

# DOGMÁTICA, DERECHOS FUNDAMENTALES Y JUSTICIA PENAL: ANÁLISIS DE UN CONFLICTO

María Luisa Cuerda Arnau

Catedrática de Derecho Penal  
Universitat Jaume I (Castellón)

**Sumario:** 1. El Derecho Penal de la Sociedad del riesgo: Expansión y crisis. 2. El Contexto: el abuso del Derecho Penal, la flexibilización de los principios y la inutilidad de la idea de bien jurídico. 3. Algunas consideraciones sobre el papel de la dogmática. A. El objetivo declarado. B. El panorama resultante: el fracaso de la dogmática. C. La dogmática y sus consecuencias prácticas. 4. Nuevas perspectivas de fundamentación: La concepción significativa de la acción de Vives Antón. A. El Punto de partida: la hegemonía de la pretensión de justicia vs. la hegemonía de la pretensión de verdad. B. La concepción significativa de la acción: una reflexión acerca de los fundamentos del sistema penal. a) Una nueva perspectiva conceptual. b) Premisas y consecuencias: de la concepción significativa al primado de los derechos fundamentales. Nota bibliográfica

## 1. EL DERECHO PENAL DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO: EXPANSIÓN Y CRISIS

Las democracias occidentales sufren el empuje de todo un conjunto de factores vinculados a lo que Beck popularizó como “sociedad del riesgo”. A los indiscutibles nuevos riesgos surgidos del propio desarrollo tecnológico y económico se une la globalización de sus efectos, de manera que las catástrofes medioambientales o económicas reduplican su impacto. Esas nuevas realidades van asociadas a conflictos sociales de tipología muy compleja, al tiempo que los fundamentalismos de signo diverso cobran fuerza y se entremezclan en las procelosas aguas de la injusticia global y el te-

rorismo internacional. Frente a lo anterior, la política criminal europea —con la maltrecha Italia a la cabeza— se caracteriza por una profunda alteración de la función de la ley penal, que se pliega a las necesidades del sistema; hasta el punto de que, para cumplir los objetivos que aquél le marca, deja de servir como garantía del ciudadano y como límite al poder, al de los gobiernos o, sencillamente, al que de hecho ejercen los medios de comunicación. Esa tendencia presagia un mal futuro para los derechos fundamentales, de cuya efectiva vigencia depende la democracia misma, que por esa razón asiste a un resquebrajamiento de sus cimientos más profundos.

Y en todo este proceso la dogmática penal no es inocente. El llamado “Derecho penal del

enemigo” es solamente el mejor ejemplo de las nuevas tendencias pero ni es el único, ni, debido a su tosquedad, el más peligroso. Sin duda, ha llegado el momento de que los penalistas nos dejemos de adornar nuestras “investigaciones” con abalorios dogmáticos y nos pongamos a indagar en serio sobre la legitimidad del sistema penal.

## 2. EL CONTEXTO: EL ABUSO DEL DERECHO PENAL, LA FLEXIBILIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y LA INUTILIDAD DE LA IDEA DE BIEN JURÍDICO

Ciertamente, la nota “social” que caracteriza al modelo de Estado diseñado por las Constituciones de nuestro entorno tiene la virtualidad de poner de manifiesto la existencia de intereses sobre cuya necesidad de protección no pueden hoy, a la luz de aquella idea, existir dudas. El Estado social, como Estado que pretende desarrollar un papel activo en la configuración de la sociedad, obliga a los poderes públicos —y así lo dice expresamente el art.9.2 de nuestra Constitución— a promover las condiciones que hagan real la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra.

Cosa distinta es, sin embargo, que sea al Derecho penal a quien le corresponda cumplir un papel promocional. Sin embargo, pese a lo discutible y peligroso que resulta concebir al Derecho penal como mecanismo de configuración social, hoy puede decirse que aquella “hipertrofia penal del Estado social” —según la afortunada fórmula que acuñara Frank en su *“Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt”*—, resulta hoy una realidad incontestable, pues, al amparo de la idea de aumentar los poderes estatales en aras de los fines sociales, se ha producido una expansión del Derecho penal de cuyos peligros ya nos advertía Hassemer hace veinte años. En el ya clásico *“Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”*, se lamentaba de que el derecho penal abandonase la cáscara liberal para pasar a ser un instrumento de

control de las grandes perturbaciones sociales o estatales, pasando de una represión puntual de concretas lesiones de bienes jurídicos a una prevención a gran escala de situaciones problemáticas. Por ello, insistía en que el Derecho penal se encontraba aquejado por lo que dió en denominar la “dialéctica de lo moderno”, caracterizada por tres rasgos fundamentales: a) la protección de bienes jurídicos se transforma de un principio negativo a uno positivo de criminalización; b) la prevención se convierte en el paradigma dominante; c) la orientación a las consecuencias se convierte en el objetivo predominante del derecho penal moderno, que, en consecuencia, margina la proporcionalidad y la retribución del injusto de la política penal.

Desde entonces, las cosas no sólo no han cambiado, sino que se ha acentuado lo que Vives denominó también hace ya más de dos décadas la “lógica del defensismo”, una “lógica de la prevención” claramente opuesta a la lógica de la libertad, desde cuya óptica los principios garantistas representan un obstáculo para hacer frente a las crecientes y difusas demandas de prevención asociadas a la idea de sociedad del riesgo que Beck ha enfatizado recientemente añadiéndole el adjetivo “global”.

En efecto, la profunda transformación que el Derecho penal ha sufrido en las últimas décadas está ciertamente vinculado a la mayor complejidad del escenario ante el que se enfrenta. La efectiva aparición de nuevos riesgos que aumentan exponencialmente en función del progreso técnico, convive con la aceleración de los ritmos económicos, con la liberalización de los mercados y, en suma, con cuantas características definen a la globalización, de la que, por cierto, la integración supranacional no es más que un aspecto concreto. Pero, junto a eso, la sociedad postindustrial es también la encarnación del fracaso del modelo del Estado del bienestar. Al desempleo o a la inestabilidad laboral vienen a sumarse fenómenos tan comprensibles como imparables cual son las migraciones y el conjunto de injustos efectos que de ordinario las acompañan. Exclusión social y enfrentamiento cultural son buena base para

que fructifiquen los fanatismos. La irrupción de fundamentalismos nacionalistas o religiosos y el peligro que representa el terrorismo internacional conforman un panorama nada alentador, en el cual junto a nuevas formas delictivas surge también un tipo de criminalidad distinto, caracterizado por las ideas de organización, poder económico y transnacionalidad. La sensación social de inseguridad (se corresponda o no con la existencia objetiva de los riesgos) y las demandas de seguridad (incluyendo la seguridad cognitiva) pueden servir para cerrar el círculo de fuego en el que el Derecho penal está llamado a cumplir una función sobre cuyo contenido y alcance existe cada vez menos consenso. El diagnóstico sobre la insostenible situación del derecho penal, según la ya clásica colectánea de la Escuela de Frankfurt, no puede llevarnos a desconocer que los retos ante los que el derecho penal se enfrenta exigirían dejar a un lado polémicas de tan limitados réditos como algunas de las que enfrentan a los defensores de la llamada modernización del derecho penal y a los partidarios del con sorna denominado discurso de resistencia.

Aún así, entre el desconcierto, el legislador penal sigue inmerso en su tarea y desde luego la desempeña a fondo, impulsando una hasta ahora desconocida expansión del derecho penal cuyas características han hecho saltar todas las alarmas y han motivado un fructífero debate sobre los fundamentos mismos de nuestra disciplina. Hoy más que nunca se reivindica la protección penal de cualesquiera bienes como una más de las prestaciones que el Estado social está obligado a ofrecer. Y, además, esa reivindicación encuentra en los medios de comunicación parte de su origen y, desde luego, el mejor canal para alentar lo que con acierto se ha caracterizado como el “populismo punitivo”

Tal cosa ha producido, al menos, tres grandes efectos: atribuir al derecho penal una función promocional, ampliar de forma alarmante la llamada función simbólica del derecho penal y, lo que es más grave, con ello se han sentado las bases de un derecho penal autoritario que no se ajusta a las exigencias de la democracia. Y

es que dicha expansión ha tenido lugar a costa de una relajación de los principios garantistas como vía para facilitar la consolidación y eficacia de un derecho penal funcional. Los tradicionales principios garantistas se hallan sometidos en el Estado social a tal suerte de tensiones que no es exagerado afirmar —como ya dijera Vives en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código de 1992— que asistimos a una auténtica “pugna de principios”.

Paradójicamente, los principios adquieren una función incompatible con su esencia limitadora de los excesos del poder y se invierte su sentido a fin de que legitimen la función promocional que al derecho penal se le asigna. Mucho es lo que se ha hablado —especialmente en Italia— de esta función promocional. En este sentido, se le ha configurado como instrumento que concurre a la realización del modelo, de los fines de promoción social prefigurados por la Constitución. Así se entiende que se haya mantenido la idea de que el legislador está obligado a penalizar los ataques a los bienes o intereses constitucionales más relevantes, con lo que el principio de prohibición de exceso y sus exigencias de intervención mínima y necesidad se invierte, perdiendo, como decía, su verdadero sentido. El reciente debate sobre el aborto ilustra suficientemente este extremo.

