

# BASES DE UNA TEORÍA DEL DELITO A PARTIR DE LA FILOSOFÍA DEL LENGUAJE.

*Paulo César Busato*<sup>1</sup>.

## Introducción.

El desarrollo de los estudios dogmáticos en materia penal ha llegado, otra vez, a un momento de quiebra de paradigmas. La situación es lo que Thomas Kuhn<sup>2</sup> ha descrito como la crisis del paradigma. Cuando un área de investigación alcanza un nivel de desarrollo tal que los problemas y oposiciones no pueden ser resueltos a partir del paradigma, es el momento de ofrecer un nuevo punto de referencia que pueda enfrentar adecuadamente los problemas propuestos. Es en este momento que la ciencia evoluciona. Hemos llegado, otra vez, a la necesidad de ciencia revolucionaria, de romper con las certidumbres consolidadas para la construcción de nuevos puntos de referencia.

Esto está pasando porque las exageraciones normativistas han llegado a su cumbre, con la funcionalización del sistema hacia la norma y el consecuente desprecio del hombre como centro de referencia de la construcción dogmática. Me refiero directamente al modelo funcionalista más radical. La necesidad de cambio es más que evidente y la proposición de una nueva referencia ya está puesta.

Desde la derrocada del finalismo *welzeliano*, por la tendencia funcionalista, no hay noticia de un cambio tan importante en la organización del sistema de imputación penal.

El clamor que ha despertado, en su momento, el clásico de Roxin *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, a comienzos de los 70 del Siglo XX, hasta hace poco figuraba como la última verdadera revolución en la forma de pensar el Derecho penal. Roxin propuso la sustitución del modelo de anclaje ontológico-

---

<sup>1</sup> El autor es profesor de Derecho penal de la Universidad Federal de Paraná y del Centro Universitário Franciscano de Curitiba, profesor invitado del programa de doctorado en modalidad intensiva de la Universidad de Buenos Aires, doctor en Derecho penal por la Universidad Pablo de Olavide, en Sevilla, España y miembro del Ministério Público de Paraná, Brasil.

<sup>2</sup> La tesis de Kuhn es de que la ciencia evoluciona a través de una sucesión de quiebra de paradigmas, y lo explica: "A veces, un problema normal, que debería resolverse por medio de reglas y procedimientos reiterados de los miembros más capaces del grupo dentro de cuya competencia entra. Otras veces, una pieza del equipo, diseñada y construida para fines de investigación normal, no da los resultados esperados, revelando una anomalía que, a pesar de los esfuerzos repetidos, no responde a las esperanzas profesionales. En esas y en otras formas, la ciencia normal se extravía repetidamente. Y cuando lo hace – o sea, cuando la profesión no puede pasar por alto ya las anomalías que subvierten la tradición existente de prácticas científicas – se inician las investigaciones extraordinarias que conducen por fin a la profesión a un nuevo conjunto de compromisos, una base nueva para la práctica de la ciencia. Los episodios extraordinarios en que tienen lugar esos cambios de compromisos profesionales son los que se denominan en este ensayo revoluciones científicas. Son los complementos que rompen la tradición a la que está ligada la actividad de la ciencia normal". KUHN, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. 1ª ed., 12ª reimp., trad. de Agustín Contin, Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 27.

personalista y formal proveniente del finalismo por una organización de teoría del delito en sistema abierto, totalmente funcionalizado hacia las razones de la pena y permeable a la influencia de los principios generales como forma de corrección de las distorsiones del sistema. Hubo la sustitución de las condicionantes ontológicas de la acción como categoría de base del sistema, por el tipo, como expresión normativa.

La idea general de *funcionalismo* tiene mérito porque obliga a reconocer la instrumentalidad del sistema punitivo, en la medida en que reconoce la idea de que antes hace falta pensar en el objetivo general del mecanismo de imputación para, sólo entonces, tratar de construir las categorías del delito. Ello supone la total y completa normativización del sistema y el reconocimiento de que el Derecho penal es instrumento normativo de control social. Silva Sánchez<sup>3</sup> señala que la *ola de normativización de la dogmática jurídico penal* hizo que “no sólo los conceptos de culpabilidad y acción (y muchos otros en un nivel inferior de abstracción) a los que la dogmática jurídico-penal ha atribuido de modo continuado una esencia o – más vagamente – una estructura (lógico-objetiva, prejurídica), se convierten en conceptos acerca de los que no puede decirse nada sin atender a la misión del Derecho penal”.

Pero el desarrollo que sucedió a las primeras construcciones del llamado funcionalismo ha dado lugar – no sería de esperar otra cosa – a los modelos normativos más radicales que proponen, incluso, el olvido del mismo hombre como realidad y centro de organización del Derecho penal, considerándole un “subsistema psico-físico”<sup>4</sup> y proponiendo la completa funcionalización del sistema hacia la simple obtención de estabilidad normativa. Lo que interesaría, entonces, más do que reconocer el anclaje axiológico del sistema de imputación, sería obligar a la completa subordinación del ejercicio del control – y, al final, del mismo hombre – a la pretensión de mantener estable la norma.

Es fácil percibir que la superación del punto más exagerado del modelo ontológico<sup>5</sup> ha conducido a una igual exageración normativa. Con eso se va repitiendo un ciclo interminable de oposiciones mutuas entre proposiciones ontológicas y normativas<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 69.

<sup>4</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General*. 2ª ed. corregida, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 183.

<sup>5</sup> Quizás la posición más radicalmente personalista-ontológica resulte ser la construcción de Zielinski, siguiendo los pasos de Welzel. Cf. ZIELINSKI, Diethart. *Desvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Trad. de Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990.

<sup>6</sup> Comenta Baldó Lavilla que “se puede describir la evolución moderna del Derecho penal a través de la teoría de los ciclos, mostrando esta evolución una permanente tensión entre el ontologismo y el normativismo, que va resolviéndose cíclicamente con propensión en una y otra orientación”. BALDÓ LAVILLA, Francisco. “Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito”. En *Política Criminal y nuevo Derecho Penal, Libro homenaje a Claus Roxin*, ed. Jesús-María Silva Sánchez. Barcelona: J.M.Bosch, 1997, pp. 367.

