

Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez

Catedrático de Derecho Penal. Univ. de A Coruña/La Coruña, Galicia, España. Socio de la FICP.

~Un nuevo sistema penal: la concepción significativa de la acción~

I. INTRODUCCIÓN: LA CONCEPCIÓN SIGNIFICATIVA DE LA ACCIÓN Y LAS PRETENSIONES DE VALIDEZ DE LA NORMA PENAL

La concepción significativa de la acción, elaborada para el Derecho penal por VIVES ANTÓN (sobre la base de la filosofía de WITTGENSTEIN y HABERMAS), constituye la aportación más reciente para comprender y ordenar las diferentes categorías de la teoría jurídica del delito¹.

Esta concepción se construye sobre la base de dos operaciones intelectuales: la primera es determinar el concepto de acción; la segunda es contemplar la acción desde la regla del Derecho, con el fin de elaborar una construcción guiada ante todo por la idea de justicia, concebida como valor fundamental de todo el Ordenamiento jurídico. De ello se colige ya, por de pronto, que no es posible analizar el concepto de antijuridicidad sin abordar previamente el concepto de norma.

Sentado lo que antecede, la concepción significativa parte de la premisa de que las normas jurídicas poseen una doble esencia²: son decisiones del poder, pero son también determinaciones de la razón. Las normas jurídicas deben ser concebidas como directivas de conducta (sean prohibiciones, mandatos o permisos), pero ello no implica que tengan que ser consideradas *solo* meras decisiones de poder (meros imperativos respaldados, sin más, por una sanción), ajenas a la racionalidad práctica, sin referencia alguna a las razones que justifican la imposición de esos imperativos³.

¹ Vid. VIVES, 1996, pp. 483 ss. y 2011, pp. 491 ss., cuya exposición resumo en el texto. Vid., además, con ulteriores indicaciones: MARTÍNEZ-BUJÁN, RECPC, 01-13, 1999 (= en: LH-Marino Barbero, 2001, pp. 1154 ss.), Antijuridicidad, 2013, pp. 15 ss. y P.G., 5ª ed., 2016, pp. 65 ss.; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, P.G., 2017, pp. 228 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC/MATALLÍN/ORTS/ROIG, Esquemas, 2010, pp. 66 ss.; RAMOS VÁZQUEZ, Concepción significativa, 2008, *passim*.

² Evidentemente, que se hable de una *doble esencia* en la norma penal no significa un retorno a la vieja discusión acerca de si la norma es un imperativo o es un juicio de valor, ni, más concretamente, comporta acoger la denominada teoría de la *doble función de la norma*, de progenie neokantiana, según la tradicional formulación de MEZGER (vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, P.G., 5ª ed. 2016, pp. 45 ss.).

³ Conviene aclarar que en la moderna doctrina en la que se confiesa mantener una concepción *estrictamente* imperativa de la norma se matiza que dicha concepción no se caracteriza únicamente como orden de la autoridad

Así, la dimensión directiva inherente a las normas va acompañada -en virtud de su misma *gramática*- de una pretensión de validez, que nada tiene que ver con una búsqueda o pretensión de verdad, sino que ha de ser enjuiciada en el marco de un proceso de argumentación racional, esto es, una pretensión que permite justificar e interpretar las normas como determinaciones de la razón. La norma no se agota en un imperativo sino que lleva necesariamente aparejada una pretensión de validez, que es una pretensión de rectitud o corrección (pretensión de justicia).

Ahora bien, esa pretensión general de justicia ofrece dos vertientes: una, en la que se dilucida si la norma está racionalmente fundada, o sea, si es legítima (vertiente de la que no me voy a ocupar en el presente trabajo); otra, en la que se examina si la norma está correctamente aplicada al caso concreto, a cuyo efecto la aludida pretensión general de justicia se descompone, a su vez, en diversas pretensiones de validez *parciales* más concretas.

Desde esta segunda perspectiva surgen así las pretensiones de validez *específicas* de la norma (pretensiones de relevancia, ilicitud, reproche y necesidad de pena), a través de las cuales se analiza si en la norma penal puede encajar una acción humana relevante (típica), ilícita (antijurídica), reprochable (culpable) y necesitada de pena (punible).

De este modo, en fin, cabe hablar de tres categorías *esenciales* para la exposición de la teoría jurídica del delito y una cuarta categoría que podemos calificar de *accidental*.

Finalmente, baste con señalar que VIVES adopta, además, como punto de partida de su construcción el reconocimiento de la libertad de acción como presupuesto básico del sistema penal, y, en particular, como punto de unión entre la doctrina de la acción y la de la norma. Caracterizada como uno de los postulados esenciales para la identificación de los fundamentos del sistema penal, la libertad de acción se concibe como una *condición de posibilidad* para poder hablar de *acciones humanas* reguladas mediante *normas*, o, si se prefiere, se concibe como una capacidad de autodeterminarse por razones⁴. Así, la

a sus subordinados: se resalta que el imperativo no es una pura arbitrariedad, sino que se apoya -lo que sería un *prius* lógico- en una selección y valoración de las conductas que se pretenden prohibir. Vid. por todos LUZÓN PEÑA, Curso, P.G., I, 1996, pp. 64 ss., Lecciones, P.G., 3ª ed., 2016, L. 1/42 s.; MIR, P.G., 10ª ed., 2015, L.2/34 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto de DP, 1981, pp. 86 s. Singularmente reveladora es la reformulación propuesta por MIR (vid. ya Estado social y democrático de Derecho, 1994, pp. 225 ss.), quien, manteniendo una concepción imperativa de la norma, acoge un concepto objetivo de la antijuridicidad, caracterizado esencialmente como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