Con ello, de un lado, se olvida el carácter fragmentario y subsidiario que tradicionalmente se ha predicado del derecho penal y, consiguientemente, la idea que subyace a ambas manifestaciones del principio de proporcionalidad: la de que una sociedad transformada por medio de la pena se convierte en una insoportable tiranía. De manera que, igual que se ha hablado de la “hipertrofia jurídico penal del totalitarismo”, no hay que olvidar la posibilidad de una perversión totalizadora del Estado Social. De otro lado, merece destacarse que esta huida al derecho penal tiene mucho de coartada ideológica que “exonera” al Estado de acudir a otras vías, más adecuadas para resolver los problemas estructurales pero, sin duda, más onerosas que el fácil recurso al Derecho penal. Y este peligro es, en efecto, ma-

yor en épocas de crisis social e institucional, en las cuales se sobrevalora deliberadamente la potencialidad promocional del Derecho penal, pues, de entre todas las normas, son las penales las que tienen mayor aptitud para servir como vehículo de mensajes tranquilizadores, pedagógicos, persuasivos y, en última instancia, simbólicos.

Ciertamente, como se apuntó, otra de las notas problemáticas que caracterizan el derecho penal contemporáneo es el riesgo de que éste quede reducido a una pura función simbólica, que acaba por producir un efecto deslegitimador del mismo. Naturalmente, no se está queriendo aquí hacer cuestión del hecho incontestable de que toda norma penal va acompañada de cierta función simbólica, siquiera solo sea porque la simple tipificación y la amenaza de la pena actúa sobre el cuerpo social estigmatizando la conducta sancionada y despierta en aquél la conciencia acerca de la importancia del bien a que la norma se refiere, efecto que contribuye a la protección del mismo. El problema no es, por tanto, el que las normas penales produzcan lo que Díez Ripollés denominara efectos expresivo-integradores, sino, como también dijera este autor, el que se haga un uso de los mismos patológico y ayuno de legitimidad en la medida en que no se acomoda a las decisiones político criminales que fundamentan la pena. Eso es lo que sucede cuando se dictan normas que no están destinadas a prevenir comportamientos dañosos o peligrosos y cuya razón de ser va desde el intento de calmar la alarma social hasta la demostración de que quien actúa es un Estado fuerte y decidido, lo que, sin duda, resulta a largo plazo destructivo en la medida en que esos déficits de aplicación —en general, de funcionamiento— conducen a que el derecho penal y la Administración de Justicia pierdan fiabilidad y ello produzca el efecto inverso al deseado al minar la confianza social en los instrumentos jurídicos.

A la luz de lo expuesto, resulta casi una obviedad decir que las “necesidades” de un derecho penal de esas características no conocen límites. Es más, las funciones que pretende

asumir lo hacen incompatible con límite garantista alguno. Por ello, acertadamente se ha hablado de la “desformalización” como uno de los caminos de funcionalización en sentido utilitario del Derecho penal. Los instrumentos concretos que a tal fin vienen siendo utilizados son diversos; no obstante, todos ellos coinciden, por una parte, en el hecho de servir a lo que, asumiendo la expresión utilizada por Vives Antón, he denominado “lógica del defensismo” y, por otra, en incidir negativamente en las garantías tradicionales del Estado de Derecho, hasta el punto de tener que preguntarnos seriamente sobre la deriva autoritaria del nuevo derecho penal.

En efecto, las exigencias materiales del principio de legalidad no se concilian bien con la orientación predominantemente preventiva que preside la “lógica del defensismo”. Desde esta óptica, lo más satisfactorio es una técnica de redacción de los tipos lo más flexible posible, capaz de adaptarse a lo que se ha denominado “necesidad de actuar” (*Handlungsbedarf*). De igual modo, las cláusulas generales son lo que más conviene a un derecho penal llamado a intervenir ante las cambiantes necesidades sociales. No es casual, por otra parte, que esa sea la orientación presente en los tipos —cada vez más numerosos— en que se contienen los llamados bienes jurídicos colectivos, bienes ante los cuales la teoría del bien jurídico se enfrenta con las conocidas dificultades y que son, sin duda, los más propicios a ser objeto de manipulaciones.

Asimismo, no es problema menor el recurso, cada vez más alarmante, a los delitos de peligro abstracto, que es —y ello no es casual— la técnica de tipificación preferida en los delitos que protegen los bienes colectivos. Y algo parecido podría decirse en relación con otra manifestación, quizá no tan obvia pero igualmente importante de ese derecho penal “máximo”, lo constituye el creciente aumento de los delitos omisivos. Al respecto, no hay que olvidar que, históricamente, ésta ha sido una técnica profusamente utilizada en las experiencias jurídicas autoritarias y, aunque hoy puede entenderse como una técnica sanciona-

toria en función promocional, no por ello deja de ser expresión de una tendencia del Estado a asumir un modelo intervencionista y no ya democrático y participativo. Como he tratado de exponer en el trabajo que aparece en el homenaje al Dr. Vives, la evidente ampliación de la comisión por omisión más allá de lo que autorizan el texto legal y los principios constitucionales es, a fin de cuentas, simple reflejo de lo anterior.

Para terminar, baste insistir en los peligros que un derecho penal de esas características representa desde el punto de vista del principio de proporcionalidad. Así es en la medida en que, ni la creación de nuevos tipos, ni la agravación de la pena de los ya existentes responden a las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Sobre el alcance de tal principio he disertado en otros trabajos en los que he puesto de manifiesto que un derecho penal que lo deje de lado vulnera cuantas exigencias se vinculan al referido principio constitucional. Nace al margen de la exigencia de necesidad, arrumba el carácter de “última ratio” y llega al extremo de hacer del derecho penal la “prima ratio” e, incluso, si se me permite la expresión, la “única ratio”. En realidad, se margina la idea misma de bien jurídico y se olvida que el bien jurídico es el primer tópico de la argumentación en torno a la validez de la norma, un momento del proceso de justificación racional de la limitación de la libertad que obliga a concluir que no es suficiente con que determinadas conductas produzcan de hecho un daño social. Es preciso, además, que el ordenamiento pueda racionalmente considerarlas lesivas, lo que exige rechazar las concepciones del bien jurídico en términos de objeto —inútiles para servir de límite a un legislador empeñado en abusar del derecho penal— y pasar a concebirlo en términos de justificación. Quiere decirse con ello que no basta con resaltar el carácter nuclear que el bien jurídico ocupa en la legitimación del castigo, cuestión sobre la que no parecen existir dudas. El problema reside, más bien, en la incapacidad de las diversas concepciones acerca del mismo para servir de límite al le-

gislador o, como decía tímidamente Roxin en la última edición de su Tratado, en el escaso rendimiento que el concepto ha dado. Pese a todo, no se trata de renunciar al bien jurídico —o de disolverlo al modo de Jakobs— sino de plantear la cuestión en términos distintos. Abandonar su contemplación en términos de concepto— material o formal —y hacerlo en términos de justificación es la propuesta de Vives Antón, quien ya en la primera edición de los *Fundamentos* sugería configurar el bien jurídico desde una perspectiva procedimental, cuestión en la que ha profundizado en el capítulo XVIII de su reciente obra *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos fundamentales*. Bajo el título “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico” el autor insiste en la inadecuación —y no mera insuficiencia— de los planteamientos tradicionales. Concebir el bien jurídico en términos de justificación y no en términos de objeto, comporta considerar no sólo el daño que determinadas conductas pueden de hecho producir, sino también tomar en cuenta si el mal que irrogan está constitucionalmente justificado —lo que impediría seguir reconociendo un bien en las normas prohibitivas— o, incluso si aún irrogando un daño carente de justificación es legítimo recurrir a la pena o a determinada medida de pena. No basta perseguir una finalidad legítima. Se requiere de una justificación ulterior que lo legitime, no ya *prima facie*, sino definitivamente.

Ese modo de encarar el problema puede ser, a mi juicio, nuestro más fiel aliado a la hora de poner de manifiesto el déficit de legitimidad que se advierte en algunas de las alternativas que mayor calado están teniendo en la realidad jurídica del conjunto de países democráticos, donde se consolida la idea de que ante determinados fenómenos criminales es legítimo reaccionar con una suerte de legislación de guerra (la “guerra” contra el terrorismo, contra el narcotráfico o contra la delincuencia sexual, especialmente). Lo más grave es, como decía, el éxito que cosechan tales propuestas de legitimación, cuyo origen hay que verlo en el hecho de ser las que mejor responden no ya al

aseguramiento de los bienes a costa de la seguridad jurídica, sino, sobre todo, a la necesidad de gozar de seguridad cognitiva, aunque lo sea a costa de la libertad. La seguridad —entendida como seguridad material y no como seguridad de la libertad— se concibe como un valor autónomo y como derecho fundamental del individuo que los Estados deben garantizar, tanto por la vía del adelantamiento de la punibilidad, del incremento de las penas o, en fin, a través de la relajación o supresión de garantías procesales individuales. El llamado “derecho penal del enemigo” como construcción que se opone al derecho penal del ciudadano es, sin duda, el mejor exponente del vendaval que amenaza con tumbar el edificio del sistema penal democrático.