Es evidente agotamiento de las dos perspectivas. La superación del paradigma no puede escapar a un necesario cambio de algunas teorías de base. La dificultad que hemos vivido en lo que refiere a los elementos subjetivos del injusto, ha puesto de relieve un dilema básico: “o hay que atenerse a una configuración realista, naturalista, de tales elementos, o bien hay que darles, o se les da, un contenido fundamentalmente normativo”<sup>7</sup>. Parece que el camino correcto está en compaginar ambas perspectivas. Hay que valorar negativamente el comportamiento que llamamos tentativa de delito, pero esta valoración debe tener presentes criterios tales que la aproximen cuanto sea posible a una realidad concreta. No se puede negar que todo el sistema de imputación es esencialmente una elección axiológica, pero eso no puede hacer con que se pierdan en las brumas el intento de aproximación de una realidad que, aunque utópica, debe de ser siempre buscada. El camino se hace al caminar.

El momento exige, pues que nos ubiquemos “a un tercer nivel, en el que se entremezclan elementos descriptivos y normativos, objetivos y subjetivos, cuya misión reside en configurar el objeto sobre el que va a incidir la valoración peculiar de la categoría dogmática en cuestión”<sup>8</sup> y dotarle de sentido.

Las dos bandas (el normativo y el ontológico) no sólo son insuficientes aisladamente para basar la construcción de la imputación, como, aunque juntas, sólo pueden llegar a traducir con cierto grado de justicia lo que se espera del sistema penal, si incluyen la dimensión de sentido. Esta dimensión de sentido sólo es recuperable tomando por base de la construcción jurídica la filosofía del lenguaje. Esta es la revolución posible y que ya ha empezado.

La hermenéutica jurídica ha evolucionado de manera bastante clara, partiendo de un modelo analítico (sintático-semántico), del siglo XIX, con Savigny y la Jurisprudencia de los conceptos, en dónde la norma es unívoca, sólo tiene un sentido; ha pasado por un modelo kelseniano (semántico-sintático), en la primera mitad del siglo XX, en dónde la norma no es unívoca, sino que entre sus variados sentidos se aplica lo que mejor se adapta al supuesto en concreto y ha llegado, mas recientemente, al reconocimiento de la necesidad de la búsqueda del contexto. En esta perspectiva no se anula la sintaxis y la semántica, sino que se da la preferencia a la pragmática<sup>9</sup>. Según Hassemer<sup>10</sup>, esta aproximación

---

<sup>7</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990, p. 21.

<sup>8</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos...cit.*, p. 23 e 24.

<sup>9</sup> Hassemer refiere que “la sintáctica está siempre contenida y presente en la semántica y en la pragmática, ya que por sus reglas se comprende el significado, se actúa lingüísticamente. Por su parte, la semántica está siempre contenida y presente en la pragmática, ya que la actuación lingüística en situaciones presupone que se comprenda el significado de las palabras empleadas” HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona: Bosch Casa Editorial, S. A., 1984, p. 222.

<sup>10</sup> “La aproximación del lenguaje legal al cotidiano no sólo se debe a la misión del sistema jurídicopenal, ya analizada, de comunicarse lingüísticamente con los afectados por él, sino que más bien la consecuencia forzosa de la misión del sistema jurídico de elaborar experiencia. Un lenguaje formal no expresa la experiencia, la realidad; es sintaxis, no semántica o pragmática”.

progresiva entre el Derecho y el lenguaje deviene justamente de la necesidad de aquél de producir respuestas a problemas prácticos:

“La clasificación de la semiótica – teoría del lenguaje y de su uso- es muy útil, si se quieren conocer los límites hasta los que la ley puede vincular en sí al juez. En la “sintaxis” o *sintáctica* se trata de las relaciones de los signos lingüísticos entre sí, de gramática, de lógica, de formas y de estructuras. En la *semántica* se trata de las relaciones de los signos lingüísticos con la realidad, de significado, de experiencia, de realidad. En la *pragmática* se trata de la relación de los signos lingüísticos con la realidad, de significado, de experiencia, de realidad. En la *pragmática* se trata de la relación de los signos lingüísticos con su uso en situaciones concretas, de acción, de comunicación, de retórica, de narración”<sup>11</sup>.

Un nuevo referencial para el desarrollo de esta pretensión se ofrece a partir de la Filosofía del lenguaje. Las teorías de la argumentación y de la comunicación, han posibilitado un cambio de punto de vista desde las aspiraciones del mismo derecho, en el sentido de, por un lado, cambiar la pretensión de verdad por una pretensión de justicia y de otro, permitir la confluencia de aspectos normativos y ontológicos bajo la medida de la comunicación de un sentido.

Conviene, pues, verificar de que modo la teoría de la comunicación, como producto de la filosofía del lenguaje nos ofrece herramientas para la composición de una teoría de base más adecuada al avance que ya se hace necesario en la Teoría del derecho y también específicamente en la Teoría del delito, en fin, para cumplir la aspiración teleológico-funcionalista de “racionalizar esa intervención de aspectos teleológicos y axiológicos en la construcción del sistema”<sup>12</sup>.

Lo que quiere este corto trabajo es servir de escaparate para presentar los dibujos iniciales de un perfil dogmático nuevo que está en via de construcción y que ya despierta una gran atención de parte de importantes penalistas en el mundo, que aquí se denomina sistema *significativo* de teoría del delito. La expresión se toma del llamado concepto *significativo* de acción, formulado por Vives Antón<sup>13</sup>, que el autor español utiliza como una de las bases (junto con la concepción de la norma que expone su contenido real, es decir, la pretensión

---

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*cit. p. 221.

<sup>11</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*, cit., p. 221.

<sup>12</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación...*cit., p. 68.

<sup>13</sup> El autor presenta las bases de su proposición para la teoría del delito en VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. Para un resumen del modelo presentado por Vives, véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “La «concepción significativa de la acción» de T.S.Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito”. En *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Coord. Adán Nieto Martín, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.

general de validez como regla justa para el hecho, y la idea de libertad de acción, como los tres ejes del sistema.

Es cierto que aquí, por las estrechas dimensiones de éste trabajo, no cabría describir toda la estructura teórica del delito que propone Vives Antón, pero es imprescindible dar cuenta de algunos elementos fundamentales que permitan identificar sus bases estructurales.

## **1. Aspectos generales de la base filosófica del modelo significativo de teoría del delito.**

La propuesta de Vives se asienta por un lado en la filosofía del lenguaje del segundo Wittgenstein<sup>14</sup>, 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.

En realidad es el mismo pensamiento humano que se organiza alrededor de estos fundamentos y lo que hace Vives es agrupar la racionalidad penal a partir de los *juegos del lenguaje* expresos en la acción y las *formas de vida* que dan racionalidad práctica a las reglas. Por otra parte, en la metodología de presentación de los temas de parte general afirma las realidades a partir de la comprensión del lenguaje como acuerdo comunicativo que legitima las normas según pretensiones de validez.

