⁸³ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, ob. cit., pág. 513: "Según un sector de la doctrina española, el consentimiento podría desplegar su eficacia a través de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7 CP). [...] La posibilidad de acudir a la eximente de ejercicio legítimo de un derecho es innegable cuando la voluntad de la víctima conceda formalmente un derecho al autor con arreglo a lo dispuesto por alguna norma no penal".

que resulta incontrovertido que el consentimiento de la víctima no encuentra actualmente encaje en el ordenamiento jurídico español.

No en vano, no debe ni puede perderse de vista que más allá de que en el plano doctrinal se comparta o no una determinada conceptualización del bien jurídico, el legislador español ha afirmado expresamente que no todos los bienes jurídicos, aún y los de carácter individual, son disponibles⁶⁸⁴.

Así por ejemplo el Tribunal Supremo ha afirmado en Sentencia nº 1049/2002, de 5 de junio que “El tema del consentimiento en las lesiones ha sido siempre doctrinalmente polémico, girando las posiciones entre la indisponibilidad del bien jurídico que se protege y garantiza en el art. 15 de la Constitución española y la posibilidad de dar relevancia a dicho consentimiento; aquélla fue la posición tradicional de nuestra legislación punitiva, no teniendo nuestro Código penal ninguna precisión al respecto hasta 1963, zanjando el legislador en dicha fecha la polémica en el art. 428 bajo la tesis de que “las penas señaladas en el capítulo anterior se impondrán en sus respectivos casos, aunque mediara el consentimiento del lesionado. [...] Por último, el nuevo Código penal introduce el consentimiento en el art. 155. [...] El artículo 155 se limita a conceder una atenuación penológica, por lo que la cuestión no ha sido definitivamente superada”.

Tampoco parece plausible la posibilidad de ubicar en el ámbito de la antijuridicidad el consentimiento del sujeto pasivo de la infracción, como causa de justificación subsumible en la literalidad del art. 20.7 del Código penal.

En primer lugar, por cuanto el ejercicio legítimo de un derecho no puede identificarse con la realización del propio acto típico sino, que la posibilidad de realización del tipo debe encontrar justificación en el ejercicio de un derecho legalmente amparado que resulte autónomo de la realización del tipo penal, que en todo caso resultara medio o instrumento de su realización. No en vano, esta causa de justificación ha sido conceptualizada como un conflicto de intereses en que el bien jurídico lesionado cede en post de un interés superior legalmente amparado, elemento este que no concurrirá en estos casos por la indisponibilidad de los bienes jurídicos. En definitiva, no puede pretender obtenerse por la vía del art. 20.7 del Código penal un derecho que ha sido expresamente negado por el legislador mediante la configuración de un tipo penal, sin perjuicio de las propuestas que *de lege ferenda* puedan realizarse.

⁶⁸⁴ Vid. Tomás S. VIVES ANTÓN/Enrique ORTS BERENGUER/, Juan Carlos CARBONELL MATEU/ José Luis GONZÁLEZ CUSSAC/Carlos MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *Derecho Penal: Parte especial*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008: “Se ha optado por una solución intermedia entre la irrelevancia del consentimiento y la atipicidad de las lesiones consentidas: el consentimiento comporta ahora la rebaja en uno o dos grados de la pena. La solución no puede resultar más insólita: o la salud es un bien disponible y entonces el consentimiento ha de eximir de responsabilidad penal o no lo es y entonces no se explica la atenuación. Ni la lógica ni la dogmática avalan tan peregrina solución intermedia”.

En segundo lugar, y con carácter principal, por cuanto el legislador español ha excluido tal posibilidad al conceder a esta figura, en algunos casos, simples efectos atenuatorios, dato este que zanja la discusión al menos desde un plano fáctico.

Adviértase, sin embargo, que las diferentes propuestas estudiadas han desarrollado el análisis de la cuestión desde la perspectiva del desvalor del resultado, dando por sentado, por ejemplo, que cualquier acto humano idóneo para la producción de un resultado lesivo que finalmente llega a producirse reviste la consideración de lesión en los términos previstos en los artículos 147 y siguientes del Código penal.

Según mi parecer, ello obedece a la influencia de la teoría de la imputación objetiva, para la que la significación del acto vendría determinada por su potencialidad para alcanzar el resultado disvalioso, así como por una configuración de la acción en términos causales –y ello por más que a día de hoy se encuentre totalmente superada la doctrina causalista-.

Sin embargo, la tesis del desvalor material del acto propone adoptar una nueva perspectiva: la determinación de la significación del comportamiento en un plano pretípico y por lo tanto ajeno tanto a la posibilidad de atribución del resultado al acto ejecutado como, asimismo, a la configuración del propio tipo penal, y por lo tanto al desvalor formal del acto expresado por el legislador.

Esta propuesta, influenciada, si bien con importantes matices, por la concepción significativa de la acción de VIVES ANTÓN, pretende por lo tanto determinar el contenido del acto de forma novedosa, atendiendo a la significación social alcanzada por el mismo en el contexto en que se ejecuta con arreglo a la filosofía del lenguaje de WITTGENSTEIN. Procediendo una vez determinado su significado a analizar, en idéntica forma, el mérito o demérito del mismo en aquel contexto.

Sólo entonces cabría practicar el juicio de tipicidad y determinar, para el caso de que se estimara oportuno, la conexión causal entre el resultado y el acto típico.

Desde esta perspectiva resulta patente que el tratamiento del consentimiento podría encontrar adecuada respuesta en el seno de la teoría del delito, ubicándose en el lugar que le corresponde, el del desvalor material del acto.

Tomemos el siguiente ejemplo: imaginemos que una joven pareja de enamorados, mayores de edad, se encuentra jugando a aquel tradicional juego en

donde cada uno de ellos intenta golpear las manos del otro, quien procura esquivar el golpe para, a su vez, una vez esquivado golpear en las manos al contrincante, etc...

Atendida la actual estructura de la teoría del delito el tratamiento que debiera recibir la acción –sin perjuicio de la aplicación de la consabida reducción en grado prevista por el art. 155 C.P.- debiera ser idéntico al del supuesto en donde un sujeto, durante el transcurso de una discusión en el domicilio familiar, propinara una bofetada o un golpe en las manos a su esposa.

Sin embargo, resulta intuitivo, incluso evidente, que el significado de ambas conductas no es parejo, extremo éste que la tesis del desvalor material de la acción sí permitiría tomar en consideración.

El análisis pretípico de la acción a fin de valorar su significación y mérito debiera permitir, según mi opinión, superar las deficiencias de un modelo que otorga significados en virtud de resultados –o lo que es lo mismo, de potencialidades lesivas- y que, además, únicamente permite, en ese marco de asignación de sentidos, el análisis de aquellos elementos –las palabras empleadas en la redacción- expresamente contenidos en un tipo penal que ha sido elaborado en abstracto, con vocación de universalidad, y por lo tanto, sin posibilidad de atender y dotar de relevancia a aquellas singularidades del caso objeto de enjuiciamiento que no aparezcan expresamente recogidas por el legislador en la redacción del tipo penal.

Así las cosas, el manotazo propinado por el enamorado durante el infantil juego, conforme a la tesis del desvalor material del acto difícilmente obtendría en el ámbito pretípico la consideración de una agresión con resultado lesivo, sino, muy al contrario, la de un mero acto lúdico que impediría su tipificación como delito del art. 153.1 y 2 o incluso como falta del art. 617 del Código penal (en cualquiera de sus dos apartados), al igual que la incisión del médico correctamente practicada no obtendría en ningún caso la consideración de lesión sino la de acto quirúrgico –haciendo innecesaria la determinación de su irresponsabilidad en sede de justificación previa declaración de tipicidad de la conducta-.

Muy al contrario, el segundo de los ejemplos empleados en donde el esposo golpea en las manos a la esposa durante el transcurso de la discusión sí adquiriría, sin ningún género de dudas, el significado “agresión”, siendo, desde luego, considerado como disvalioso en un plano material a la vista del mérito socialmente asignado a

semejante comportamiento. Una vez verificado, por lo tanto, el desvalor material del acto, tendría lugar el análisis de su tipicidad; de modo que tratándose de una conducta subsumible en el tipo penal, a la vista de la literalidad del precepto, siendo el resultado lesivo acaecido –imaginemos que un mero hematoma- objetivamente imputable al manotazo –aunque el análisis de la imputabilidad objetiva pudiera resultar sustituido directamente por la atribución inherente a la asignación de significados-, y resultando además materialmente antijurídico fruto de su concreta lesividad para el bien jurídico, no cabría sino declarar su tipicidad. Determinada la tipicidad del comportamiento objeto de enjuiciamiento no restaría sino desarrollar el análisis de la antijuridicidad y el de la culpabilidad.

Adviértase, asimismo, que sólo en un menor desvalor del acto encuentra justificación el privilegiado trato penológico ofrecido por los arts. 155 y 156 del Código penal, toda vez que el desvalor del resultado, no existiendo capacidad de disposición de los bienes jurídicos debería considerarse siempre subsistente.

Debe señalarse que el análisis aquí efectuado acerca de la capacidad conceptual de la tesis material del desvalor de la acción para dar solución a algunos de los problemas inherentes a los supuestos de participación neutra así como a la tradicional discusión sobre el papel que debe jugar el consentimiento de la víctima, constituyen tan sólo un pequeño ejemplo de la virtualidad práctica del modelo que aquí se propone para enfrentar los problemas actuales del Derecho penal.

CAPÍTULO VIII

ANÁLISIS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

1.- Introducción.

Tal y como ya indicábamos en el apartado anterior las teorías de la participación neutra y las de la imputación objetiva tienen un claro denominador común; procurar dentro del esquema clásico de la teoría general del delito disminuir los rigores que de una interpretación excesivamente formal de la categoría jurídica tipicidad pueden llegar a derivarse. En ambos casos, se trata de determinar si un concreto resultado delictivo resulta atribuible a un sujeto a través no sólo de criterios meramente descriptivos, sino, asimismo normativos⁶⁸⁵.

Sin embargo, a pesar de lo relevante de ambas construcciones dogmáticas, puede afirmarse sin temor alguno que mientras las teorías de la participación neutra han encontrado un modesto desarrollo doctrinal, por su parte, las teorías de la imputación objetiva han experimentado una atención y desarrollo doctrinal sin parangón en el campo del derecho penal, sin perjuicio de que al menos en el ámbito

⁶⁸⁵ Vid. Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ, "Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares", en Jesús María Silva Sánchez/ Fernando Miró Llinares, *La teoría del delito en la práctica económica*, editorial La Ley, Madrid, 2013, pág. 142: "El otro aspecto que me interesa resaltar desde la perspectiva del tema de la ponencia es que la teoría de la imputación ha conducido a un proceso de "desformalización" de los tipos –si se me permite la expresión- que ha permitido integrar en la interpretación de los tipos penales la configuración vigente de las relaciones sociales. Ello no va en contra del principio de legalidad sino todo lo contrario. Este aspecto es el que quiero vincular con la teoría del riesgo permitido y que se podría relacionar con los aspectos más afortunados de la teoría de la adecuación social, como la primigenia de Welzel en los *Studien zum System des Strafrechts* de la que por desgracia se acabó alejando, siendo mérito especial de Jakobs haber revalorizado este aspecto de la doctrina de su maestro para el moderno desarrollo de la teoría de la imputación objetiva".

Vid. Santiago MIR PUIG, "Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 05, 2003, págs. 2 y 3: "Ya a principios de siglo y hasta los años treinta el enfoque hacia el sentido valorativo de las categorías del delito condujo a numerosos penalistas (algunos tan importantes como Sauer [1912, 1921], Radbruch [1904] o Engisch [1930, 1931]) a advertir que los resultados imprevisibles debían excluirse del delito no porque no fueran *causados* por la conducta del autor sino por la imposibilidad de *desvalorar jurídico-penalmente* tales procesos".

español su desarrollo jurisprudencial no haya resultado, con carácter general, el deseable.

Las próximas páginas se proponen analizar la evolución experimentada por las teorías de la imputación objetiva con el objetivo de verificar el modelo de acción propuesto en este trabajo. Y es que, la restricción de la categoría tipicidad que se pretende verificar a través de las teorías de la imputación objetiva, creo que adolece de algunos defectos que evidencian y aconsejan un cambio de modelo.

2.- Antecedentes históricos.

Imputar significa atribuir algo a alguien. Desde esta perspectiva las teorías de la imputación objetiva -al igual que cualquier teoría de la imputación- pretenden desarrollar un modelo que permita determinar en qué supuestos debe atribuirse un determinado suceso delictivo a un sujeto, esto es, en qué casos el sujeto debe responder del hecho delictivo como propio⁶⁸⁶.

Aún y cuando pudiera parecer que las teorías de la imputación objetiva constituyen un producto dogmático moderno propio del funcionalismo jurídico del último tercio del siglo XX, creo que, en realidad, el análisis de los antecedentes históricos de las teorías de la imputación objetiva exige remontarse varios siglos atrás⁶⁸⁷. Los orígenes remotos e indirectos de esta figura se encontrarían no en la dogmática penal alemana de principios del siglo XX, sino en la filosofía moral clásica. Y

⁶⁸⁶ Edgardo ALBERTO DONNA, "Imputación y ciencia penal", en Emilio José ARMAZA ARMAZA, *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, editorial Comares, Granada, 2010, pág. 193: "Por eso podía afirmar RICOEUR que "La fuerza de la idea de imputación en el mismo KANT consiste en la conjunción de dos ideas más primitivas, la atribución de una acción a un agente y la calificación moral y generalmente negativa de esta acción. La metafísica de las costumbres define *Zurechnung* (*imputatio*) en el sentido moral como "juicio por el cual alguien es tenido como *Urheber* (*causa libera*) (causante) de una acción (*Handlung*) que desde entonces se llama hecho, *Tat* (*factum*) y cae bajo las leyes".

⁶⁸⁷ Santiago MIR PUIG, "Significado y alcance...", ob. cit., págs. 1 y 2: "El término 'imputación' es uno de los más representativos del lenguaje en que se expresa la actual teoría jurídica del delito. Por ejemplo, en la doctrina penal alemana, autores de orientaciones tan diferentes como Roxin, Jakobs y Hruschka sitúan este concepto en el centro de sus obras. Sin embargo, esto no ha sido siempre así. Tras haber ocupado un lugar central en la doctrina del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, y en los penalistas hegelianos del siglo XIX, dicho término (imputación) cayó en desuso en Alemania en las dos últimas décadas del mismo siglo a consecuencia del naturalismo positivista, que se extendió en la doctrina alemana a través, sobre todo, de la influencia del Tratado de von Liszt. Este enfoque naturalista, que rehuía conceptos valorativos, prefirió destacar el concepto de causalidad como espina dorsal del delito, que se situó en el terreno de lo empírico, como causación de una modificación del mundo exterior causada, a su vez, por un impulso voluntario"

es que si imputar significa atribuir algo a alguien, si lo que a través de la imputación se pretende es conseguir hallar un modelo que permita determinar en qué casos un sujeto debe responder como autor de un determinado suceso, resulta evidente que nos encontramos ante una cuestión que la ética, en tanto que disciplina que tiene por objeto de estudio la moral y por lo tanto la atribución de responsabilidad al sujeto por sus actos, ya habría venido planteándose desde tiempos inmemoriales.

Echando la vista atrás advertimos que ya el propio ARISTÓTELES⁶⁸⁸, en su *Ética a Nicómaco* ya distinguió entre los denominados “*ens morale*” y los “*enthya physica*”, esto es, entre los sucesos que constituían una expresión moral del hombre resultando por ello susceptibles de imputación, y, aquellos otros que por ser meramente fortuitos y no constituir expresión moral alguna no resultaban atribuibles a nadie. A la vista de ello, puede advertirse que los modelos de imputación –jurídicos o no- presuponen y, a la vez, son manifestación de una determinada concepción del mundo, y en particular del ser humano y su libertad. Conviene advertir que la filosofía moral impondría una singular visión sobre el ser humano, y sobre el concepto de libertad –con especial referencia a la obra de KANT- que influiría decisivamente en el posterior desarrollo de las ciencias jurídicas; la consideración de que únicamente aquellos sucesos que son expresión de la libertad del sujeto le resultan atribuibles, así como el estudio acerca de la limitación de los ámbitos de responsabilidad humanos no encuentran por lo tanto su origen, ni tan siquiera de forma próxima, en el campo de las ciencias jurídicas⁶⁸⁹, sino en el de la moral.

La aparición del moderno Derecho penal de signo liberal ilustrado, supuso un importante cambio de paradigma en el campo de la imputación.

Como hemos tenido ocasión de analizar, varios juristas alemanes de finales del s. XVIII y principios del XIX, entre los que destacaría FEUERBACH, desarrollarían un singular esfuerzo por dotar de autonomía a la disciplina jurídica, en especial al Derecho

⁶⁸⁸ No en vano Aristóteles es uno de los filósofos cuyo pensamiento ha resultado más relevante para las ciencias jurídicas, habiendo llegado a plantear algunas de las cuestiones jurídicas que en la actualidad constituyen ejes centrales como la distinción entre el Derecho positivo y el Derecho natural.