Con todo, no es esta la construcción más peligrosa, ya que la rudeza de sus primados más básicos genera de manera natural el rechazo de la misma como estrategia global. Lo verdaderamente peligroso es que la ideología autoritaria que está a la base de aquella forma de concebir los fines del derecho penal se infiltra de manera casi imperceptible en los procesos legislativos de los Estados que se autodenominan demócratas. Por limitarnos a nuestros propios pecados, baste pensar en las dos últimas propuestas de reforma del Código penal. El contenido del Anteproyecto de Código penal de 2008 es, qué duda cabe, una buena muestra del triunfo de ese derecho penal propio del Estado autoritario, el que incrementa irracionalmente las penas, el que teme a la libertad y desconoce que los principios liberales pertenecen a la esencia del sistema democrático. El proyecto de 2009 es ciertamente mejor que su precedente pero se considera —y es— tan heredero del anterior que no se ha estimado necesario someterlo a los preceptivos informes del Consejo General del Poder Judicial ni al Consejo Fiscal. Por tanto, podrían reproducirse las críticas que a aquél se le hicieron en relación con el modelo de política criminal que defiende, una política criminal que endurece la reacción al margen del aumento de la criminalidad y de la eventual eficacia preventiva de las nuevas o incrementadas penas, que crea

delitos estigma para los que se establecen presunciones de peligrosidad o reglas específicas en sede de ejecución o en materia de prescripción y que, en fin, aborda la reacción frente al delito como si se tratase de la satisfacción de una demanda cualquiera de bienestar y seguridad material.

Claro está que, como les he oído decir a queridos colegas, la lógica de la política y la lógica de la legalidad son cosas bien distintas y que confundir ambas es un error grave. Pero eso nada tiene que ver con la función que nos compete. A la doctrina le corresponde, ante todo, poner de manifiesto que la lógica de la política sólo puede actuar legítimamente dentro de la lógica de la justicia y que eso implica, entre otras cosas, la imposibilidad de que coexistan un derecho penal del ciudadano y una legislación de guerra o, si se prefiere, de excepción permanente. Y le corresponde también oponerse a fabricar construcciones destinadas a convertirse en un instrumento de legitimación de estos modelos cuando no en cómplice servil de sus excesos. Eso es, a mi juicio, una parte importante de lo que cabe exigir a la dogmática

### 3. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PAPEL DE LA DOGMÁTICA

#### A. EL OBJETIVO DECLARADO

Sería injusto afirmar que la doctrina penal en su conjunto vive al margen de la preocupante realidad que acaba apenas de esbozarse líneas atrás. La doctrina no sólo es consciente de ello, sino que, al menos un número nada desdeñable de sus integrantes, advierte de los serios peligros que acechan tras semejante concepción de la función y fines del derecho penal. El problema, sin embargo, es si la dogmática penal moderna está, en realidad, en las mejores condiciones para hacer frente a un embate de esas características. Personalmente, creo que no.

Comencemos por constatar el fracaso de su inicial propósito, que no fue otro que disipar las inseguridades de la exégesis. Desde que Von Liszt le diera carta de naturaleza ese fue el objetivo de la dogmática penal moderna, que, para ello, se dotó —o creyó dotarse— de un estatuto científico del que debía derivarse de manera natural una respuesta segura para cada uno de los diferentes problemas interpretativos. A tal efecto, parecía imprescindible reconducir las distintas descripciones típicas a un esquema unitario, de manera que esa sistematización permitiera entenderlas de un modo unívoco y congruente.

El primer sistema unitario viene dado por la idea de causa, que parece una idea básica, universal e indiscutible. Las acciones reguladas por las normas son procesos causales. La idea de causa se adopta como procedente de la ciencia e, incluso, de la lógica, pues todo tiene una causa y, por tanto, todo puede explicarse por sus causas. A lo que remiten, por consiguiente, las descripciones típicas es a un mundo “físico” regido por causas y efectos e impulsado por una voluntad cuyo contenido no interesa. Lo único que en las dogmáticas causalistas caracteriza a las acciones frente a los acontecimientos naturales que carecen de sentido es un *impulso* de la voluntad que, más allá de poner en marcha las fuerzas de la naturaleza, no desempeña función alguna y no puede, por tanto, contribuir al esclarecimiento del sentido de las diversas acciones.

Así las cosas, el peso de ese esclarecimiento recae sobre el acontecer externo, que, sin embargo, no siempre está en condiciones de establecer el sentido de la acción. No puede hacerlo, desde luego, ni en las omisiones, ni en el conjunto de acciones que usualmente consideramos definidas por reglas, ya sean jurídicas (prevaricar) o sociales (injuriar). Mucho se ha escrito sobre la incapacidad del concepto causal de acción para cumplir las funciones asignadas al concepto de acción y más concretamente las funciones clasificatoria —ante la incapacidad de dar entrada a la omisión— y definitoria, pues descrita como proceso neutro no está en condiciones de servir de sustrato al juicio de

desvalor o de reproche. No es este el momento de extenderse sobre el particular, pues, a fin de cuentas, sólo se trataba de poner de manifiesto que la concepción de la acción de las dogmáticas causalistas no es que no resuelva es que no *puede* resolver el principal problema que se le plantea a toda dogmática, que es, claro está, el de saber cuándo la conducta puede subsumirse en el tipo, lo que exige desvelar el sentido de las acciones típicas, algo inasequible desde la concepción causal.

El finalismo intentó cubrir el déficit que en orden a la determinación del sentido de acción presentaban las dogmáticas causalistas. A tal fin, se entendió que el sentido no está fuera, sino dentro. No puede radicar en los movimientos corporales impulsados por la voluntad, sino en el contenido de ésta. Hay que incluir en la idea de acción no sólo el impulso de la voluntad, sino su *contenido*, pues lo que hace de los movimientos corporales acciones es la intención que los dirige.

Precisamente por ello se ha dicho hasta la saciedad que la doctrina final fracasa en la imprudencia. Sin embargo, más grave que lo anterior es el hecho de que el finalismo haga radicar el sentido en un núcleo que es esencialmente indescriptible, ya que las intenciones no son objetos en la mente que uno pudiera describir. De un lado, carezco de acceso a la mente de los otros y, aunque la tuviese, parece obvio que el sentido no puede depender de la intención subjetiva, pues si cada uno no hace lo que parece que hace sino lo que pretende hacer ¿cómo pueden entenderse los tipos, si, al final, el sentido de las acciones se ajusta básicamente al querer de cada cual? ¿Cómo injuriar, por mucho que ese sea mi deseo, diciéndole a alguien que es inteligente? En la medida en que el sentido de las acciones es psicológico, el fracaso del finalismo no afecta sólo a la imprudencia sino que es *total*.

Por su parte, el concepto social de acción trata, ante todo, de salvar la objeción opuesta al finalismo en relación con las acciones imprudentes y por ello comienza por llamar a su doctrina final-objetiva por oposición a la final-subjetiva propuesta por Welzel. El sentido de

la acción ya no radica, pues, ni en el impulso de la voluntad, ni en su contenido sino en su significado social. Lo que nos permite interpretar ciertos hechos como acciones es que socialmente le damos ese sentido. Ahora bien, sucede que ese sentido comporta una decisiva referencia al sujeto pues sólo lo previsible y prevenible por éste se considera acción. El sentido social de la acción no es, pues, tan social como se propugna, ya que depende de ciertos estados que, cual la previsibilidad subjetiva, residen en la conciencia del sujeto. De ese modo, en primer lugar, resulta que la doctrina social de la acción disuelve el concepto de acción en el de realización del tipo, ya que para determinar el sentido social de las injurias, de las falsedades etc no ha de bastar la emisión de ondas ni los grafismos sobre el documento sino que desde el tipo de injurias o falsedades —que es la regla básica de interpretación establecida por la sociedad— se les pueda atribuir ese sentido. En segundo lugar, esa opción también implica, para la doctrina social, definir la acción desde la posibilidad subjetiva de ajustar la conducta a la exigencia de la norma. La intención o la previsibilidad subjetiva, el dolo y la imprudencia pasan a integrarse en la acción y, por tanto, constituyen momentos del injusto típico. La tipicidad y no la acción es la portadora de un sentido jurídicamente establecido, que sólo podrá imputarse al sujeto si actúa. Y no podrá decirse que el sujeto hizo esto o aquello, sino que puede imputársele tal o cual suceso porque es responsable de él. En suma, la doctrina social establece el sentido social al margen del lenguaje, esto es, no resuelve el problema del sentido en el plano de la acción sino fuera de ella, en el sistema, con lo que abre la puerta al pensamiento funcional

El funcionalismo, por su parte, descansa en una sociología holística para la que el dato primario es el sistema social o el conjunto de subsistemas sociales. Los diversos momentos del sistema penal —acciones, normas, sanciones, etc—, vienen determinados por el sistema social. A partir de ahí, las descripciones típicas son entendidas en términos de imputación. Con el funcionalismo se diluye la ontología,

pues los conceptos de objeto son sustituidos por conceptos de responsabilidad. La propia idea de acción desaparece. Puesto que el significado del actuar viene determinado por el subsistema jurídico, no importa tanto lo que el sujeto hace cuanto el significado que el subsistema jurídico le otorgue sobre la base de las competencias y responsabilidades que le haya previamente atribuido y de las exigencias funcionales. De ese modo, las acciones descritas por la ley pasan a convertirse en procesos imputacionales para cuya determinación basta con la infracción de ciertos deberes y la previsibilidad y evitabilidad de las consecuencias indeseables para el sistema. Con el funcionalismo, la dogmática describe un evidente círculo vicioso. Las descripciones típicas, cuyo cometido es delimitar el campo de la responsabilidad, son entendidas según conceptos de responsabilidad, de modo que la responsabilidad ya no está trazada por las palabras de la ley sino por las ideas que acerca de la responsabilidad misma profese el aplicador del derecho. Desde esa perspectiva, parece que la seguridad jurídica radique en encontrar criterios de imputación cada vez más sofisticados cuando lo cierto es que *disuelto el sentido de las palabras de la ley ha desaparecido toda garantía*.

