

## EL NUEVO SISTEMA DE DERECHO PENAL DE VIVES ANTÓN: NOTAS A UN NUEVO MODELO METODOLÓGICO NORMATIVO \*

por Manuel José Arias Eibe \*\*

### RESUMEN

El Profesor Vives Antón ha dado vida a un nuevo sistema penal de base esencialmente normativa en el que con base en la filosofía del lenguaje y prescindiendo de componentes de naturaleza fáctica o naturalista, configura una peculiar concepción significativa de la acción así como de otras categorías íntimamente relacionadas con ésta en el contexto de una original pretensión metodológica centrada en lo valorativo, alejándose así de lo material, de lo físico, natural o psicológico que han sido las claves en las que se han venido anclando otras sistemáticas penales que dominaron en el pasado de la teoría jurídica del delito.

### PALABRAS CLAVE

Acción, teoría de la norma, libertad de acción, pretensión de relevancia, pretensión de ilicitud, pretensión de reproche.

### SUMARIO

I. Introducción. II. Una visión a las concepciones de la acción en la teoría jurídica del delito previa a Vives. III.- La concepción la acción, la teoría de la norma y la libertad de acción en VIVES. IV.- El contenido material del delito en VIVES: las pretensiones de relevancia, ilicitud y reproche.

### I.- Introducción.

Recientemente, en la doctrina penal española, VIVES ANTÓN<sup>1</sup> con base en la filosofía del lenguaje de WITTGENSTEIN -en lo tocante a la doctrina de la acción y la teoría de la norma-, y en la metodología de HABERMAS, ha hecho presentación de una nueva y original sistemática que, lejos de pretender una demolición del edificio conceptual elaborado por la dogmática hasta el momento, propone una reconstrucción del sistema en base a dotar a los mismos conceptos penales de un nuevo significado, todo ello con el confesado objeto de superar las deficiencias que advierte en la elaboración dogmática precedente.

VIVES reduce a dos los conceptos más esenciales del sistema penal: la acción -y su correlato de libertad de acción-, y la norma. Con estas bases, la destacada originalidad del planteamiento de VIVES ha dado lugar a que algún autor haya catalogado a su enfoque de la teoría del delito como “*el primer sistema penal del siglo XXI*”<sup>2</sup>. El sistema penal de VIVES se edifica, como hemos advertido, sobre la teoría de la acción, la teoría de la norma y la libertad de acción. Veremos a continuación sus respectivas concepciones.

\* Fecha de recepción: 17 de octubre de 2006. Fecha de publicación: 15 de febrero de 2007.

\*\* Doctor en Derecho. Diplomado en Criminología. Abogado (España).

<sup>1</sup> Vid. VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos del Sistema Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, con prólogo de J.A. BELLOCH JULBE.

<sup>2</sup> MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C.: “La concepción significativa de la acción de T.S. VIVES y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, año 2001, p. 1076.

## II.- Una visión a las concepciones de la acción en la teoría jurídica del delito previa a VIVES.

Brevemente, y a grandes rasgos, la evolución de la concepción de la acción dentro de la teoría jurídica del delito habría que hacerla discurrir por las siguientes fases: la concepción de la acción en el sistema clásico, su concepción por los neoclásicos, el concepto finalista de acción y los enfoques funcionalistas que sobre la acción se han formulado.

Franz Von LISZT (1881), quien está profundamente influido por el naturalismo de su época, considera que la acción está concebida como un proceso causal nacido de la voluntad que modifica el mundo exterior. Se trata de un concepto ontológico, naturalista y causal. La concepción de la acción es puramente descriptiva, valorativamente neutra. La acción para VON LISZT es la “(...) *inervación muscular producida por la energía de un impulso cerebral, que a través del medio natural y conforme a las leyes causales de la naturaleza provoca una mutación en el mundo externo perceptible por los sentidos*”<sup>3</sup>. Esta construcción no resulta, no obstante, adecuada para explicar la omisión, y para ello VON LISZT acude a una construcción paralela considerando que la omisión es omisión de una acción esperada, y también en ella se da una voluntad, un resultado, y una relación de causalidad entre ambos, análoga a la que se da en los delitos de acción<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> LUZÓN PEÑA, D-M.: *Curso de Derecho Penal, Parte General, I*, Madrid, 1.996, p. 228.