⁴ Vid. VIVES ANTÓN, Fundamentos, 1996, pp. 313 ss., y Fundamentos, 2ª, 2011, pp. 325 ss.

originalidad de este planteamiento reside en entender la libertad de acción como el *fundamento* del principio de culpabilidad, conceptualizado como principio garantístico básico de todo el sistema penal con anclaje constitucional, que opera con anterioridad a todas las categorías del delito y, en su caso, a los principios concretos que informan esas categorías⁵. En definitiva, frente a otras concepciones que también parten de la premisa de que el hombre es libre para realizar acciones, la peculiaridad de la concepción de VIVES radica en que la libertad no es entendida en el sentido escolástico (y metafísico) del libre albedrío, sino que es concebida desde la propia filosofía de la acción⁶.

II. LA PRETENSIÓN DE RELEVANCIA: EL TIPO DE ACCIÓN Y LA ANTIJURIDICIDAD MATERIAL U OBJETIVA

1. Ubicación sistemática y contenido

La *primera categoría* aparece representada por el *tipo de acción*, que se deriva de la pretensión de relevancia. Dentro de ella se incluyen dos elementos: de un lado, la tipicidad en sentido estricto (pretensión puramente conceptual) que contiene la vertiente fáctica, limitándose a abarcar aquellos presupuestos de la acción punible que cumplan una función definitoria de la clase de acción de que se trate, y que, por tanto, no incluye necesariamente la intención, salvo que la definición de la acción exija recurrir a momentos subjetivos (es lo que sucede en los tradicionalmente denominados *elementos subjetivos del injusto*); de otro lado, la antijuridicidad material u objetiva o desvalor de resultado (pretensión de ofensividad), que contiene la vertiente valorativa. Así concebido, el tipo de acción cumple la función de reflejar la valoración jurídica del hecho con efectos generales (con alcance intersubjetivo), o sea, el desvalor material del hecho desde el punto de vista del Ordenamiento jurídico de cara a terceros.

⁵ En el mismo sentido vid. MARTÍNEZ GARAY, Imputabilidad, 2005, pp. 167 ss. En un sentido próximo vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, en: LH-Huerta Tocildo, 2020, pp. 108 ss. Se trata, pues, de un principio que opera asimismo con anterioridad al principio de imputación subjetiva (no hay pena sin dolo o imprudencia), aunque algunos penalistas los identifiquen, o consideren que aquel principio va embebido en este.

⁶ El principio de culpabilidad se vincula, pues, a la acción. Si el determinismo fuese verdadero, no existiría ya acción: o podemos reprocharle a una persona que podía actuar de otro modo o todo carece de sentido; hay libertad en el sentido de que *necesitamos* que haya libertad (tenemos, por así decirlo, *derecho* a que haya libertad), y todo nuestro *lenguaje* se funda en la idea de que somos libres. Cfr. VIVES, Fundamentos, 2ª, 2011, p. 865. Vid. además VIVES, t&d, 2012, pp. 169 ss.; RAMOS, Ciencia, 2013, *passim*, especialmente pp. 67 ss., con referencia al determinismo neurocientífico.

Sobre el postulado de la libertad de acción (así como sobre una de sus consecuencias, la incapacidad de acción de las personas jurídicas) vid. ampliamente MARTÍNEZ-BUJÁN, en: LH-Queralt, 2021, pp. 293 ss.

La *vertiente fáctica* contiene, en concreto, el desvalor objetivo de la conducta: modos de comisión, elementos personales del autor y relación de causalidad e imputación objetiva; pero también comprende, en su caso, el elemento subjetivo del tipo de acción, en la medida en que este representa un criterio conceptual más para valorar la acción (o sea, cumple una función definitoria de un determinado tipo)⁷. No incluye, en cambio, el desvalor subjetivo de la conducta (dolo e imprudencia).

La *vertiente valorativa*, la antijuridicidad material u objetiva, se corresponde con la llamada *pretensión de ofensividad*, que es una pretensión *sustantiva* de incorrección que acompaña inevitablemente ya a la primera pretensión de validez de la norma penal (la pretensión de relevancia), en la medida en que únicamente son relevantes para el Derecho penal aquellas acciones que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicamente protegidos. Por tanto, la antijuridicidad material queda incardinada en la pretensión de relevancia, que se halla vinculada a la concurrencia de un *tipo de acción*, desde el momento en que se trata de una pretensión que tiene por objeto afirmar que la acción realizada por el ser humano es una de las que interesan al Derecho penal⁸.

De esta caracterización del tipo de acción y de la antijuridicidad material, conforme a la concepción significativa, se deriva una serie de consecuencias dogmáticas que paso a enumerar.

En primer lugar, dicha caracterización conduce a una concepción básicamente formal y objetiva de la autoría, según explicaré en un epígrafe independiente al final de este trabajo.