Este rápido y elemental repaso por lo que ha sido la evolución del concepto de acción no tenía otra pretensión que mostrar adonde hemos llegado después de recorrer un largo camino, que se inició con el objetivo de resolver las dudas que suscitan los textos de la ley y al que se pone fin con perplejidades mayores que las que se trataban de salvar. La desazón del dogmático es hoy, con razón, mayor de lo que lo era hace cien años.

## B. EL PANORAMA RESULTANTE: EL FRACASO DE LA DOGMÁTICA

Si lo expuesto hasta ahora es correcto, hay que reconocer que la situación ante la que nos encontramos no es fruto de errores particulares atribuibles a una u otra concepción dogmática, sino producto directo de una confusión lógica que aqueja a todos los planteamientos

que recurren a la ciencia para encontrar soluciones al problema de la justicia penal, algo que ninguna teoría “científica” está en condiciones de proporcionar. La aplicación del derecho precisa determinaciones acerca de cuándo las reglas jurídicas se siguen correctamente y acerca de cuándo no, de modo que no estamos en el ámbito teórico de lo que se puede saber, sino en el práctico de lo que se *debe* hacer. La pretensión dogmática de que la ciencia diera respuesta a sus dudas comporta, pues, seguir una senda por la que no es posible llegar al anhelado destino.

La inadecuación del método empleado para alcanzar el objetivo propuesto es, por tanto, el primer problema del que adolecen nuestras sistemáticas. Lo pretendido es ofrecer una mejor y más segura aplicación del derecho pero resulta que para alcanzar tal objetivo recurrimos a un “lenguaje” pretendidamente superior, que se sobrepone a lo que dice la ley. Es así como una norma redactada en lenguaje común pasa a ser leída en “lenguaje” dogmático y, a partir de ahí, se extraen consecuencias impredecibles para el ciudadano con la consiguiente quiebra de la seguridad y la certeza en la aplicación de la ley.

La segunda dificultad que tienen nuestras sistemáticas para alcanzar su objetivo trae causa de su huida desde el concepto de acción hacia el concepto de responsabilidad. La pregunta por la acción se sustituye por la pregunta acerca de la responsabilidad. No se pregunta quien mató, sino quién es el responsable de la muerte. Pero, claro, para esta última pregunta existen tantas respuestas como opiniones acerca de la justicia material. La concordancia, el consenso, no es fácil cuando se trata de opiniones. La concordancia es posible en el lenguaje, no en las opiniones. Así pues, pese a las zonas de penumbra que indiscutiblemente tiene, carece de sentido desplazar la concordancia en el lenguaje por la discordancia en las opiniones, una discordancia, hay que subrayarlo nuevamente, contraria a la idea de previsibilidad consustancial al principio de legalidad.

El tercer problema que aqueja a las sistemáticas es la vanidosa pretensión de que nuestros conceptos y nuestras ingeniosas construccio-

nes puedan limitar al legislador. Sin embargo, resulta obvio que ni las sistemáticas, ni las estructuras objetivas se pueden imponer a aquél. Los límites sólo nacen de los principios y garantías constitucionales, que condensan derechos básicos de la convivencia en libertad.

Por último, no es menor la disfunción que genera la creencia de que el sistema nos dará explicaciones para problemas que son problemas políticos y constitucionales. La punibilidad o no de la tentativa inidónea o la extensión que la ley decida conferir a la comisión por omisión, por limitarme a dos ejemplos, no es un problema dogmático, sino un problema de hasta dónde quiero y hasta dónde puedo constitucionalmente castigar. Es, pues, un problema de discusión argumental. Al legislador puedo decirle que existían opciones más eficaces o que su decisión es inconstitucional pero lo que desde luego no puedo esperarle es que ha seguido una sistemática equivocada y, en su virtud, imponer ésta con independencia de lo que diga la ley.

Y, como decía al inicio, si ese diagnóstico es exacto, ni los dislates a los que asistimos, ni la solución a los mismos depende de que nos adscribamos a una u otra corriente. Es por eso que la crítica apenas esbozada no pretende desacreditar a nadie. Es una crítica contra el método de la dogmática, en la medida en que no puede haber ningún método “científico” que garantice la estabilidad en la interpretación de la ley.

### C. LA DOGMÁTICA Y SUS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

De cuanto se lleva dicho se deduce sin dificultad cuáles son esas consecuencias prácticas a que conducen las pretensiones dogmáticas de conceptualización. La cuestión es que éstas no son una especie de juego intelectual al que la doctrina se entrega, sino que impregnan las decisiones de nuestros tribunales, cada vez, por cierto, más inclinados a hacer —ellos también— “dogmática”. He oído a ilustres penalistas criticar la tendencia de los tribunales a hacer uso de construcciones dogmáticas para alcanzar un objetivo predefinido, ya sea am-

pliar, ya sea restringir la punibilidad en contra de lo que dice la ley. No voy a discutir que eso sea así. Sin embargo, el hecho de ser parte de “la doctrina” y el llevar más de diez años compartiendo estrados con jueces que procuran desempeñar bien su trabajo me obliga a asumir la responsabilidad que otros rehúsan. Habría que preguntarse quiénes han convertido el panorama en un supermercado de opiniones, abandonando para ello el contexto de uso en el que cobran sentido las palabras de la ley. Me interesa insistir en la responsabilidad de la dogmática porque lo cierto es que por la vanidad de ser únicos eliminamos cualquier posibilidad de consenso, creando un universo de teorías que sustituyen a otras teorías que pronto se verán desplazadas por otras que no son ni más ni menos convincentes pero sí son nuevas. Los jueces se han limitado a seguir nuestro ejemplo, sin reparar —eso sí— en que la impredecibilidad de sus decisiones tiene en la libertad del ciudadano un impacto del que carecen las diferentes opciones dogmáticas.

En suma, el resultado de tantos esfuerzos ha sido que hoy ha disminuido el grado de previsibilidad de las decisiones judiciales. Ni son fáciles de predecir desde los razonamientos dogmáticos, ni tampoco inferirlo de los precedentes jurisprudenciales, ya que la proliferación de teorías ha dado como fruto una jurisprudencia cambiante que se sirve de los planteamientos doctrinales como simples disfraces de una decisión previa.

#### 4. NUEVAS PERSPECTIVAS DE FUNDAMENTACIÓN: LA CONCEPCIÓN SIGNIFICATIVA DE LA ACCIÓN DE VIVES ANTÓN

##### A. EL PUNTO DE PARTIDA: LA HEGEMONIA DE LA PRETENSIÓN DE JUSTICIA VS. LA HEGEMONIA DE LA PRETENSIÓN DE VERDAD

Las presentes reflexiones traen causa de la convicción de que el origen del agravamien-

to de la crisis del Derecho penal en la actualidad proviene de la falta de efectividad de los principios constitucionales y del problema de cómo orientar todo el sistema penal a dichos postulados.

La articulación de tal premisa no es sencilla pero en todo caso, como ha propuesto Vives Antón, exige contemplar el delito desde una nueva perspectiva centrada en las pretensiones de validez de las normas. Ahora bien para tomarse en serio el concepto de validez práctica es preciso entender está no como una validez condicional, sino como una validez categórica, de manera que la racionalidad práctica en el sentido de Kant, la justicia en suma, pase a ser entendida, cual ha defendido Habermas o entre nosotros Jiménez Redondo, como ingrediente interno de la propia norma jurídica y, por tanto, del propio sistema jurídico. Al fundar la pretensión de validez de la norma en la razón práctica, se le dota de una pretensión de legitimidad que es interna a la norma misma y no puede darse por resuelta en virtud de un acto de autoridad, sino que queda entregada a la decisión deliberativa de los sujetos. O lo que es lo mismo, abandonar la pretensión de verdad y sustituirla por la pretensión de justicia implica reconocer que las normas no son meras directivas de conducta, sino que les es inherente una pretensión de validez que cabe enjuiciar en el marco de un proceso de argumentación racional

Ese punto de partida, obliga a rechazar cualquier sistemática que entienda la norma, exclusivamente, como mandato que no precisa para ser válido apelar a la racionalidad práctica, lo cual no sólo es algo consustancial a las clásicas tesis imperativistas, sino también al funcionalismo, pues esta posición dogmática —y muy especialmente el funcionalismo de Jakobs— se limita a cambiar el modo de referirse al mandato, que pasa a ser un “imperativo sistémico” cuyos fundamentos es algo que desde la perspectiva sistémica no tiene gran importancia. Así entendidos, los imperativos jurídicos son meramente relativos, la validez de la norma reside en el consenso empírico. A fin de cuentas, el derecho penal no está inmer-

so en un mundo de valores óptimos sino en un determinado sistema social, sin que a la “ciencia” del derecho penal le corresponda entrar a terciar en las valoraciones políticas.