⁶⁸⁹ Pablo SÁNCHEZ OSTIZ, *Imputación objetiva y teoría del delito*, Editorial B de F, Montevideo, 2008, pág.2: “Desde los inicios del pensamiento occidental en torno a la acción humana, se percibe la existencia de criterios de atribución de responsabilidad, las reglas de imputación. Así, por ejemplo, que para hacer responsable a alguien se requiere que cause algo, o que conozca lo que hace [...] La definición y contenido de dichas reglas recorre la reflexión sobre la conducta y responsabilidad a lo largo del pensamiento occidental”.

penal, a fin de garantizar su carácter científico y especialmente de limitar la arbitrariedad judicial.

A la luz de los nuevos postulados ilustrados de corte humanista se construiría progresivamente un sistema objetivo-descriptivo de la responsabilidad penal que finalmente conduciría a una total ruptura con los modelos de atribución de la responsabilidad propios de la filosofía moral. La atribución del delito a su autor pasaría a convertirse en una cuestión de mera subsunción⁶⁹⁰, estableciéndose de esta manera un modelo cuasi matematicista. La decidida recepción del método de estudio de las ciencias naturales que con posterioridad tendría lugar en el campo jurídico – recordemos a LISZT y los causalistas-, supondría la consolidación definitiva de un modelo de atribución de la responsabilidad de cuyas –perniciosas- consecuencias es heredera la actual teoría del delito⁶⁹¹.

A pesar de que ya nos hemos referido a ello con anterioridad, permítasenos traer de nuevo a colación algunas reflexiones acerca de la relación entre comportamiento y resultado, para, a partir de ello, centrar debidamente el debate y, con ello, nuestra propuesta. Así, como es sabido, los causalistas definieron la acción penalmente relevante como todo movimiento humano que producía una modificación del mundo exterior. En coherencia con lo antedicho, según los causalistas la atribución de un suceso a un sujeto exigía la constatación previa de tres elementos; a) un movimiento corporal o comportamiento humano –quedando excluidos únicamente un grupo reducido de supuestos⁶⁹²-, b) una modificación del mundo exterior, c) la determinación de una relación causal entre el comportamiento humano y el resultado acaecido.

⁶⁹⁰ Pablo SÁNCHEZ OSTIZ, *Imputación objetiva y teoría del delito*, ob. cit., pág. 263: “La exposición anterior permite calificar la doctrina de la imputación –o mejor dicho, de la punibilidad- en Feuerbach con las siguientes notas: empirismo, naturalismo y reducción del Derecho a mera subsunción”. Y es que Feuerbach concebía la imputación al margen de la libertad, lo que influiría decisivamente en quienes posteriormente procurarían construir un concepto de culpabilidad basado en la causalidad.

⁶⁹¹ Pablo SÁNCHEZ OSTIZ, *Imputación objetiva y teoría del delito*, ob. cit., pág. 2: “[...] no siempre en la historia reciente, durante los siglos XIX y XX, han estado tan claros dichos planteamientos en la dogmática jurídico penal. En algunos momentos se han empleado categorías empíricamente inidóneas. Ello se produjo especialmente en épocas en las que el jurista se situaba con cierto complejo de inferioridad ante las ciencias de la naturaleza. Este proceder no sólo fue propio del positivismo (científico y jurídico) de finales del s. XIX, sino que puede aparecer todavía hoy en el modo de entender el Derecho”.

⁶⁹² Me remito íntegramente a lo ya expuesto sobre estas cuestiones a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

No obstante, a pesar de lo sencillo del planteamiento, pronto se evidenciarían importantes insuficiencias en lo que a la determinación de la relación de causalidad se refiere⁶⁹³. En algunos casos la determinación de cuándo una acción humana era causa de la producción de un resultado resultaba francamente ardua. En un primer momento las insuficiencias e indefinición advertidas intentaron ser superadas a través de la configuración de un modelo descriptivo empírico –cientifista-, la denominada teoría de la equivalencia de las condiciones o de la “*conditio sine qua non*”⁶⁹⁴. Según dicha concepción, creada a finales del siglo XIX por el procesalista Julius GLASER y desarrollada por el magistrado del Tribunal Supremo del Reich V. BURI, “será causa de un resultado cualquier condición que suprimida mentalmente haga desaparecer el resultado (fórmula de la supresión hipotética o de la *conditio sine qua non*)”⁶⁹⁵. Sin embargo, semejante definición de la relación de causalidad conllevaba un inaceptable desbordamiento del concepto de causa jurídicamente relevante, un “*regressus ad infinitum*” inaceptable⁶⁹⁶ –por más que ello fuera matizado en el ámbito de la culpabilidad a través del recurso al dolo y la imprudencia-, que asimismo permitía la impunidad de supuestos que a todas luces resultaba evidente que merecían el reproche penal –por ejemplo en los cursos causales acumulados o supuestos de

⁶⁹³ Juan José BUSTOS RAMÍREZ, *Imputación objetiva (cuestiones metodológicas y sistemáticas)*, Estudios Penales y Criminológicos, t. XII, 1987/1988, pág. 105.

⁶⁹⁴ Tobías J. SCHLEIDER, *Acción y resultado. Un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*, ediciones Didot, Argentina, 2011, págs. 89 y 90: “La diferencia entre “causas” y “condiciones” ha sido discutida en este contexto primero apelando al “sentido común”, pero luego en la búsqueda de un concepto jurídico-penal de causalidad. Esto dio lugar a las teorías de la causalidad que tratan de privilegiar unas condiciones por sobre otras [...]. Antes de ellas, se elaboró la de la “equivalencia de las condiciones” (también “de la equivalencia” –“Äquivalentztheorie”-, o “de las condiciones” –“Bedingungstheorie”-), introducida por el austriaco Julius Glaser [...] y extendida a partir de su aplicación por Maximilian von Buri [...] Para esta posición, causa de un resultado es toda condición de la cual su producción ha dependido”.

⁶⁹⁵ Paz M. de la CUESTA AGUADO, *Tipicidad e Imputación objetiva*, Editorial Tirant Lo Blanch (1999), folio 111.

⁶⁹⁶ Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad y sistema del delito*, ob. cit., págs. 376 y 377: “al imponerse de forma generalizada como teoría causal la de la equivalencia de todas las condiciones del resultado, (según la cual las conexiones causales necesarias de un hecho concreto son infinitas y comprenden tanto acciones que intuitivamente percibimos que pueden sustentar una responsabilidad penal –quien ha disparado a poca distancia sobre el que se muere desangrado-, como otras que descartamos de inmediato, a pesar de que admitamos su vinculación causal con el hecho en cuestión –la concepción del delincuente por sus padres, según el conocido ejemplo histórico-, se puso de relieve que, incluso en el hipotético caso de que el correctivo de la culpabilidad fuera suficiente, un juicio de antijuridicidad ligado sólo a una causalidad así entendida sería perfectamente inútil, a la par que un tipo que se limitara a prohibir cualquier condición del resultado sería incapaz de incumplir ninguna de las funciones que se le asignan, comenzando por la de garantía”.

causalidad adelantada-, y que incluso podía llegar a suponer una vulneración del principio de tipicidad⁶⁹⁷.

A fin de superar las insuficiencias antedichas aparecerían nuevos modelos de atribución de la causa al resultado; en primer lugar debe hacerse referencia a las denominadas teorías individualizadoras de la causalidad que partían de diferenciar entre los conceptos de causa y de condición. Así las cosas, los defensores de esta tesis postulaban que no toda condición de un suceso debía ser considerada causa del mismo, sino que únicamente podían ostentar la consideración de causa aquellas condiciones que se caracterizaran por disponer de una mayor eficacia en la producción del resultado. No obstante, las teorías individualizadoras “tropiezan con un obstáculo insalvable: la mayor o menor eficacia o preponderancia causal de una condición constituye, una cuestión físico-naturalística que no puede decidir la responsabilidad jurídico-penal”⁶⁹⁸.

Un segundo modelo de determinación de la relación de causalidad sería el propuesto por la denominada teoría de la causación adecuada, según la cual “sólo puede considerarse causa de un resultado aquélla condición del mismo que, según la

⁶⁹⁷ Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad y sistema del delito*, ob. cit., pág. 376: “Al imponerse la teoría del delito basada en la distinción de antijuridicidad objetiva y culpabilidad, se impuso a la vez la tesis que asignaba las dos formas de entender la conexión entre acción y resultado respectivamente a ambos escalones sistemáticos, de manera que en el nivel del injusto objetivo sólo se examinaba la existencia de una acción causal para el resultado típico, reservando la función de imputación personal para la culpabilidad. Ello significaba que el único filtro restrictivo de la causalidad en los delitos de resultado estaba constituido por la culpabilidad, y en particular por la exigencia de dolo e imprudencia (el denominado correctivo de la culpabilidad)”.

⁶⁹⁸ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: Parte General*, ob. cit., pág. 246.

Vid. Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad y sistema del delito*, pág. 377: “Tras el fracaso de las teorías individualizadoras de la causalidad, con las que se había intentado una reducción de las acciones causales comprendidas en el tipo mediante el procedimiento de distinguir entre simples condiciones de un fenómeno y auténticas causas, las soluciones a este problema vinieron a través de la denominada teoría de la causalidad adecuada. Prescindiendo de los detalles históricos sobre su inicial elaboración, esta teoría tuvo el mérito de situar la discusión en el único plano que puede tener interés de cara a la exigencia de responsabilidad, que no es otro que el de evaluar el hecho en el momento de realizarse a la luz de su previsible lesividad. Con ello el problema se situó al nivel del hombre y de su capacidad limitativa de prever los efectos lesivos de las acciones. Sólo aquellas acciones que generalmente resulten adecuadas para la producción del resultado lesivo son tenidas en cuenta como acciones causales”.

Vid. Tobías J. SCHLEIDER, *Acción y resultado...*, ob. cit., pág. 91: “A diferencia de la teoría de las condiciones, para la cual toda condición es causa, en este grupo de teorías se pretendía justificar que sólo son causas aquellas condiciones que se distinguen de las demás por su mayor eficacia causal. Se habló así de “causa eficiente” o “condición adecuada”. [...] Tuvo su origen en los trabajos teóricos del médico (y lógico) friburgués Johannes von Kries”.

experiencia, es idónea para producirlo”⁶⁹⁹. Así, a fin de determinar en qué supuestos un determinado suceso resultaba atribuible al comportamiento de un sujeto debía atenderse a dos criterios; el de la previsibilidad objetiva en la producción del resultado y el de la diligencia debida. Sin embargo dicha teoría resultó duramente criticada debido a su alta indefinición e indeterminación así como normativización.

En tercer y último lugar, un último modelo de determinación de la relación de causalidad que llegó a alcanzar relevancia sería el propuesto por la denominada teoría de la relevancia de la condición⁷⁰⁰. Esta teoría parte del presupuesto de que la existencia de relación de causalidad entre el suceso o resultado y el sujeto no son suficientes por sí solos para fundamentar el reproche penal, a ello debe unírsele la relevancia jurídico penal del nexo condicional. Tal y como puede advertirse, la teoría de la relevancia de la condición no postuló un auténtico modelo de configuración o determinación de la relación causal, sino un modelo de imputación objetiva, aunque eso sí en un estadio de desarrollo iniciático⁷⁰¹. Puede afirmarse que la nueva forma de concebir la relación entre el suceso y el sujeto vino impuesta por la aparición del modelo causal-valorativo, modelo que resultaría decisivo en la aparición de las teorías de la imputación objetiva donde el nexo entre sujeto y resultado se encontraría presidido por una determinada concepción normativa y no por una mera descripción empírica.

En otro orden de cosas, no puede olvidarse que mientras los causalistas configuraban la relación de causalidad jurídico penalmente relevante sobre bases meramente físico descriptivas y los neocausalistas sobre presupuestos valorativos, los finalistas, por su parte, introducían un nuevo modelo de imputación presidido por el elemento subjetivo, de forma que, según ellos, el elemento que permitía atribuir un

⁶⁹⁹ Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, editorial Edersa, Madrid, 1992, pág. 8.

⁷⁰⁰ Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad y sistema del delito*, ob. cit. págs. 378 y 379: “Suele considerarse que es mérito de la teoría de la relevancia, desarrollada sobre todo por MEZGER, el haber puesto de manifiesto que la denominada teoría de la causalidad adecuada no es tal teoría de la causalidad, nombre que habría de reservar para la teoría de la equivalencia de las condiciones, sino más bien una teoría de la responsabilidad. [...] La separación entre causalidad, entendida en sentido científico-natural, y relevancia conforme al tipo, superaba los inconvenientes metódicos achacados a la teoría de la adecuación, que confundía los planos de la causalidad y la responsabilidad, y aparecía como un paso previo en el posterior desarrollo de la teoría de la imputación objetiva”.

⁷⁰¹ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: Parte General*, octava edición, ob. cit., pág. 249: “Sin embargo, la teoría de la adecuación no puede considerarse una teoría de la causalidad, sino una teoría de la imputación objetiva, es decir, de límite de la responsabilidad sobre la base efectiva de la causalidad”.

resultado a un sujeto era la voluntad. Evidentemente, semejante conceptualización obtuvo las críticas que ya se han analizado en este trabajo y que, sucintamente que se centraron en las dificultades para fundamentar el injusto imprudente, así como en una deficiente configuración de la tentativa que conllevaba una desmesurada inflación punitiva –en ocasiones dicha inflación se trasladaba al ámbito del delito consumado, por ejemplo en el caso de los cursos causales inidóneos-.

3.- Fundamentos de la teoría de la imputación objetiva.

Sería el penalista alemán LARENZ quien recuperaría el concepto de imputación propio de la filosofía moral adaptándolo a las necesidades de la dogmática penal en desarrollo. A través de su obra la *“Teoría de la imputación de Hegel y el concepto de imputación objetiva”*, LARENZ dotaría nuevamente de contenido al concepto de imputación de la mano de las teorías filosóficas de HEGEL. Desde ese momento la teoría de la imputación objetiva retomaría el camino desandado por los causalistas, quienes habían reducido la imputación a una mera operación de constatación empírica convirtiéndose en un mecanismo que, anclado sobre las bases de la naturaleza humana, procuraría hallar elementos que permitieran deslindar la obra humana del mero acontecer fortuito.

Cabe decir que a pesar de que la teoría de LARENZ resultaría pronto superada, debido en gran medida a una fundamentación ontológica del concepto de acción y de imputación claramente importadas de la filosofía hegeliana, no puede en ningún caso desmerecerse su obra ya que gracias a ella se construyeron las bases sobre las que desarrollar un nuevo modelo de imputación⁷⁰².

Superada la fundamentación ontologista de la imputación objetiva de LARENZ, la doctrina, como señala CUESTA AGUADO⁷⁰³, intentaría elaborar un modelo

⁷⁰² Paz M. de la CUESTA AGUADO, *Tipicidad e imputación objetiva*, ob. cit., pág. 129: “Para este autor el concepto de imputación objetiva tiene la función de separar el hecho propio del accidente denominando imputación objetiva al juicio sobre la cuestión de si un suceso puede ser atribuido a un sujeto como propio. [...] La teoría de la imputación objetiva se convierte en un juicio teleológico, en el que habrá que determinar si el acontecimiento puesto en marcha por el autor estuvo dirigido por la voluntad hacia la consecución de un determinado fin. Pero la teoría de la imputación objetiva [...] pronto abandona estas fundamentaciones ontológicas y se basa en consideraciones teleológico-normativas derivadas del fin que se atribuye al Derecho penal y a las normas penales”.

⁷⁰³ Paz M. de la CUESTA AGUADO, *Tipicidad e imputación objetiva*, ob. cit.

de imputación objetiva sobre la base de los presupuestos teleológico-normativos que se encontraban en consonancia con los fines atribuidos al Derecho penal. La deriva hacia semejante modelo resultaba, en todo caso, natural, fruto de la superación del modelo causal naturalista y del método científico de estudio propio de las ciencias naturales, de lo controvertido en este campo del modelo finalista toda vez que resultaba cuanto menos discutible que el fundamento de la imputación pudiera hallarse exclusivamente en la voluntad del sujeto, y de la asunción doctrinal de los presupuestos filosóficos neocausalistas desde los que se imponía la necesidad de elaborar un concepto normativo de imputación.

Con todo, puede afirmarse que, a pesar del desarrollo y acogida experimentados por la teoría de la imputación objetiva, este modelo de atribución de la responsabilidad penal, en ningún momento llegaría a imponerse con carácter definitivo sobre los otros modelos de atribución de resultados, y, en particular, sobre la teoría de la equivalencia de las condiciones o la de la causalidad adecuada, a que hemos hecho referencia anteriormente, apareciendo en no pocas ocasiones como modelos coexistentes.