En segundo lugar, hay que concluir que la tentativa *absolutamente* inidónea (esto es, cuando el *medio* empleado no habría podido producir el resultado delictivo en ningún caso o cuando no existe el *objeto* material sobre el que recae la acción) no conlleva responsabilidad penal porque falta la antijuridicidad material. En tales casos el bien jurídico no ha sufrido peligro alguno⁹. Por tanto, únicamente será punible la tentativa *relativamente* inidónea

⁷ Cfr. ya VIVES, Fundamentos, 1996, p. 274, y 2011, p. 287. Sobre los elementos subjetivos del tipo de acción, vid. ampliamente MARTÍNEZ-BUJÁN, t&d, 13, 2013, pp. 233 ss., y Elementos subjetivos, 2021, pp. 58 ss. (con amplias referencias). Su ausencia convierte en conceptualmente irrelevante para el Derecho penal la conducta del autor (así como para los demás intervinientes), porque no existe ya un tipo de acción.

⁸ Vid. VIVES, Fundamentos, 2ª, 2011, p. 491.

⁹ Vid. ya VIVES, Libertad de prensa, 1977, p. 160; COBO/VIVES, P.G., 5ª ed, 1999, p. 718. Vid. además especialmente BUSATO, Tentativa, 2011, pp. 317 ss., quien, a partir de las premisas de la concepción significativa de la acción, considera que el aspecto objetivo de la tentativa se fundamenta en el *sentido* del peligro para el bien jurídico.

(cuando el *medio* utilizado fuese inidóneo o insuficiente en el caso concreto, pero podría no haberlo sido si hubiesen concurrido otras circunstancias, o cuando el *objeto* existe realmente, aunque ocasionalmente no se halle presente en el lugar del delito), en la medida en que en esta clase de tentativa concurre la antijuridicidad material. En otras palabras, a diferencia de lo que sucede en la tentativa *absolutamente* inidónea, en la tentativa *relativamente* inidónea hay antijuridicidad material porque, a la vista de todos los elementos constitutivos de la infracción (la materialidad del hecho, el contenido de injusto y el conjunto de datos típico-formales que la individualizan), se utilizan medios que poseen una idoneidad general (abstracta) para llegar a producir el resultado típico de lesión o puesta en efectivo peligro, por más que no consigan cobrar virtualidad suficiente para causarlo en el caso concreto, debido a las circunstancias concurrentes, sea porque los medios se revelaron por sí mismos inidóneos, sea porque el objeto material no pudo llegar a verse efectivamente agredido¹⁰.

En tercer lugar, la concepción significativa del tipo de acción, a diferencia de las tesis dominantes, comporta una caracterización estrictamente objetiva de la causalidad (y de la imputación objetiva).

En efecto, las dominantes teorías basadas en la idea de la *adecuación* (consecuentemente, también la denominada “moderna teoría de la imputación objetiva”) desembocan ineluctablemente en una *subjetivización* de la causalidad, en la medida en que esta se hace depender de los conocimientos del autor. Al recurrir al criterio del *pronóstico posterior objetivo*, esto es, al del espectador imparcial dotado de los conocimientos de la experiencia común y de los conocimientos especiales que eventualmente el autor pudiera tener, superiores a los del ciudadano medio, la previsibilidad se configura normativamente (lo que debió ser previsto), coincidiendo con un paradigma de “prudencia”, que, si bien resulta apto para operar como elemento configurador de la culpa o imprudencia, no lo es, empero, para definir la relación causal¹¹.

Frente a tales premisas, la concepción significativa del delito propone una concepción estrictamente *objetiva* de la causalidad, según la cual la comprobación de la causalidad de una conducta requerirá demostrar que dicha conducta podía producir el resultado que

¹⁰ Sobre la tesis de la inidoneidad relativa vid. por todos COBO/VIVES, P.G., 5ª ed., 1999, pp. 718 y 728 s.; MARTÍNEZ-BUJÁN, t&d, 13, 2013, pp. 39 ss., y bibliografía citada.

¹¹ Vid. ya COBO/VIVES, P.G., 5ª ed., 1999, pp. 408 ss. En la actualidad vid. VIVES, Fundamentos, 2.ª ed., 2011, pp. 312 ss.

efectivamente produjo y que tal cosa era “*predecible según leyes generales*” (la fórmula es de POPPER). Y para evitar la subjetivización de la causalidad propone utilizar un criterio general, alejado de toda imagen normativa, que necesariamente tendrá que ser situado en el nivel más alto posible de conocimientos teóricos y prácticos hasta un punto que pueda ser común a todos los posibles espectadores objetivos, a saber, todos aquellos conocimientos que estuviesen al alcance de la sociedad en el instante de la realización de la acción, de tal manera que a nadie pueda exigírsele dicho nivel, dado que ninguna persona puede poseer la totalidad del saber social. En concreto, la fórmula descriptiva del criterio de la *predecibilidad general* que hay que emplear para acreditar la causalidad es aquella que reza así: “existe causalidad cuando las consecuencias de la conducta pueden ser previstas por un espectador imaginario, situado en el momento de la acción y provisto del conocimiento del autor y de todo el saber público de la humanidad”. Repárese, por lo demás, en que este criterio se revela como el más adecuado, tanto desde una perspectiva dogmática material (porque suministra un criterio estrictamente objetivo), cuanto desde un punto de vista *procesal* (porque es el que permite ofrecer un mejor rendimiento en la práctica de la prueba, que será pericial en los casos más complejos)¹². Asimismo, en lo que concierne al aspecto valorativo (o sea, a la adecuación a tipo propiamente dicha o imputación del desvalor de resultado), cabe añadir, obviamente, que la afirmación de la relación de causalidad debe adecuarse al mismo paradigma: únicamente cuando sea *generalmente predecible* que la conducta lesionará o pondrá en peligro un bien jurídico protegido por una norma penal, podrá ser imputada objetivamente tal consecuencia. Y solo en este caso podrá haber infracción del deber objetivo de no causarla, y por tanto tipicidad¹³.