Diametralmente opuesta a la anterior es la concepción de la norma que aquí se sustenta y que no es otra que la que ha defendido Vives Antón, quien, tras dejar claro que se rechaza un entendimiento exclusivo de la misma como una “decisión de poder”, subraya la condición de aquélla como directiva de conducta, si bien, concibiéndola como juicio de deber de carácter incondicional o categórico. En concreto, las normas penales contendrían mandatos jurídicos incondicionales, por cuanto no dependen de los fines que se persiga sino que la autoridad del contenido de ese mandato le viene dada de la razonabilidad de dicho contenido. En definitiva, puede decirse que la norma penal manifiesta una doble esencia, en tanto, cabe concebirla a la vez como decisión —o disposición—, de poder y determinación de la razón. Como ha dicho Jiménez Redondo, esta concepción va en contra “...de los desarrollos introducidos en ella (scil. en la norma jurídica) por el positivismo y el funcionalismo”. Como constata dicho autor, las normas son algo articuladamente híbrido, en tanto aúnan aquella doble esencia, de modo que no es que tendrían que ser eso, sino que son eso y que sólo entendiéndolas en ese su doble carácter podemos entender la estructura de los sistemas del Derecho positivo moderno. Sin embargo, esta distinción no implica un retorno a la tradicional polémica acerca de si la norma “es” un imperativo, un juicio de valor o ambas cosas, sino una superación de dicha discusión, yendo incluso más allá de quienes optan por resolver dicha cuestión a través de la propuesta que se acoge en la teoría de la doble función de la norma.

De ese modo, Vives se aleja, obviamente, de las posturas iusnaturalistas y del positivismo jurídico, pero también del pensamiento neokantiano y de la perspectiva funcionalista para abordar el estudio del contenido del Derecho positivo moderno sobre la base de mantener el concepto de validez o de un deber —ser

ideal contrapuesto a lo empírico e inmanente a la norma jurídica. Esa pretensión de validez trae a un primer plano la perspectiva procedimental por cuya virtud las normas adquieren su legitimidad en la medida en que son justificadas racionalmente a través de un proceso de argumentación que, en última instancia, remite al procedimiento democrático de creación del derecho. Desde esta perspectiva se trataría de asumir la advertencia de Habermas según la cual la positividad del derecho lleva aneja la expectativa de que el procedimiento democrático de producción del derecho fundamente o funde una presunción de aceptabilidad racional de las normas estatuidas.

A partir de ahí se desenvuelve la pregunta acerca de si determinada norma penal es válida, esto es, si contiene el valor global de justicia como “*prius*” para poder enjuiciar, conforme a ella, determinada acción. Para dilucidar dicha cuestión Vives propone aproximarse a la misma a través de parciales “pretensiones de validez” en las que se descompone aquella pretensión general de justicia. Podría decirse que la pretensión de justicia cursa en dos fases: en la primera de ellas, se trata de dilucidar si la norma es legítima, esto es, constitucionalmente válida. En una segunda fase, habría que analizar si la norma está aplicada correctamente al caso. La pretensión general de justicia sería, por tanto, el marco o contexto interno en cuyo seno se albergarían las específicas pretensiones de validez, esto es, las pretensiones de validez que frente a la acción humana ejercitan las normas penales. A partir de ahí, Vives sugiere incluso la posibilidad de articular una sistemática en torno a cuatro pretensiones, a saber: a) la pretensión de relevancia, que incorpora una pretensión de ofensividad o antijuridicidad material y que tiene por objeto la afirmación de que la acción realizada es de las que al derecho penal interesan. Se trata, pues, de decidir si dicha acción puede ser entendida conforme a un tipo de acción definido en la Ley, lo que sucederá cuando los movimientos corporales realizados sean de los que pueden seguir la regla de acción empleada para tipificarlos y, además, aquella revista el carácter peligroso o

dañoso que indujo a conminarla con pena; b) la pretensión de ilicitud (o antijuridicidad formal) pretende desentrañar si la acción realiza lo prohibido o no realiza lo mandado, esto es, si contraviene la norma entendida como directiva de conducta, lo que resultará excluido por la concurrencia de los supuestos contemplados en las leyes permisivas, ya otorguen éstas un derecho o permiso fuerte (causas de justificación) ya se limiten a tolerar la acción, otorgando un permiso “débil” (“excusas”) ya contemplen causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho; c) A la pretensión de ilicitud, que versa sobre la acción, sigue la de culpabilidad o reproche, que recae sobre el autor, a quien se reprocha la acción ilícita en tanto en cuanto es capaz de reproche y haya obrado conociendo o pudiendo conocer la ilicitud de su acción; d) La última pretensión de validez de la norma hace referencia a la necesidad de pena, que, si bien en abstracto se mide a través de las distintas pretensiones de validez material de la norma a que se ha hecho referencia (relevancia, ilicitud, culpabilidad), puede quedar excluida en el caso concreto, tanto por la concurrencia de circunstancias legalmente previstas como por otras no previstas que cursen a través de los mecanismos de gracia.

Articular un sistema de responsabilidad penal conforme a la exigencia de justicia inmanente a la norma comporta, claro está, renunciar a castigar cualquier suceso ante el que no pueda esgrimirse una pretensión de relevancia, de ilicitud, de reproche y de necesidad de pena. Exigir responsabilidad penal al margen de lo anterior es incompatible con la pretensión de validez que sirve de marco a todas las restantes. Por lo demás, esa “sistemática” de las pretensiones es una simple propuesta de orden que no pretende —antes al contrario— ni determinar los contenidos de los conocimientos que se limita a ordenar, ni, menos aún, producir contenidos al margen de la ley. Por eso puede seguirse un orden distinto. La ubicación sistemática de las causas de justificación o de las excusas es irrelevante. Lo determinante es orientar el sistema penal —material y procesal— en la dirección de los derechos funda-

mentales y aproximarse al estudio del delito desde las garantías constitucionales, pues eso es lo que nos guiará de manera más firme tanto en lo que podríamos llamar problemas genéricos o de legitimidad del sistema, como en la aplicación de las normas penales al caso concreto. Es más, debiéramos empezar a plantearnos si esto último es verdaderamente posible afrontarlo desde las “partes generales” tal y como éstas aparecen actualmente concebidas. Una vez que se acepta que la esencia de las acciones radica en el sentido y que lógicamente no es posible un significado de todos los significados posibles, esto es que no es posible un concepto general de acción, la “parte general” del derecho penal debiera perder peso a favor del estudio del libro de figuras que integra, la tan injustamente menospreciada, “parte especial” del derecho penal.

## B. LA CONCEPCIÓN SIGNIFICATIVA DE LA ACCIÓN: UNA REFLEXIÓN ACERCA DE LOS FUNDAMENTOS DEL SISTEMA PENAL

### a) Una nueva perspectiva conceptual

Vives Antón ha dedicado las últimas décadas a reflexionar sobre los fundamentos del sistema penal y a reconstruir las ideas básicas sobre las que se ha levantado el edificio penal. No se trata aquí de reproducir su pensamiento. Ni siquiera de sumarse a los buenos argumentos en que apoya su rechazo a planteamientos anteriores. Es más honesto y también más eficaz remitir al lector a cuanto él ha dicho a partir sobre todo de su primera edición de los *Fundamentos del sistema penal* y de su más reciente obra *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos fundamentales* (2010). Ahora me interesa en mayor medida destacar que esa reflexión ni es una crítica dirigida a unas u otras opciones doctrinales, ni tampoco pretende ser una opción sistemática más. Es, de un lado, una crítica general a los procedimientos de los que nos hemos venido sirviendo la dogmática y, de otro, una propuesta de clarificación de los conceptos dirigi-

da, en suma, a determinar el significado de los mismos desde una nueva perspectiva.

La necesidad de esa reflexión deriva del propio fracaso de la dogmática. No es preciso volver sobre todo cuanto ya se ha dicho. Baste reiterar que el momento básico de todas las dogmáticas, el fundamento del que parten, es la acción y su sentido. Por tanto, la principal meta de la dogmática debiera ser lograr un ajuste lo más perfecto posible entre las palabras de la ley y las acciones a las que se aplican. Ese es el punto de partida en el que fracasa la dogmática o las dogmáticas. No sólo no han permitido una formulación, interpretación y aplicación de las leyes penales más segura y previsible, sino que incluso han contribuido a aumentar la confusión, pues la determinación del significado de las palabras de la ley a partir de esquemas conceptuales que varían de autor a autor y que incluso se contraponen dificulta o impide el entendimiento de la ley y aboca a la imprevisibilidad de sus consecuencias.