Sería ROXIN quien, adoptando una visión funcional del Derecho, dotaría a la teoría de la imputación objetiva de mayor predicamento⁷⁰⁴, especialmente, a partir de un artículo publicado en el año 1970, redactado con ocasión del libro homenaje a Richard HONIG, intitulado *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en Derecho penal*. En dicho artículo ROXIN criticaba la teoría de la imputación elaborada por HONIG⁷⁰⁵, quien sostenía que el fundamento de la imputación objetiva debía hallarse en la dominabilidad del suceso por el sujeto, afirmando que “lo decisivo no era “la facticidad del poder”, sino la determinación acerca de si el autor habría creado un

⁷⁰⁴ Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad y sistema del delito*, ob. cit. pág. 379: “Con precedentes en la obra de LARENZ, en la que este autor se pone como meta superar el concepto puramente causal de acción (tal y como había sido desarrollado por el pensamiento analítico de finales del s. XIX y principios del XX, y en el que se pierde la necesaria conexión entre la voluntad del sujeto y los resultados que produce), y en la obra de HONIG, la teoría de la imputación objetiva se desarrolla de modo imparable a partir de los años sesenta sobre todo por el influjo de ROXIN”.

⁷⁰⁵ Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad y sistema del delito*, ob. cit. pág. 385: “El apoyo de la valoración ex ante desde la perspectiva de la norma resulta constante en la doctrina. Así HONIG, en su artículo que marcó un hito en el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva, destacaba cómo el derecho es un orden determinador de conductas que se dirige a la voluntad humana, de la que sólo puede exigirse aquel comportamiento que de acuerdo con la experiencia general pueda ser esperado”.

riesgo (no permitido) jurídicamente relevante”⁷⁰⁶. La acogida que la propuesta de ROXIN tendría –y sigue teniendo- sería importantísima no sólo a nivel doctrinal, sino incluso jurisprudencial, consiguiendo asimismo generar un debate en torno al instituto de la imputación objetiva que no sólo resultaría de gran interés sino asimismo muy fructífero⁷⁰⁷.

Desde entonces la doctrina, con carácter general, conviene en afirmar la concurrencia de tres niveles de atribución en el marco de la imputación objetiva:

- a) Creación de un riesgo relevante jurídicamente desaprobado o no permitido.
- b) La realización del riesgo imputable en el resultado.
- c) Comportamiento integrado en el fin de protección de la norma infringida.

Así las cosas, puede llegar a afirmarse, con carácter general que para imputar un suceso a un sujeto será necesario, en primer lugar, que el comportamiento realizado haya generado un riesgo que se encuentre jurídicamente desaprobado y resulte de una cierta entidad, en segundo lugar, será necesario que el suceso que se pretende imputar consista en el resultado creado por el riesgo previamente creado y, en última instancia, será preciso que la acción ejecutada por el sujeto sea una de aquellas que el tipo penal pretende evitar –lo que exigirá una interpretación teleológica del precepto-.

4.- Teorías de la imputación objetiva.

A buen seguro que no habrá pasado inadvertido el uso de la expresión “teorías de la imputación objetiva” en lugar de la usualmente empleada “teoría de la imputación objetiva. Tal y como dejábamos entrever, no han sido precisamente pocos los autores que se han encargado del estudio de lo que ha venido en denominarse imputación objetiva, llegando algunos de ellos a elaborar propuestas de muy diferente signo, y ello hasta tal punto que considero que en realidad no resulta posible hablar de

⁷⁰⁶ Wolfgang FRISCH, *Desvalorar e Imputar*, Editorial Atelier, Barcelona, 2004, pág. 24.

⁷⁰⁷ Tobías J. SCHLEIDER, *Acción y resultado...*, ob. cit., pág. 92: “Otra alternativa, que es la vigente sobre todo en Alemania, es la que considera que el estudio de la causalidad es incompleto, pues es preciso referirse a la “imputación objetiva” de los actos. En los delitos de acción se exige que el resultado haya sido causado por la conducta (relación de causalidad), y además que exista una determinada relación de riesgo entre el resultado y una conducta peligrosa. Eventualmente, la imputación objetiva limita la responsabilidad derivada de la causación del resultado”.

una “teoría de la imputación objetiva” sino de plurales “teorías de la imputación objetiva”. A continuación procuraré exponer de forma sucinta tres de las “teorías de la imputación objetiva” que han obtenido un mayor predicamento durante los últimos años⁷⁰⁸.

4.1.- La frustración de las expectativas sociales de GÜNTHER JAKOBS.

Según el profesor alemán uno de los objetivos fundamentales del Derecho penal, e incluso de todo el ordenamiento jurídico -por no decir el fin principal, es el de conseguir la protección de las legítimas expectativas de los ciudadanos en torno a la cuestión relativa al respeto de las normas jurídicas. Todos y cada uno de los ciudadanos tiene derecho, según JAKOBS, quien se halla en este punto claramente influenciado por LUHMANN, a confiar en que sus homólogos van a cumplir con su parte, esto es, van a actuar fielmente en el cumplimiento de las normas. De este modo, cuando una persona incumple la norma, frustra las expectativas que los demás ciudadanos habían legítimamente depositado en el respeto por el ordenamiento. El delito, como negación del Derecho, exige entonces la respuesta penal, la pena, como negación del delito que restituye la vigencia de la norma que había sido conculcada y, asimismo, reafirma a los ciudadanos en sus legítimas expectativas⁷⁰⁹.

Siendo ello así, si imputar significa atribuir algo a alguien, según JAKOBS, el fundamento de la imputación objetiva debe residir en la atribución al sujeto de la defraudación de las legítimas expectativas sociales que los demás ciudadanos habían depositado en aquel.⁷¹⁰ Puede, por lo tanto, afirmarse que la teoría de la imputación

⁷⁰⁸ Isabel VOSSGÄTER GENNANT, *Concepto social de acción e imputación objetiva*, editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pág. 13: “... sobre todo, por influencia de ROXIN, JAKOBS, y FRISCH, se ha desarrollado en la teoría del tipo la llamada teoría de la imputación objetiva. Esta teoría, pese a sus diversos matices en cuestiones de detalle, puede considerarse dominante en la doctrina alemana y ha tomado el relevo al antiguo debate sobre el concepto de acción”.

⁷⁰⁹ Niklas LUHMANN, *El Derecho de la sociedad*, ob. cit., pág. 634: “Aún aquellos que se aferran al concepto de legitimidad y, en, a los fundamentos transpositivos de validez jurídica, han limitado sus expectativas, con el tiempo a los procedimientos; han hecho del problema de la legitimidad un problema de procedimiento. [...] Se insinúa aquí, un retorno al legalismo –que en alguna época fue objeto de un estricto rechazo- en el que poner en práctica los procedimientos jurídicos del Estado justifica, a la manera de una ficción jurídica, la legitimidad jurídica”.

⁷¹⁰ Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, editorial Civitas, Madrid, 1996, pág. 91: “Cuando un contacto social produce una defraudación –siempre que se trate de un contacto social-, teóricamente al menos dos personas se ven implicadas, una víctima y un autor, utilizándose aquí la

objetiva de JAKOBS descansa sobre un muy concreto posicionamiento respecto de la relación entre sujeto y sociedad, configurándose como una teoría normativa y funcional.

Según el profesor alemán, sobre las bases anteriormente postuladas, ante un hecho cualquiera que resulte subsumible en un tipo penal caben cuatro posibilidades en torno a la cuestión de su imputación:

- a) que el hecho resulte atribuible a un sujeto distinto del ofendido o perjudicado.
- b) que el hecho resulte atribuible al ofendido o perjudicado por el delito.
- c) que el hecho resulte atribuible al infortunio.
- d) Combinaciones de las anteriores posibilidades.

Determinar cuál de las anteriores opciones resulta la adecuada dependerá en cada caso, según JAKOBS, del tipo de sociedad ante la que nos encontremos –y del momento histórico en curso- ya que, en realidad, aquello que resulte exigible de un sujeto, lo que se espera de éste, no es sino una cuestión de carácter valorativo y que se encuentra socialmente preconfigurado⁷¹¹. En todo caso, para JAKOBS, tres serán los parámetros a tomar en consideración a fin de determinar si un suceso resulta atribuible a un sujeto determinado:

1.- El rol que ocupe el sujeto en sociedad.

2.- La concreta posición que el sujeto activo del delito ocupa frente al sujeto pasivo del delito.

denominación “autor” sólo de modo provisional: prima facie no puede excluirse que la persona en cuestión sea el autor...”.

⁷¹¹ Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, ob. cit., pág. 93: “la convicción de que esta pregunta no puede ser contestada sin tener en cuenta el estadio de desarrollo alcanzado por la sociedad concreta de que se trate es una de las enseñanzas nucleares de la teoría de la imputación objetiva [...] una sociedad saturada por la técnica esperará de un fabricante máquinas que no creen nuevos riesgos, y por lo tanto le impondrá el deber de garantizar la inocuidad en todas las condiciones de funcionamiento, exonerando de este modo tanto a quien adquiere la máquina como a la víctima. Por el contrario una sociedad que esté necesitada de avances técnicos tolerará bastantes riesgos; por consiguiente, exonerará al fabricante e impondrá al propietario y a la potencial víctima la obligación de garantizar la seguridad, incluso puede que esta sociedad considere deseables el espíritu emprendedor del adquirente de la máquina y la curiosidad del operario, exonerándoles, respectivamente, de los deberes de protección o autoprotección; de ser así, la lesión se convierte en desgracia. La relación entre el propietario y el obrero se regirá, por un lado, por el grado de conocimientos relativos al riesgo que con carácter general quepa esperar de una persona dentro de su rol, y, por otro, por la configuración más bien paternalista o más bien liberal del vínculo que les une. En todo caso, depende del contexto social cuál de las posibles soluciones resulte elegida. Por consiguiente, la imputación objetiva del comportamiento es imputación vinculada a una sociedad concreta”.

3.- El contexto social.

Y es que, únicamente en atención a los anteriores parámetros podremos determinar si un sujeto ha actuado en la forma que socialmente resultaba exigible, esto es, conforme a su rol, y, por lo tanto, si el suceso no puede serle atribuido, o si, por el contrario, al no cumplir con las exigencias impuestas por su rol a frustrado las expectativas que los demás habían depositado en su persona resultando que debe responder del suceso ocurrido como propio.⁷¹²

Así las cosas, el concepto esencial en la teoría de la imputación objetiva de JAKOBS será el de “rol”, entendido como “sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables”⁷¹³. Y es que, según el citado autor, todo individuo al entrar en contacto con otro u otros sujetos ocupa una determinada posición social (en función del tipo de contacto que se produzca en cada momento) de la que se derivan una serie de exigencias comunes para quienes ostenten esa misma posición.

Es precisamente por ello por lo que, según JAKOBS, las teorías causales basadas en elementos puramente descriptivos o naturalísticos no resultan adecuadas para configurar la atribución de los sucesos, ya que pasan por el alto el componente social inherente a toda imputación, produciéndose de esta manera un desbordamiento inaceptable para una sociedad⁷¹⁴. La atribución de un suceso a un sujeto exige de una

⁷¹² Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, ob. cit., págs. 96 y 97: “Formulándolo de modo más general: las garantías normativas que el Derecho establece no tienen como contenido el que todos intenten evitar todos los daños posibles –si así fuese, se produciría una paralización inmediata de la vida social-, sino que adscriben a determinadas personas, que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción –y no a todas las personas-, determinados cometidos, es decir, aseguran estándares personales, roles que deben ser cumplidos. De este modo, posibilitan una orientación en atención a parámetros generales, sin necesidad de conocer las características individuales, roles que deben ser cumplidos. De este modo, posibilitan una orientación en atención a patrones generales, sin necesidad de conocer las características individuales de la persona que actúa. Sólo de este modo son posibles contactos anónimos: no es necesario averiguar el perfil individual de quien tenemos en frente, pues dicha persona es tomada como portadora de un rol. A modo de ejemplo: para el panadero, el comprador de una barra de pan tan sólo es comprador; al panadero no tiene que importarle si el sujeto piensa simplemente en comer el pan, sin causar daño alguno, o si pretende envenenarlo maliciosamente. Del mismo modo que el comprador no tiene que preocuparse de si el panadero reflejará o no conforme a deber en su declaración de impuestos el beneficio obtenido con la venta. Sin esta desindividualización no serían posibles los contactos sociales”.

⁷¹³ Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, ob. cit., pág. 97.

⁷¹⁴ Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, ob. cit., pág. 95: “Por lo tanto, la causación, aún como causación adecuada o dolosa, resulta de manera manifiesta insuficiente para fundamentar por sí sola la imputación. La causación únicamente afecta al lado cognitivo de lo acontecido y de ahí que no aporte orientación social. Si en todo contacto social todos hubiesen de

previa y profunda reflexión acerca de la naturaleza humana y de la posición del individuo en sociedad, que, desde luego, no puede ser alcanzada desde una perspectiva meramente descriptiva o naturalística.

Una vez aquí, JAKOBS traslada su pensamiento al ámbito dogmático exigiendo para que un suceso resulte atribuible a una persona la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. Creación de un riesgo desaprobado.

Debe distinguirse entre un riesgo permitido y un riesgo no permitido o desaprobado –ejemplo del primero sería el tráfico rodado conforme al reglamento de circulación y del segundo el incendio de un edificio habitado-. Según JAKOBS la historia permite constatar que determinados riesgos han sido aceptados convirtiéndose en socialmente adecuados, de modo que los sucesos que se deriven de la creación de dichos riesgos no resultarán imputables al sujeto que ha creado el riesgo en cuestión – en realidad ni siquiera resultarán típicos-.⁷¹⁵

2. Incumplimiento de los deberes propios del rol o posición social.

Para que un suceso resulte atribuible a un sujeto es necesario que el mismo se haya generado como consecuencia del incumplimiento de los deberes inherentes al rol o posición social que ocupa aquel. El dato esencial resulta de la afirmación de que únicamente deberá atenderse a los deberes que, en abstracto, se derivan de esa posición concreta, existiendo una prohibición de regreso en relación a las desviaciones que el comportamiento conforme a rol pueda haber sufrido.⁷¹⁶

considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada”.

⁷¹⁵ Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, ob. cit., pág. 103: “Numerosos supuestos de riesgo permitido se han generado sencillamente por aceptación histórica, estos riesgos constituyen costumbres. [...] Forman parte de la configuración de la sociedad, concretamente de la configuración que debe tener la sociedad. Esta vinculación del Derecho a la costumbre no significa que todo aquello que sea más o menos habitual esté permitido; no se trata de equipara el Derecho y el promedio de la realidad. [...] El Derecho no puede desvincularse de la sociedad en que ha de tener vigencia”.

⁷¹⁶ Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, ob. cit., pág. 106: “El carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de un modo unilateral-arbitrario. [...] quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque l otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, existe una prohibición de regreso cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida. Por consiguiente, existe una prohibición de regreso cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida. [...] A diferencia de lo que sucede respecto del principio

3. Inexistencia de responsabilidad por parte del ofendido por el delito.

Evidentemente, en consonancia con lo hasta ahora expuesto, resultará necesario determinar si la víctima ha cumplido con los deberes inherentes a su rol, puesto que en caso contrario su contribución a la producción del suceso puede conllevar la no atribución del mismo al que resultaría sujeto activo del delito⁷¹⁷.

4.2.- La teoría del incremento del riesgo de ROXIN.

ROXIN elabora su teoría de la imputación⁷¹⁸ sobre la base de un modelo dogmático construido en torno a un sistema telológico político-criminal. Según ROXIN “se debe partir de la tesis de que un moderno sistema del Derecho penal ha de estar

de confianza, la prohibición de regreso rige incluso cuando la planificación delictiva de la otra persona es palmaria, y ello porque se trata de casos en los que un comportamiento estereotipado carece de significado delictivo.

⁷¹⁷ Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, ob. cit., pág. 109: “[...] puede que la configuración de un contacto social competa no sólo al autor, sino también a la víctima, incluso en un doble sentido; puede que el propio comportamiento de la víctima fundamente que se le impute la consecuencia lesiva, y puede que la víctima se encuentre en la desgraciada situación de hallarse en esa posición por obra del destino, por infortunio. Existe, por tanto, una competencia de la víctima.