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-filosófico* que expresa la búsqueda del lenguaje lógicamente perfecta<sup>15</sup>, sustituyendo esta idea por la de que la esencia del lenguaje está en los “juegos de lenguaje” (*Sprachspiele*)<sup>16</sup>, con

---

<sup>14</sup> El Wittgenstein de *Investigaciones Filosóficas*, que asume el carácter dinámico del lenguaje en base a los juegos del lenguaje que ponen en conexión distintos cuadros o formas de mundo.

<sup>15</sup> “En el *Tractatus*, el concepto de representación es sumamente concreto y unívoco: toda representación se define por su forma de representación y su relación pictórica; dadas éstas y conocido el método de proyección, podemos determinar unívocamente lo representado. Así, si reconocemos la forma lógica de una proposición, podemos determinar el hecho representado sin lugar a error. Sin embargo, ya en (1929) Wittgenstein expresó dudas acerca de la univocidad de esa relación. No sólo en el sentido de que el conocimiento del método de proyección no asegure un único resultado, sino también en el sentido de que resulta dudoso que los diferentes modos de proyección conserven una estructura común, una forma lógica. Es más, el método de proyección que se emplee en cada ocasión no es comprensible a menos que se den por sabidas ciertas reglas o convenciones de la representación”. BUSTOS, Eduardo. *Filosofía Contemporánea del Lenguaje I (Semántica filosófica)*. 1ª reimp., Madrid: UNED, 1994, p. 12.

<sup>16</sup> Wittgenstein abre su *Investigaciones filosóficas* citando un interesante pasaje de *Confesiones* de Santo Agustín: “Cuando ellos (los mayores nombraban alguna cosa y consecuentemente con esa apelación se movían hacia algo, lo veía y comprendía que con los sonidos que pronunciaban llamaban ellos a aquella cosa cuando pretendían señalarla. Pues lo que ellos pretendían se entresacaba de su movimiento corporal: cual lenguaje natural de todos los pueblos que con mímica y juegos de ojos, con el movimiento del resto de los miembros y con el sonido de la voz hacen

lo cual se verifica que el sentido del lenguaje le enmarca el contexto en dónde se desarrolla y no en vinculaciones previas. Se puede decir que una expresión es “apropiada, pero sólo para este dominio estrictamente circunscrito, no para la totalidad de lo que pretendemos representar”<sup>17</sup>.

Coherentemente con sus planteamientos- de sustituir la descripción por comprensión, por significación - , Wittgenstein opta por no dar un concepto de “juego de lenguaje”<sup>18</sup>, se limita a ofrecer ejemplos, como dar ordenes 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, determinados puntos de partida, para que estos juegos tengan sentido. 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.

Pero, los juegos de lenguaje, como cualquier otro juego, se rigen por reglas<sup>19</sup>. Las reglas deben de ser compartidas entre los participantes del mismo juego de lenguaje. Para que una regla exista, hace falta que algunas personas las obedezcan en algunas ocasiones.

Deriva de ello que no se puede hablar de regla cuando es seguida una única vez o por una sola persona. La regla supone convenir respecto de su existencia<sup>20</sup>. Pero no supone la existencia de una única regla respecto de la cual se pueda convenir, con lo cual se llega a la paradoja descrita por Wittgenstein: “una regla no podía determinar ningún curso de acción porque todo curso de acción puede hacerse concordar con la regla”<sup>21</sup>.

---

indicación de las afecciones del alma al apetecer, tener, rechazar o evitar cosas. Así oyendo repetidamente las palabras colocadas en sus lugares apropiados en diferentes oraciones, colegía paulatinamente de qué cosas eran signos y, una vez adiestrada la lengua en esos signos, expresaba ya con ellos mis deseos”. De ahí concluye Wittgenstein que este pasaje ilustra “la esencia del lenguaje humano”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*. 2ª ed., trad. de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Barcelona: Editorial Crítica, 2002, p. 17.

<sup>17</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas...cit.*, p. 21.

<sup>18</sup> Lo mucho que concede Wittgenstein es en afirmar que “todo el proceso del uso de palabras es uno de esos juegos por medio de los cuales aprenden los niños su lengua materna. Llamaré a estos juegos «juegos de lenguaje» y hablaré a veces de un lenguaje primitivo como un juego de lenguaje”, y más por delante, afirma: “llamaré también «juego de lenguaje» al todo formado por el lenguaje y las acciones con las que está entretelado”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas...cit.*, p. 25.

<sup>19</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas...cit.*, p. 359.

<sup>20</sup> “«Cuando significamos algo, no es como tener una figura muerta (del tipo que sea), sino que es como si nos dirigiéramos hacia alguien». Nos dirigimos hacia aquello que significamos”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas...cit.*, p. 319.

<sup>21</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas...cit.*, p. 203.

Pero, hay una intensa relación entre regla y error, ya que sólo es posible hablar de error en dónde una regla no es cumplida, es decir, la violación de un patrón determinado entre correcto e incorrecto. La reacción de un participante del juego de lenguaje al error es un importante marcador de la propia existencia de la regla y es lo único que se puede considerar efectivamente una regla fundamental, es decir: seguir o no a la regla propuesta. Wittgenstein<sup>22</sup> lo expresa al afirmar que “la respuesta era: si todo puede hacerse concordar con la regla, entonces también puede hacerse discordar”, con lo cual “mostramos que hay una captación de una regla que *no* es una *interpretación*, sino que se manifiesta, de caso en caso de aplicación, en lo que llamamos «seguir la regla» y en lo que llamamos «contravenirla».

Con ello, se puede concluir que las reglas son prácticas<sup>23</sup> compartidas de la vida diaria que subyacen a ciertos juegos de lenguaje y que fueron moldeadas por ciertas convicciones y reglas fundamentales.

Esas reglas fundamentales constituyen un sistema que es un “cuadro del mundo”. Así, justamente porque este “cuadro del mundo” es la configuración de reglas básicas que componen las “formas de vida”<sup>24</sup>, ellos no necesitan justificarse y no pueden ser valorados como ciertos o errados<sup>25</sup>. Tan sólo es posible imponer un “cuadro del mundo” a través de la persuasión y no a través de justificativas, pues ellas son relativas a la misma “forma de vida”.

De ello deriva un profundo interés para el discurso racional práctico y luego, para el discurso jurídico, pues el uso descriptivo del lenguaje no es el único y por ello, no es esencial o fundamental. Así, no hay razones para la reducción del lenguaje normativo al modelo descriptivo y además, la lógica de los “juegos de lenguaje” - incluso en el discurso jurídico - solamente puede ser comprendida a partir de la consideración de otros factores además de su expresión verbal, incluso las circunstancias en que tiene lugar. Con ello, para el establecimiento del argumento jurídico, no son despreciables las circunstancias del supuesto de hecho, ni tampoco su ubicación histórica, social, cultural y política.