2. Ausencia de tipo de acción

Partiendo de la premisa que se acaba de apuntar, interesa aclarar a continuación, ante todo, cuáles son los supuestos en los que falta la causalidad (o imputación objetiva en el sentido estricto que acabo de señalar)¹⁴.

¹² Vid. ya COBO/VIVES, P.G., 5.ª ed., 1999, pp. 424 s. De acuerdo con este criterio, vid. también: CARBONELL, en: LH-Ruiz Antón, 2004, p. 145; MARTÍNEZ-BUJÁN, t&d, 13, 2013, pp. 33 ss. y bibliografía citada.

¹³ Cfr. CARBONELL, en: LH-Ruiz Antón, 2004, p. 145.

¹⁴ Sobre ello vid. ampliamente MARTÍNEZ-BUJÁN, Autoría, 2019, pp. 114 ss.

En primer término, ello sucede en el caso de las acciones *absolutamente inadecuadas*, como señaladamente en el supuesto de la denominada tentativa irreal (supuesto al que, a mi juicio, hay que equiparar el de la tentativa absolutamente inidónea) ante el cual cualquier espectador habría descartado que el resultado fuese predecible según leyes generales, dado que no hay riesgo alguno de vulneración del bien jurídico penalmente protegido y, por ende, la conducta del agente es *objetivamente* adecuada a Derecho y por ello no es ya, de entrada, *relevante* para el Derecho penal. No hay inconveniente en afirmar, pues, que, en una consideración *ex ante*, la acción no era en absoluto *peligrosa* de cara a la producción del resultado típico¹⁵.

En segundo lugar, algo similar a lo que se acaba de apuntar acontece en los casos de inadecuación del curso causal productor del resultado, esto es, el caso de los denominados *cursos causales irregulares*. La razón por la cual no existe ya, v. gr., el tipo de acción del homicidio en el supuesto en que la muerte se produce por un accidente de la ambulancia que llevaba al herido al hospital tras haber sufrido una lesión no mortal por parte del agente estriba en que el accidente de la ambulancia no era *predecible según leyes generales* para cualquier ciudadano en el momento de causar la lesión, toda vez que depende de la actuación libre de un tercero.

En tercer lugar, análogo razonamiento cabe seguir en los supuestos de *favorecimiento de una autopuesta en peligro* (en los que la víctima asume el peligro, pero no la lesión) aceptada o consentida por la propia víctima, que ocasiona un resultado lesivo, supuestos que, en cambio, son incluidos por la opinión dominante en la moderna teoría de la imputación objetiva en sentido amplio. En dichos supuestos, el hecho de que sea la víctima la que mantenga un control pleno del curso peligroso¹⁶ determina que el resultado no pueda ser

¹⁵ Afirmación que, obviamente, puede ser suscrita también a partir de otras concepciones sistemáticas y que encuentra respaldo en el CP español. Vid. por todos DÍEZ RIPOLLÉS, P.G., 4ª ed., 2016, p. 179, subrayando acertadamente que el criterio de la peligrosidad de la acción productora del resultado, concebido como el primer criterio de restricción de la imputación objetiva de resultados, se halla plasmado inequívocamente en los arts. 16-1 y 62 CP español, al exigir para la tentativa la peligrosidad objetiva de los actos ejecutivos. En sentido similar, vid. MIR, P.G., 10ª ed, 2015, L.10/49 ss., para quien en tales casos falta ya la creación de un riesgo típicamente relevante (o riesgo jurídicamente desaprobado), concebido como el primer requisito de la imputación objetiva, esto es, la imputación de la conducta a la parte objetiva del tipo, exigible en toda clase de delitos, sean, o no, de resultado (incluyendo, pues, los de mera actividad); vid. además L.13/87 ss., aludiendo al citado art 16. También LUZÓN, Lecciones, P.G., 3ª ed., 2016, L.15/47, para quien la adecuación o previsibilidad objetiva es el primer criterio de imputación objetiva.

¹⁶ Recurriendo a este criterio, vid. LUZÓN PEÑA, Lecciones, P.G., 3ª ed., 2016, L.15/87, quien, partiendo de una concepción sistemática diferente a la que aquí asumo, subraya que en este caso no rige el principio de la

predecible según leyes generales para nadie, porque en última instancia, y por mucho que el favorecedor contribuya a ello, su efectiva causación dependerá exclusivamente de la decisión de la víctima. Y por esta misma razón, en este tercer grupo hay que incluir algunos casos de heteropuesta en peligro consentida que axiológicamente son equiparables a la participación en una autopuesta en peligro, en la medida en que la víctima tenga el mismo grado de control objetivo del peligro que el otro agente, esto es, el mismo grado de control que permitiría fundamentar una coautoría, lo cual hace que, de los dos coautores, prevalezca y predomine la autoría de la propia víctima sobre la puesta en peligro y no la autoría ajena¹⁷.