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho Penal Español. Parte General*, 9ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1985, p. 364. En este mismo sentido, Radbruch puso ya de manifiesto que el concepto causal de la acción no era aplicable a la omisión, por cuanto en ésta falta una relación de causalidad entre la no realización de un movimiento corporal y el resultado, y por otra parte, aunque la omisión puede ser voluntaria, la voluntariedad no es inherente al concepto de omisión, de tal forma que el concepto causal de la acción no puede cumplir la función de elemento básico, unitario, del sistema de la teoría del delito, por ello Radbruch quería sustituir la acción como elemento básico del sistema de la teoría del delito por la realización del tipo. Vid. CEREZO MIR, J. : *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Madrid, 1.999, p. 30 y 31. El que el concepto naturalístico de la acción no lograba explicar la esencia de la omisión no fue la única crítica que se formuló al sistema clásico del delito. Así, se criticó también que en algunos delitos, como el hurto o la injuria, para calificar una acción como antijurídica era necesario recurrir a determinados elementos subjetivos (ánimo de lucro, ánimo de injuriar en las expresiones proferidas en deshonra, descrédito o menosprecio de una persona), de tal forma que esta exigencia, es decir la existencia de estos elementos, rompía la radical distinción característica del sistema clásico entre elementos objetivos y elementos subjetivos del delito, apareciendo elementos subjetivos en lo que era parte objetiva, cuando con arreglo a esta concepción los elementos subjetivos debían reservarse a la culpabilidad. Del mismo modo se criticó que el concepto psicológico de culpabilidad no podía explicar la culpa inconsciente ni tampoco algunas causas de exculpación.

Conforme al concepto clásico del delito, la acción era concebida como un simple impulso causal, de tal suerte que cualquier comportamiento humano podía ser calificado como acción siempre que fuera voluntario. “*Para afirmar que existe una acción, basta la certidumbre de que el sujeto ha actuado voluntariamente. Lo que ha querido es, por ahora, irrelevante: el contenido del acto de voluntad tiene sólo importancia en el problema de la culpabilidad*”<sup>5</sup>. En este sentido, el impulso de voluntad sólo importaba en cuanto causa de la conducta externa, por lo que era indiferente cuál fuera el contenido de la voluntad y si se dirigía o no a realizar el hecho producido, con tal de que hubiera causado el movimiento corporal externo. La dirección final de la voluntad era irrelevante para el concepto causal de acción<sup>6</sup>, negándose el carácter de acción a los movimientos no causados por la voluntad, como podían ser los que tuvieron por origen un estado de inconsciencia o bien los reflejos o producto de fuerza irresistible.

En nuestro país el concepto causal de la acción tuvo un amplio eco, a diferencia de la escasa influencia del concepto de la acción elaborado por los penalistas hegelianos alemanes (Abegg, Berner, Köstlin), para quienes la acción era el hecho imputable al hombre como culpable<sup>7</sup>. El concepto clásico causal de acción podríamos decir con MIR PUIG<sup>8</sup> que constituye la posición tradicional y todavía vigente en la doctrina española actual. Si bien su momento de apogeo estuvo precisamente en el período comprendido entre el final del siglo XIX y principios del siglo XX, coincidiendo con el enfoque científico-naturalista de la metodología jurídico penal, influido por el positivismo naturalista.