Por otro lado, las raíces de la idea de «*acción comunicativa*» de Habermas se hallan ubicadas principalmente en la Filosofía del lenguaje propuesta por Wittgenstein<sup>26</sup>. Ya de entrada esclarece Habermas<sup>27</sup> que su intento, no coincide con “el interés metodológico por una fundamentación de las ciencias

---

<sup>22</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas...cit.*, p. 203.

<sup>23</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas...cit.*, p. 203.

<sup>24</sup> “La noción de *juego de lenguaje* en las *Investigaciones* es correlativa con la *forma de vida*”. BUSTOS, Eduardo. *Filosofía... cit.*, p. 18.

<sup>25</sup> Wittgenstein afirma que “el lenguaje es un instrumento. Sus conceptos son instrumentos. Creemos entornces que no puede tener *mucha* importancia *qué* conceptos empleemos. Como, en definitiva, podemos hacer física con pies y pulgadas al igual que con metros y centímetros; se trata sólo de una diferencia en la comodidad”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas... cit.*, p. 359.

<sup>26</sup> En ese sentido, VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 195.

<sup>27</sup> HABERMAS, Jurgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Vol. I, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Taurus, 1987, p. 9.

sociales en una teoría del lenguaje”, como haría proponer el establecimiento de un “concepto de acción” sino el ofrecimiento de una “teoría de la sociedad”.

Se parte, pues, de tratar de verificar como actúan los procesos sociales. Habermas considera que el mundo social no es algo dado previamente, sino algo dotado de sentido, que depende, siempre, de interpretación y de validez. Por ello, las relaciones sociales se expresan según pretensiones de validez. En ese sentido, observa Jiménez Redondo:

“siempre que tratamos de *entendernos* con *alguien* sobre *algo* (ser seres dotados de lenguaje implica, pues, habitar tres mundos, el subjetivo, el objetivo y el mundo social del sentido), siempre que pronunciamos aunque sólo sea una frase para coordinar con el prójimo nuestros planes de acción, [...] no tenemos más remedio que pretender *inteligibilidad* para nuestros medios de expresión, *verdad* para aquello que decimos sobre el mundo o para aquello que implicamos sobre el mundo objetivo, *corrección* para nuestra propia acción de hablar o para lo que hacemos hablando, y *veracidad* para lo que decimos en tanto que expresión de nuestro pensamiento”<sup>28</sup>.

El propósito de entenderse, llevado a cabo por un proceso de comunicación a través del lenguaje es el sentido primario del lenguaje y por ello, debe de estar presente en todas las formas de empleo del lenguaje, es decir, en todas los procesos de socialización. Así, todo el proceso de socialización depende de una “acción coordinada mediante un empleo del lenguaje con las características señaladas”<sup>29</sup>.

Habermas<sup>30</sup> propone que “el entendimiento lingüístico es sólo un mecanismo de coordinación de la acción, que ajusta los planes de acción y las actividades teleológicas de los participantes para que pueda constituir una interacción”.

Este carácter compartido del entendimiento lingüístico distingue los actos de habla de las comunicaciones no verbales, no sólo por su expresión reflexiva y autoexplicativa, sino también por el objetivo que persigue de buscar sentido. Por ello, los actos de habla sobrepasan la condición de entidades ontológicas y no pueden, por ello, “ponerse por obra causalmente”<sup>31</sup>.

Pero, Habermas<sup>32</sup> se adelanta en afirmar que “el modelo comunicativo de acción no equipara acción y comunicación. El lenguaje es un medio de comunicación que sirve al entendimiento, mientras que los actores, al entenderse entre sí, para coordinar sus acciones, persigue cada uno determinadas metas”. En

---

<sup>28</sup> JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. *Estudio Preliminar a la obra Fundamentos de Derecho penal*, de Tomás S. Vives Antón. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 72.

<sup>29</sup> JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. *Estudio...cit.*, p. 72.

<sup>30</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción... cit.*, p. 138.

<sup>31</sup> En ese sentido VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 192.

<sup>32</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción... cit.*, pp. 145-146.

definitiva, “la acción comunicativa designa un tipo de interacciones que vienen coordinadas mediante actos de habla, mas que no coinciden con ellos”. Para Habermas<sup>33</sup> “el entendimiento lingüístico es sólo el mecanismo de coordinación de la acción, que ajusta los planes de acción y las actividades teleológicas de los participantes para que puedan constituir una interacción”.

Lo que sí, deriva de estas conclusiones es que Habermas<sup>34</sup> puede a partir de ello, sacar la diferencia entre acción y el mero movimiento corporal, lo cual, aunque haga parte de la acción, no puede confundirse con ella misma. “Las acciones son realizadas en cierto modo mediante movimientos del cuerpo. Pero esto hay que entenderlo en el sentido de que al actor *co-realiza* esos movimientos cuando sigue una regla de acción, técnica o social”.

Así, aparece la idea de que “del concepto de seguir una regla se sigue un concepto de *capacidad de acción*, conforme al cual un sujeto a) sabe que sigue una regla b) (si) en las circunstancias apropiadas está en condiciones de *decir* qué regla está siguiendo, es decir, de indicar el contenido proposicional de la «conciencia de regla»”<sup>35</sup>.

Queda pues, dibujado el concepto de acción comunicativa de Habermas, que va más allá de la simple idea de un movimiento final, y la convierte en una expresión de sentido<sup>36</sup>. La diferencia se ubica en el campo metodológico, pues el análisis de la acción en las perspectivas reduccionistas, al confundirla con el mero *comportamiento*, reduce su campo hacia una idea meramente empírico-descriptiva del objeto, mientras que una perspectiva de la acción como la propuesta, convierte la tarea en una descripción de las objetivaciones dotadas de sentido, exigiendo el análisis de este mismo sentido conforme a las reglas según las cuales se produjo<sup>37</sup>.

La acción comunicativa es un fenómeno dotado de sentido, por ello, se puede decir que es un producto de “un *proceso de interpretación* conforme a reglas”<sup>38</sup>.

Aparece pues, aquí, la importancia de la teoría de la acción para el derecho.

No se puede negar que el derecho es un proceso social, se expresa bajo una forma de lenguaje que tiene que estar conectada con los cánones generales de la expresión lingüística primaria, con lo cual, “pertenece al ámbito de la acción y

---

<sup>33</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción... cit.*, p. 138.