En fin, a todos los supuestos anteriores pueden añadirse, con carácter general, otros casos en los que el resultado concretamente causado no encaje en el *fin de protección (o evitación) de la norma*, si es que este se considera como un criterio autónomo más de imputación objetiva del resultado, así como todos aquellos casos en los que existe un *riesgo permitido*. Y es que comparto la opinión de que, más que dos nuevos *topoi*, estamos antes dos principios o criterios interpretativos teleológicos¹⁸, genéricos o rectores, de la imputación

alteridad, sino el de la identidad entre autor y víctima de la puesta en peligro, con la consiguiente imputación del resultado al propio sujeto pasivo y no a la conducta del tercero favorecedor. Y lo mismo cabe predicar de la mera participación de un tercero en una autolesión (en la que la víctima acepta la propia lesión), con independencia, claro es, de que excepcionalmente la ley pueda castigar dicha participación, *per se*, como delito autónomo (ibid., L.15/88).

En sentido similar vid. Díez RIPOLLÉS, P.G., 4.^a ed., 2016, p. 182, para quien no habrá imputación objetiva del resultado en los casos de cooperaciones dolosas a autopuestas en peligro voluntarias (pero no descuidadas) de la víctima a su vida o integridad personal y en los casos de puestas en peligro de la vida o la integridad personal de la víctima que consiente dolosamente, con la particularidad de que, a su juicio, lo que faltará será, no el criterio del ámbito de protección de la norma, sino el criterio de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (en la línea apuntada ya por ROXIN), que es un criterio de imputación objetiva identificable con la ausencia de riesgo permitido y aplicable también, por tanto, a los delitos dolosos. Por lo demás, añade este penalista que en el resto de los casos caben diversas soluciones condicionadas por el reconocimiento de la disponibilidad limitada de la propia vida e integridad personal de su titular.

¹⁷ Vid. en este sentido también LUZÓN PEÑA, Lecciones P.G., 3.^a ed., 2016, L.15/89 ss., subrayando, acertadamente, que en estos casos la víctima no deja en manos del otro el control del hecho y la puesta en peligro, sino que interviene activamente controlando su propia puesta en peligro, de tal manera que asume aquí el papel primario y decisivo en su autopuesta en peligro, por mucho que comparta el control del riesgo con un tercero. A la misma conclusión llega GIMBERNAT (Comportamiento típico, 2017, p. 591), operando con el ejemplo de la persona que acepta mantener relaciones sexuales con otra que es portadora del virus del SIDA, siempre que esta le hubiese revelado a aquella su enfermedad.

¹⁸ En referencia al fin de protección de la norma, LUZÓN (Lecciones P.G., 3.^a ed., 2016, L.15/60) lo califica de criterio de interpretación teleológica del tipo. También Díez RIPOLLÉS lo concibe como un *criterio general* que permite restringir la imputación objetiva del resultado, al lado de los criterios de la peligrosidad de la acción productora del resultado y de la inobservancia del cuidado objetivamente debido, tanto en los delitos dolosos (Lecciones P.G., 3.^a ed. 2016, pp. 179 s.) como en los imprudentes (Lecciones P.G., 3.^a ed. 2016, pp. 214 s.). Asimismo, MIR lo concibe como un criterio general aplicable a los delitos de resultado para poder acreditar la relación de riesgo entre conducta y resultado, tanto en delitos dolosos (P.G., 10.^a ed., 2015, L.10/58 ss.) como en los imprudentes (L.11/56 ss.), que estudia separadamente.

objetiva del resultado, que pueden permitir fundamentar también la ausencia de imputación en algunos de los supuestos ya anteriormente reseñados.

Ahora bien, más allá de estos supuestos concretos de ausencia de imputación objetiva, sobre la base de alguno de los criterios examinados, el tipo de acción puede quedar excluido por otras razones.

Así, por una parte, el tipo de acción puede quedar excluido por la presencia de un *error objetivamente invencible sobre el tipo*. En efecto, en consonancia con lo que se expuso *supra* con respecto a la concepción estrictamente *objetiva* de la causalidad en el marco del tipo de acción, hay que extraer la consecuencia de que cuando el error sobre el tipo sea *objetivamente invencible* no cabrá afirmar ya la predecibilidad general: en el momento de realización de la conducta no resulta objetivamente predecible que se vaya a desarrollar el nexo causal que desemboque en el resultado. En tal caso no hay infracción del deber ser ideal, es decir, del deber objetivo, trátase de un deber de abstención (en las conductas dolosas), trátase de un deber de cuidado (en las imprudentes). Faltará ya, pues, en todo caso la causalidad (o imputación objetiva) y consiguientemente no existe ya una acción relevante para el Derecho penal, al no cumplirse la primera pretensión de validez de la norma penal, la pretensión de relevancia.

Por otra parte, la concepción significativa del delito aboca coherentemente a diferenciar nítidamente los supuestos en los que concurre una causa de exclusión de la antijuridicidad material de aquellos otros casos en los que concurre una causa de exclusión de la antijuridicidad formal (o de ilicitud). Los primeros quedan incardinados aquí, en la básica pretensión de relevancia, con lo cual cabe afirmar que falta ya el tipo de acción, en la medida en que la antijuridicidad material se revela como la dimensión valorativa del tipo de acción. En cambio, las causas de exclusión de la antijuridicidad formal se hallan regidas por una pretensión de validez de la norma distinta (la pretensión de ilicitud o de antijuridicidad formal).

Sin embargo, GIMBERNAT (Comportamiento típico, 2017, p. 591) sigue considerando que el fin de protección de la norma es un criterio más de imputación objetiva que permite aglutinar un grupo de casos que posee la peculiaridad de que (al igual que, a su juicio, sucedería con el grupo de los cursos causales irregulares o el del comportamiento alternativo conforme a Derecho) en estos no se puede emitir un juicio definitivo sobre la tipicidad si no tenemos en cuenta cómo se ha producido la causación del resultado.