Para el sistema neoclásico o de orientación teleológico-valorativa, la acción no se convirtió en algo absolutamente distinto del concepto clásico de la acción<sup>9</sup>, y si bien dejó de ser algo absolutamente natural, como sucedía en la teoría clásica, pasó a estar inspirada en un cierto sentido normativo que permitiera la comprensión tanto de la acción en

---

<sup>5</sup> CERESO MIR, J.: Op. cit., p. 30, remitiéndose a Mezger, *Tratado de Derecho Penal, I*, trad. de J.A. Rodríguez Muñoz, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.955, p. 220-221. Añadiendo que, según Beling “*Debe afirmarse siempre la existencia de una acción cuando concurra una conducta humana voluntaria, con indiferencia de en qué consista y del fin perseguido por la voluntad que la domina*” (nota 6).

<sup>6</sup> MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Barcelona, 1998 y reimpresión, 1999, p. 154.

<sup>7</sup> CERESO MIR, J.: Op. cit., p. 29, nota 4.

<sup>8</sup> MIR PUIG, S.: Op. cit., p. 154.

<sup>9</sup> De hecho, algunos autores, como MIR PUIG, op. cit. p. 154 y 155, diferencia el concepto causal de acción del concepto final y del concepto social, señalando que dentro del concepto causal de acción se encuentra el formulado por la metodología positivista, que no es otro que el concepto natural-causal, pilar del esquema clásico del delito de la dogmática alemana que ya hemos visto, y el concepto valorativo de acción, que sería precisamente el formulado en el marco del concepto neoclásico del delito.

sentido estricto, como de la omisión<sup>10</sup>. La acción se definía como el comportamiento humano voluntario manifestado en el mundo exterior. LUZÓN PEÑA señala que en el elemento acción se mantiene mayoritariamente el concepto causal, aunque despojado de carácter naturalista y entendido de modo más amplio. Se trata pues, de un concepto causal de acción, ya que al igual que la concepción del sistema clásico, se sigue exigiendo que la voluntad esté presente para diferenciar el comportamiento humano de los fenómenos naturales y físicos, pero no importa el contenido de la voluntad, sino que lo importante sigue siendo el aspecto externo de la conducta.

El finalismo reaccionará frente al carácter objetivo del tipo del sistema clásico. Welzel se centra en el concepto de acción a la hora de formular su teoría, pudiéndose decir que el finalismo es, en esencia, una teoría de la acción, teoría que, obviamente, afecta y repercute en los restantes elementos del delito. Así, Welzel, en la *acción*<sup>11</sup>, introduce la fundamental importancia del aspecto subjetivo<sup>12</sup> (frente al carácter puramente objetivo de los conceptos causalistas anteriores), llegando a decir que la finalidad de la misma, su fin, es precisamente lo que diferencia la acción humana de los fenómenos naturales ciegos. O lo que es lo mismo, el hombre, gracias a su saber causal, como ser racional e inteligente que es, interviene en los procesos causales como medio para lograr los fines que se propone, por tanto, el contenido de la voluntad dirigida a un fin determinado es fundamental en la acción<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Aunque en este sentido no existió unidad doctrinal toda vez que algunos autores siguen pensando que sólo se puede hablar de acción si hay una causación activa de resultados, y renuncian a un supraconcepto de acción común a la actividad y a la omisión. Vid. LUZÓN PEÑA, D-M.: *Curso de Derecho Penal. Parte General, I*, Ed. Universitas, SA, Madrid, 1996, p. 231.

<sup>11</sup> En el concepto finalista elaborado por WELZEL, el contenido de la voluntad pertenece a la acción, a diferencia de lo que ocurría con el concepto causal, donde sólo interesaba, como vimos, que el movimiento corporal fuera voluntario. En el concepto causal bastaba con que el movimiento corporal hubiera producido un resultado, existiendo entre ambos una relación de causalidad, analizándose la voluntad y su contenido en la culpabilidad. Ahora, bajo la concepción finalista, el contenido de la voluntad pertenece a la acción, siendo en definitiva la voluntad el factor que impulsa y da sentido a la acción.