<sup>34</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción... cit.*, p. 141.

<sup>35</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, pp. 193-149.

<sup>36</sup> Queda clara pues, “desde esta descripción, la diferencia entre el ser que es *capaz de actuar* (el hombre) y los que sólo se *comportan* – o *conducen* a la consecución de un fin – (los animales) reside no sólo que en el primero «*sabe*» que sigue una regla, sino además, en que puede llegar a explicitarla, especificando su contenido”. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 194.

<sup>37</sup> “«los movimientos y las acciones exigen conceptos básicos categorialmente diversos»: los primeros están sujetos a nexos causales, mientras que las acciones son producidas conforme a reglas”. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 195.

<sup>38</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 195.

por consiguiente también al del sentido y la interpretación y por tanto también al de la pugna entre interpretaciones”<sup>39</sup>. De ello deriva que la construcción jurídica “tiene siempre también el sentido de una atribución de significado, es decir, no se trata nunca de una descripción de algo acabado ahí, que en efecto simplemente quepa pasar a describir o definir, sino que siempre el trabajo teórico tiene un sentido práctico, interpretativo y aplicativo”<sup>40</sup>.

Habermas<sup>41</sup> reconoce que a través del movimiento corporal el agente cambia algo en el mundo, pero entiende que se puede “distinguir los movimientos con que un sujeto interviene en el mundo (actúa instrumentalmente) de los movimientos con que un sujeto encarna un significado (se expresa comunicativamente)”. Evidentemente es distinto el movimiento físico en si de extender la mano arriba y ese mismo movimiento realizado por un policía ordenando al flujo de tráfico que se detenga. La acción sólo puede tener sentido jurídico desde que interpretada en conjunto con su entorno. Luego, las valoraciones jurídicas sólo pueden considerar la acción dentro del marco de su significado.

El tema adquiere especial relevancia para el trabajo que aquí se desarrolla en la medida que la consideración de la acción como expresión de sentido afecta el mismo modelo cartesiano sobre lo cual se estructura la teoría del delito y luego, todas las doctrinas ahí contenidas cuyo anclaje se ubica en él. En especial, como apunta Vives<sup>42</sup>, la doctrina de la acción y la doctrina del dolo.

“La acción se concebía ontológicamente, como algo que hay en el mundo, y pasa, en el pensamiento de autores muy significativos, a entenderse, no como lo que los hombres hacen, sino como el *significado* de lo que hacen, *no como sustrato, sino como sentido*; y, consecuentemente, la determinación de si se está ante una acción – y la del tipo de acción ante el que se está – ya no se efectúa con parámetros psico-físicos, mediante el recurso a la experiencia externa e interna, sino que tiene lugar en términos de reglas, esto es, en términos normativos. Es el *seguimiento de reglas* (y no un inaprehensible acontecimiento mental) lo que permite hablar de *acciones*, al lugar a lo que las constituye como tales (el *significado*) y las *diferencia* de los simples hechos”<sup>43</sup>.

Como se ve, no sólo la naturaleza de la acción misma es afectada, sino que incluso, el tipo de acción a que se refiere. Luego saber si una acción es o no dolosa, pasa a depender del análisis de reglas de validez según las cuales dicha acción expresa su significado. Y en consecuencia, saber si hubo un intento delictivo, no puede reducirse a un mero análisis ontológico o psicológico de la

---

<sup>39</sup> JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. *Estudio...cit.*, p. 57.

<sup>40</sup> JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. *Estudio...cit.*, p. 57.

<sup>41</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción... cit.*, pp. 139-140.

<sup>42</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 197.

<sup>43</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 197.

conducta del autor, sino que dependerá, eso sí, de una verificación del sentido expresado en la acción, también a través de un análisis de reglas de validez.

## 2. Los elementos básicos de la dogmática *significativa* de Vives Antón

Vives parte de la concepción fundamental de que la acción no puede ser un hecho específico y ni tampoco ser definida cómo el sustrato de la imputación jurídico-penal, sino que más bien representa “un proceso simbólico regido por normas”<sup>44</sup> que viene a traducir “el significado social de la conducta”<sup>45</sup>. Así, para Vives el concepto de acciones es el siguiente: “interpretaciones que, según los distintos grupos de reglas sociales, pueden darse al comportamiento humano”<sup>46</sup> y, por lo tanto, ellas deberán representar, en términos de estructura del delito, ya no el sustrato de un sentido sino el sentido de un sustrato<sup>47</sup>.

Con ello, Vives logra diferenciar entre acciones – que son dotadas de sentidos o significados<sup>48</sup> y comportan interpretaciones – y hechos - que no tienen sentido y comportan, tan sólo – descripciones -.

Por otra parte, el sentido de dichas acciones es dictado por reglas que las rigen<sup>49</sup>. Tales reglas, empero, se reconocen como tales en cuanto tengan su uso establecido, pues, sólo así pueden determinar el sentido de una conducta. Es decir, el reconocimiento de la acción deriva de la expresión de sentido que una acción posee. La expresión de sentido, empero, no deviene de las intenciones que los sujetos que actúan pretendan expresar, sino del “significado que socialmente se atribuya a lo que hagan”<sup>50</sup>. Así, no es el *fin* sino el significado que determina la clase de las acciones, luego, no es algo en términos ontológicos, sino normativos. Vives lo deja claro con un ejemplo:

“[...] mi comprensión de un partido de fútbol depende de conozca las reglas del juego y, de que, por consiguiente, pueda efectuar una correcta atribución de intenciones a los movimientos de los jugadores: si desconozco las reglas, no soy capaz de inferirlas y nadie me las explica, no entenderé el juego y no sabré, en realidad, qué está pasando allí (ni

<sup>44</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 205.

<sup>45</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 205.

<sup>46</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 205.

<sup>47</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 205.

<sup>48</sup> Con la palabra “sentido”, o “significado”, Vives pretende referir a la teoría del significado como uso de expresiones, que arranca del pensamiento del primero Wittgenstein, del *Tractatus*, y se combina con la teoría de los juegos del lenguaje, para cuya descripción más detenida remito a VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, pp. 208-211.

<sup>49</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 213.

<sup>50</sup> Vives lo explica con una analogía con el lenguaje altamente aclaradora: “para que haya lenguaje es preciso que los sujetos quieran decir algo; pero, el significado de lo que dicen no depende de lo que quieran decir con ello, sino del sentido que, de acuerdo con la «gramática» de la lengua en que se expresen, quepa atribuir a sus intenciones”. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 214.

siquiera podré predecir qué intenta hacer un jugador que se halle en posesión de la pelota). Pero, una vez las conozco y puedo hacer por consiguiente, las atribuciones de intención correctas, no siempre calificaré las jugadas (las acciones de los jugadores) en base a las intenciones que les atribuyo: v.g., 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 constructivas 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”<sup>51</sup>.