Comenzar de nuevo las tareas de la dogmática a partir de la concepción significativa de la acción es poner en primer plano la relación interna entre la ley y el lenguaje y con ello ofrecer una nueva fundamentación a la sistemática que eluda los escollos que han hecho naufragar a la dogmática.

En lo que sigue no se pretende explicar la concepción significativa de la acción, ni, menos aún, justificarla. Eso es algo que su autor está en mejores condiciones de hacer. Me limitaré a exponer muy brevemente algunas de las razones por las que aquí se asumen las premisas de esa concepción, así como a subrayar las consecuencias que, a mi juicio, mejor sirven para destacar la trascendencia que tiene ejercitar esa opción. En el fondo son esas consecuencias que de manera natural se derivan de sus premisas lo que me lleva a acoger su propuesta. No voy, pues a caer en la impostura de reproducir los cimientos de la filosofía de la acción y del lenguaje cuando ni siquiera creo estar en condiciones de enjuiciar si es o no correcta la reconstrucción que Vives hace de las ideas de Wittgenstein, a quien declara seguir en los conceptos básicos. Aunque el mejor entendimiento del pensamiento

de Wittgenstein no fuera el que Tomás Vives propone —lo cual dadas las múltiples interpretaciones que de aquél se han hecho no sería tan extraño— lo cierto es que casi cualquiera está en condiciones de acreditar que, desde luego, no se trata de una reconstrucción arbitraria y que, en todo caso, ese nuevo modo de concebir la acción podía haber invocado como fundamento otras concepciones filosóficas, de manera que lo determinante no es, en realidad, aceptar o no el pensamiento de Wittgenstein desde el entendimiento del mismo que se nos propone.

## **b) Premisas y consecuencias: de la concepción significativa al primado de los derechos fundamentales**

### **a') Premisas básicas**

La primera de las premisas de que parte la propuesta que aquí se acepta es la de entender que el delito es, en primer término, acción.

Ahora bien, esa premisa incorpora como elemento inescindible la idea de que el sentido de la acción humana no reside ni en el comportamiento externo (en el sustrato), ni en la psique. La acción no es en modo alguno un objeto real, un hecho compuesto por la reunión de un componente físico, el movimiento corporal, y el volitivo. La acción no es un sustrato conductual al que se le puede dar un sentido, sino que ella misma es el sentido que conforme a un sistema de reglas puede atribuirse a determinados comportamientos humanos. Como tantas veces ha repetido Vives, la acción no es el sustrato de un sentido, sino el sentido de un sustrato. Esta es, como se dirá a continuación, la segunda de las premisas.

El sentido de la acción humana se expresa en el lenguaje. Es un significado lingüísticamente determinado en lo que Wittgenstein llamó los “juegos del lenguaje”, los diversos entramados en que se entrelazan los signos y las conductas. Si así no fuera no podría ser ni expresada ni comprendida, no podría seguir o no seguir las reglas que las leyes establecen. Menospreciar, como hace Jakobs, el lenguaje ordinario no sólo es incompatible con el núcleo

del pensamiento de Luhmann al que apela el propio Jakobs, sino con la misma sociedad en funcionamiento, pues la sociedad humana resultaría incomprensible sin el lenguaje.

No hay, pues, ningún sustrato que signifique nada por sí mismo, ni un significado que venga atribuido directamente, sin la mediación del lenguaje. Para que haya un significado, es preciso que exista un sustrato conductual cualquiera que signifique, esto es, que opere como un signo. Esta es la tercera de las premisas

En efecto, para que un sustrato cualquiera opere como un signo es necesario que haya una convención respetada en la práctica o, al menos, un hábito de uso. “Seguir una regla” es la *“conditio sine qua non”* del significado. La acción humana, como las palabras, significa sólo si opera como un signo, que sólo cobra sentido por una práctica social constante y unívoca. De lo contrario, su sentido puede volverse cada vez más borroso o, incluso, desaparecer por completo. El tan citado ejemplo del indicador de caminos que Wittgenstein ofrece en sus *Investigaciones filosóficas* es muy ilustrativo: si, porque hay un camino más corto, menos tortuoso o por las razones que fuera, dejáramos de seguir sus indicaciones, ya no significaría nada. La indicación que figura en el indicador no representa por sí sola nada. Es preciso un cierto seguimiento para que podamos decir que indica un camino.

Esto es lo que cierra el círculo de las premisas en que se fundamenta la concepción significativa de la acción: no son los conceptos, las ideas claras y distintas, sino el uso regular lo que dota de significado a nuestras acciones y es ese significado de las acciones el que permite decidir si se ajustan o no a lo prescrito por las palabras de la ley.

### **b') La prioridad de los derechos fundamentales frente a la prioridad del sistema**

Las premisas anteriores conducen, dicho de manera concentrada, al abandono de la pretensión de “cientificidad” y de sus dogmas y

su sustitución por otras pretensiones que no tienen más dogma que los principios constitucionales y cuyo objetivo es la efectividad de los mismos. Sólo a partir de esas premisas puede entenderse no ya el principio de legalidad sino la idea misma de ley.

La función de la dogmática y el papel de la sistemática debe necesariamente cambiar.

Hay que dar paso a una dogmática más modesta que no se considera ciencia sino sólo hermenéutica. La dogmática no es una ciencia de hechos desde el momento en que el delito no es un objeto real sobre el que tal “ciencia” se proyecta como una suerte de “ciencia de la responsabilidad”.

El abandono de la ilusión científica, comportará el abandono de la ilusión sistemática. La pretensión, de origen kantiano, de alcanzar la cientificidad por la vía de la sistematización carece de fundamento. Sobre todo si por cientificidad se entiende algo más que la ordenación de conocimientos, pues entonces el objetivo ya no es una sistemática dirigida a ordenar conocimientos o prácticas, es decir, no se trata de seguir un sistema sino que se busca encontrar el sistema que produzca el auténtico conocimiento, es decir, el conocimiento científico. La sistemática tiene un papel puramente instrumental. No es un fin en sí mismo. Sólo es un medio para exponer el contenido de las normas. En este sentido, la llamada teoría jurídica del delito es sólo una teoría en sentido débil y su pretensión no es una pretensión de verdad. Es, en definitiva, un conjunto de opiniones bien ordenadas regidas por una pretensión de corrección (justicia). Enjuiciamos las acciones desde las normas y desde los valores implícitos en la norma (libertad, seguridad, eficacia, etc) como concreciones de la justicia como valor central del ordenamiento

Abandonado el método científico y la ilusión sistemática, sólo nos queda indagar caso por caso en la fórmula empleada por la ley y en su significado. A partir de ahí, la única seguridad posible es la que nos depara una práctica estable y bien argumentada. A la jurisprudencia ordinaria, en primer lugar, corresponde ga-

rantizar esos usos estables de los que depende el significado interpretando las normas desde la efectividad de los principios constitucionales. A la doctrina compete junto a una tarea de ardua vigilancia, la de sugerir propuestas que, lejos de distorsionar el panorama, contribuyan a que los niveles de seguridad jurídica no queden nunca por debajo de lo que resulta tolerable.

Hay que subrayar la trascendencia que tiene ese cambio, pues la renuncia a hacer ciencia en el sentido fuerte del término supone poner fin a los indeseables efectos vinculados a esa pretensión. Tal vez los dos más graves son, de un lado, la pretensión de veracidad que conlleva y, de otro, que legitima la absoluta libertad interpretativa.

Lo primero conduce a una consecuencia incompatible con el mismo procedimiento democrático, pues convierte un problema de la vida en un problema de la ciencia y, con ello, lo retira de la esfera pública, es decir, elimina la posibilidad de someterlo al razonamiento y a la discusión de todos los sujetos. En esa medida ha dicho muchas veces Vives que la pretensión de cientificidad es una pretensión autoritaria

Por su parte, no son menos devastadores los efectos vinculados al hecho de que la sobrevaloración del sistema alzapreme la libertad interpretativa frente al texto de la ley. El sistema no se limita a ordenar conocimientos sino que va generando el verdadero conocimiento científico a partir de refinamientos dogmáticos que varían de autor a autor, eliminando la posibilidad de usos constantes, destruyendo, por tanto, el primero de los objetivos que debiera perseguir la dogmática.

Lo más grave de todo esto es que los jueces se contagian. También ellos quieren hacer dogmática aunque para eso haya que acabar con usos estables. Frente a ese estado de cosas no puedo dejar de insistir en la ilegitimidad de cualquier cambio fundado en una libertad interpretativa entendida como a menudo se entiende. El juez ordinario no puede enarbolar una supuesta libertad interpretativa por cuya virtud se deje de aplicar la regla típica tal y

como la hemos entendido hasta ahora y la sustituycamos retroactivamente en contra del reo por otra distinta, por mucho que pueda parecer —o incluso ser— técnicamente mejor. Tal cosa es intolerable porque lo que se está haciendo es cambiar una regla por otra de manera ilegítima y, por tanto, aunque ese nuevo uso llegara a consolidarse, no por ello dejaría de ser un cambio ilegítimo, que parte de un equívoco sobre lo que significa interpretar y no repara en la incompatibilidad de semejante pretensión con nuestro modelo normativo.

