



# Los derechos fundamentales como base de la ley penal

Tomás S. Vives Antón

Fundamentos del sistema penal.

Acción significativa y Derechos Constitucionales (2ª ed.).

Tomás S. Vives

Tirant lo Blanch (Col. Teoría), Valencia, 2011, 1100 pp.

La dogmática penal ha sido siempre expresión de las corrientes filosóficas dominantes en cada momento. Puede decirse que ha bebido siempre de la fuente del pensamiento de mayor impacto y ha cristalizado en posiciones que acompañaban los movimientos de la Filosofía de cada época. Los últimos años, con el auge de las posiciones sistémicas y de su traducción en el ámbito penal en un defensismo social de ¿nuevo? cuño ha ido produciéndose un corte entre las corrientes filosóficas más relevantes y la dogmática dominante. Así, entre la teoría de la acción comunicativa y el funcionalismo radical, entre Habermas y Jakobs si se quiere personalizar –lo que resulta excesivamente simplificador– media una desviación infinitamente superior a la que pudiera haber habido, por ejemplo, entre Von Buri y Von Liszt, el

neokantismo y Mezger o el iusnaturalismo racionalista y Welzel. Y con ello, por cierto, la dogmática –que no necesariamente sus formuladores pues no siempre sistema y biografía coincidieron– ha venido a cambiar de función y de señor; se ha puesto al servicio del Poder y no al de la Libertad, abandonando incluso su exigible y natural sumisión al dogma; es decir, a la norma, expresión de la voluntad general en el Estado de Derecho, abandonando, en suma, su compromiso con la Libertad como valor superior del Ordenamiento jurídico y fundamento político del Estado de Derecho.

La primera edición de la obra que comentamos fue fruto de una reflexión profunda sobre estas cuestiones. Y, de alguna manera, propuso una «vuelta al lenguaje» como instrumento de expresión normativa en su doble dirección

comunicativa, la que va de la voluntad general a la ley formal y la que vuelve del intérprete y aplicador de ésta hacia el sentido de aquélla. Y es aquí donde Tomás Vives otorga todo el protagonismo a la capital trascendencia del pensamiento de Wittgenstein, matizando en cierta manera su recepción por la teoría de la acción comunicativa de Habermas. Dicha edición (1996) finalizaba con el esbozo de una «especie de sistemática» que giraba en torno a las pretensiones de validez de la norma penal: relevancia, ilicitud, reproche y necesidad de pena, de la que algunos han obtenido, por cierto, conclusiones que van más allá –y por tanto se quedan más acá– de la idea conclusiva de que «*el porvenir de la dogmática no reside en ninguna clase de «perfeccionamiento científico», sino en aquella forma de perfeccionamiento que sirva para realizar más y mejor la función de Carta Magna que Von Liszt atribuyera al Derecho Penal*» y que ha de ser inscrita «*en el discurso de la razón práctica, por difuso y débil que sea*».

Ahora se vuelve a los orígenes: al análisis en torno a la impronta de Wittgenstein y su recepción en la filosofía contemporánea: la teoría de la acción comunicativa obedece, según se reafirma, a la sustitución del interés «metodológico» de fundamentar las ciencias sociales en la teoría del lenguaje por otro «sustancial»: sentar las bases de una teoría de la sociedad. Pero, en gráfica expresión de Vives, Habermas no supera a Wittgenstein justo allí donde lo pretende: en llegar a una racionalidad garantizada, un peso absoluto e indiscutible de la argumentación.

Siempre habrá espacio para la discrepancia.

Por eso habrá siempre cabida para las dudas y las interpretaciones; y por eso, en palabras de Tomás Vives «*si la doctrina penal es un saber acerca de normas, los únicos dogmas que puede admitir son los derechos y garantías que derivan de la norma suprema. Que forman sin duda un sistema que se proyecta tanto sobre el derecho penal material como sobre el proceso penal y que (...) no son límites del poder punitivo, sino también fronteras lógicas de lo que llamamos delito y pena; esto es, momentos determinantes de sus respectivos conceptos*». Por eso, lo que va a proponer la obra es una Dogmática penal asentada en los derechos fundamentales; frente a la conclusión provisional de que dado que la acción es el significado y que nada tienen en común los infinitos significados (es decir, las infinitas clases de acción) toda dogmática es imposible parece renacer la idea de que, al menos, una dogmática diferente, la que nace del compromiso del jurista con la Libertad, valor superior del Ordenamiento y fundamento del orden social y político, es imprescindible. Y aquí se abordan muchas de las consecuencias a las que es preciso llegar.