<sup>12</sup> WELZEL, en este sentido observa como desde PUFENDORF hasta la formulación de la teoría clásica del delito, no eran consideradas como acción, sin más, todas las consecuencias causadas por el hombre, sino que tan sólo se consideraban como parte de la acción aquellas consecuencias que dependían de su voluntad o eran dominables por él, tan sólo éstas podían ser imputadas como obra de la voluntad de la persona. La situación varió, como vimos, con la formulación de la teoría clásica. Es más, WELZEL reconoce que no es él el primero que ve en la voluntad el factor esencial de la acción humana convirtiéndola en fundamento de la imputación de resultados. Esta es, como él escribe, “una vieja verdad que ya había sido formulada por ARISTOTELES y que PUFENDORF, tomándola del Derecho natural, la había transmitido a la Ciencia jurídica, donde fue absolutamente dominante hasta finales del siglo XIX”. MARTINEZ ESCAMILLA, M.: “La imputación objetiva del resultado”, Ed. Edersa, Madrid, 1.992, pag. 24 y nota 86.

<sup>13</sup> Señala en este sentido CEREZO MIR, J., op. cit., p. 33, con remisión literal al propio Welzel, que “el ser humano, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos

Su característica por tanto es dirigirse intencionadamente a un objetivo previamente planificado por el sujeto. Como dice Welzel, sólo la acción humana es vidente (ve adónde tiende) a diferencia del resto de los procesos naturales, que actúan de modo ciego<sup>14</sup>. La actividad finalista del hombre se caracteriza pues, en que éste, gracias a sus conocimientos nomológicos (derivados de la experiencia) puede prever las consecuencias posibles de su conducta, y por tanto orientarla a la obtención de determinados fines, planificando su conducta orientándola hacia tales fines.

Posteriormente, dentro del funcionalismo penal, y respecto de la acción, existen, diferentes posicionamientos sin que quepa hablar de un concepto genérico o consensuado de acción. ROXIN<sup>15</sup> o RUDOLPHI<sup>16</sup>, defienden un concepto de acción pre-típico –aunque no prejurídico–, una teoría personal de la acción, evidenciando en la conducta de los sujetos una exteriorización de su personalidad; JAKOBS define la conducta como la evitabilidad de una diferencia de resultado<sup>17</sup>; otro grupo de autores se limitan a posicionar a la acción dentro del tipo como uno de sus elementos, aunque manejando diferentes conceptos heterogéneos de acción, como sucede con SCHMIDHÄUSER<sup>18</sup>, SCHÜNEMANN o MIR PUIG, entre nosotros; y por último, tendríamos que señalar que otros autores rechazan el concepto mismo de acción, negándose incluso a su definición. Aquí podríamos situar, entre otros, a OTTO, en Alemania, a FIGUEIREDO DIAS, en Portugal, y a FIANDACA-MUSCO y MARINUCCI en Italia<sup>19</sup>.

---

*y dirigir su actividad conforme a un plan, a la realización de estos fines” . Sigue diciendo CEREZO por boca de WELZEL: “Dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, por consiguiente, éste conforme a un plan a la consecución del fin, la espina dorsal de la acción finalista es la voluntad consciente del fin, rectora del acontecer causal. Ella es el factor de dirección que configura el acontecer causal externo y lo convierte de este modo, en una acción dirigida hacia el fin. La voluntad finalista puesto que, y en la medida en que, configura objetivamente el acontecer externo, pertenece a la acción como factor integrante”.*

<sup>14</sup> MIR PUIG, S.: Op. cit., p. 156 y 157. En el mismo sentido CEREZO MIR, J., op. cit. p. 33, cuando señala que la finalidad es, por ello, dicho en forma gráfica, “vidente”, la causalidad “ciega”.

<sup>15</sup> Vid. ROXIN, C.: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Vol. I, 3ª ed. C.H. Bick’sche Verlagsbuchhandlung München, 1997, 8/44 y ss.

<sup>16</sup> Vid. RUDOLPHI-HORN-GÜNTHER-SAMSON: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7ª ed., Luchterhand, Berlín, 1997, (26.Lfg), vor 1/18.