⁷¹⁸ Wolfgang FRISCH, *Desvalorar e imputar*, ob. cit., pág. 21: (a efectos de una mejor comprensión acerca de los orígenes de la teoría de ROXIN) “Entre aquellas aportaciones de la dogmática penal de las últimas décadas que han influido de un modo especialmente importante en el desarrollo del Derecho penal debe incluirse, sin duda, el artículo de CLAUS ROXIN en el libro homenaje a RICHARD HONIG. Las “Reflexiones sobre la problemática de la imputación en Derecho penal” efectuadas en ese trabajo no sólo han provocado una intensa discusión científica [...] convirtiendo así a la teoría de la imputación del resultado en uno de los temas centrales en la teoría del delito. Además, han influido persistentemente en la práctica jurídica y han producido repercusiones de mucha importancia, nada frecuentes entre las discusiones científicas con vocación de compromiso. Las reflexiones sobre la imputación de ROXIN han encontrado una resonancia mucho mayor que las propias consideraciones de HONIG, las cuales, precisamente, constituían, el punto de partida del trabajo de nuestro admirado homenajeado. A primera vista este hecho puede parecer sorprendente, dado que el propio ROXIN admite el principal criterio de imputación auspiciado por HONIG: la perseguibilidad objetiva. Sin embargo, existen motivos razonables que lo explican” [...] págs. 28 y 29; “Otras circunstancias –de las cuales aquí sólo quiero apuntar dos– favorecieron la recepción. Digna de mencionar es la existencia de una coyuntura favorable para la adopción de criterios de solución altamente normativizados. No sólo el intenso debate acerca de los distintos conceptos de causalidad, sino también la discusión introducida en los años cuarenta y cincuenta sobre el concepto de acción habían puesto de manifiesto que determinados problemas no podían solucionarse del todo recurriendo a fenómenos ontológicos o con ayuda de conceptos descriptivos, pues más bien las auténticas decisiones y los criterios que deben llevar a ellas son de tipo normativo. En estos casos existía la predisposición a embarcarse con criterios rectores altamente normativos en la medida en que estos permitían responder al problema de forma clara y orientadora. En segundo lugar, y más específicamente, la adopción de las nuevas teorías de la imputación del resultado también contribuyó a un cierto renacimiento de la idea y del concepto de imputación en Derecho penal, especialmente a la explicación del delito como un suceso imputable a una persona, bajo determinadas circunstancias, del que ésta debe responder. Por consiguiente, si el delito se define en general como un problema de imputación de un determinado suceso, se debe calificar obviamente también como problema de imputación aquella parte del delito de la que trata la teoría de la imputación objetiva del resultado”.

estructurado teleológicamente, o sea construido atendiendo a finalidades valorativas”⁷¹⁹. Dichas finalidades deben ser de naturaleza político criminal, esto es, deben atender a los fines que en una determinada sociedad han resultado asignados al Derecho penal⁷²⁰.

A la vista de ello, ROXIN atribuye a cada una de las categorías dogmáticas – incluida la acción- una finalidad instrumental, de modo que cada una de ellas debe permitir la valoración de un aspecto del comportamiento realizado fin de conseguir un análisis del caso concreto que supere las insuficiencias de un modelo excesivamente abstracto. En definitiva, la idea rectora consiste en que cada una de las categorías del sistema del hecho punible debe valorar un aspecto diferenciado del comportamiento, consiguiéndose de esta forma una auténtica valoración pormenorizada del caso concreto.

Afirma en este contexto ROXIN que el análisis de la acción deberá permitirnos valorar si nos encontramos ante un suceso que pueda ser atribuido a un sujeto aparecer como expresión de su personalidad⁷²¹.

El análisis del tipo⁷²², por su parte, deberá orientarse a determinar si nos encontramos ante una conducta merecedora de pena desde una perspectiva preventivo general.

La categoría del injusto⁷²³, por su parte, deberá permitir la contextualización del caso.

Por último, en sede de culpabilidad⁷²⁴, deberá analizarse si el sujeto objeto de enjuiciamiento merece ser castigado.

⁷¹⁹ Claus ROXIN, *Derecho penal: Parte General Tomo I*, ob. cit., pág. 217.

⁷²⁰ Claus ROXIN, *Derecho penal: Parte General Tomo I*, ob. cit., pág. 217 y 218: “Las finalidades rectoras que constituyen el sistema del Derecho penal sólo pueden ser de tipo políticocriminal, ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho penal. Desde ese punto de vista, las categorías básicas del sistema tradicional se presentan como instrumentos de valoración políticocriminal, por lo que como tales también son irrenunciables para un sistema teleológico”.

⁷²¹ Claus ROXIN, *Derecho penal: Parte General Tomo I*, ob. cit., pág. 218: “En consecuencia la afirmación de que alguien ha llevado a cabo una acción es el resultado de una valoración del contenido consistente en que ha de podersele imputar a alguien como conducta suya un suceso que parte de él o un no hacer”.

⁷²² Claus ROXIN, *Derecho penal: Parte General Tomo I*, ob. cit., pág. 218: “En el tipo se valora la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de pena [...] El fin políticocriminal de dicha conminación penal abstracta es preventivo general...”.

⁷²³ Claus ROXIN, *Derecho Penal: Parte General Tomo I*, ob. cit., pág. 219: “En la categoría del injusto se enjuicia la acción típica concreta, incluyendo todos los elementos reales de la respectiva situación, conforme a los criterios de la permisón o prohibición”.

En atención a lo expuesto, en nada puede sorprender que ROXIN haya elaborado un modelo de imputación de carácter marcadamente normativo que toma como base de la atribución del suceso al sujeto los fines asignados al Derecho penal. En conclusión, el profesor alemán pretende con ello conseguir un modelo de imputación coherente con el resto del sistema dogmático.

Según ROXIN, las reglas o leyes de la causalidad que habían servido de base al concepto causal de acción (y al modelo de imputación empírico-descriptivo que le resulta inherente) fueron puestas en entredicho durante la segunda mitad del siglo XX, llegando a convertirse en un tema controvertido en las ciencias naturales y la filosofía, y como consecuencia de ello también en el campo que aquí nos ocupa. Hasta tal punto ello fue así que se llegó a concluir que el concepto de causa era oscuro y de muy difícil determinación en la práctica⁷²⁵. A pesar de ello, la cuestión de la atribución del suceso al individuo continuó configurándose con arreglo a las reglas de la causalidad, resultando que en todos aquellos supuestos en que la solución aparecía como irracional, la misma se matizaba “gracias” al dolo.

No obstante, este tipo de solución, según ROXIN, resulta de todo punto rechazable ya que, según él: “el primer cometido de la imputación objetiva es indicar las circunstancias que hacen de una causación una acción típica⁷²⁶”, afirmación que desde luego resulta coherente con su sistema valorativo.

Una vez aquí, ROXIN afirma que los requisitos que deben concurrir para que un determinado resultado resulte atribuible a un sujeto son los siguientes:

⁷²⁴ Claus ROXIN, *Derecho Penal: Parte General Tomo I*, ob. cit., pág. 222: “Por último en la categoría delictiva de la “responsabilidad” se trata de saber si el sujeto individual merece una pena por el injusto que ha realizado”.

⁷²⁵ Claus ROXIN, *Derecho Penal: Parte General Tomo I*, ob. cit., pág. 347: “Pero aunque se parta de que se puede seguir enjuiciando los fenómenos del mundo jurídico según la ley causal, sigue habiendo suficientes puntos oscuros. Así se discute si la causalidad es una categoría del ser o, como pretendía Kant, una mera forma de pensar de nuestro intelecto [...]. Es decir, que hasta ahora no hemos logrado aclarar qué es lo que “opera” en la causalidad y cómo sucede; y por tanto sigue habiendo muchos presupuestos no esclarecidos cuando el jurista plantea la sencilla pregunta de si la actuación de un hombre concreto es la “causa” de un resultado...”.

⁷²⁶ Claus ROXIN, *Derecho Penal: Parte General Tomo I*, ob. cit., pág. 363.

a) Creación de un peligro para el bien jurídico protegido.

Según ROXIN el fundamento de la atribución del resultado al sujeto no es sino el hecho de que éste haya creado o aumentado un riesgo para el bien jurídico tutelado por el Derecho penal. Así las cosas, para determinar cuándo se ha producido este riesgo, será necesario proceder a examinar “ex ante” la idoneidad de la conducta del sujeto para conseguir la lesión del bien jurídico. Ahora bien, no toda creación de un riesgo deberá dar lugar a la imputación del resultado, sino que atendiendo a los fines del Derecho penal, únicamente, aquellas conductas que generen un riesgo importante para el bien jurídico serán atribuibles. Asimismo resulta importante destacar que según ROXIN, deberán excluirse aquellos supuestos que a pesar de generar un riesgo importante de lesión para el bien jurídico se encuadren dentro de lo que ha venido en denominarse riesgo permitido⁷²⁷, y que, según ROXIN, se caracterizan por tratarse de “una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye la imputación al tipo objetivo”⁷²⁸. Y es que no puede obviarse que la sociedad, y más aún el modelo actual, exige la permisión de determinadas clases de riesgos a fin de conseguir un desarrollo adecuado.

b) La conducta realizada deberá encontrarse abarcada por la finalidad tuitiva de la norma.

Tal y como se indicaba con anterioridad, el sistema de imputación de ROXIN se caracteriza por ser un sistema teleológico valorativo. De este modo se entiende que las conductas idóneas o peligrosas desde una perspectiva “ex ante” para lesionar el bien

⁷²⁷ Claus ROXIN, *Derecho Penal: Parte General Tomo I*, ob. cit., pág. 371: “Aunque el autor haya creado un riesgo jurídicamente relevante, sin embargo la imputación objetiva se excluye si se trata de un riesgo permitido. El concepto de riesgo permitido se utiliza en múltiples contextos, pero sobre su significación y precisión sistemática reina la más absoluta falta de claridad. Un sector lo equipara total o ampliamente con la adecuación social [...] Otro sector lo separa precisamente de la adecuación social y lo utiliza para casos de consentimiento en una actuación imprudente o como principio estructural común a diversas causas de justificación. En ocasiones también se le niega toda relevancia al riesgo permitido en los delitos dolosos”.

⁷²⁸ Claus ROXIN, *Derecho Penal: Parte General Tomo I*, ob. cit., pág. 371.

jurídico de forma grave no resulten imputables cuando el fin de protección de la norma no se encuentre orientado a evitar semejante clase de comportamiento⁷²⁹.

Existen esencialmente tres constelaciones de supuestos en los que se produce la exclusión de la imputación por tratarse de conductas que no se encuentran abarcadas por el fin de protección de la norma; 1.- los supuestos de cooperación en una autopuesta en peligro dolosa, 2.- los supuestos de puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, y 3.- los supuestos de atribución a la esfera de responsabilidad ajena.

c) Que el resultado sea la realización del riesgo previamente creado.

Por último, según ROXIN para que el resultado sea imputable a un sujeto resulta necesario que a los requisitos antedichos se le sume el dato de que el resultado acaecido consista en la realización o materialización del riesgo previamente creado⁷³⁰. Con ello, se trata, sobre todo, de no imputar aquellos resultados que han acaecido como consecuencia de cursos causales desviados como, por ejemplo, en el caso de que un sujeto golpeará a otro en el brazo resultando que éste moriría posteriormente en el Hospital como consecuencia de un incendio provocado por un cortocircuito en la instalación eléctrica.

⁷²⁹ Claus ROXIN, *Derecho Penal: Parte General Tomo I*, ob. cit., pág. 386: "... cada vez se impone más la opinión de que pese a ello en el caso concreto aún puede fracasar la imputación en que el alcance del tipo, el fin de protección de la norma típica (o sea, de la prohibición de matar, lesionar, dañar, etc.), no abarca resultados de la clase de los producidos, en que el tipo no está destinado a impedir tales sucesos".

⁷³⁰ Claus ROXIN, *Derecho Penal: Parte General Tomo I*, ob. cit., pág. 373: "La imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se haya realizado precisamente el riesgo no permitido creado por el autor. Por eso está excluida la imputación, en primer lugar, si, aunque el autor haya creado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado se produce, no como efecto de plasmación de ese peligro, sino sólo en conexión causal con el mismo. Aquí se cuentan sobre todo los casos en que un delito doloso en un primer momento se queda en fase de tentativa, pero después acaba provocando el resultado como consecuencia de un curso causal imprevisible".

4.3- El desbordamiento de la teoría de la imputación objetiva, la tesis de Wolfgang FRISCH.

Según Wolfgang FRISCH ninguna duda puede caber acerca de que las reflexiones e innovaciones introducidas por ROXIN, en el campo de la imputación objetiva, han resultado decisivas para el desarrollo del Derecho penal y de la dogmática penal moderna. La teoría del incremento del riesgo apareció, según él, como una atractiva propuesta que permitiría llegar a nuevas conclusiones, tanto en el ámbito del injusto imprudente como, especialmente, del doloso, a través de una serie de instrumentos jurídicos ampliamente conocidos y de fácil manejo que conducirían hacia la normativización del modelo de atribución del resultado al sujeto⁷³¹.

Sin embargo, a pesar de reconocer abiertamente las ventajas del modelo propuesto por el profesor de Múnich, llegando incluso a afirmar que se trata de una propuesta a seguir debido a las bondades que lleva aparejadas, la propuesta de FRISCH destaca por su potencial crítico. Tanto es así que, a pesar, de que, en realidad, FRISCH no ha llegado a elaborar propiamente un modelo de imputación objetiva (en realidad, en cierta medida asume en sus estudios el modelo de ROXIN), resulta de todo punto necesario realizar un análisis de sus reflexiones al respecto toda vez que las mismas han influido de modo importante en el posterior desarrollo dogmático en la materia. Según FRISCH, el estudio de las teorías de la imputación objetiva resulta de gran interés no tan sólo a fin de analizar los modelos de atribución de un suceso acaecido a un sujeto responsable, sino, especialmente, en la medida en que todo modelo de imputación expresa en realidad una determinada concepción del injusto.

⁷³¹ Wolfgang FRISCH, *Desvalorar e imputar*, ob. cit., pág. 26 a 28: "... el significado más amplio y el uso de conceptos más familiares y con una mayor capacidad de asociación no habrían sido suficientes por sí solos para lograr el éxito de la nueva teoría de la imputación del resultado. Ésta prometía un atractivo potencial de solución tanto en lo que se refiere a sus fundamentos como a la aportación de criterios operativos; potencial de solución que sugería que en vez de combatirla había que contribuir, en su marco ahora ampliado, a lo ya elaborado hasta el momento por los conceptos tradicionales. [...] Pero sobre todo el enfoque en cuestión fue atractivo porque sus presupuestos materiales parecían aplicables también al delito doloso [...] La mayor capacidad de abstracción conceptual de la teoría de la imputación permitió en este punto trasladar valoraciones asentadas y criterios de solución del ámbito del delito imprudente al delito doloso...".

La doctrina ha dedicado sus mayores esfuerzos desde la segunda mitad del siglo XX al estudio de la imputación objetiva, por ello, su estudio se convierte en indispensable para estudiar el desarrollo doctrinal del injusto⁷³².

El estudio de las teorías de la imputación objetiva resulta interesante a fin de analizar nuevas vías de restricción del tipo penal ante el desbordamiento que dicha categoría había experimentado, como consecuencia de la aplicación de las tradicionales fórmulas de atribución del resultado al sujeto –teoría de la equivalencia de las condiciones, etc...-, llegando incluso a afirmar que, en realidad, el origen de las teorías de la imputación objetiva obedeció a la voluntad de solucionar una problemática que a la sazón en no pocas ocasiones, suponía una colisión frontal con el principio de legalidad –especialmente en aquellos casos en que el inicio de la ejecución del delito por aplicación de las fórmulas clásicas de la causalidad nos hacía retroceder en exceso en el tiempo-. Dichas insuficiencias, y lo irracional de los resultados que como consecuencia de ello podían obtenerse, resultaban habitualmente subsanadas mediante el recurso a los elementos subjetivos –dolo e imprudencia-, pero, a pesar de ello, la solución parecía desaconsejable ya que, en primer lugar, no permitía obtener soluciones satisfactorias en todos los casos y, en segundo lugar, resultaba técnicamente inaceptable en la medida en que de esta forma se afirmaba la tipicidad –al menos en lo que al tipo objetivo se refiere- de conductas que resultaba evidente que no debían ser tildadas de típicas⁷³³. En realidad, se trataba de una cuestión de

⁷³² Wolfgang FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, ob. cit., pág. 23: En relación a la imputación objetiva; “Su continuo crecimiento es, así, paradójico, en tanto que el debate básico está caracterizado por una progresiva retirada con respecto al entendimiento del injusto que ésta presupone. Analizar estas relaciones alivia no sólo ciertos sectores de la maraña de la doctrina de la imputación, sino que hace aparecer estos sectores como necesarios para restablecer finalmente la armonía (que hoy se echa de menos) entre el debate fundamental jurídico-penal y las categorías de la aplicación del Derecho”.

⁷³³ Wolfgang FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, ob. cit., págs. 24 y 25: “El impulso decisivo para el desarrollo de una teoría específica de la llamada imputación objetiva del resultado vino dado por la consciencia de la amplitud desbordante de los tipos de los delitos de resultado sobre la base del concepto naturalístico de causación o de la teoría de la causalidad –basada en ella- que dominó la jurisprudencia de las Salas de lo Penal del Reichsgericht: la conocida como teoría de la equivalencia[...] Es evidente que un entendimiento del tipo objetivo de los delitos de resultado que conduce a semejantes consecuencias tropieza desde el principio con notables críticas, y de hecho provocó inmediatamente intentos de restricción. [...] El motivo más general, y más frecuente, fue evitar el castigo en aquellos casos en que éste aparecía como injusto e incomprensible[...] Naturalmente este motivo era el más vulnerable, pues en su contra estaba listo el contraargumento de que el objetivo de evitar penas inadecuadas cabe alcanzarlo recurriendo a posteriores grados del hecho punible, en particular con ayuda de las categorías subjetivas. Aun cuando en contra de ello –al menos- cupiera replicar que ese aplazamiento a grados posteriores constituía un rodeo innecesario, eran de más peso

determinación del contenido del propio tipo penal cuya aplicación se pretendía, cuestión ésta que resultaba claro no podía quedar en un estado de indefinición ya que, de ser así, ello implicaba afirmar que el conocimiento acerca de qué conductas están prohibidas y cuáles no, debía dejarse para un momento posterior al de la realización de la conducta, justo en el momento de valoración de las condiciones esenciales para la producción del resultado lesivo.