El fin queda claramente desvinculado de la determinación de la acción. La acción es determinada por el sentido que le dan las reglas según las cuales se la interpreta. Por ello, “la determinación de la acción que se realiza no depende de la concreta intención que el sujeto quiera llevar a cabo, sino del código social conforme al que se interpreta lo que hace”<sup>52</sup>.

Las prácticas sociales son pues, contingentes de la acción y de la intención<sup>53</sup>. Se habla de intenciones ya expresadas en las acciones y no determinantes de ellas. Por ello, “los movimientos corporales no son interpretados como acciones a causa de la presencia previa o coetánea de intenciones”<sup>54</sup>, en realidad, es la existencia de un seguimiento de reglas que permite identificar el sentido que yace en la acción e inferir la realización de una intención<sup>55</sup>. Luego, “hay una intencionalidad externa, objetiva, una práctica social constituyente del significado”<sup>56</sup>.

Empero, es también cierto que no toda acción es intencional<sup>57</sup>, lo que otra vez comprueba que el núcleo de la acción no está en la intencionalidad, lo que explica claramente el fracaso del modelo finalista propuesto por Welzel en explicar

---

<sup>51</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 215

<sup>52</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 216.

<sup>53</sup> En el decir de Vives, “la intención se halla referida a reglas, técnicas y prácticas, y presupone, por consiguiente, una competencia – «quien desea decir algo tiene también que haber aprendido a dominar un lenguaje» - sólo a partir de esta competencia, y de las reglas cuyo dominio comporta, es posible establecer una relación derivada – indirecta – entre fines y movimientos corporales”. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 218.

<sup>54</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 218.

<sup>55</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 218.

<sup>56</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 219.

<sup>57</sup> Vives comenta, citando a Fenichel: “[...] podríamos estar de acuerdo que uno no puede prometer si no tiene la intención de prometer. [...] Pero ¿quién querría mantener que uno no puede ofender sin proponerse a ofender? ¿Que uno no puede decepcionar sin tener la intención de decepcionar? Se puede tener la intención de mentir con el fin de mentir, pero no se necesita proponerse engañar para engañar. Con las acciones ocurre como con los crímenes en nuestro sistema legal: algunas son contingente respecto a la intención relevante, mientras que otras dependen de las consecuencias objetivas”. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, pp. 215-216.

el delito imprudente. Al revés, la propuesta de Vives en seguir al modelo filosófico de Wittgenstein, se aleja de todo eso para identificar la acción según el significado, las reglas y el seguimiento de las reglas, lo que si, por un lado, reconoce que hay una relación interna entre acción e intención, en modo alguno determina que toda la acción, en cuanto expresión de sentido, deba consistir, necesariamente, expresión de una intención<sup>58</sup>.

Resulta, pues, que en términos normativos, hay tanto supuestos imprudentes cuanto dolosos, siendo que lo que identifica estos últimos – por cierto – normativamente, es la expresión de sentido que se traduce en el compromiso con la producción del resultado típico, que no ocurre en la imprudencia.

Es necesario, finalmente, dejar puesto que el elemento fundamental que orienta el esquema de Vives y que, al mismo tiempo le insiere la dimensión de preservación del componente humano - aunque sea normativamente estructurado – es la idea de libertad de acción<sup>59</sup>, que es justamente el punto de unión entre su teoría de la acción y su teoría de la norma (los dos pilares básicos de su sistema de imputación).

---

<sup>58</sup> “La determinación del sentido [...] no depende de la intención que pudiera atribuirse al sujeto pues el «ser-sobre-objetos» de su acción – su *intencionalidad* – no se constituye subjetivamente, sino de modo objetivo, en virtud de las convenciones – costumbres, hábitos o normas – que la definen”. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 223. Sobre la crítica al modelo welzeliano véase VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 222, especialmente nota 54.

<sup>59</sup>“La libertad de acción constituye —como implícitamente se ha mostrado hasta ahora— el punto de unión entre la doctrina de la acción y la doctrina 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 éstas sem 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”. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 334. Es importante dejar sentado aquí que la idea de libertad de acción de Vives no desprecia las condicionantes humanas. Ello es importante, porque a raíz de las críticas deterministas de corte criminológico crítico, se puede llegar a la descabida crítica de que la libertad de acción como tal, no existe. Pero, la libertad de acción a la que refiere Vives es simplemente aquella que permite identificar la acción como obra personal y no del acaso. Es decir, un posible planteamiento crítico de corte determinista, para alejar la idea de libertad de acción de Vives debería partir de un absoluto determinismo en la totalidad de las actuaciones humanas, con lo cual lo despreciable ya no sería el mero concepto, sino la propia existencia de un sistema de imputación de responsabilidad jurídico-penal o incluso un sistema jurídico en cuanto tal. Así que, una oposición de esta naturaleza tiene que partir de la admisibilidad de una premisa no sólo abolicionista sino directamente anarquista. La idea de libertad de acción aquí planteada, se refiere a la acción en cuanto expresión de un sentido comunicativo, es decir, encunto forma de lenguaje, en cuanto forma de transmisión de un significado, en dónde la misma validez de las reglas utilizadas en su interpretación le determinan el contexto de libertad. Con argumentos adicionales a estos en defensa del concepto de libertad de acción en Vives, RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 469 y ss.

Resulta que para Vives, la idea de libertad de acción que ubicada en la culpabilidad ha provocado un intenso y aporético debate entre el determinismo y el libre albedrío a nada conduce.

Así, propone Vives algo completamente distinto: que la libertad de acción no fundamenta la culpabilidad sino la acción. La libertad de acción ha de ser el presupuesto de la imagen de mundo que da sentido la misma acción<sup>60</sup>.

Es que no se comprueba la libertad de acción en bases empíricas, sino que se trata de concebir el mundo desde la libertad de acción en ella misma expresada, que es lo que permite el juicio de aplicabilidad de alguna norma. Por el contrario, si se reconoce la ausencia de dicha libertad, no se puede pretender aplicación de ninguna clase de reglamentación jurídica<sup>61</sup>.

En lo que refiere a la organización del sistema normativo Vives propone la sustitución de la discusión entre el ser y el deber ser, entre el ontologismo y el deontologismo, entre norma de valoración y de determinación, por un sistema que sustituya la razón técnico-instrumental por la razón práctica<sup>62</sup>.