<sup>17</sup> JAKOBS, G.: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2ª ed., DeGruyter, Berlin-New York, 1993, 6/32.

<sup>18</sup> SCHMIDHÄUSER, E.: *Strafrecht*, Allgemeiner Teil – Studienbuch, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1982, 5/5 y ss.

<sup>19</sup> Vid. GRECO, L.: *Introdução á dogmática funcionalista do delito. En comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal” de Roxin*, texto de la ponencia presentada en el I Congresso de Direito Penal e Criminologia de la FUBA, celebrado los días 13 a 15 de abril de 2000.

### III.- La concepción la acción, la teoría de la norma y la libertad de acción en VIVES.

Para VIVES la doctrina penal tradicional se ha equivocado al tratar de formular un concepto unitario de acción de raíz psicofísica que englobase las acciones positivas, las omisiones, las acciones dolosas y las imprudentes. VIVES, con base en la teoría de la acción comunicativa<sup>20</sup>, adopta una concepción significativa de la acción de base normativa, apartándose de las concepciones psicofísicas anteriores, de tal forma que la acción –y la omisión–, no será ya el sustrato de un sentido, sino el sentido de un sustrato<sup>21</sup>. VIVES diferencia los meros hechos de las acciones significativas. Los hechos suceden y acontecen, explicándose generalmente mediante leyes físicas o de la naturaleza, en tanto que las acciones tienen un significado y han de ser comprendidas mediante reglas gramaticales<sup>22</sup>.

Por lo que toca a la teoría de la norma, VIVES destaca en éstas dos caracteres esenciales: ser decisiones del poder, y al mismo tiempo, ser determinaciones de la razón. VIVES destaca que la norma no es puro mandato, sino que al mismo tiempo conlleva implícita una pretensión de validez o de legitimidad en el seno social al que va dirigida. Así, para VIVES, las normas pretenden proyectar la justicia<sup>23</sup>, como valor, a los supuestos que la realidad presenta. De esta suerte, la dogmática no sería ya una auténtica ciencia, sino una simple forma de argumentar tópicamente sobre el enjuiciamiento de las acciones bajo las normas y el valor de justicia que llevan implícitas. Por otra parte,

---

<sup>20</sup> El pensamiento habermasiano en el que fundamenta parcialmente su construcción VIVES, discurre por dos etapas. En una primera etapa –que coincide con su obra *Conocimiento e interés*, publicada inicialmente en 1968, Vid. HABERMAS, J.: *Conocimiento e Interés*. Ed. Taurus, Madrid, 1991- se alinea claramente con los enfoques de la teoría crítica de Max HORKHEIMER, y de su propio maestro Teodoro ADORNO, y en una segunda etapa –coincidente con su obra *Teoría de la acción comunicativa*, Vid. HABERMAS, J.: *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Ed. Cátedra, Madrid, 1989- incrementará la reflexión crítica de la sociedad, con apoyo en la nueva filosofía del lenguaje, -se trata del conocido giro lingüístico- generando como núcleo de su teoría la llamada doctrina de la situación ideal de diálogo. Lo que persiguió HABERMAS con el giro lingüístico fue superar los limitados marcos de la filosofía de la conciencia y la filosofía del sujeto autoconsciente en los que venía insertándose, inspirándose novedosamente en la filosofía del lenguaje, y más en concreto en la teoría del acto de habla.

<sup>21</sup> VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 205, 245 ss. En realidad VIVES impregna normativamente todo el sistema y consiguientemente todas las categorías del mismo. VIVES huye del enfoque naturalístico o psicofísico de las categorías, abordándolas mediante un planteamiento significativo-normativo con base a la concepción significativa de la acción, a la que llega, prácticamente, a subordinar las restantes. Vid. BORJA JIMENEZ, E.: “Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del Derecho penal”, en *Nuevo Foro Penal, Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia*, nº 62, 1999, p. 118. La acción no se concibe ontológicamente, ni como movimiento físico, ni como finalidad subjetiva, sino por su significado social.