Aunque VIVES no aluda expresamente a ello, tal conclusión es evidente¹⁹. En efecto, la categoría del tipo de acción, regida por la pretensión conceptual de relevancia y por la pretensión de ofensividad, conlleva necesariamente la asignación de una función autónoma a las causas de exclusión de dicho tipo de acción frente a las tradicionalmente denominadas causas de justificación y, en su caso, frente a otras "causas de exclusión del injusto penal"²⁰.

Pues bien, de conformidad con lo expuesto, dentro del tipo de acción (y de la pretensión general de relevancia) cabe diferenciar en rigor, a su vez, entre causas de atipicidad en sentido estricto (pretensión conceptual de relevancia) y genuinas causas de exclusión de la antijuridicidad material (pretensión de ofensividad).

Las primeras son aquellas que en el seno del pensamiento teleológico modernamente vienen denominándose "*causas de exclusión del tipo indiciario*", caracterizadas por el dato de que excluyen el tipo legal, de tal suerte que no hace falta ya seguir buscando circunstancias materiales de justificación, dado que la conducta no es de entrada jurídicamente (y, por tanto, tampoco jurídico-penalmente) relevante²¹.

Las segundas son aquellas que pueden ser identificadas con los supuestos usualmente incluidos entre las denominadas *causas de exclusión de la tipicidad penal (o del injusto penal)*, reconocidas en la moderna doctrina penalista. Entre el elenco de causas de esta índole usualmente mencionadas por la doctrina²² hay que efectuar unas puntualizaciones con respecto a dos de ellas, desde la perspectiva de la concepción aquí mantenida.

La primera puntualización es que la aplicación del principio de insignificancia (así como incluso la de los criterios de tolerancia social y de adecuación social), no representa

¹⁹ Cfr. ya MARTÍNEZ-BUJÁN, en: LH-Marino Barbero, 2001, p. 1162; de acuerdo, GÓRRIZ, Proyecto, 2005, pp. 364 s.

²⁰ Por lo demás, merece ser destacado el paralelismo que (en el plano de las consecuencias sistemáticas) puede establecerse entre la concepción significativa del delito y algunas concepciones que militan en la corriente teleológico-funcional, en lo concerniente a las funciones de un concepto negativo de acción. Así sucede señaladamente con la propuesta por SILVA (Aproximación, 1992, p. 399).

²¹ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, en: LH-Marino Barbero, 2001, pp. 1162 s. De acuerdo con ello vid., GÓRRIZ, Proyecto, 2005, p. 365, n. 1289.

En general, sobre las denominadas *causas de exclusión del tipo indiciario*, vid. por todos en nuestra doctrina LUZÓN, en: Luzón/Mir (eds.), Causas de justificación, 1995, pp. 21 y ss.; vid. también Curso P.G., I, 1996, pp. 558 ss. Por lo demás, sobre las causas de ausencia del tipo de acción en el marco de la concepción significativa del delito, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, P.G., 2011, p. 298.

²² En nuestra doctrina LUZÓN (Curso, P.G., I, 1996, pp. 565 ss.) menciona, "quizá sin carácter exhaustivo" las siguientes: el principio de insignificancia, la tolerancia social, algunos casos de adecuación social, ciertos casos de consentimiento no plenamente válido jurídicamente y la inexigibilidad penal general.

sino una manifestación particular de la idea general de ausencia de ofensividad jurídico-penal, que enerva la antijuridicidad material.

La segunda puntualización va referida a la *inexigibilidad penal general*: la opinión mayoritaria diferencia esta situación de la denominada *inexigibilidad jurídica general* (calificada como una causa de exclusión de la antijuridicidad en sentido estricto). Así pues, la *inexigibilidad* que se incluye en el ámbito de la antijuridicidad material es únicamente la concerniente a aquellos supuestos en que, aunque la conducta sea jurídicamente ilícita con arreglo a otros sectores del Ordenamiento jurídico, se considera que no puede ser *penalmente* exigible a nadie tal comportamiento. De ahí, en fin, que se afirme que en tal caso quede excluida únicamente la *tipicidad penal o antijuridicidad material*, pero no la responsabilidad jurídica extrapenal²³.

Con todo, desde la perspectiva de la concepción significativa del delito (y, asimismo, con arreglo a la concepción que aquí se mantiene sobre la justificación) ambas clases de *inexigibilidad* (la general y la penal general) deben ser incluidas en el seno de la pretensión de relevancia (como causas excluyentes de la antijuridicidad material), sin que ello suponga desconocer la aludida diferencia que media entre ellas. En efecto, lo que pretendo indicar con ello es que lo decisivo, a los efectos sistemáticos que aquí me interesan, es que la conducta realizada en situación de *inexigibilidad general* no es ya una conducta relevante y, por ende, no comporta la realización de un tipo de acción, en virtud de lo cual no puede representar ya la infracción de una norma con carácter objetivo general y con alcance intersubjetivo, que sirva de base a los comportamientos de terceros.

III. LA PRETENSIÓN DE ILICITUD: LA ANTIJURIDICIDAD FORMAL O SUBJETIVA

1. Ubicación sistemática y contenido

La *segunda categoría* del delito viene integrada por la *antijuridicidad formal o subjetiva* (consecuencia de la pretensión de *ilicitud*), que presupone la previa existencia de una antijuridicidad material (un tipo de acción relevante y ofensivo).