Según FRISCH la restricción del tipo penal, a través de la que se pretendía conseguir una auténtica delimitación de aquello que se encuentra abarcado por el tipo mediante la elaboración de una teoría normativa en el caso de la imputación objetiva, podía llegar a realizarse desde dos vías: en primer lugar, analizando y dotando de mayor contenido a la acción típica, y, en segundo lugar, analizando el modelo causal empleado. Como resulta patente la vía utilizada fue la segunda, quedando la primera de las opciones en el olvido a pesar de su gran potencial⁷³⁴.

En relación a sus orígenes destaca FRISCH que la teoría de la imputación objetiva apareció en un momento histórico doctrinal en que el injusto se identificaba con el desvalor del resultado –fruto de las reminiscencias causalistas-. Siendo ello así, la imputación del resultado exigía exclusivamente la configuración de los mecanismos que permitían determinar la relación causal entre sujeto y resultado, por más que dicha relación pudiera configurarse de modo normativo.

La irrupción de la teoría finalista en el campo del Derecho penal supondría, entre otras cosas, trasladar el acento en la configuración dogmática del delito del resultado al comportamiento, apareciendo con ello el concepto de desvalor de acción. Superadas las teorías finalistas, para las que con carácter general el desvalor de

los motivos especiales que explicaban (y fundamentaban) precisamente el planteamiento de articulación ya en el ámbito del tipo...”.

⁷³⁴ Wolfgang FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, ob. cit., pág. 27: “Para la restricción del tipo de los delitos de resultado se planteaban dos lugares sistemáticos posibles. Por una parte, se podría haber intentado enriquecer el contenido de la acción típica, hasta entonces poco precisada, de manera que decayesen las consecuencias insatisfactorias, elaborando criterios de comportamiento típico (como tal) hasta cierto punto básicos, deducidos de la esencia de los delitos de resultado y otros trasfondos normativos, así como, en su caso, tributarios de determinados tipos especiales. Esa vía –extrañamente- sólo en casos aislados se transitó, y lo que había rendido pronto cayó en el olvido. Mucho más atractivo se reveló un planteamiento que, desde dos puntos de vista, parecía dado con carácter previo: el punto de partida en la relación requerida entre la acción (en gran medida descolorida) y el resultado...”

resultado quedaba supeditado al concepto de desvalor de acción, ambas clases de desvalor pasaron a resultar esenciales en la delimitación de la teoría delictiva.

Las teorías de la imputación objetiva no resultaron ajenas a la evolución apuntada, en la medida en que desde ese momento la atribución del resultado al sujeto exigía por un lado la existencia de un resultado típico –como ocurría tradicionalmente- pero asimismo la de una acción disvaliosa.

Pues bien, la principal novedad introducida por FRISCH radica, precisamente, en considerar que fruto del desarrollo experimentado por la teoría de la imputación objetiva (que se había convertido en una supercategoría que debía abarcar el análisis de la acción y el del resultado) esta sufrió un desbordamiento de sus funciones, de modo que en su seno se analizan cuestiones que no son propiamente causales sino problemas propios de la tipicidad que exigen un tratamiento diferenciado⁷³⁵.

Según el citado autor, las insuficiencias derivadas de la inexistencia de una categoría dogmática que permita la plasmación del análisis del desvalor de la acción ha intentado en no pocas ocasiones superarse a través del recurso a la teoría de la imputación objetiva, produciéndose con ello el predicado desbordamiento. De ahí, precisamente, la exigencia de la creación de un peligro desaprobado⁷³⁶, como requisito

⁷³⁵ Wolfgang FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, ob. cit., pág. 37: “Pero tampoco debe pasarse por alto, a mi juicio, que la teoría de la imputación, en especial de la imputación del resultado, va convirtiéndose, al incorporar cada vez nuevas relaciones, en una “supercategoría”. El entusiasmo por el descubrimiento de esta nueva categoría amenaza con dar lugar [...] al peligro de que se vaya definiendo y formulando como “cuestiones de relaciones” o problemas de imputación cada vez más problemas que en realidad no lo son de la relación específica o de la imputación (de una imputación que no se limite a etiquetar otras categorías). Tal desbordamiento de la teoría de la imputación erraría no tanto por situar determinados grupos de problemas bajo rúbricas incorrectas, sino ante todo porque una teoría de la imputación desproporcionadamente inflada oculta e impide la (necesidad de la) formación de aquellas categorías cuyo “material” ha ido incorporando. Además, se corre el riesgo, como siempre ocurre con las rúbricas incorrectas, de incurrir en decisiones equivocadas y en soluciones aparentes”.

⁷³⁶ Wolfgang FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, ob. cit., págs. 46 y 47: “La sospecha que con ello se suscita de haberse incurrido en una inflación (condicionada por la historia doctrinal, pero que se ha convertido en inadecuada –teniendo en cuenta el desplazamiento del acento en los fundamentos- y quizá incluso en contraproducente) de la imputación objetiva del resultado hasta constituir una “supercategoría”, se refuerza si se analizan los pormenores de la doctrina de la imputación: el resultado no se imputará si el autor, con su comportamiento, sólo ha reducido el riesgo de producción del resultado.[...] Pero entonces, ¿es que desencadenar riesgos generales puede calificarse como comportamiento prohibido?. O bien: el resultado no será imputable si media la autolesión o auto-puesta en peligro de un tercero que obra responsablemente. Ahora bien, ¿es que no falta aquí ya todo injusto penal y por tanto todo comportamiento típico? Huelga aportar más ejemplos. Ya las muestras esbozadas ponen de manifiesto que algo, e incluso mucho de lo que hoy se califica como problema de la imputación del resultado no se encuadra en este ámbito de problemas, sino que debería hacerlo en el ámbito de una categoría sistemática que se plantee la idea del injusto de comportamiento.

de la atribución del resultado al sujeto, requisito éste que, según FRISCH, es superfluo en una auténtica teoría de la imputación objetiva ya que en realidad se refiere al significado y valoración del comportamiento típico⁷³⁷, como también lo es el fin de protección de la norma⁷³⁸.

En sentido estricto la teoría de la imputación objetiva debería atender únicamente a dos cuestiones: la primera de ellas la relación causal existente entre el resultado acaecido y la conducta realizada, y, en segundo lugar, la relativa a la relación de realización, esto es, la determinación de que en el resultado se haya materializado el riesgo que fundamentó la prohibición del comportamiento –a pesar de que llega a cuestionarse hasta qué punto puede llegar a afirmarse que la relación de realización constituya contenido de la imputación objetiva en sentido estricto-.

5.- Postura personal.

Hasta el momento hemos tenido ocasión de analizar, aunque sin vocación alguna de exhaustividad y a los solos efectos de desarrollar el objeto de estudio del presente trabajo, algunas de las principales propuestas desarrolladas en materia de imputación objetiva⁷³⁹. Sin pretender ni muchísimo menos analizar las bondades e

La doctrina de la imputación objetiva parece deber su asombroso crecimiento, no en último lugar, a la circunstancia de que no se ha considerado (ni se ha elaborado) suficientemente el acentuar el injusto del comportamiento por parte del debate básico en el ámbito de la plasmación dogmática...".

⁷³⁷ Wolfgang FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, ob. cit., pág. 74; "No es cuestión de la imputación objetiva del resultado, sino ya de la conducta típica, aquello a lo que alude el requisito de la creación de riesgo desaprobada, con independencia de si se concibe la conducta típica objetivamente, definida por un peligro desaprobado, o si se considera característico que el autor cree, según su representación, un peligro (que, para hacer que la conducta sea típicamente desaprobada, ha de ser un riesgo desaprobado)[...] todos éstos son problemas de la conducta típica y ello rige no sólo para la conducta típica a título de autoría, sino igualmente para la requerida en la participación, esto es, en la complicidad y en la inducción".

⁷³⁸ Wolfgang FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, ob. cit., pág. 80; "Finalmente, por razones análogas tampoco puede convencer el encuadramiento de la problemática del fin de protección en la teoría de la imputación objetiva del resultado, y ello al margen de si se lleva a cabo a través de una categoría expresiva de ese encuadramiento (p.ej. "relación de fin de de protección") o no".

⁷³⁹ Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Derecho Penal: Parte general*, ob. cit., pág. 468: -ZAFFARONI también entiende que las teorías de ROXIN y JAKOBS resultan capitales en el análisis la doctrina moderna- "El camino ensayado para resolver los problemas de imputación objetiva por la teoría del puro desvalor de acción ha sido dejado de lado en la dogmática alemana, por lo cual los ensayos de teorías de la imputación objetiva (como criterios únicos, que reemplazan a la causalidad) tienen lugar dentro del funcionalismo sistémico que, de este modo deviene en marco teórico propio de las llamadas teorías de la imputación objetiva. [...] Una de ellas afirma que la función del poder punitivo es la prevención de

insuficiencias de los modelos de imputación propuestos por JAKOBS, ROXIN o FRISCH intentaré exponer las conclusiones que entiendo pueden extraerse:⁷⁴⁰

1. Aspectos positivos de la teoría de la imputación objetiva.

a) La normativización de la relación de atribución del resultado al sujeto.

Según mi parecer, a la vista del desarrollo doctrinal existente en la materia, creo que puede afirmarse que se ha producido una definitiva normativización del nexo existente entre resultado y sujeto a través del desarrollo de la imputación objetiva, y ello con independencia de la teoría que se asuma. Dicha normativización entiendo que resultaba de todo punto necesaria no ya sólo a la vista de los excesos cometidos en razón de la aplicación de modelos causales descriptivos⁷⁴¹, sino, especialmente, en atención a la necesidad apuntada por ROXIN de crear un sistema teleológico funcional –en lo que a la teoría del delito y dogmática penales se refiere–, en que todas y cada una de las categorías dogmáticas se encuentren orientadas a valorar en su seno un

riesgos para los bienes jurídicos y que, por lo tanto, aspira a fundar la imputación objetiva en todas las formas típicas en la producción o el aumento de esos riesgos y en la realización de ellos en el resultado típico. La otra afirma que la función del poder punitivo es el reforzamiento del sistema mediante la certeza en la interacción conforme a roles. Se imputan las desviaciones respecto de las expectativas dirigidas al portador del rol. No interesa en rigor la capacidad individual del agente, siendo determinante su condición de portador del rol. Por rol se entiende un sistema de posiciones definidas de modo normativo, que puede estar ocupado por individuos cambiantes”.

⁷⁴⁰ ZAFFARONI, *Derecho penal: Parte General*, ob. cit., pág. 469: quien, anclado en el finalismo, si critica con dureza los modelos de ROXIN y JAKOBS; “En la tipicidad dolosa no puede negarse que, por lo menos, es extraño cualquiera de ambos criterios funcionalistas: no se ajusta a la realidad afirmar que quien causa directamente un resultado que ha querido, se diga que introduce un riesgo. No hay duda que cualquier conducta intencional, es decir orientada a un resultado, como puede ocurrir en el comportamiento económico, implica un riesgo para el agente y para la competencia, lo mismo que el comportamiento criminal en relación con las eventuales víctimas e incluso para el propio imputado, pero no por ello la estrategia del industrial, del banquero o de un genocida deja de estar guiada por una estrategia racional final. [...] En un marco mínimamente realista no es posible afirmar que quien arrojó una bomba sobre Hiroshima introdujo un riesgo, cuando en realidad causó una hecatombe. Imputar un resultado conforme a la creación de un riesgo es retomar el modelo ex ante de la tentativa, en ignorancia de que no hay tentativas en el vacío (para la nada), porque los cursos de acción sólo cobran sentido cuando son frustrados, abandonados o dialécticamente negados por la consumación del proyecto final. Extirpar un riñón, concretar una venta inmobiliaria o desviar fondos públicos son acciones ex ante riesgosas, para el médico y el paciente, para el vendedor y el comprador, tanto como para el imputado y el patrimonio público, pero la salud del paciente, la ganancia del vendedor o el vaciamiento de una cuenta fiscal no pueden sino imputarse según la correspondencia entre la acción final y el resultado obtenido, independientemente de cualquier riesgo creado”.

⁷⁴¹ Lo mismo cabe decir del modelo propuesto por la teoría finalista. Al respecto, Wolfgang FRISCH, *Desvalorar e imputar*, ob. cit., págs. 49 a 58.

aspecto diferenciado de la secuencia del delito, y que asimismo resulte armónico y coherente con los fines asignados al Derecho penal y a la pena⁷⁴².

b) La restricción del tipo penal.

Tal y como hemos tenido ocasión de observar una de las principales finalidades a que obedeció el nacimiento de las teorías de la imputación objetiva fue, precisamente, la de conseguir la restricción del tipo penal. Así las cosas, como por todos es sabido, ya el propio BELING en su crítica al concepto causal de acción evidenció que las insuficiencias existentes en tal sentido podían dar lugar a una vulneración del principio de legalidad, en la medida en que un desbordamiento en la determinación de la atribución del resultado podía convertir en formalmente delictivas conductas que racionalmente no deberían serlo⁷⁴³. A pesar de ello, transcurridas varias décadas, el problema de la causalidad siguió vigente hasta el advenimiento de las teorías de la imputación objetiva, que, si bien es cierto, no permitieron la superación total de la controversia, no lo es menos que limitaron en mucho el desbordamiento a que hiciéramos referencia.

⁷⁴² Enrique GIMBERNAT ORDEIG, “¿Qué es la imputación objetiva?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 10, 1985-1986, pág. 171: “Mientras que en las décadas de los 40 y los 50 el protagonismo correspondió a los conceptos causal y final de acción [...] desde mediados de los 60 la discusión da un giro imprevisto: la teoría social inicia una marcha triunfal, entierra al causalismo y al finalismo, y afirma que hay que dejarse de ontologías, de naturalezas de las cosas y de estructuras lógico-reales, dado que el concepto de acción sólo puede ser “útil” y “fecundo” para el Derecho penal si se le entiende como un concepto normativo”

⁷⁴³ Y es que si precisamente la principal crítica al concepto causal de acción fue la sostenida por Beling, y también por Radbruch, quienes afirmaban que definida la acción como todo movimiento corporal que produjera una modificación del mundo exterior, ello conducía a que a través de las reglas causales cualquier acto fuera potencialmente idóneo para ser delictivo, y ello en función de que finalmente se produjera un resultado en muchas ocasiones “ajeno” o al menos remoto al propio interviniente, resulta sorprendente que varias décadas después, y una vez superadas no ya la concepción causal de la acción, sino asimismo la finalista –que justo es decirlo imponía una delimitación absoluta de la atribución del resultado en este sentido– siguiera reproduciéndose el mismo problema.

2. Lo cuestionable de la teoría de la imputación objetiva.

a) La colisión entre imputación objetiva y desvalor de acción.

Tanto en el modelo de imputación de Günther JAKOBS, como en el propuesto por Claus ROXIN, se produce una clara superposición de planos entre los conceptos de imputación objetiva y de análisis del desvalor de la acción –entendido éste tanto en términos materiales como meramente formales⁷⁴⁴. Si, tal y como se viene afirmando en estas páginas, imputar significa atribuir algo a alguien, la adjetivación de una conducta como disvaliosa en nada debe influir para atribuir el resultado derivado de ella a un sujeto, de lo contrario, resultaría la afirmación de que únicamente pueden atribuirse a un sujeto aquellos resultados que provengan de una acción que previamente ha resultado disvalorada, lo que según mi parecer resulta cuanto menos cuestionable, aún y cuando nos encontremos en un plano estrictamente normativo. Ciertamente es que en Derecho penal si la conducta no resulta disvalorada ningún sentido tiene ya plantearse la imputación de la misma, pero esa es una cuestión distinta.

No obstante, las actuales teorías de la imputación objetiva, en la medida que exigen como primer requisito o condición de la imputación la de que nos encontremos ante una conducta que haya generado un riesgo desaprobado, incurren en la confusión apuntada, ya que la determinación de la existencia de ese riesgo desaprobado no supone sino la valoración de la conducta en cuestión. Tal y como

⁷⁴⁴ Juan José BUSTOS RÁMIREZ, *Imputación objetiva...*, ob. cit., pág. 113 y 114: “Con ello surgen las siguientes consecuencias. La problemática de la acción típica queda reducida a la determinación de resultados materiales, causados. No se trata, por tanto, de una cuestión normativa, sino natural; no es la lesión o puesta en peligro concreto lo que interesa, sino simplemente un resultado físico. Ello de partida aparece como contradictorio, si la perspectiva es desde el sistema jurídico, esto es, desde una base valorativa. Luego, pareciera que en último término nuevamente se trata simplemente de adición de aspectos naturales y normativos y no de una consideración global integradora. [...] **hay una reducción de la acción típica**, o, por lo menos, se juega con dos conceptos de acción típica. En efecto, la imputación de un resultado tiene necesariamente que ser algo, es decir, primero tendría que constatar la existencia de un resultado. Con ello entonces ese algo, esto es, **la acción típica queda reducida a pura causación, esto es, queda totalmente reducido en su sentido, ya que los criterios de imputación objetiva son sólo criterios de asignación del resultado**” –negrilla añadida–.