La polémica con los planteamientos de Jakobs está servida. Aunque también él parezca partir de la idea de que la acción es el sentido. Pero un sentido para el que el lenguaje común es un estorbo, del que, por cierto, derivará que lo realmente molesto, lo «disfuncional», sean las propias normas, los derechos y garantías y, en general, toda concreción de los deberes que emanan de la

posición competencial de los diversos agentes: en efecto, Jakobs construye su concepto no sobre las palabras de la ley, sino sobre las funciones o posiciones de deber a partir de la competencia institucional: «a cada uno compete, según su status general, esto es, como sinalagma de su derecho de organización, garantizar que en el contacto con una organización ajena la propia tenga una configuración que se mantenga dentro del riesgo permitido». Tan complejo –por simple– planteamiento deja sin aclarar –pues el lenguaje no es útil para hacerlo, en manifiesta oposición a Luhman– cuáles son las acciones, o los sentidos, que exceden tal riesgo y, sobre todo, convierte aquello que, desde las exigencias de legitimidad de la intervención penal, era un requisito indispensable pero no suficiente: la invasión de las esferas de libertad ajenas, en la plena llamada a la intervención: más allá del riesgo permitido –que, de otra parte, no se concreta– y, de acuerdo con las demandas del «sistema social» toda intervención será necesaria. No se trata, por tanto, de afirmar acciones, sino de imputar valoraciones que el sistema social hace de la conducta.

*«Las acciones descritas por la ley dejan de ser tal y como el uso común del lenguaje y el sentido común las concibe para pasar a convertirse en procesos imputacionales para cuya determinación basta con la infracción de cierto deber genérico de previsibilidad y estabilidad de las consecuencias indeseables para el sistema»*

Resulta necesario recordar que la teoría de la tipicidad, y con ella la dogmática penal moderna, tal como la conocíamos, nació como consecuencia

directa de las exigencias constitucionales de legalidad. Y ésta requiere del lenguaje como del aire para respirar. En el planteamiento de Jakobs, y cito textualmente las palabras de Vives «*el lenguaje se va de vacaciones y con él todos los derechos fundamentales, pues (...) si las palabras significan lo que cada uno quiera, lo importante no es el sentido de las palabras sino quien manda*». A partir de aquí es corto y expedito el camino que nos conduce a la nueva «sumisión a las estructuras lógico-objetivas» derivada de la naturaleza de las cosas: «la ciencia del Derecho en cuanto ciencia de la constitución normativa no puede pasar por alto las condiciones necesarias para la realidad del Derecho» y entre éstas está la de la sumisión al status quo social: un ciudadano que no modifica su comportamiento pierde su status de persona, pues falta la cimentación cognitiva de su fidelidad al Derecho». Los infieles, pues, deben ser exterminados. Y la legalidad y los derechos son un estorbo de los que es preciso prescindir: si la legalidad no basta para defender a la sociedad se acude a la dictadura (Carl Schmitt). Considero por ello fundamentales las páginas 553 y siguientes de la obra que comentamos.

A partir de aquí –aunque no solo a partir de aquí– la concepción significativa de la acción preconizada por Vives Antón se va a convertir en la guía para el tratamiento de las cuestiones esenciales que suscitan mayor preocupación en el estado actual del Derecho penal material y del proceso penal –ámbitos, por cierto, absolutamente inescindibles.