La razón fundamental por la que existe el sistema jurídico es responder a exigencias de justicia<sup>63</sup>. 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 si misma y no en relación a un fin, porque no aspira al perfeccionamiento humano, sino simplemente a gerir el orden de coexistencia humana<sup>64</sup>.

Pero, obviamente la pretensión de justicia se expresa según distintas exigencias, “como seguridad jurídica, libertad, eficacia, utilidad, etc.”<sup>65</sup>, según

<sup>60</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General* 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 57.

<sup>61</sup> “Ciertamente, puede producir rechazo la idea de que se castiga sobre la base de una indesmostrable presuposición de libertad de la voluntad. Mas, castigar no es una opción teórica, sino una opción práctica. O se presupone que el hombre es libre, y se le castiga por las infracciones de las normas que libremente comete, o se prosupone que no lo es, y entonces hay que recurrir a esquemas causales (no normativos) para dirigir su conducta. Por insatisfactorio que parezca castigar sobre la base de una presuposición, más insatisfactorio resultaría gobernar la sociedad humana como si se tratase de un mecanismo. El hombre podría entonces ser tratado como un puro fenómeno natural. Los poderes del Estado sobre el individuo no tropezarían con el límite representado por la dignidad humana, que se basa en la idea de que el individuo es un ser capaz de elección, ‘legislador en el reino de los fines’ para emplear la expresión kantiana. Las garantías propias del Estado de Derecho parecerían desprovistas de sentido, e incluso la misma idea de Estado de Derecho sería absurda, pues en una sociedad gobernada según la hipótesis determinista no tendría siquiera por qué haber Derecho”. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal*. 5ª edición, Tirant lo Blanch: Valencia, 1999, pp. 542-543.

<sup>62</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa...cit.*, p. 39.

<sup>63</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal...cit.*, p. 267.

<sup>64</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 362; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal...cit.*, pp. 267 y ss y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa...cit.*, p. 40-42.

<sup>65</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 482.

pretensiones de legitimidad y validez que sólo se pueden concretar a través de una justificación procedimental.

### **3. La justificación procedimental de la imputación penal – el esquema de la teoría *significativa del delito*:**

La justificación procedimental del sistema penal se procede a fines de atribuir responsabilidad penal mediante la comprobación primeramente de la ejecución de una acción lesiva amenazada de pena, una pretensión de relevancia expresada por la realización de un tipo de acción, luego la verificación de si la intención que regía la acción estaba o no de acuerdo a las exigencias del ordenamiento jurídico, correspondiendo a una pretensión de ilicitud, en seguida, si el que actuó sabía que no podría hacerlo y podría actuar de otro modo lo que permite identificar una pretensión de reprochabilidad y, finalmente, comprobando si el castigo efectivamente era necesario, revelando una pretensión de punibilidad<sup>66</sup>.

Así las cosas, 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 representan las categorías del delito.

#### **3.1. Pretensión de relevancia.**

Como categoría central do 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<sup>67</sup>, una verdadera pretensión conceptual de relevancia.

Resulta importante poner de relieve que no aparece em el tipo de acción la intención, ya que se reconoce que las conductas pueden ser realizadas estando o no presente la intención.

El contenido del tipo de acción se resume a una pretensión conceptual de relevancia, que equivale a la adecuada comprensión lingüística de la definición típica por la lei (tipicidad formal) - y su consecuente limitación por el principio de legalidad en todas sus vertientes.

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<sup>68</sup>,

<sup>66</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, pp. 482-483.

<sup>67</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 484.

<sup>68</sup> “[...] los estados y procesos mentales no son equiparables a los estados y procesos físicos: cuando se trata de estados y procesos propios, no se pueden observar, porque no se les ve, sino que se les vive; cuando son ajenos, sólo cabe observar sus *manifestaciones externas*”. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 252.

que no componen el tipo desde um ponto de vista conceitual, sino substantivo. Es decir, las expresiones de *dolo* o *imprudencia*, no tienen relación con la expresión conceptual del tipo. El problema de la acción u omisión se vuelve entonces meramente aparente, en la medida en que se trata de identificar, circunstancialmente la existencia de acción u omisión típicamente relevante. Así también la relación de causalidad, ya que la identificación del sentido de causa sólo es posible a partir de “prácticas, interpretaciones y nuevas prácticas”<sup>69</sup>.

Para completar la identificación de la pretensión de relevancia, es decir, para completar la identificación de si la acción es una de las que interesa al Derecho penal, tiene relevancia suficiente, hace falta añadir un componente material. Ello corresponde a una pretensión de ofensividad que refiere al carácter de lesión o peligro al bien jurídico (antijuridicidad material)<sup>70</sup>. Aquí tiene expresión dogmática el principio de intervención mínima.

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.

### 3.2. La pretensión de ilicitud.

La afirmación del ilícito supone ya una valoración de sentido que escapa a simple constatación substantiva del tipo de acción y el análisis de su entidad material en lo que refiere al bien jurídico.

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*.

En este punto, de un lado propone Vives que se haga la identificación de la intención de violación de la norma, de realización de una acción ofensiva de un bien jurídico no soportable por las exigencias de ordenamiento jurídico<sup>71</sup>. La pretensión de ilicitud se compone de la intención que regula no ya el tipo de acción, sino la existencia o no de un compromiso con la violación de un bien jurídico, que corresponde al tipo subjetivo – así entendido el *dolo* y a *imprudencia* – y, de otra parte, la consideración respecto de la exclusión de la ilicitud por la presencia de permisividades del sistema, que pueden ser *permisos fuertes* (causas de justificación) o *permisos débiles* (excusas o causas de exclusión de responsabilidad por el hecho)<sup>72</sup>.

Los elementos subjetivos referidos por Vives componen una “intención subjetiva” que no define la acción, sino que tan sólo permite o no a persecución de

<sup>69</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 310.

<sup>70</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 484.

<sup>71</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 482.

<sup>72</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 485.

la conducta realizada por el sujeto. Lo que se verifica aquí es la intención a que refiere el sentido de la acción<sup>73</sup>, es decir, si la acción realizada manifiesta el compromiso de actuar por parte del autor<sup>74</sup>, situación en que se reconoce el *dolo*, o si hay una doble ausencia de compromiso: con el resultado típico y con la posibilidad de evitarlo, supuesto en que está presente la violación del deber de cuidado que caracteriza la imprudencia, eso sí, analizada aquí desde un punto de vista eminentemente subjetivo, ya que el análisis de violación del deber objetivo ya figura en la pretensión de relevancia.