Vid. Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *¿Qué es la imputación objetiva?*, ob. cit., págs. 173 y 174: “La historia de la teoría de la *causalidad típica*, normativizado el concepto ontológico de causalidad con elementos extraños a él como el de la adecuación, la previsibilidad o el riesgo permitido, desembocó en una situación en la que al final no se sabía ni lo que era la tipicidad”.

acertadamente apunta FRISCH: “Allí donde tales riesgos existen sin una razón que legitime la desaprobación de la conducta, estas conductas no son de ningún modo idóneas para los fundamentos del injusto (de la acción) objetivo requerido por los tipos consumados. No cambia un ápice lo anterior el hecho de que tales acciones acarreen resultados típicos. Un resultado así producido no conforma el injusto de resultado (imputable) porque no se trata de la manifestación de una conducta injusta”⁷⁴⁵.

El problema, sin resultar ni muchísimo menos evidente, creo que puede exponerse del siguiente modo: hace ya varias décadas que la doctrina advierte, no sin cierta preocupación, que el actual modelo de la teoría del delito conduce en ocasiones a resultados indeseables, siendo que en un número elevado de supuestos dichos resultados se producen como consecuencia de un excesivo rigor de la categoría tipicidad. La aparición, de la mano de los finalistas, del concepto de desvalor de la acción⁷⁴⁶ permitía, en el seno de las teorías finalistas resolver dos cuestiones esenciales, la primera de ellas la de la imputación de los delitos de resultado (toda vez que simplemente cabía atender al plan del autor, con lo que ya se producía una restricción del tipo penal) y, en segundo lugar, la de evitar la mera responsabilidad penal por el resultado, cuestión ésta que se criticaba a los causalistas. Evidentemente, el propio término desvalor de la acción revelaba un potencial enorme a fin de procurar liberar al Derecho penal de los rigores de una interpretación excesivamente formal del principio de tipicidad, fruto, en definitiva, de la vinculación al principio de legalidad. Sin embargo lo poco convincente de las teorías finalistas en este aspecto, (que, en resumen, redujeron el análisis del comportamiento a una mínima expresión toda vez que casi exclusivamente se limitaban al análisis de la intención del sujeto activo del delito, configurándose como principal parámetro en el enjuiciamiento del mérito o demérito de los comportamientos) dio lugar a una curiosa situación. Y es que una vez abandonadas las teorías finalistas, cuya herencia como todos sabemos sería la de la

⁷⁴⁵ Wolfgang FRISCH, *Desvalorar e imputar*, ob. cit., pág. 43.

⁷⁴⁶ Tobías J. SCHLEIDER, *Acción y resultado...*, ob. cit., pág. 97: “Aunque se considera al jurista suizo Oscar Adolf Germann el fundamentador primero de la concepción del ilícito como desvalor de acción, el itinerario hacia la desconsideración del resultado entre los elementos relevantes para el castigo penal puede considerarse iniciado por Welzel, sobre la base de su noción de acción final. [...] Welzel, sin embargo, no consideró que el resultado quedase como absolutamente irrelevante para construir el concepto de ilícito. En ciertos pasajes de sus obras se refiere a la acción como un acontecer “no solamente” causal, sino “también final”, o indica que el sentido de la acción se determina no sólo según el resultado, sino también según la dirección de la voluntad”.

configuración del tipo subjetivo actualmente vigente con carácter mayoritario, nadie sabría donde ubicar el análisis del desvalor de la acción, ni tampoco qué parámetros eran los que debían emplearse a fin de valorar el comportamiento que se pretendía enjuiciar. Así lo entiende FRISCH al indicar, en relación al concepto de desvalor de acción, que: “tampoco bajo otros títulos y rúbricas cabe descubrir una teoría elaborada del comportamiento típico como plasmación dogmática del injusto de acción (fundamentador del injusto), sino que hay simplemente indicios de los que deducir aproximadamente la concepción, existente en la actualidad de modo latente, del comportamiento típico del delito doloso[...] lo que se echa en falta es una categoría del “comportamiento típico” que dé cuenta explícitamente de la idea de lo imprescindible e importante del desvalor de acción, en que se debatan las cuestiones acabadas de indicar y otras muchas”.

Ante semejante indeterminación, así como ante la necesidad de restricción de la categoría tipicidad, el recurso a las teorías de la imputación objetiva, apareció como la solución más viable a fin de conseguir el resultado práctico pretendido. Tal y como señala FRISCH puede llegar a afirmarse que las ventajas del actual modelo de imputación objetiva resultan más que las desventajas, pero ello, según mi parecer, no excluye el que cuanto menos resulte interesante plantear si FRISCH tiene razón, yo así lo creo, al señalar que se ha producido un desbordamiento de la categoría imputación objetiva, toda vez que la creación de un riesgo desaprobado y el que la conducta se integre en el fin de protección de la norma son cuestiones que claramente sobrepasan lo que la imputación en sentido estricto supone (especialmente en el caso del modelo de imputación de JAKOBS para quien imputación y delito coinciden).

Creo que puede llegar a sostenerse, como lo hace ROXIN, que los contenidos de la imputación objetiva completan el tipo penal, de ahí que cuando la conducta no resulta imputable se diga que es atípica, pero, evidentemente, ello supone admitir una cierta flexibilización del principio de legalidad y de las facultades atribuidas al legislador, así como una cierta confusión entre el contenido y significado de la imputación –por más que se configure como un concepto normativo- y el tipo objetivo.

Una vez aquí surge un interrogante, si estamos de acuerdo con la propuesta de FRISCH en que la creación de un riesgo desaprobado no puede constituir un elemento de la imputación objetiva, pero sí a su vez convenimos en que se trata de un concepto

con un gran potencial, en la medida en que se trata del único mecanismo de que disponemos actualmente para efectuar un análisis o valoración de la acción realizada por el sujeto, ¿qué debemos hacer con el “riesgo desaprobado? ¿debemos renunciar a su utilización? Y para el caso de que respondamos negativamente, ¿dónde debe ubicarse?

El propio FRISCH señala la oportunidad de no renunciar a la valoración del comportamiento a través del concepto de riesgo o peligro desaprobado, en virtud de los beneficios que ya han sido expuestos, ubicando su análisis, aunque ni muchísimo menos de forma rotunda, en el tipo objetivo⁷⁴⁷.

Sin pretender más que apuntar algunas reflexiones en el marco de la investigación en curso a fin de analizar nuevas posibilidades de desarrollo en el campo del concepto de acción penalmente relevante, considero oportuno plantear hasta un total de cuatro cuestiones.

- a) Efectivamente se ha producido un desbordamiento en el marco de la teoría de la imputación objetiva.

Si tal y como se apuntaba anteriormente convenimos en que la imputación objetiva en sentido estricto debe atender a la determinación de la relación entre el sujeto y el resultado, resulta cuanto menos viable la crítica de FRISCH acerca del desbordamiento experimentado por la teoría de la imputación objetiva, en el sentido de que ésta únicamente debe analizar dos cuestiones: la relación causal entre el sujeto o su acción y el resultado acaecido, así como la realización del riesgo en el resultado. Y todo ello con independencia de que se diga que la imputación objetiva es una teoría de carácter normativo, ya que los aspectos valorativos que se introduzcan deberían serlo en relación exclusivamente con el nexo existente entre sujeto y resultado.

⁷⁴⁷ Wolfgang FRISCH, *Desvalorar e imputar*, ob. cit., pág. 44: “[...] no puede renunciarse a un requisito cuyo contenido es que la conducta que conduce al resultado típico deba presentarse como creación de un peligro desaprobado. [...] La cuestión de la pertenencia al tipo (y no por ejemplo –exclusivamente a la antijuridicidad- depende de cómo se comprenda el tipo. En este punto se sostienen distintas concepciones y pueden sostenerse -al menos en principio- muchas cosas diferentes. Con toda seguridad, en una concepción del tipo como tipo avalorativo no hay lugar para este requisito material. En cambio, si (por la inconsistencia del concepto de neutralidad valorativa) el tipo se concibe como expresión de una determinada valoración, entonces todo depende, de nuevo, de en qué medida se incluyan valoraciones en el tipo.”

En efecto, y siendo consciente de lo controvertido de la cuestión, entiendo que ello debería ser así no sólo por una cuestión de significados, ya que, en definitiva, imputar es atribuir, debido a que la determinación de si una conducta se encuentra o no desaprobada y, por lo tanto, disvalorada, debe en todo caso resultar previa y autónoma en relación a si esa conducta se encuentra conectada con un resultado. Se trata de cuestiones diferentes que deben ser analizadas desde perspectivas diversas. Así las cosas, si la conducta no se encuentra disvalorada ello quiere decir que no está prohibida por el ordenamiento jurídico penal, y por lo tanto ningún sentido tiene el plantearse su conexión con el resultado típico, pero resultando ello así no porque la conducta no resulte imputable, sino por una mera cuestión de practicidad –en caso contrario estaríamos afirmando que si la conducta no resulta disvalorada el resultado no pertenece al sujeto en ningún caso, lo que evidentemente resulta más que cuestionable-.

Dicha confusión entre el desvalor de acción y de resultado se aprecia particularmente en la concepción de ROXIN para quien el fundamento de la imputación objetiva radica en la protección de bienes jurídicos, y ello a pesar de que el análisis acerca del valor o desvalor de la acción se plantea en atención a si la misma resulta objetivamente imputable: “... el resultado decisivo de la concepción político-criminal de injusto por la que abogo nos acaba llevando a la teoría de la imputación objetiva [...] El que ésta, de facto, ofrece unos resultados más precisos que la teoría de la adecuación ha sido ya puesto de relieve mediante mi ejemplo del fabricante de automóviles. Pero su origen no reside en modo alguno en la teoría de la adecuación o en cualquier otra teoría causal, sino en su derivación desde el principio de protección de bienes jurídicos, que, por su parte, encuentra su fundamento en la función del Derecho penal basada en la teoría del Estado”⁷⁴⁸.

b) Existe un problema histórico en la doctrina acerca de la ubicación del desvalor de la acción.

Precisamente por ese motivo, ante la imposibilidad de determinar con precisión –especialmente tras el fracaso en este sentido de la teoría finalista- el contenido y

⁷⁴⁸ Claus ROXIN, *Derecho Penal: Parte General...*, ob. cit., pág. 375.

ubicación sistemáticos del concepto se recurrió a un desbordamiento de la imputación objetiva. Con todo, a pesar de que dicha situación ya ha sido evidenciada por autores como FRISCH o ROBLES PLANAS⁷⁴⁹, la cuestión de la ubicación del desvalor de la acción sigue siendo controvertida –algunos señalan el tipo objetivo y otros la antijuridicidad-, sin que se trate de una cuestión superada.

- c) La creación de un riesgo desaprobado y/o el fin de protección de la norma no son criterios adecuados para comprender el análisis completo del desvalor de la acción.

Al igual que señalábamos al analizar las teorías de la participación neutra, el estudio de la imputación objetiva evidencia que la actual teoría del delito no dispone de elementos que permitan realizar un auténtico análisis de la acción. Así las cosas, afirmar que el análisis sobre el desvalor de la acción debe limitarse al estudio de la idoneidad ex ante para lesionar el bien jurídico protegido de la conducta realizada, resulta, según mi parecer, cuestionable. Ciertamente es que se trata de un parámetro que permite una valoración del comportamiento, y cierto es también que –aun y cuando sea controvertido- para muchos aparece como un criterio objetivo, pero no es menos cierto que resultaría deseable un modelo que permitiera un análisis de la acción más pormenorizado y adecuado con la realidad acaecida en cada supuesto.

Asimismo, debe destacarse, que si con el estudio de las cuestiones de participación neutra ya se ponía de manifiesto una superposición de planos, entre el desvalor de la acción y el del resultado, dicha confusión aún resulta más patente en el caso de la imputación objetiva donde el único elemento que sirve de parámetro –junto a la relación causal- para la atribución de un resultado –expresión del desvalor del resultado- es precisamente el desvalor de la acción. Queda así patente que el uno presupone al otro, siendo por lo demás de aplicación lo ya expuesto sobre la materia.

⁷⁴⁹ Ricardo ROBLES PLANAS, *Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal*, editorial Atelier, Barcelona, 2004.

6.- Imputación objetiva y tesis del desvalor material del acto.

La tesis del desvalor material de la acción que aquí se sostiene parte, entre otras consideraciones, de la inaplazable necesidad de superar a las denominadas teorías de la imputación objetiva como elemento nuclear del sistema penal.

El punto de partida resulta de la conceptualización de la imputación objetiva como criterio distorsionador de la teoría del delito en tanto que parámetro manifiestamente inidóneo para conseguir determinar la relevancia penal de las conductas sometidas a enjuiciamiento -siempre y cuando convengamos en la necesidad de proscripción de la punición de los meros resultados-.

Aún y plenamente consciente de lo atrevido de nuestro planteamiento, creo que la imputación objetiva, en cualquiera de sus versiones, conduce a una velada confusión de la relación entre acto y resultado.

El desbordamiento inherente a la teoría de la imputación objetiva en tanto que criterio, no sólo de atribución de resultados sino, asimismo, de selección de la relevancia típica de las conductas, ha conducido a doctrina y jurisprudencia a identificar en gran medida desvalor de acción e imputación de resultados, resolviéndose mayoritariamente el análisis sobre el mérito o el demérito de las conductas objeto de enjuiciamiento en función de la atribuibilidad de los resultados acaecidos, así como también, eso sí, de la concurrencia del elemento subjetivo.

A la vista de ello el análisis del desvalor del acto ha acabado reduciéndose a una mera constatación empírico-normativa acerca de la potencialidad lesiva de la conducta desarrollada por el sujeto activo del ilícito.

Permítaseme subrayar, una vez más, que ello conduce necesariamente a que, se emplee la terminología que se prefiera: riesgo antecedente, riesgo permitido, idoneidad lesiva *ex ante*, etc... el análisis de la acción aparece absolutamente desvirtuado, configurándose en términos exclusivamente causales o de potencialidad lesiva. De ahí que quepa afirmar que, en este ámbito, la única innovación apreciable en más de un siglo de andadura respecto del concepto causal de LISZT resulte de la normativización de los conceptos, dejando el resultado de ser concebido en forma naturalística para conceptualizarse normativamente e identificarse con las nociones de bien jurídico - o expectativa normativa para los sistémico funcionalistas-,

produciéndose también, por otro lado, una normativización en la configuración de la relación de causalidad existente entre acto y “resultado” (ahora afectación de bien jurídico o expectativas normativas) que habría dejado de configurarse en términos de constatación empírica para hacerlo en términos de previsibilidad racional. De ahí, precisamente, que quepa afirmar que, a pesar de tratarse de una institución habitualmente adjetivada como “reductora” del tipo penal, también pueda, y de hecho en no pocas ocasiones así ocurra, legitimar discursos expansivos del Derecho penal⁷⁵⁰.

La tesis del desvalor material de la acción pretende superar las insuficiencias inherentes a un modelo causal de acción, en donde lo relevante en la configuración de la relevancia penal del comportamiento humano resulte de su exclusiva vinculación con el resultado –sea éste entendido en términos naturalísticos o normativos-, por un “modelo semántico” de acción⁷⁵¹, en donde el enjuiciamiento de la trascendencia del acto se desarrolle en términos independientes al resultado acaecido, distinguiendo de forma meridianamente palpable entre el análisis del mérito o demérito del acto y

⁷⁵⁰ Fernando MIRÓ LLINARES, “Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en Jesús María SILVA SÁNCHEZ/Fernando MIRÓ LLINARES, *La teoría del delito en la práctica penal económica*, ob. cit., págs. 125 a 128: “En nuestro país, sin embargo, el espaldarazo para tal cambio y punto de inflexión definitivo que marca la consolidación de la teoría de la imputación objetiva se produce, también por evidente influencia de las resoluciones alemanas comentadas, con otro caso de Derecho penal de la empresa, el caso del aceite de colza desnaturalizado, en el que varias sociedades aceiteras desviaron aceite de colza de uso industrial al consumo humano, provocando más de trescientos fallecidos y decenas de miles de afectados[...] En este caso, es este ámbito de la actividad empresarial en el que se genera el riesgo, lo que condiciona finalmente de forma decisiva el método que decide adoptar el tribunal para la determinación de responsabilidad de los sujetos intervinientes, pues ya no es fácil una valoración naturalista del mecanismo causal en el seno de estructuras complejas, especialmente al ser varias las sociedades aceiteras que intervienen, las cuales a su vez tienen múltiples sujetos [...] Es decir, que no es necesario conocer el proceso natural sino atribuir racionalmente a la causa la producción del resultado. O, en palabras de Salvador Coderch, que se decidió la mayor condena del siglo al margen de la relación de causalidad”.