Probablemente una de las cuestiones en que más evidente resulta esa característica sea en el tratamiento de la comisión por omisión, cuyas tradicionales dificultades de asimilación entre conceptos opuestos: comisión activa y omisión, así como la paradoja de atribuir una relación de causalidad a lo que nada es capaz de causar, parecen diluirse. Y parecen acercarnos a Binding en el sentido de que puede más el aspecto activo que el pasivo: estamos ante el incumplimiento de una norma prohibitiva y no (solo) de un mandato de actuar. Y ello porque es el sentido, y no el sustrato, el que ha de definir si estamos ante uno u otro. Y es el lenguaje el que nos permitirá afirmar si existe o no equivalencia significativa entre un actuar y un omitir de manera que, y siempre que se dé el resto de los requisitos (que no dejan de ser concreciones de la equivalencia significativa más que añadidos normativos), sea posible atribuir o, si se prefiere, imputar, un resultado a una ausencia de movimiento corporal. La identidad significativa sólo puede entenderse, por otra parte, desde el lenguaje. Y, por exigencias de legalidad, desde el lenguaje ordinario: es éste el que nos permitirá entender cómo se puede matar sin mover un músculo, cuándo podemos decir que quien ocupando determinada posición, con certeza de su potencial salvador, no lleva a cabo ningún movimiento corporal, mata. Y cuándo, por tanto, podemos imputar a todo eso un homicidio.

Otras cuestiones de extraordinaria relevancia técnica, como el denominado «reexamen del dolo» y la necesidad

de abordar el contenido subjetivo desde la trascendencia –y el sentido– de su manifestación externa, de su comunicación, son también analizados con detalle y van, sin duda, a constituir un punto de inflexión –a partir de la reflexión– a la hora de entender de qué estamos hablando.

Pero, como ha quedado dicho más arriba, el núcleo esencial de esta edición es la propuesta de una dogmática penal «desde los derechos fundamentales»; es decir, desde la dignidad de la persona; único fundamento posible del Estado de Derecho: *«criterio rector de los límites de la ley penal y, con ello, última frontera de la caverna a la que hemos sido arrojados»*.

Sin prescindir de una cierta inquietud sobre el futuro –desde un presente no exento, desde luego, de motivos para provocarla– se hace ineludible lo que Vives llama «reivindicación del Estado constitucional». La globalización, a la que habría que añadir después de la aparición de la obra que comentamos, la tremenda crisis no ya económica sino de pura existencia de las relaciones sociales tal como las conocemos, obliga a reflexiones profundas sobre la viabilidad de un modelo basado en la normatividad de la Constitución y aún en la misma vigencia del Estado constituido a su amparo. Y, sin embargo, sin un refugio, sin una cierta «caverna» la convivencia y la civilización serán extremadamente difíciles de alcanzar y de sostener. Ese refugio, la dignidad, se expresa, en este momento, en normas como la Constitución española de 1978, la declaración de cuyo artículo 10.1 es un auténtico modelo:

solo si proclamamos la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes como fundamentos del orden político y de la paz social, podremos mantener la esperanza.

Por eso tampoco es posible ninguna dogmática que no acoja este punto de partida y que no aspire a su consecución plena como único punto de llegada. Y eso hay que hacerlo con absoluta convicción, sin concesiones a la demagogia ni a la suplantación de la venganza. Y comenzando la construcción del edificio por los cimientos: por la presunción de inocencia, tomada absolutamente en serio, porque *«si el derecho a la presunción de inocencia no existiese ninguno de los demás derechos fundamentales estaría garantizado»*. *«El estatuto constitucional del ciudadano de un estado democrático de derecho ha de comenzar por el reconocimiento de su derecho a la presunción de inocencia: es esa presunción la que le hace libre»*.

Y tomarse en serio la presunción de inocencia obliga a cambiar radicalmente muchas inercias y bastantes comportamientos. Por ejemplo, la pretendida compatibilidad entre la subjetiva valoración del juzgador y la prohibición de enervar la inocencia si no se hace «más allá de toda duda razonable». No puede bastar con la razonabilidad de la versión que condena, con el «bien pudo suceder así y, por tanto, así sucedió»: se hace preciso demostrar que las cosas sólo pudieron suceder como se narran en el relato de hechos probados de una sentencia condenatoria. Cualquier relajación en este punto constituiría una vulneración del principio y de la norma que lo contiene: se-

ría, pues, inconstitucional. Por lo que la pretensión de sustraer del ámbito de control constitucional precisamente el núcleo más duro de los derechos fundamentales conduciría, de ser aceptada resignadamente, a la negación del Estado de Derecho mismo. Cuestión distinta es cómo se articule y a quien se atribuya tal control: en la Constitución española compete «más allá de toda duda razonable» al Tribunal Constitucional.