<sup>22</sup> VIVES ANTON, T.S.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 205.

<sup>23</sup> Sin perjuicio de reconocer que dicha idea de justicia engloba también determinadas garantías de añadidura lógica, como la seguridad jurídica, la libertad, etc.

para VIVES, la norma penal es, al mismo tiempo, mandato de determinación y norma de valoración, y en cuanto a sus funciones, no se limita a legitimar las mismas desde la perspectiva de las teorías de la pena, sino que alineándose con el pensamiento de SILVA SÁNCHEZ<sup>24</sup> sostiene que los fines de la pena no agotan los fines del Derecho penal, admitiendo la relevancia en este punto del carácter garantista del Derecho penal<sup>25</sup>. Por otra parte, VIVES reconoce que las normas poseen también una función de motivación en el comportamiento de los destinatarios.

VIVES construye su nuevo sistema sobre la base de la libertad de acción a través de la cual canaliza la unión entre teoría de la acción y la teoría de la norma. Precisamente el presupuesto de la libertad de acción es lo que le permite diferenciar entre las acciones –regidas por normas jurídicas- y los hechos naturales –regidos por las leyes de la naturaleza-. VIVES concibe la libertad como presupuesto de la acción, apartándola de la culpabilidad, de suerte que la libertad de acción viene a expresar una forma de concebir el mundo que se aparta de una concepción puramente naturalística del comportamiento humano. La construcción de VIVES se aparta del sistema cerrado o deductivo axiomático propio de otras orientaciones dogmáticas, encuadrándose más propiamente con los planteamientos propios de un sistema abierto, próximo al de la relación dialéctica de SILVA SÁNCHEZ, y optando por un sistema tripartito en cuanto a las categorías dogmáticas del delito<sup>26</sup>, si bien con unos presupuestos sustancialmente diferentes a las categorías dogmáticas de los sistemas anteriores.

#### **IV.- El contenido material del delito en VIVES: las pretensiones de relevancia, ilicitud y reproche.**

El contenido material del delito en la nueva sistemática de VIVES se integra con las pretensiones de relevancia, ilicitud y reproche, si bien reconoce también la importancia en el sistema de la necesidad de pena en el caso concreto, en atención fundamentalmente al principio constitucional de proporcionalidad. De ello podemos decir que para VIVES, las categorías del sistema son: la pretensión de relevancia o tipo de acción, la pretensión de ilicitud o antijuridicidad formal, el reproche o culpabilidad, y por último, también toma en consideración, la necesidad de pena o punibilidad.

La categoría básica del sistema la constituye la pretensión de relevancia o tipo de acción<sup>27</sup>. Así, al contrario de la doctrina dominante hasta el momento, que toma en consideración el tipo de lo injusto como elemento básico y sustancial del sistema, VIVES desciende de nivel y

<sup>24</sup> Quien a su vez ha recibido una evidente influencia del pensamiento de VIVES en este punto.

<sup>25</sup> Se trata de la tensión permanente entre prevención y garantías.

<sup>26</sup> Dando entrada también, como último estadio, a la punibilidad.

<sup>27</sup> VIVES ANTON, T.S.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 266.

aligera dicho elemento<sup>28</sup>. Dentro del tipo de acción vienen a conformarse ahora los presupuestos de la acción punible que definen la misma. En este sentido, la intención subjetiva no siempre pertenece a la acción<sup>29</sup>, al contrario de los planteamientos finalistas, aunque en ocasiones sí forma parte de la misma<sup>30</sup>. Al mismo tiempo, el tipo de acción en la concepción de VIVES presenta dos subcategorías o niveles: la tipicidad y la antijuridicidad material. Así, dentro del nivel tipicidad –vinculado a la pretensión de relevancia– habría que ubicar a la acción u omisión<sup>31</sup>, eventualmente los elementos subjetivos del tipo<sup>32</sup>, y su concepción de la relación de causalidad<sup>33</sup>. Respecto a la antijuridicidad material –vinculada a la pretensión de ofensividad–, VIVES no se limita a dar entrada en el tipo de acción al desvalor de acción, sino que también integra en su seno al desvalor de resultado, apartándose de ese modo de las precedentes formulaciones dogmáticas del funcionalismo teleológico-valorativo. En relación con los supuestos de ausencia del tipo de acción, VIVES diferencia entre causas de exclusión del tipo indiciario, entre los que podrían encuadrarse determinados supuestos de consentimiento, de adecuación social y de ausencia de algún elemento expreso o tácito del tipo<sup>34</sup>, y causas de exclusión de la acción que se integrarían con los supuestos de ausencia de capacidad de acción.