⁷⁵¹ Jürgen HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, editorial Cátedra, Madrid, 2011, págs. 258 y 259: “Esta interpretación de las operaciones coejecutadas arroja también luz sobre los movimientos corporales coordinados en las acciones. También la capacidad de coordinar movimientos, de suerte que éstos hagan posible, o bien la manipulación de objetos, o bien la materialización de contenidos semánticos, puede entenderse, al igual que la capacidad de calcular o de hablar, como parte de una competencia de acción. La generación de elementos fónicos funciona conforme a un sistema de reglas fonéticas que constituye una parte de la gramática. Y la psicología evolutiva cognitivista ha podido mostrar que el niño, durante su crecimiento, se hace, por así decirlo, con reglas de pensamiento por vía de una abstracción reflexiva efectuada sobre las reglas conforme a las cuales desarrollamos y coordinamos nuestros esquemas elementales de la acción. Entre la organización de los movimientos corporales orientados a la obtención de fines y los rendimientos cognoscitivos se da una conexión tan estrecha como entre la formación de fonemas y la producción de oraciones”.

aquel otro que deberá permitir, en un plano distinto, descifrar la atribuibilidad del resultado al comportamiento ejecutado.

En definitiva, creo que la teoría de la imputación objetiva incurre en una falacia naturalista al pretender inferir del “ser causal” el deber ser, esto es, lo disvalioso de un comportamiento, en tanto que cuestión ésta última de naturaleza innegablemente axiológica.

Efectivamente, los cursos causales o los meros acontecimientos pueden llegar a ser susceptibles de descripción sin necesidad alguna de atender a referencias de carácter axiológico, pero no así las acciones, cuya captación exigirá en todo caso de un proceso complejo que excede con creces lo meramente descriptivo: la interpretación. Las acciones, por lo tanto y a pesar de la confusión imperante, no se describen, sino que lejos de ello se interpretan⁷⁵², mediante un proceso de asignación de significado en atención a nuestra precomprensión de la vida, determinada conforme a reglas convencionalmente establecidas –atendiendo a la praxis o al consenso- a través de un proceso intersubjetivo⁷⁵³.

Podrá discutirse lo acertado de nuestra propuesta acerca del nuevo marco conceptual desarrollado en torno a las consideraciones filosófico-jurídicas y filosófico-políticas acuñadas, en tanto que consideraciones de naturaleza valorativa acerca de la legitimidad de la actuación legislativa, pero creo que no, así, la inidoneidad de la imputación objetiva como criterio o parámetro de desvaloración del acto. En definitiva, una cosa es decir que algo está mal y otra muy distinta afirmar que un resultado es obra de un determinado sujeto, la confusión entre ambos planos resulta a

⁷⁵² Jürgen HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, ob. cit., pág. 22: “El comportamiento y las regularidades comportamentales pueden ser observadas, mientras que las acciones pueden ser entendidas. Es de nuevo la categoría de sentido la que establece una distinción entre ambos modos de experiencia. Las acciones no puedo observarlas exclusivamente como comportamiento por la sencilla razón de que para poder describir un comportamiento dado como acción tengo que referir determinadas notas de ese comportamiento a reglas subyacentes y entender el sentido de esas reglas. Lo cual no quiere decir que la aprehensión de los contextos de acción por vía de comprensión del sentido no tenga que apoyarse en observaciones”.

⁷⁵³ Vid. Jürgen HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa...*, ob. cit., pág. 21: “Pero según parece, los puntos de vista para la interpretación de los movimientos como formas de comportamiento los obtenemos a partir de una modificación privativa de la precomprensión de nuestro propio mundo social de la vida. [...] Las reglas y normas no son algo que acaezca, sino que rigen en virtud de un significado intersubjetivamente reconocido. Las normas tiene un contenido semántico, justamente un sentido que siempre que un sujeto capaz de entenderlo las sigue, se ha convertido en razón o motivo de un comportamiento; y es entonces cuando hablamos de una acción”.

todas luces indeseable, en tanto que el análisis de la acción no debe quedar en ningún caso absorbido por el del resultado⁷⁵⁴.

Según nuestra opinión, las inconveniencias derivadas de la confusión entre lo ontológico y lo axiológico a que conducen las distintas tesis de la imputación objetiva, presuponen, asimismo, la cosificación del ser humano, toda vez que el análisis de su comportamiento queda reducido a una mera constatación empírica (causal o normativa) incompatible con la dignidad constitucionalmente reconocida a cualquier persona por el mero hecho de serlo. La dignidad del ser humano exige que el análisis de su comportamiento se desarrolle en toda su complejidad, resultando por ello conveniente atender a los procesos comunicativos intersubjetivos desarrollados en la determinación de la significación delictiva⁷⁵⁵.

⁷⁵⁴ Juan José BUSTOS RAMÍREZ, *Imputación objetiva...*, ob. cit., pág. 115: “en definitiva, no es la acción típica lo que interesa sino sólo el resultado que estaría absorbiendo a la acción y con ello absorbiendo al sujeto, cosificándolo (se pasa por alto que el sujeto está siempre en una situación dada de interacciones con otros sujetos, circunstancias y medio, y que es así como aparece en los tipos penales). Y es para la asignación de un resultado que surgen criterios normativos adicionales. Con lo cual entonces toda la riqueza y complejidad del proceso interactivo (y, por tanto, de una persona en una situación dada), es encubierto o pasado por alto en la perspectiva exclusiva (o bien preponderante) del resultado”.

⁷⁵⁵ Juan José BUSTOS RAMÍREZ, *Imputación objetiva...*, ob. cit., pág. 115: “... los tipos legales en verdad no describen acciones, sino situaciones con un proceso complejo de comunicación entre dos sujetos (o un sujeto y un colectivo); la interacción propia a un proceso comunicativo es lo que hay que destacar. Y ello implica, por tanto, considerar un todo complejo de sentido, para que pueda afirmarse la existencia de un tipo legal. Lo cual queda reducido drásticamente al plantearse como lo único fundamental el resultado”.

Vid. Edgardo Alberto DONNA, “Imputación penal y ciencia”, ob. cit., pág. 195; “Esta idea de LARENZ, conduce al análisis de que es persona. La respuesta es sencilla: es el hombre pero no entendido como esencial natural, sino como portador de una razón que va más allá de lo individual, como sujeto y espíritu. Y citando BINDER afirma que persona es una esencia racional, en el sentido de conciencia de lo que se denomina un valor más allá de lo individual que él representa”.

CONCLUSIONES⁷⁵⁶

I.-

Los antecedentes del moderno sistema de la teoría del delito se hallan en el periodo liberal ilustrado de principios del s. XIX, que se erigió tomando como referencia fundamental los postulados filosófico-políticos de la Revolución Francesa (igualdad ante la ley, soberanía popular y estricta división de poderes), así como la epistemología y filosofía moral kantianas (especialmente, su teoría de los imperativos categóricos).

El sistema del delito del periodo restaurativo, asentado sobre los postulados del idealismo hegeliano, respetó en sus líneas esenciales las características fundamentales del modelo criminal liberal, con la notable excepción de los postulados filosófico-políticos que le habían servido de base. Así, el nuevo modelo alteró la concepción liberal de Estado, de modo que los derechos del individuo quedaran supeditados a los intereses de éste.

II.-

Durante la primera mitad del s. XIX, el sistema del hecho punible se construyó bajo la premisa de que, a través de un sistema formal de carácter lógico-deductivo (al que se denominó subsunción), resultaba posible aplicar la ley de forma automática, sin necesidad de interpretación alguna. La función judicial quedaba así reducida a la valoración de los aspectos fácticos del caso sometido a enjuiciamiento, así como a la aplicación automática de los aspectos jurídicos mediante el método de la subsunción. No obstante, ya durante la segunda mitad del s. XX, se constató que el sistema adolecía de un importante déficit en tanto que la aplicación de toda norma exige de una previa labor hermeneútica.

⁷⁵⁶ Cuestión previa: la tesis del desvalor material de la acción que se propone no pretende dar definitiva solución a la cuestión de la fundamentación del injusto penal ni, tampoco, a los problemas derivados de la configuración del concepto de acción y del desvalor de acción, sino que, tan sólo, plantea la necesidad de repensar dichas cuestiones a fin de hallar un sistema del hecho punible capaz de introducir auténticos criterios materiales en el enjuiciamiento de los supuestos de hecho que, a su vez, permitan una correcta y más justa individualización de los casos objeto de análisis.

III.

El establecimiento de un sistema de responsabilidad por el hecho propio permitió, además de proscribir la responsabilidad penal por hecho ajeno, configurar un sistema dogmático en donde la responsabilidad criminal dimanara exclusivamente de las acciones personalmente ejecutadas, excluyendo, así, la punición de la mera producción de estados disvaliosos. De ahí, precisamente, la importancia de determinar con precisión aquello que las acciones fueran.

IV.-

El desarrollo de la dogmática penal experimentado ya a finales del s. XIX y, especialmente, durante el primer tercio del s. XX, permitieron constatar lo irrealizable de un modelo lógico-deductivo de aplicación del Derecho que, aunque formalmente válido, obviaba la necesidad de introducir criterios materiales en la resolución de los supuestos de hecho sometidos a enjuiciamiento a fin de lograr su correcta individualización. Dicho extremo, unido a la evolución de la teoría y filosofía políticas, conducirían a una flexibilización del principio de legalidad, permitiendo la aparición de diversas figuras de creación dogmática mediante las que la doctrina procuraba paliar los déficits apuntados. Así, a modo de ejemplo, aparecieron: las causas supralegales de justificación, el concepto de adecuación social, la teoría de las normas de cultura, o la configuración de una vertiente material de la antijuricidad mediante el recurso al concepto de bien jurídico.

V.-

Tras el periodo de influencia finalista, el contenido de la noción de desvalor de acción sufrió importantes alteraciones. Así, pasó a identificarse principalmente, además de con la subsunción en la literalidad de la norma penal, con la capacidad de imputación objetiva. De modo que para declarar lo disvalioso de la conducta resultaba oportuno, además de su expresa desvaloración por el legislador, que la misma resultara idónea desde una perspectiva antecedente para lesionar los bienes jurídicos en juego.

VI.- La necesidad de introducir criterios materiales en la determinación del desvalor de la conducta obedece a las insuficiencias derivadas de la desvaloración efectuada por el

legislador, desarrollada a través de tipos penales con carácter abstracto y universal. Características, que a nuestro entender, hacen inoperante el modelo para lograr una correcta individualización de los supuestos de hecho sometidos a enjuiciamiento, en tanto que impide acceder al análisis jurídico a todas aquellas circunstancias que no han sido expresamente recogidas por el legislador en la redacción del tipo penal.

VII.-

Asimismo, entendemos que la identificación, actualmente dominante, entre desvalor de acción e imputación objetiva, resulta de dudosa operancia a fin de desarrollar el análisis acerca del mérito o demérito de las conductas sometidas a enjuiciamiento, por conducir a la confusión entre los conceptos de desvalor de acción y desvalor de resultado, fruto de la imposibilidad de derivar de los postulados ontológicos postulados axiológicos, resultando por ello discutible la posibilidad de afirmar la “bondad” o “maldad” de los comportamientos atendiendo exclusivamente a sus potenciales efectos. En definitiva, lo valioso o disvalioso deberá determinarse abstracción hecha de las consecuencias que puedan derivarse del acto en cuestión. Por otro lado, así determinado el desvalor del acto, la distinción entre desvalor de acción y resultado debe ser puesta en entredicho, toda vez que la ejecución de cualquier acto idóneo desde una perspectiva antecedente para lesionar los bienes jurídicos en juego, presupondrá, a nuestro juicio, una mínima afectación, en sentido normativo, de los mismos. Con arreglo a la tesis del incremento del riesgo, actualmente dominante, no se lleva a cabo un análisis material acerca del desvalor del acto, sino que aquello que en realidad se analiza es el resultado, aunque eso sí, desde una vertiente normativa, así como, también, la relación existente entre acto y resultado.

VIII.-

VIVES ANTÓN, al abrigo de los postulados filosóficos de la filosofía del lenguaje de WITTGENSTEIN, define a la acción como la interpretación que, según los diferentes tipos de reglas sociales, pueda darse al comportamiento humano. De ese modo, la acción pasa de ser concebida como un *sustrato con sentido*, a configurarse como el *sentido de un sustrato*, ya que aquello que las acciones sean reside en el uso determinado por el contexto con arreglo a reglas semánticas. En definitiva, para VIVES

las acciones no disponen de una existencia efectiva previa a la atribución de sentido que con carácter concreto se desarrolla en cada caso, por lo que la acción no goza de sustrato ontológico alguno. Por lo tanto, el análisis de la acción no puede desarrollarse al margen del tipo penal, debiendo iniciarse desde la acción típica.

IX.-

Para VIVES la intención del sujeto no determina el contenido del acto, esto es, su significado. El significado del acto goza de carácter objetivo, determinándose por el sentido que alcanza en sociedad, es decir, atendiendo a las reglas sociales propias del contexto en que el mismo ha sido desarrollado. No cabe, pues, distinguir entre un aspecto interno (mental) y otro externo del acto (físico), sino que la intención mantiene con el acto una relación interna. De ahí que, para VIVES, el aspecto perceptible del acto permita inferir el contenido de la intención.

X.-

Las normas no se configuran como meros imperativos sino que, además, para ser legítimas, deben aparecer como el resultado de un proceso de argumentación racional a través del que el legislador plasma aquellos valores que se hallan en el centro del sistema, y que se orientan a alcanzar el ideal de la justicia. Dichos valores subyacentes a la norma penal deberán ser tomados en consideración en el momento de su aplicación.

XI.-

La tesis del desvalor material del acto aquí propuesta asume los postulados de la concepción significativa de la acción en cuanto al modelo de determinación del significado de los actos.

XII.-

Las acciones sí gozan de un sustrato mínimo: su componente humano. Aquello que permite distinguir a las acciones de los meros eventos resulta de su atribuibilidad a uno o varios sujetos. De ahí precisamente que pueda afirmarse que las acciones se

rijen por reglas semánticas, de atribución social de significados con arreglo a las reglas del lenguaje, mientras que los meros eventos lo hacen con arreglo a reglas físicas.

XVI.-

Según la tesis del desvalor material del acto, el análisis de las conductas humanas no debe partir del tipo penal, sino de un momento previo. Es más, el análisis debe iniciarse en una fase pretípica, que permita determinar en abstracto, con arreglo a las reglas semánticas que rijan en cada contexto, el sentido que se atribuye al comportamiento objeto de enjuiciamiento. Por ello, se considera que la determinación de sentido típico y la determinación de sentido con arreglo a reglas semánticas, no deben coincidir necesariamente, en tanto que la primera se desarrolla atendiendo a la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos contenidos en el tipo penal, abstracción hecha del contexto, con arreglo a un método lógico-deductivo, de carácter formal, denominado subsunción; mientras que la segunda, se desarrolla (abstracción hecha de la definición ofrecida por el tipo penal) con arreglo al sentido adquirido por la conducta en el contexto en que ha sido desarrollada.

XVII.-

Una vez determinado el significado atribuido a la conducta, el siguiente paso en el análisis del supuesto de hecho sometido a enjuiciamiento consistirá en (abstracción hecha del resultado acaecido así como de los potenciales resultados vinculados a la conducta objeto de análisis) determinar si la sociedad, con arreglo a las reglas semánticas, atribuye una valoración positiva o negativa a la acción sometida a estudio. De este modo, se logra desarrollar un análisis particularizado acerca de si la conducta objeto de enjuiciamiento resulta materialmente disvaliosa, consiguiéndose, así, una auténtica singularización de los supuestos de hecho sometidos a enjuiciamiento. Al efecto, se concluye que la disvaloración de la conducta desarrollada por el legislador mediante su positivización no resulta idónea para lograr captar las particularidades de cada caso, ya que la elaboración de normas abstractas desarrolladas con vocación de universalidad, no permite atender aquellas circunstancias singulares que no hayan sido expresamente previstas en la redacción del tipo penal. Dicha insuficiencia en ocasiones conduce a soluciones insatisfactorias.

XVIII.-

En el caso que la conducta no resulte socialmente disvaliosa deberá concluirse que la acción desarrollada no es penalmente relevante. En sentido contrario, en aquellos supuestos en que el análisis desarrollado permita concluir que la acción ejecutada resulta socialmente disvalorada, deberá decretarse que reviste trascendencia penal, debiendo analizarse a continuación si la misma resulta típica.

XIX.-

El análisis del significado de la conducta objeto de enjuiciamiento, así como de lo valioso o disvalioso de ésta, deberá desarrollarse con arreglo a criterios de racionalidad práctica, toda vez que aquello que las acciones sean no puede determinarse con arreglo a criterios lógicos, de carácter formal.