²³ Tal exigibilidad o no exigibilidad *penal* general se decide con arreglo a criterios sociales y jurídicos (que en este caso son específicamente jurídico-penales), que pueden hallarse plasmados expresamente en la ley o pueden derivarse de principios generales del Derecho penal. Vid. LUZÓN, Curso, P.G., I, 1996, p. 569.

De conformidad con los postulados de la concepción significativa, una vez que se ha constatado la pretensión de relevancia (en la que hay que incluir la pretensión de ofensividad, que encierra la antijuridicidad material), hay que verificar una segunda pretensión de validez que toda norma penal encierra, esto es, la pretensión de ilicitud (en la que se asienta la antijuridicidad formal), según la cual habrá de acreditarse que la acción -aparte de ser una de aquellas que se describen en la ley penal como ofensivas para bienes jurídicos- consiste en una realización de lo prohibido o en una no realización de lo mandado, o, dicho de otro modo, que la acción relevante ejecutada por el sujeto infringe la norma, concebida como directiva de conducta.

Ahora bien, a mi juicio, la infracción de la norma personal de conducta requiere necesariamente un presupuesto, a saber: el autor del hecho relevante y ofensivo ha de ser *imputable*²⁴ Con ello rectifico mi anterior opinión, en la que, siguiendo la sistemática de VIVES -compartida por los restantes seguidores de la concepción significativa-, situaba la imputabilidad como presupuesto de la categoría de la culpabilidad (pretensión de reproche).

Frente a ello me interesa subrayar que añadido aquí la imputabilidad como un elemento más de la ilicitud, el cual debe ser, por tanto, previo a la constatación de las formas de ilicitud (dolo e imprudencia). Creo que le asiste toda la razón a MOLINA cuando afirma que, “se ubique donde se ubique, (scil., el dolo) siempre debe ser situado *después* de la imputabilidad”, so pena -de no hacerlo así- de generar una importante distorsión sistemática, puesto que, si esta se define (como de forma unánime se hace) como el conjunto de circunstancias que permiten conocer el significado y alcance de los propios actos y ejercer un control sobre ellos, entonces la imputabilidad será, en rigor, “*el resumen de toda la imputación subjetiva*” por más que “finalmente el término en sentido estricto se vincula sólo a ciertas causas que permiten acotar con certeza casos claros de falta de control. Pero lo remarcable es que estas causas pueden producir, y de hecho normalmente producen, *ambos efectos*”, de tal manera que los inimputables “no tienen el control exigible de sus actos, pero a la vez perciben la realidad con esquemas frecuentemente erróneos, así que cuando actúan incurren a la vez en error (de tipo o de prohibición) y en inimputabilidad por falta de control”²⁵. Y es que, en efecto, si prescindimos de la menor edad, es claro que el sujeto que obra en las situaciones

²⁴ Sobre la ubicación de la imputabilidad en la teoría jurídica del delito, vid. lo que expongo, más ampliamente, en MARTÍNEZ-BUJÁN, en: LH-Luzón Peña, 2020, pp. 819 ss., y 2021, pp. 47 ss.

²⁵ MOLINA, en: LH-Mir, 2017, pp. 736 ss., todas las cursivas son del original.

descritas en el art. 20, números 1,2 y 3, no puede haber obrado *previamente* con dolo, porque actúa en situación de error *personal o subjetivamente* invencible sobre el tipo; y si el sujeto es menor de edad carece de sentido preguntarse si obró con dolo, dado que su comportamiento queda ya *ab initio* al margen del Código penal (art. 19 CP).

Entiendo que esta conclusión tiene perfecto acomodo en el marco de la concepción significativa del delito (y sin provocar distorsión sistemática alguna), desde el momento en que en ella el dolo ya no se incluye en el tipo de acción (en el seno de la antijuridicidad material), sino en la segunda pretensión de validez de la norma penal, destinada a comprobar la infracción de la norma personal de conducta. Y es obvio que el inimputable no infringe esta norma, al no poseer el control exigible de sus actos, por lo que carece de sentido preguntarse si ha obrado con dolo, con imprudencia o en situación de caso fortuito.

Ciertamente, esta ubicación sistemática de la inimputabilidad podría tener un inconveniente si adoptásemos el criterio de la accesoriad limitada para admitir la participación (o las actuaciones defensivas de terceros), porque en dicha tesitura el inimputable no habría realizado una conducta ilícita (o formalmente antijurídica) y consecuentemente no se podría castigar a los partícipes, pero ese inconveniente se desvanece si se parte de la base de que la regla intersubjetiva que debe regir de cara a terceros (así como para la imposición de medidas de seguridad) es la realización de un tipo de acción relevante y ofensivo (accesoriad mínima objetiva)²⁶.

Por lo demás, sentado lo que antecede, cuestión diferente (cuyo tratamiento excedería ya con mucho los límites de este trabajo) es valorar las restantes propuestas de MOLINA²⁷, a saber: situar “la imputabilidad *al lado* del conocimiento de la prohibición” en la categoría de la culpabilidad, en la que también se incluirían el dolo y la imprudencia, en la línea de la sistemática neoclásica, con la consiguiente equiparación (“*intercambiabilidad*”) entre el error sobre el tipo y el error sobre la prohibición.