La búsqueda de la verdad como objeto del proceso penal –la inquisición– no puede sostenerse desde un respeto a los derechos fundamentales. Se trata, pues de otra cosa, de destruir todo aquello que permite presumir que un ciudadano es inocente. Se trata, pues, de alcanzar una verdad formal, la *«que resulte mejor justificada a través del proceso»*. *«Las exigencias del juicio justo forman parte de las razones que justifican que una determinada versión de los hechos sea tenida por verdadera. O, dicho de otra manera, el modo de obtención de la verdad forma parte de las razones que nos llevan a tenerla por verdad»*. Cualquier atajo, la relajación de cualquiera de las exigencias de un proceso justo, de la contradicción, del principio acusatorio, de la imparcialidad objetiva y subjetiva del juez en cualquier momento del proceso, afecta a la presunción de inocencia y, por tanto, a la esencia misma del Estado de derecho.

Que el proceso penal español apruebe satisfactoriamente tal examen puede considerarse, por emplear un eufemismo, sumamente dudoso. Elemento básico de un juicio justo y de un proceso penal con garantías es,

cómo es obvio, la imparcialidad del juez. No solo de la persona que enjuicia sino, en todo momento, del juez en tanto que órgano esencial del procedimiento. Por eso no se sostiene la figura de un Juez que dirige la investigación, es garante de los derechos del investigado, árbitro de la sujeción total a las normas de su propia labor y decisor en última instancia de la suerte procesal de quien pasará a ser beneficiario del sobreseimiento, imputado o acusado. Y, claro, a ese momento se llegará después de la adopción de medidas cautelares –entre las que se encuentra la prisión provisional, a veces de tan larga duración que puede llegar a comprometer la decisión posterior del órgano juzgador y que lo hace sin duda con la que adopte el instructor en torno a la formulación de la acusación formal–. Podrá argumentarse que frente a las decisiones que afectan a las libertades cabrá interponer los oportunos recursos de apelación. Pero no sin negar que, a partir de ese momento, se involucra en el proceso ya de manera directa al órgano juzgador, sin que sea suficientemente satisfactorio el cambio de los elementos de éste... cuando es materialmente posible. Solo si se atribuye la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal –que, por otra parte, es el único con capacidad real de cumplir la obligación constitucional de mantener la uniformidad de criterios– y se somete al arbitraje de un Juez de garantías todo aquello que afecte a los derechos fundamentales durante esta fase –que es, por cierto, casi todo, se estará en condiciones de adecuar el

procedimiento a las exigencias constitucionales.

Lo hasta aquí señalado respecto del proceso penal pone, de paso, de relieve, la absoluta identidad «significativa» –si se me permite aquí el uso de la expresión– de las garantías que afectan al llamado Derecho penal sustantivo con las que han de regir en el procedimiento en que se aplica éste. La cuestión es tan obvia que no merecería dedicarle demasiada atención... si no fuera por la contumacia en el disparate que mantienen los planes de estudio de las titulaciones universitarias en Derecho y la organización académica que los sirve.

Por supuesto, la dogmática penal de los derechos fundamentales ha de construirse también –o, sobre todo– desde el principio de legalidad. Principio que resulta incompatible con la construcción de teorías que deforman el texto de la ley hasta hacerlo irreconocible. Desde la concepción significativa de la acción insiste su formulador en rechazar un supraconcepto de acción así como la pretendida compatibilidad entre dicho significado social y el análisis del delito como si de un objeto se tratara, descomponiéndolo en diversos elementos. «*El significado de acción (tipo de acción) que se toma como punto de partida es el significado lingüístico expresado en la proposición legal*». El tipo de acción no ejerce sólo el papel de excluir lo que no puede ser relevante sino que fundamenta los juicios de ofensividad o relevancia, ilicitud y reproche u obligatoriedad personal. Porque todos ellos cobran sentido, precisamente, a partir

del tipo de acción; es decir, de la norma expresada mediante el lenguaje.