XX.-

La posibilidad de excluir la relevancia penal de las conductas que no resulten socialmente disvaliosas no supone quiebra alguna del principio de legalidad, en tanto que lo prohibido es la posibilidad de imponer sanciones por hechos no expresamente tipificados. No obstante, no somos ajenos a los riesgos derivados de las posibles fricciones con el principio de seguridad jurídica, debiendo advertirse que el fundamento primero que informa el principio de seguridad jurídica consiste en proscribir la arbitrariedad en la aplicación del Derecho por parte del Estado a fin de salvaguardar los derechos de los ciudadanos. A la vista de ello, cabe concluir que la elaboración de un ámbito sistemático de exclusión de la relevancia penal no supone una quiebra material del principio de seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- Rafael ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, editorial Atelier, Barcelona, 2003.
- Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, editorial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Knut AMELUNG, “El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, en Roland HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, editorial Marcial Pons, Barcelona 2007.
- Francesco ANTOLISEI, *Manual de Derecho penal: Parte general*, Editorial Hispano Americana, Buenos Aires, 1960.
- Manuel ATIENZA, *El sentido del Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 2012.
- Jorge BARRERA/ Mario PEREIRA GARMENDIA, *Teoría del delito y praxis penal*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2012.
- Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Viejo y nuevo Derecho penal: principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, editorial Iustel, Madrid, 2012.
- Paula Beatriz BIANCHI PÉREZ, “Evolución del concepto de bien jurídico en la dogmática penal, Dikaiosyne”, *Revista semestral de filosofía práctica*, nº 22, 2009.
- Johan Michael Franz BIRNBAUM, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, editorial B de f, Montevideo 2010.
- Norberto BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1965.
- Norberto BOBBIO, *Teoría general de la Política*, editorial Trotta, tercera edición, Madrid, 2009.
- Paulo César BUSATO, *Derecho Penal y acción significativa*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- Paulo César BUSATO, *La Tentativa del delito (Análisis a partir de la concepción significativa de la acción)*, Editorial Juruá, Lisboa, 2011.
- Juan José BUSTOS RAMÍREZ, *Imputación objetiva (cuestiones metodológicas y sistemáticas)*, Estudios Penales y Criminológicos, t. XII, 1987/1988.

- Juan José BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte General*, editorial Ariel, 3ª edición, Barcelona, 1989.
- Juan José BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal español, parte general*, editorial Ariel, Barcelona, 1984.
- Juan José BUSTOS RAMÍREZ, *Imputación objetiva (cuestiones metodológicas y sistemáticas)*, Estudios Penales y Criminológicos, t. XII, 1987/1988.
- Juan José BUSTOS RAMIRÉZ/ Hernán HORMAZABAL MALARÉE, “Significación social y tipicidad”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 5, 1980-1981.
- Manuel CANCIO MELIÁ, “La teoría de la adecuación social en Welzel”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales* nº 46, 1993.
- Mirentxu CORCOY, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Paz M. de la CUESTA AGUADO, *Tipicidad e Imputación objetiva*, Editorial Tirant Lo Blanch, 1999.
- Enrique CURY ARZÚA, “Antijuridicidad formal y antijuridicidad material”, *La revista de Derecho (Derecho, sociedad, cultura)*, Universidad Central de Chile, 2003, volumen 3, nº 5.
- Edgardo ALBERTO DONNA, “Imputación y ciencia penal”, en Emilio José ARMAZA ARMAZA, *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, editorial Comares, Granada, 2010.
- Pedro DORADO MONTERO, *Bases para un Nuevo Derecho Penal*, editorial Sucesores de Manuel Soler, Barcelona, 1907.
- Ronald DWORKIN, *Los Derechos en serio*, editorial Ariel, Barcelona, 2012.
- Beatriz ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho Penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ, “Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares”, en Jesús María Silva Sánchez/ Fernando Miró Llinares, *La teoría del delito en la práctica económica*, editorial La Ley, Madrid, 2013.
- Bernardo J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal: ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en derecho penal*, Comares, Granada, 1999.

- Gonzalo D. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, editorial B de f, Montevideo, 2004.
- Luis FERNÁNDEZ NIÑO, *El bien jurídico como referencia garantista*, Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2008.
- Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Editorial Trotta, Madrid, 2009.
- Paul Johan Anselm Ritter von FEUERBACH, *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.
- Paul Johan Anselm Ritter von FEUERBACH, ***Tratado de derecho penal común vigente en Alemania***, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- George P. FLETCHER, *Conceptos básicos de Derecho penal*, Editorial Tirant lo Blanch, 1997.
- Wolfgang FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, editorial Marcial Pons, Barcelona, 2004.
- Wolfgang FRISCH, “Delito y sistema del delito”, en Jürgen WOLTER/ Georg FREUND, *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004.
- Wolfgang FRISCH/ Ricardo ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, editorial Atelier, Barcelona, 2004.
- Juan L. FUENTES OSORIO, “Formas de anticipación de la tutela penal”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2006, nº 08-08.
- Juan Antonio GARCÍA AMADO, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- Mercedes GARCÍA ARÁN y Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 3ª edición.
- Enrique GIMBERNAT ORDEIG, “¿Qué es la imputación objetiva?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 10, 1985-1986.
- James GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho penal y proceso*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2010.
- Luis GRACIA MARTÍN, “La estructura dogmática y la función político-criminal de la “adecuación social” como “cierre normativo” de lo injusto”,

- Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, nº 5, Buenos Aires, 2012.
- José Luis GUZMÁN DALBORA, “Estudio preliminar”, en Johan Michael Franz BIRNBAUM, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, editorial B de f, Montevideo 2010.
 - Jürgen HABERMAS, *Conciencia moral y acción comunicativa*, editorial Trotta, Madrid, 2008.
 - Jürgen HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, editorial Cátedra, Madrid, 2011.
 - Winfried HASSEMER, “Derecho penal y filosofía del derecho en la república Federal alemana”, *Revista Doxa*, Universidad de Alicante, 1990, nº 8.
 - Winfred HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, editorial Bosch, Barcelona, 1984.
 - G.W.F. HEGEL, *Doctrina del Derecho, los deberes y la religión para el curso elemental*, Ed. Biblos, Madrid, 2010.
 - G.W.F. HEGEL, *Filosofía del Derecho*, 2ª edición, Ed. Juan Pablos, México, 1986.
 - Hans Joachim HIRSCH, “Delitos de peligro y derecho penal moderno”, en Emilio José ARMAZA ARMAZA Coord.), *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, editorial Comares, Granada, 2010.
 - Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Ed, PPU, Barcelona, 1991.
 - Joachim HRUSCHKA, “Kant, Feuerbach y los fundamentos del Derecho penal”, en Juan Pablo MONTIEL, *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
 - Susana HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.
 - Manuel JAÉN VALLEJO, *El concepto de acción en la dogmática penal*, editorial Colex, Madrid, 1994.
 - Günther JAKOBS, *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995.
 - Günther JAKOBS, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, editorial Thomson-Civitas, Navarra, 2004.

- Günther JAKOBS, *El concepto jurídico penal de acción*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- Günther JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2008.
- Günther JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, editorial Civitas, Madrid, 1997.
- Günther JAKOBS, “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales riesgo permitido, prohibición de regreso y principio de confianza”, en Günther JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, editorial Civitas, Madrid, 1997.
- Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, editorial Civitas, Madrid, 1996.
- Günther JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, Thomson Civitas, Navarra, 2006.
- Günther JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, editorial Thomson-Civitas, Navarra, 2003.
- Günther JAKOBS, “La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”, en Günther JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, editorial Civitas, Madrid, 1997.
- Hans Heinrich JESHECK, *Tratado de Derecho penal*, editorial Comares, Granada, 2002.
- Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Volumen II, editorial Losada, Buenos Aires, 1962.
- Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal (volumen IV)*, editorial Losada, Buenos Aires, 1962.
- Immanuel KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Ed. Espasa Libros, Barcelona, 1999.
- Immanuel KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989.
- Urs KINDHAUSER, “Los tipos de delito en Derecho penal económico”, en Jesús María SILVA SÁNCHEZ/ Fernando MIRÓ LINARES, *La teoría del delito en la práctica penal económica*, editorial La Ley, Madrid 2013.
- Urs KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung*, 1980, Kausalanalyse und Handlungszuschreibung, GA 1982.

- Jon Mirena LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”*: contribución al “límite mínimo” de la participación frente a los “actos neutros”, editorial Comares, Granada, 2002.
- Hans LILIE, “Sociedad del riesgo y Derecho penal”, en Emilio José ARMAZA ARMAZA (Coord.), *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, editorial Comares, Granada 2010.
- Franz VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, editorial Reus (3ª edición), Madrid, s/d.
- Franz von LISZT, *Tratado de Derecho penal (volumen 2)*, editorial Reus, Madrid, tercera edición.
- Franz Von LISZT, *La idea de fin en el Derecho penal*, editorial Comares, Granada, 1995.
- Nicolás LÓPEZ CALERA, *Mensajes Hegelianos*, La “*Filosofía del Derecho de G.W.F. Hegel*”, editorial Iustel, Madrid, 2012.
- María Carmen LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- Niklas LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, editorial Herder, México, 2005.
- Diego Manuel LUZÓN PEÑA, “La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 46, 1993.
- Giorgio MARINUCCI, *El delito como acción, Crítica de un dogma*, editorial Marcial Pons, Barcelona, 1998.
- Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, editorial Edersa, Madrid, 1992.
- Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “La concepción significativa de la acción de T.S. VIVES y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito”, *Anuario Da Faculdade da Dereito da Universidade da Coruña*, nº 5, 2001.
- Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa: Parte General*, editorial Tirant lo Blanch, Segunda edición, 2007.
- Reinhart MAURACH, *Derecho penal. Parte general. Volumen 2*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.
- Max Ernst MAYER, *Tratado de Derecho penal Parte General*, editorial B de f, Montevideo, 2007.

- Edmund MEZGER, *Modernas orientaciones de la Dogmática jurídico-penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- Edmund MEZGER, *Tratado de Derecho penal (volumen I)*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.
- José MILTON PERALTA/Pablo E. NAVARRO/ María Laura MANRIQUE PÉREZ, *La relevancia de la dogmática penal*, Ed- Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.
- MIR PUIG, “Bien jurídico y bien jurídico penal como límites al ius puniendi”, *Estudios penales y criminológicos*, nº 14, 1989-1990.
- Santiago MIR PUIG, *Derecho penal Parte General*, 8ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2008.
- Santiago MIR PUIG, *Derecho penal: Parte General*, 7ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2004.
- Santiago MIR PUIG, “Límites del Normativismo en Derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, nº 07-18, pág. 46.
- Santiago MIR PUIG, “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 05, 2003.
- Fernando MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva: aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, editorial Atelier, Barcelona, 2009.
- Fernando MIRÓ LINARES, “Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (I). Tipo objetivo”, en Jesús María SILVA SÁNCHEZ/ Fernando MIRÓ LINARES, *La teoría del delito en la práctica penal económica*, editorial La Ley, Madrid 2013.
- Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad y sistema del delito*, editorial J.M. Bosch, Barcelona, 2001.
- Michael S. MOORE, *Causalidad y responsabilidad*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.
- Lorenzo MORILLAS CUEVA; “Construcción y demolición de la teoría de la acción”, en Carlos GARCÍA VALDÉS (coordinador), *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, editorial Edisofer, Madrid, 2008.
- Francisco MUÑOZ CONDE, “Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción significativa”, en J. CARBONELL MATEU/ L. GONZÁLEZ CUSSAC/ E. ORTS BERENGUER, *Constitución Derechos Fundamentales y sistema*

penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), Editorial Tirant lo Blanch, 2009.

- Francisco MUÑOZ CONDE, “Presentación”, en Paulo César BUSATO, *La tentativa del delito (Análisis a partir de la concepción significativa de la acción)*, Editorial Juruá, Lisboa, 2011.
- Enrique ORTS BERENGUER/ José L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho penal: Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- José Manuel PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en el Derecho penal (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1995.
- Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, editorial Dykinson, Madrid, 2003.
- Miguel POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974.
- Ingeborg PUPPE, *La imputación objetiva: presentada mediante casos ilustrativos de los altos tribunales*, editorial Comares, Granada, 2011.
- Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho penal*, editorial Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.
- Gustav RADBRUCH, *El Concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*, editorial B de F, Montevideo, 2011.
- José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, *Ciencia, libertad y Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013.
- José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008
- José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, “En terreno de Dionisio: algunos apuntes sobre el concepto persona en el Derecho penal”, *Teoría & derecho: revista de pensamiento jurídico*, diciembre 2013.
- H. RICKERT, *Ciencia cultural y ciencia natural*, editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1965.
- Ricardo ROBLES PLANAS, “Dogmática de los límites al Derecho penal”, en en Andrew von HIRSCH/Kurt SEELMAN/Wolfgang WOHLERS/ Ricardo ROBLES PLANAS, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012.
- Ricardo ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, editorial Atelier, Barcelona, 2007.

- Ricardo ROBLES PLANAS, “Imputación en la empresa y conductas neutrales”, en Jesús María SILVA SÁNCHEZ/Fernando MIRÓ LLINARES, *La teoría del delito en la práctica penal económica*, editorial La Ley, Madrid 2013.
- Ricardo ROBLES PLANAS *Límites al Derecho penal (principios operativos en la fundamentación del castigo)*, Atelier, Barcelona, 2012.
 - Luis ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
 - Horacio ROLDÁN BARBERBO, *Adecuación social y teoría jurídica del delito (Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales)*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1992.
 - Claus ROXIN, *Derecho penal. Parte General, Tomo I*, editorial Civitas, Madrid, 2006.
 - Claus ROXIN, “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, nº 15, 2013.
 - Claus ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, nº 4, Barcelona 2012.
 - Claus ROXIN, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en Roland HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*
 - María Ángeles RUEDA MARTÍN, “Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso”, *revista La Ley*, enero 2002, nº 9.
 - Bertrand RUSELL, *Historia de la Filosofía Occidental (Tomo II, la Filosofía Moderna)*, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2007.
 - Bertrand RUSELL, *Historia de la Filosofía Occidental (Tomo II, la Filosofía Moderna)*, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2007.
 - Pablo SÁNCHEZ OSTIZ, *Imputación objetiva y teoría del delito*, Editorial B de F, Montevideo, 2008.
 - Tobías J. SCHLEIDER, *Acción y resultado. Un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*, ediciones Didot, Argentina, 2011.
 - Bernd SCHÜNEMANN, “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, en Roland HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático*, editorial Marcial Pons, Barcelona 2007.

- Bernd SCHUNEMÄNN, *El Sistema Moderno del Derecho penal*, Editorial B de f, Montevideo, 2012.
- Bernd SCHÜNEMANN, “Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victidogmática”, en Ricardo ROBLES PLANAS, *Límites al Derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, editorial Atelier, Barcelona, 2012.
- Gerhard SEHER, “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”, en Roland HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* editorial Marcial Pons, Barcelona 2007.
- Vid. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”, en Jürgen WOLTER/ Georg FREUND, *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004.
- Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, editorial B de f, Buenos Aires 2008.
- Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones en Derecho penal*, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2003.
- Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “¿Qué queda en la discusión tradicional sobre el concepto de acción?”, en José Luis DÍEZ RIPOLLÉS, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, editorial Tecnos, Madrid, 2002.
- Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial”, en Jesús María SILVA SÁNCHEZ/Fernando MIRÓ LLINARES, *La Teoría del Delito en la Práctica Penal Económica*, Ed. La Ley, Madrid 2013.
- Günter STRATENWERTH, *Derecho penal: parte general*, editorial Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005.
- Federico SZCZARANSKI, *Sobre la evolución del bien jurídico penal*, Revista Electrónica semestral de políticas públicas en materias penales, nº 14, 2012.
- Klaus TIEDEMANN, *Derecho penal económico: parte general y especial*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*, 4ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2001.
- Tomás S. VIVES ANTÓN/Enrique ORTS BERENGUER/, Juan Carlos CARBONELL MATEU/ José Luis GONZÁLEZ CUSSAC/Carlos MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *Derecho Penal: Parte especial*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

- Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Fundamentos del Sistema Penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Isabel VOSGÄTTER GENNANT NIERMANN, *Concepto social de acción e imputación objetiva*, editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- WEIGEND T., “Grenzen strafbarerbarer Beilhilfe”, en ESER, A., *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*. Nomos, Baden-Baden, 1998.
- Hans WELZEL, *Derecho penal alemán: Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987.
- Hans WELZEL, *Derecho penal: Parte general*, Editorial Roque de Palma, Buenos Aires, 1956.
- Hans WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*, editorial Ariel, Barcelona, 1964.
- Hans WELZEL, “El problema de la validez del Derecho. Una cuestión límite del Derecho”, en Hans WELZEL, *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*, Editorial B de F, Montevideo, 2006.
- Vid. Hans WELZEL, *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal, ¿Un malentendido sin solución?*, editorial B de f, Montevideo, 2004.
- Ludwig WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, editorial Crítica, Barcelona, 2012.
- Ludwig WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Autónoma Nacional de México, editorial Crítica, Barcelona, 1988.
- Wolfgang WOHLERS, “Complicidad mediante acciones “neutrales”. ¿Exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en el uso de la actividad cotidiana o típicamente profesional?”, *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, volumen 27, nº 80, 2006.
- Jürgen WOLTER/Georg FREUND, *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004.
- Jürgen WOLTER, “Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma, estructuras de un sistema integral que abarque el

delito, el proceso penal y la determinación de la pena”, en Jürgen WOLTER/Georg FREUND, *El sistema integral del Derecho penal*.

- Jürgen WOLTER, “Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de teoría del delito en la actualidad”, en Diego Manuel LUZÓN PEÑA/ Santiago MIR PUIG, *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1999.
- Diethart ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito: análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1990.