El abandono de la pretensión científica implica reconocer que no es la interpretación la que dota de sentido a la ley. La pregunta sobre cuál sea el papel de la interpretación en la fijación del significado no es una pregunta que se pueda ventilar en un momento, pero si algo es claro es que la interpretación por sí sola no puede determinar el significado. Si el significado de la regla pudiera quedar librado a la interpretación, no podríamos hablar de regla. Para que pueda hablarse de regla es necesario que, al menos una parte nuclear de la misma, pueda aplicarse ciegamente sin interpretación alguna. Eso sólo se obtiene con usos estables ya que seguir una regla es una práctica. Si eso no se ve claro de poco va a servir que el Tribunal Constitucional luche por afianzar el nuevo paradigma que en materia de legalidad instauraron las SSTC 111/1993, 137/1997 y 151/1997, ya que es obvio que, en un panorama en el que la libertad interpretativa parece ser la regla, el canon de previsibilidad no cumple función alguna, pues, en ese marco cualquier interpretación es, a fin de cuentas, previsible. El ejemplo de la prescripción o el cambio de criterio sobre la acumulación de condenas en el caso Parot muestran sobradamente hasta donde pueden llegar los abusos que se cometen en nombre de la libertad interpretativa que se asocia a la verdad científica.

El paradigma de los peligros que encierra construir la dogmática como un discurso sobre la verdad, al margen de lo que diga la CE y la ley, está, sin duda, representado por el pensamiento de Jakobs.

Tiene razón Tomás Vives cuando dice que lo peor de Jakobs no es su tan criticada opción por el derecho penal del enemigo, sino el hecho de que prescinda, en general, de los tipos penales y que, en el lugar de la Constitución escrita, sitúe los intereses del sistema, con lo cual cualquiera puede ser tratado como un enemigo, es decir, negado en sus derechos fundamentales y, por lo tanto, en su condición de persona. La inclusión del otro, su calificación como persona depende de la configuración que en cada momento adopte el sistema. Guantánamo es sólo la expresión más evidente del fenómeno pero, desde luego, no es la única. La política criminal que en materia de inmigración se está consolidando en Europa con Italia a la cabeza es una muestra de adonde conduce el entendimiento de los demás como simple entorno.

La concepción significativa de la acción es justamente lo contrario. El primado de la legalidad como “principio de principios” frente a las pretensiones científicas y el entendimiento del otro como sujeto y no como objeto son las consecuencias últimas a que conduce la concepción de Vives. Que es por ambas razones una cabal concepción democrática y humanista de la imputación penal.

Ciertamente, al colocar la acción y el lenguaje en el centro se hacen efectivas las exigencias que la legalidad comporta. Por el contrario, cuando la acción se pone en duda y se antepone a ella resultados e imputación, el principio de legalidad y aún la idea misma de ley sale por la ventana. La concepción significativa restituye a la ley —y a la Constitución como ley suprema— el lugar de honor que le corresponde en un sistema democrático. Esa es, obviamente, una consecuencia política de primera magnitud en tanto que salvaguarda la garantía que para el ciudadano representa la ley frente al poder, frente a las distintas clases de poder. Es imprescindible subrayarlo porque si resulta que las acciones tienen un sentido independiente del lenguaje, entonces cualquier intérprete puede situarse por encima de la ley y de la Constitución. El *ius puniendi* puede, así, ejercerse marginando los derechos fundamentales que la Constitución reconoce en tanto

que ese ejercicio sea visto como correcto por quienes lo ejercen.

Entender la acción como significado que nace de las reglas de uso de los símbolos en los distintos juegos del lenguaje —y situar con ello el lenguaje en el núcleo del sistema penal— es articular el modelo de responsabilidad a partir de aquello en lo que los hombres coinciden y les permite entenderse porque coinciden en una forma de vida, la forma de vida que les hace iguales. Presupone una comunidad en la que es posible entenderse, argumentar, convencerse y, en suma, tratar al otro como sujeto y no como objeto. Y desde el momento en que reconozco al otro como persona, de ahí se deriva como condición necesaria la vinculación de todo el ordenamiento jurídico y, especialmente, el conjunto del sistema penal a una serie de derechos inseparables de la condición humana de los que depende la corrección de cualquier pretensión de validez normativa. A esa concepción de la acción corresponde, pues, una concepción de la norma que apela a la racionalidad práctica y que, como vimos, necesariamente se aparta no sólo del mandato bruto sino también del más sutil imperativo sistémico.

Acción y norma así entendidas se autoimplican y convergen en la fundamentación del poder punitivo. Un poder que si se ejerce al margen de los derechos fundamentales y los principios constitucionales es sólo un acto de hostilidad o de venganza y, por tanto, no puede invocar ser expresión de un derecho a castigar. En realidad, se trata de subrayar que, como magistralmente expusiera Hobbes, lo que entonces se concebía como determinadas exigencias básicas de justicia determinan el propio concepto de delito y de pena, de suerte que en ausencia de dichas exigencias no hay verdadero ejercicio del derecho del Estado a castigar. Como en tal sentido ha dicho Vives, los límites constitucionales no son límites axiológicos externos sino que tienen un carácter definitorio de lo que entendemos por delito y pena, de manera que cuando aquellas fronteras lógicas se sobrepasan dejamos de hablar de delito y pena y hablamos de otra cosa. En esa medida,

cuando castigamos al margen de lo que dice la ley o cuando lo hacemos pese a la existencia de dudas sobre los hechos —o incluso sobre el significado de la ley—, la reacción no puede ser tenida legítimamente por pena. Por eso no es posible ninguna teoría jurídica del delito o de la pena en la que los principios constitucionales salgan perdiendo.

La prioridad de los derechos fundamentales y de la pretensión de legitimidad que de ellos se deriva es la reafirmación del Estado de Derecho, que ha de ser postulado como absolutamente válido frente a cualquier otro tipo de

gobierno porque es el Estado de la democracia. Como Habermas ha expuesto magistralmente, democracia y Estado de Derecho se autoimplican, de manera que no puede hablarse de la una sin lo otro. Ello obliga a construir el sistema de justicia penal desde la idea de democracia, cuyo nervio lo constituyen los derechos fundamentales, que se erigen en reglas básicas de procedimiento a las que ha de ajustarse la toma de decisiones en todo sistema democrático. Esa viene a ser hoy, después de más de veinte años dedicada a la dogmática penal, la única certeza que me queda.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

– Sobre la situación y los nuevos retos ante los que se enfrenta el derecho penal moderno se han escrito miles de páginas. A título ilustrativo, baste citar algunos de los últimos trabajos publicados en lengua castellana: CARBONELL MATEU, J.C.; “Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad” (*Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol. I, Cuenca 2001, p. 130 y ss; DÍEZ RIPOLLÉS, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *LH a Rodríguez Mourullo*, 2005, ESER, A./HASSEMER, W., BURKHARDT, B./ MUÑOZ CONDE, F.(coord.), *La Ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; FARALDO CABANA, P. (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; GARCÍA RIVAS, N. *El derecho penal frente a la inseguridad global*, ed. Bomarzo, Albacete, 2007; GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; del mismo, “Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho”, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal, Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás S. Vives Antón*, CARBONELL, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./ORTS BERENGUER, E.,dir.,/CUERDA ARNAU, M<sup>a</sup>.L. (coord.), TI, Valencia, 2009, p. 879 y ss; HASSEMER, W., Crisis y características del moderno Derecho penal”, *Actualidad Penal*, 1993-2, nº marginal 642; PÉREZ CEPEDA, A.I., *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, ed. Iustel, Madrid, 2007, PORTILLA CONTRERAS, G. (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad internacional de Andalucía/Akal, Madrid, 2005, especialmente p. 167 y ss, del mismo, *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup> (dir.), *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada, 2000; del mismo, *La expansión del derecho penal* 2<sup>a</sup> ed. Civitas, Madrid, 2001, entre otros muchos. Por su parte, ayuda a entender una de las principales singularidades del nuevo contexto la lúcida obra de H.M. ENZENSBERGER, *El perdedor radical. Ensayo sobre los hombres del terror*, Barcelona, 2007. De igual modo, resulta de singular interés detenerse a analizar el nada despreciable papel que en ese contexto tienen los medios de comunicación, vid. GARCÍA ARÁN, M./BOTELLA CORRAL, J.(dir), *Malas noticias. Medios de comunicación, política-criminal y garantías penales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

– Sobre la función promocional del derecho penal y la supuesta obligación de penalizar conductas, merecen especial mención las aportaciones de la doctrina italiana. Así, el clásico de N. BOBBIO “Sulla funzione promozionale del diritto”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1969, p.1313 y ss y, por lo que se refiere al derecho penal vid. por todos BRICOLA, F. “Funzione promozionale, tecnica premiale e Diritto penale”, en *La Questione criminale*, Sep-Dic, 1981, nº 3, p. 445 (junto con algunas otras aportaciones de interés, puede consultarse igualmente en *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1983, p. 121 y ss; PULITANO, “Oblighe costituzionali di tutela penale?”, *Riv.ital.dir.proc.penale*, 1983, p.483 y ss; FIANDACA, G.”Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politiche criminale”, *Riv.ital.dir.proc.penale*, 1982, p. 42 y ss. Tal idea también ha sido objeto de críticas en la doctrina alemana (v.g. el clásico de MULLER-DIETZ, “Zur problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierung”, *Festschrift für E. Dreher*, Berlín, 1977, p. 97 y ss) y, asimismo, en la española (v.g. ÁLVAREZ GARCÍA, J.”Bien jurídico y Constitución”, *C.P.C.*, nº 43, 1991, p. 28 y ss).