Y a partir de aquí debemos plantearnos la resolución de los problemas siempre desde la óptica de la libertad como regla general y de la necesaria justificación, en términos de libertad, de las decisiones que vengan a restringirla: el principio de ofensividad no puede significar, cómo tradicionalmente se ha pretendido, que los tipos sirvan a un bien jurídico al que se llega a partir de su propia formulación desde el más evidente círculo vicioso en más de dos siglos de vigencia de la pretendida «ciencia del derecho penal. Toda norma penal responde a una decisión política: la de limitar la libertad para garantizar la libertad; toda prohibición de una conducta y la consiguiente amenaza penal comporta una injerencia del Estado en las vidas de los ciudadanos, y una evidente limitación al libre desarrollo de su personalidad. Que conduce a la imposición de la homogeneidad necesaria para la convivencia social. Pues bien, en un Estado democrático que proclama el pluralismo entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico esa homogeneidad es exactamente la mínima imprescindible para garantizar el máximo de libertad de sus ciudadanos. Si puede hablarse del derecho penal como el instrumento básico de «gestión de la libertad» habrá que proclamar que detrás de una norma penal ha de haber una justificación, en términos de esa gestión, para prohibir esa conducta. En palabras de Vives Antón *«el bien jurídico no es sino un momento del proceso de justificación racional de la limitación de la libertad»*.

El juicio de reproche, al que prefiero denominar de «obligatoriedad personal» permite, por fin, identificar la fundamentación del uso del castigo en la dignidad: al sujeto le era personalmente exigible haber respetado la norma y no haber llevado a cabo la acción que el tipo recoge; no haber desobedecido, podemos decir, el imperativo en que la norma consiste. Y si le era exigible es, evidentemente, porque tenía capacidad y competencia para ello, sin que sean a la altura actual de la discusión de recibo la mayor parte de los cuestionamientos de esa capacidad con carácter general *«cuando se cuestiona con el problema metafísico determinismo-indeterminismo»*; debería bastar, de acuerdo con el autor de la obra que comentamos, *«con valerse del uso normal del lenguaje y del sentido común»*.

4. Estamos, obviamente, ante una obra trascendental y difícilmente homologable con las que acostumbramos a encontrarnos en la literatura penal.

Los «Fundamentos» resultan, a partir de su publicación, ineludibles en cualquier trabajo serio que afronte temas penales –a estas alturas resulta superfluo añadir «y procesales»–. Su impresionante bagaje filosófico puesto al servicio de los derechos fundamentales, de la libertad del ciudadano como objetivo fundamental, obliga, sin duda, a un cierto esfuerzo al lector que se adentre en ellos; el esfuerzo necesario para conseguir las cosas que valen la pena. Que, en este caso, es, nada más y nada menos, que devolver al Derecho penal su verdadera función, rescatándolo del lugar al que la pretensión científica, la instrumentalización

política y la demagogia populista le han venido condenando en los últimos años.

Es menester recordar el compromiso de todo jurista con el Estado de Derecho y con la Ley como expresión de la voluntad general. Y si el fundamento de ese Estado de Derecho radica, precisamente, en la consideración del ser humano como persona libre, es con las libertades con quienes tenemos ese compromiso. De cómo Vives y los «Fundamentos» cumplen con ese com-

promiso dan idea las palabras finales –¿por ahora?– del libro: *«los juristas estamos obligados a dar cada día la batalla en defensa de las libertades básicas, en lugar de volverles la espalda y dejar que se vayan perdiendo poco a poco, sacrificadas a cualquier cálculo interesado o supersticioso mientras resolvemos, ensimismados, problemas insustanciales»*.

Juan Carlos Carbonell Mateu  
*Universitat de València*