La pretensión de ilicitud o antijuridicidad formal constituye la segunda categoría del sistema de VIVES. La acción habrá de infringir, así, la norma penal. En el sistema de VIVES ni el dolo ni la imprudencia forman parte del tipo de acción, sino de la ilicitud misma. A su vez, el dolo y la imprudencia son entendidos no como procesos psicológicos sino manteniendo una concepción normativa de los mismos<sup>35</sup>. El

---

<sup>28</sup> En realidad VIVES no acoge en su enfoque metodológico la categoría del “*tipo de injusto*” como elemento básico del sistema penal. Congruentemente con su enfoque normativo-valorativo, sustituye dicha categoría por el tipo de acción. BORJA JIMENEZ, E.: “Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del Derecho penal”, en *Nuevo Foro Penal, Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia*, n° 62, 1999, p. 119.

<sup>29</sup> Con carácter general, en el sistema de VIVES, la intención subjetiva queda relegada a la pretensión de ilicitud.

<sup>30</sup> Como sucede, por ejemplo, con la acción de mentir en el delito de falso testimonio.

<sup>31</sup> Ambas son, acción y omisión, como ya se ha referido, un problema de sentido y no de sustrato.

<sup>32</sup> Ya que si bien, como se ha señalado, y como regla general, los momentos subjetivos aparecen vinculados a la pretensión de ilicitud, y no a la pretensión de relevancia, sin embargo existen acciones que no pueden ser definidas sin su correspondiente momento subjetivo. Así, los elementos subjetivos del tipo vendrán a configurarse merced a los tradicionalmente denominados por la dogmática como elementos subjetivos de lo injusto, que interviniendo ahora como elementos sustantivos, vendrán a suponer auténticos elementos subjetivos definitorios del tipo de acción mismo.

<sup>33</sup> VIVES ANTON, T.S.: *Fundamentos ...*, op. cit., p. 310.

<sup>34</sup> Vid. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C.: *La concepción signitcativa ...*, op. cit., p. 1092, nota (62).

<sup>35</sup> Para VIVES el dolo, que en su concepción es la mera intención de realizar el hecho antijurídico y que se encuentra desprovisto de la conciencia de la antijuridicidad –ya



sistema de VIVES nos permite también diferenciar entre error sobre el tipo de acción –que excluye el dolo- y el error sobre prohibición –que únicamente afecta a la conciencia de la antijuridicidad y no al dolo-. Respecto al error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, el sistema de VIVES debe conducir, en opinión de MARTINEZ-BUJAN PEREZ, a idéntico tratamiento que el error sobre el tipo y que los presupuestos objetivos o fácticos de las causas de justificación, ya que en definitiva, el error vendría a recaer, en ambos casos, sobre la situación penalmente prohibida y no sobre la valoración jurídico-penal del hecho<sup>36</sup>. El sistema de VIVES contempla como supuestos de exclusión de la ilicitud, o de la antijuridicidad formal, a las causas de justificación, a las excusas o causas de exculpación<sup>37</sup>, y por último a las causas de exclusión de lo injusto penal, definidas por GÜNTHER<sup>38</sup>.