– Sobre el derecho penal simbólico, vid VOß, E., *Symbolische Gesetzgebung*, Ebelsbach, 1989; HEGENBARTH, „Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze“, *ZRP*, 1981, p. 201 y ss; HASSEMER, „Symbolisches

Strafrecht und Rechtsgüterschutz“, NZSt, 1989, p. 553 y ss. (existe traducción al castellano de E. Larrauri, en *Pena y Estado*, 1, p. 30 y ss); KINDERMANN, H. „Symbolische Gesetzgebung“, en GRIMM, D./MAIHOFER, W., *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, Opladen, 1988, p. 222 y ss; KREISSL, R. „Symbolisches Strafrecht“, *Kriminologisches Journal*, 1993, 6, p. 152 y 153; MÜLLER, J.C., „Die Legitimation des Rechtes durch die Erfindung des symbolischen Rechtes“, *Kriminologisches Journal*, 1993, 2, p. 82 y ss; NOLL, P. „Symbolische Gesetzgebung“, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, (100), 1981, p. 347 y ss. En la doctrina española le dedicaron tempranamente atención a la cuestión, entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, J., „Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente“, en *Pena y Estado*, n.º 1, 1991, p. 101; en el mismo lugar, además de otros estudios de penalistas foráneos, vid. TERRADILLOS BASOCO, J., „Función simbólica y objeto de protección del derecho penal“, p. 9 y ss; SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992 .., op. cit., p. 304 y ss; GARCÍA-PABLOS, A., *Derecho penal. Introducción*, Madrid, 1995, p. 49 y ss; vid. asimismo, DíEZ RIPOLLÉS, J.L., „El derecho penal simbólico y los efectos de la pena“, en *Política criminal y derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 59 y ss.

– Sobre el derecho penal del enemigo y la expansión de la excepcionalidad, vid. entre otros muchos: ASÚA BATARRITA, A. „El discurso del enemigo y su infiltración en el derecho penal. Delitos de terrorismo, finalidades terroristas y conductas periféricas“, en Cancio/Gómez Jara, *Derecho penal...*, cit. infra, p. 252 y ss; BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *Política criminal de la exclusión*, ed. Comares, Granada, 2007; CAMPO MORENO, JC/GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Colección de Estudios de derecho judicial, n.º 128, Madrid, 2007. CANCIO MELIÁ, M., „De nuevo ¿ Derecho penal del enemigo?“, en Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2ª ed., Madrid, 2006, p. 85 y ss; Cancio/Gómez Jara (coord.), *Derecho penal del enemigo*, Edisofer/Euros Editores S.R.L./B de F Ltda., Buenos Aires, 2006, CARBONELL MATEU „Reflexiones sobre el abuso del derecho penal...“, op. cit.; FARALDO CABANA, P. (ed) *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., „El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de derecho: la doctrina del derecho penal enemigo“, en *Revista penal*, n.º 19, enero 2007, p. 52 y ss; LANDROVE DÍAZ, G. „Una cierta política criminal“, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, (LH Vives Antón), T.II, Valencia, 2009, p. 1079 y ss; MAQUEDA ABREU, Mª L., *La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales*, en „Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat“, T. I, Edisofer, Madrid, 2008; MUÑOZ CONDE,, *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005; del mismo, „El nuevo derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado derecho penal del enemigo“, en *Libro Homenaje a Ruiz Antón*, 2004;; PORTILLA CONTRERAS, G. (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad internacional de Andalucía/Akal, Madrid, 2005, especialmente p. 167 y ss, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, „Expansión del derecho penal y límites constitucionales“, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, (LH Vives Antón), T.II, op. cit., p. 1655 y ss. En esta misma obra, vid la interesante reflexión de JIMÉNEZ REDONDO, quien desde la filosofía de Kant —a quien tanto invoca Jakobs— explica por qué es conceptualmente imposible un derecho penal del enemigo, „El diablo como persona en derecho. Sobre la idea de Günther Jakobs de ‘Derecho penal del enemigo’“, T. II., p. 1061 y ss, del mismo autor, „Sobre la distinción de Günther Jakobs sobre “derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en *Teoría y Derecho*, n.º 4/2008, p. 190 y ss

– Sobre el impacto que tal concepción viene teniendo en las últimas reformas penales, vid. VIVES ANTÓN, T.S., „¿Estado democrático o Estado autoritario? (Reflexiones jurídico-políticas a propósito de un Anteproyecto de Código penal), *Teoría y Derecho*, n.º 4/2008, p. 264 y ss. Vid. asimismo las interesantes reflexiones que sobre el conjunto del proyecto se contienen en ÁLVAREZ GARCÍA, J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

– Sobre la concepción significativa de la acción desarrollada por VIVES ANTÓN, vid. de ese mismo autor *Fundamentos del sistema penal, acción significativa y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010. La primera parte de dicha obra es una versión ampliada de sus *Fundamentos del sistema penal*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 1996). La segunda parte de la misma es una reflexión que, partiendo de la concepción significativa de la acción, pretende conjurar los muchos peligros que se ciernen sobre los principios constitucionales y los derechos fundamentales. Muchos de los trabajos que integran esta segunda parte son inéditos y los que no lo son constituyen versiones ampliadas de trabajos anteriores, de los que se da cuenta a continuación por orden cronológico: „Principios constitucionales y dogmática penal“, en *Estudios sobre el código penal de 1995*, Vol. I, coordinado por Vives Antón y Manzanares Samaniego, Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 39 y ss [Tirant on line, (Tol 464624)] „El cambio en la función de la ley penal“, en *Justicia. Revista del Poder Judicial Nicaragüense*, n.º 22, Managua, 2000 p. 132 y ss; „El principio de culpabilidad“, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, editado por José Luis Díez Ripollés y otros, Tecnos, Madrid, 2002; „Acción y Omisión: tres notas a un ‘status quaestionis’“, en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, coordinado por Emilio Octavio de Toledo y Ubieto (y otros), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; „Defensa de un pedazo de papel“, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, coordinado por Agustín Jorge Barreiro, Civitas, Madrid, 2005; „Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal“, en *Estudios de Filosofía del Derecho penal*, VVAA coordinados por Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006; ‘Más allá

de toda duda razonable', en *Teoría & Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, nº 2/2007, Tirant lo Blanch, Valencia, p.166 y ss; "Reexamen del dolo", en *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la profesora María del Mar Díaz Pita*, VVAA coordinados.. por Francisco José Muñoz Conde, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; Estudio preliminar al libro "Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito" de José Antonio Ramos Vázquez Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 10.

De las aportaciones de otros autores que se han ocupado de la concepción de Vives merecen especial mención las de JIMÉNEZ REDONDO, M., en el *Estudio preliminar* de los Fundamentos, p. 33 a 98; MARTÍNEZ-BUJÁN, C. "La concepción significativa de la acción de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito", *RECPC*, Granada, nº 1-13, 1999 (vid. "Acción, norma y libertad de acción en un nuevo sistema penal", en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (García Valdés y otros coord.), Edisofer, Madrid, 2008, p. 1237 y ss; J.A. RAMOS VÁZQUEZ, *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; del mismo, "Un 'proceso interno' necesita criterios externos. Algunos apuntes sobre la gramática profunda del elemento volitivo del dolo", en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal, Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás S. Vives Antón*, op. cit., T. II., p.1639 y ss, en esta misma obra y tomo MUÑOZ CONDE, F., "Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción significativa", p. 1449 y ss; del mismo, vid el *Prólogo* a la obra de P. C. Busato, *Derecho penal y acción significativa*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007 y, naturalmente, esta obra en sí (sobre si BUSATO procede o no a una reformulación de la acción como valoración de un sustrato, vid las consideraciones cruzadas de VIVES y MUÑOZ CONDE en el Estudio preliminar a la obra de JA Ramos, p. 57, y la contestación que en el libro homenaje al primero le dedica el catedrático sevillano, p. 1459, nota 13) Vid asimismo el interesante desarrollo de las pretensiones de validez específicas en E. ORTS y J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. Por lo que a mi respecta, he procurado poner de manifiesto las implicaciones que su pensamiento tiene en el ámbito de la comisión por omisión, "Límites constitucionales de la comisión por omisión", en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal, Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás S. Vives Antón*, op. cit., T. I., p. 415 y ss

**Fecha de recepción: 28 de mayo de 2010**  
**Fecha de aceptación: 27 de octubre de 2010**