En lo que refiere a la antijuridicidad formal, Vives<sup>75</sup> propone a realización de una doble verificación: de la presencia de causas de justificación y de excludentes de responsabilidad, por entender que el mismo fundamento conduce el legislador a alejar la ilicitud con un permiso fuerte o débil<sup>76</sup>.

### 3.3. La pretensión de reproche.

Además de las pretensiones de relevancia y de ilicitud que se refieren evidentemente a la acción, aparece la pretensión de reproche, que se dirige al sujeto y se traduce en un juicio de culpabilidad<sup>77</sup>.

De acuerdo com 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<sup>78</sup>, 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.

Esta pretensión de reproche se sostiene en dos condiciones: la imputabilidad, consistente en la verificación de si el sujeto posee la capacidad de ser reprochado y a conciencia de la ilicitud de su acción, punto en que se discute

---

<sup>73</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 224.

<sup>74</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 232.

<sup>75</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 487.

<sup>76</sup> Ver, respecto del acercamiento entre causas de justificación e exculpación, VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *La libertad como pretexto*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 221 e ss e FLETCHER, George Patrick. "The Right And The Reasonable" in *Rechtfertigung und Entschuldigung/ Justification And Excuse*. Coordenação de Albin Eser e Geroge P. Fletcher, Freiburg: Eigenverlag Max-Pank Institute, 1987, pp. 67-119. Hay versión en español: FLETCHER, George Patrick. *Lo Justo y lo Razonable*. Trad. de Francisco Muñoz Conde y Paulo César Busato, Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

<sup>77</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 487.

<sup>78</sup> En la concepción de Vives la cuestión de la llamada culpabilidad (del poder actuar de otro modo) no se entiende en el sentido escolástico del libre arbedrío, sino desde la misma filosofía de la acción. Al exigir la presuposición de la "libertad de acción", para la misma afirmación de ella, Vives se aleja tanto de las tradicionales tesis que partían de la base del reconocimiento del "libre albedrío" cuanto de las modernas concepciones sobre el contenido de la culpabilidad, establecida en bases preventivas.

los supuestos de error de prohibición. Aquí el análisis se reduce a si el sujeto posee capacidad de reproche (imputabilidad) y conciencia de la ilicitud de su acción.

### **3.4. Pretensión de punibilidad.**

Finalmente, Vives reconoce – y en ello coincide con el funcionalismo teleológico de Roxin – que en dónde no hay razón para la imposición de la pena, tampoco hay que afirmarse la existencia del delito. Por ello, añade una pretensión de necesidad de pena, que debe hacer parte de la pretensión de validez normativa, que puede eventualmente ser comparada con lo que algunos autores clasifican de punibilidad, pero, con contenido distinto.

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, anistia y todos los demás institutos que alejan la posibilidad de aplicación de la pena al caso concreto, ya sean derivadas o no de la ley<sup>79</sup>.

Se, en verdad, de llevar hacia el extremo la aplicabilidad del principio de proporcionalidad, que cumple función de marco abstracto en las demás pretensiones de validez y aquí alcanza su concreción<sup>80</sup>.

### **Reflexiones finales.**

Como se nota, el Derecho penal está, otra vez, al borde de una verdadera revolución dogmática. Las bases de la filosofía del lenguaje se ponen no sólo como una innovación, sino que verdaderamente como la mejor representación teórica de todo lo que se ha buscado en la historia del desarrollo del sistema de imputación.

Las tres bases de que se parte (la acción significativa, la norma como pretensión de validez y la libertad de acción) son, por un lado, perfectamente reconocibles como válidas para la construcción de un modelo evolucionado de sistema de imputación y, a parte, son ejes que permiten al sistema mantener la preservación de garantías fundamentales asociadas a la condición humana, como puntos infranqueables por cualquier esquema político criminal.

De hecho, la libertad de acción se afirma en contra del falacioso determinismo, a partir de la naturaleza de los juegos de lenguaje de la certeza y la duda. Es decir, sin presuponer la libertad de acción, no es posible siquiera hablar de la acción misma, ni de razón, ni de reglas o de lenguaje. De otro lado, el Derecho, como saber práctico, lleva aparejado la dimensión de sentido, de interpretación argumentativa. Así, la afirmación de la acción es, la expresión de sentido práctico-hermenéutico y no teórico-científico. Finalmente, la norma

<sup>79</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...cit.*, p. 487.

<sup>80</sup> En ese sentido MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, Carlos. “La «concepción significativa de la acción» ...cit., p. 1102.

jurídica, que tiene pretensión de ser producto de una racionalidad y, como tal, ser válida. Para ello, debe expresar una pretensión de justicia y organizar la afirmación de su racionalidad según pretensiones parciales que conduzcan a su pretensión general.

Todo ello lleva a la inevitable conclusión de que desde siempre los procesos de imputación han buscado la lo *justo* como expresión de sentido y no han encontrado tal expresión en los modelos ontológicos o normativos de estructuración del sistema punitivo, algo que correspondera lógicamente a este objetivo. Por primera vez, el hombre se acerca de una estructura que guarda simultáneamente coherencia lógica y contiene la dimensión de lo *justo*.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BALDÓ LAVILLA, Francisco. "Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito". En *Política Criminal y nuevo Derecho Penal, Libro homenaje a Claus Roxin*, ed. Jesús-María Silva Sánchez. Barcelona: J.M.Bosch, 1997.

BUSTOS, Eduardo. *Filosofía Contemporánea del Lenguaje I (Semántica filosófica)*. 1ª reimp., Madrid: UNED, 1994.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal*. 5ª edición, Tirant lo Blanch: Valencia, 1999.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990.

FLETCHER, George Patrick. "The Right And The Reasonable" in *Rechtfertigung und Entschuldigung/ Justification And Excuse*. Coordenação de Albin Eser e Geroge P. Fletcher, Freiburg: Eigenverlag Max-Pank Institute, 1987.

HABERMAS, Jurgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Vol. I, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Taurus, 1987.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona: Bosch Casa Editorial, S. A., 1984.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General*. 2ª ed. corregida, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997.

JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. *Estudio Preliminar a la obra Fundamentos de Derecho penal*, de Tomás S. Vives Antón. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

KUHN, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. 1ª ed., 12ª reimp., trad. de Agustín Contin, Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1987.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “La «concepción significativa de la acción» de T.S.Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito”. En *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Coord. Adán Nieto Martín, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General* 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

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

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *La libertad como pretexto*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*. 2ª ed., trad. de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Barcelona: Editorial Crítica, 2002.

ZIELINSKI, Diethart. *Desvalor de acción y desvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Trad. de Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990.