La pretensión de reproche o juicio de culpabilidad constituye la tercera categoría del sistema de VIVES. Este juicio de reproche o de culpabilidad tiene como presupuesto la libertad de acción, y ello en la medida en que al sujeto le era exigible actuar de otro modo. El juicio de reproche en VIVES se integra por dos elementos: la imputabilidad y la

---

que ésta queda en su sistema relegada a la pretensión de reproche-, no es una categoría psicológica, sino normativo-valorativa.

<sup>36</sup> Vid. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C.: *La concepción significativa ...*, op. cit., p. 1096 (nota 82), p. 1100-1101.

<sup>37</sup> Entre las causas de justificación y las excusas o causas de exculpación no existirían diferencias de carácter ontológico según esta concepción, si bien se reconoce la existencia de una diferencia “*de grado*”. Vid. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C.: *La concepción significativa ...*, op. cit., p. 1097.

<sup>38</sup> La dogmática funcionalista, al lado de las causas de justificación, da entrada –no sin críticas (Vid. JAKOBS, G.: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlín/New York, 1991, 11/4, nota 10 a; ROXIN, C.: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*; Ed. C.H. Beck, München, 1994, 11/36)-, dentro del ámbito de la exclusión de la ilicitud, a las denominadas por GÜNTHER “*causas de exclusión del injusto penal*” (*Strafunrechtsausschließungsgründe*). Vid. GÜNTHER: *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, Duncker & Humblot, Berlín, 1983; asimismo, como seguidores de éste pueden señalarse, en este punto, a SCHÜNEMANN, B.: *Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld*, em: Schönemann-Figueiredo Dias (eds.), Bausteine des europäischen Strafrechts-Coimbra-Symposium für Claus Roxin, Heymanns, Köln, 1995, p. 149 y ss.; y en nuestro país a LUZON PEÑA, D-M.: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, Ed. Universitas, SA, Madrid, 1996, p. 563 y 564, quien a pesar de señalar que se puede defender la equivalencia entre los conceptos de causa de atipicidad penal y causa de exclusión del injusto penal, acaba señalando que no existe una absoluta coincidencia entre la casuística expuesta por Günther como causas de exclusión del injusto penal y los casos admitidos por LUZÓN, además de no compartir la opinión de que puedan englobarse bajo la nomenclatura de causas de justificación a las causas de exclusión del injusto penal y a las causas de exclusión del injusto. GÜNTHER diferencia entre las causas de exclusión del injusto penal –que limitarían su operatividad a que su concurrencia determinará el que el hecho no resulta punible penalmente, pero sí puede seguir resultando antijurídico para otras ramas del ordenamiento- y causas que excluyen de forma completa el carácter antijurídico de la conducta, no sólo en el ámbito penal sino en el conjunto del ordenamiento jurídico –que vendrían a ser como las causas de justificación tradicionales-.

conciencia de la ilicitud del comportamiento, dando entrada y operatividad al error de prohibición en este marco.

Respecto a la punibilidad o necesidad de pena, el sistema de VIVES reconoce y admite que pueden concurrir determinadas circunstancias que hagan innecesaria la pena, admitiendo así, una cuarta categoría paralela a la punibilidad manejada por la doctrina tradicional. Ahora bien, VIVES sostiene una concepción amplia de la punibilidad fundamentada en el principio de proporcionalidad, principio que si bien está presente en todas las categorías dogmáticas, en el marco de la punibilidad opera de forma concreta en la determinación de la necesidad de pena. Así, dentro de esta concepción amplia de la punibilidad habría que integrar y dar entrada a las condiciones objetivas de punibilidad, a las causas personales de exclusión de la pena, a las causas personales de anulación o levantamiento de la pena, y por último, a las medidas de gracia.

Como se evidencia de la exposición que antecede, los resultados de la magnífica construcción conceptual efectuada por VIVES vaticinan el desarrollo de una nueva sistemática penal llamada a ser explorada por los estudiosos del Derecho penal y sobre la que no es difícil pronosticar indudables y ricos frutos dogmáticos en el futuro más próximo.