Esta última equiparación no se ajusta a la regulación del CP español, que prevé un diferente tratamiento del error, y no resulta, a mi juicio, materialmente adecuada. Ciertamente,

²⁶ Y repárese en que la aplicación de esta regla intersubjetiva permite eludir la objeción de MOLINA (ibid., p. 750), dirigida al planteamiento de la doctrina dominante, relativa a que “la teoría de la culpabilidad convierte lo que no es más que un error, que deja intacta la lesividad, en una circunstancia que excluye el injusto”: frente a ello hay que matizar que, en rigor, no es la teoría de la culpabilidad, en sí misma, la causante de esa conversión, sino la inclusión del dolo en el tipo.

²⁷ *Ibid.*, pp. 739 ss.

debe otorgarse relevancia al “cualificado” argumento de la “*intercambiabilidad*” en los casos en que la descripción del hecho objetivo típico contiene una referencia jurídica que deba conocerse²⁸, pero entiendo que las insatisfactorias consecuencias que (acertadamente) observa MOLINA pueden ser obviadas tratando siempre como error sobre el tipo todas las clases de errores sobre términos normativos (y supuestos afines) y sobre los presupuestos objetivos de las causas de exclusión de la ilicitud y de inexigibilidad²⁹.

En resumen, si bien debe aceptarse la anteposición de la imputabilidad a la constatación del dolo o la imprudencia, estos últimos elementos deben ser incardinados en la categoría de la ilicitud. En cambio, el conocimiento de la prohibición y la exigibilidad individual (y sus reversos, el error sobre la prohibición y las causas de inexigibilidad) deben permanecer en la categoría de la culpabilidad.

Una vez determinada la existencia de un sujeto penalmente imputable, estamos en condiciones de indagar cuál es el grado de infracción de la norma personal de conducta. Por tanto, lo que usualmente viene conociéndose por la doctrina dominante como *tipo subjetivo*, integrado por el dolo y la imprudencia, no queda incluido en el tipo de acción, pero tampoco pasa a formar parte del juicio de reproche como una forma de “culpabilidad” o una forma de imputar subjetivamente el hecho antijurídico al autor, sino que, como lógica consecuencia de la concepción de la norma como directiva de conducta, pasa a incardinarse en la antijuridicidad, configurándose sus integrantes (dolo e imprudencia) como *instancias de imputación o formas de ilicitud*³⁰.

De este modo, se produce un apartamiento de la concepción neoclásica del delito y, en cambio, se opera una mayor aproximación a las sistemáticas posteriores (a raíz de la concepción finalista del delito) y en particular a las teleológicas. Eso sí, con la importante particularidad de que, a diferencia de estas últimas, en la construcción de la concepción significativa no hay una sobrecarga del primer elemento categorial del delito, dado que el contenido del sedicente “tipo subjetivo” no es una vertiente más (o una subcategoría) del tipo

²⁸ MOLINA, *Ibid.* p. 741.

²⁹ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, Error, 2017, *passim*, especialmente, pp. 81 ss., 117 ss. y 140 ss.

³⁰ Además de VIVES (Fundamentos, 2ª ed., 2011, p. 492) consideran también que, a partir de las premisas de la concepción significativa del delito, el dolo y la imprudencia deben ser ubicados en el seno de la pretensión de ilicitud: MARTÍNEZ-BUJÁN, ORTS/G. CUSSAC, GÓRRIZ, RAMOS. Vid. indicaciones en MARTÍNEZ-BUJÁN, t&d, 13, 2013, pp. 53 ss.

de acción, sino un elemento integrado en una categoría diferente, inspirada por una pretensión de validez de la norma también distinta³¹.

De ahí, en fin, que las diferencias con las sistemáticas nacidas a raíz de la aparición del finalismo sean también nítidas. Y es que, en efecto, como ha subrayado VIVES, tales sistemáticas incurren en una confusión entre lo conceptual, que atañe a criterios de *sentido* (y que, en consecuencia, debe ser incluido en el primer elemento categorial del delito, inspirado en la pretensión de relevancia) y lo sustantivo, que concierne a criterios de *responsabilidad* (y que, por tanto, debe ser abordado en una categoría diferente): el primer plano es el de la denominada intencionalidad objetiva, que cumple una función conceptual o definitoria; el segundo, el de la intencionalidad subjetiva, que es la intención propiamente dicha, aquella que consiste en la atribución concreta de intenciones al sujeto y que no desempeña necesariamente un papel definitorio en la delimitación conceptual de la acción, sino que despliega la función *sustantiva* de posibilitar el enjuiciamiento de la conducta realizada por el sujeto, esto es, permitir atribuirle un *compromiso* con la acción ofensiva realizada. En otras palabras, si bien es cierto que la intención se expresa en la acción (y que cabe afirmar que intención y acción forman una unidad), aquella no puede constituir una nota definitoria de esta, puesto que, dada la “exterioridad” de las reglas utilizadas para caracterizar la intención, no toda acción es intencional³².

Ahora bien, situados en este nivel de la teoría del delito, cabe precisar que esta atribución o imputación del hecho al sujeto ya no será en rigor *exclusivamente objetiva* (no será una imputación objetiva en el sentido estricto que hemos visto en el epígrafe anterior), dado que incorpora aspectos subjetivos³³.

³¹ Cfr. ya MARTÍNEZ-BUJÁN, en: LH-Marino Barbero, 2001, p. 1164; de acuerdo, cfr. GÓRRIZ, Proyecto, 2005, p. 370. En suma, como escribe VIVES, ni el dolo ni la imprudencia desempeñan necesariamente una función conceptual o definitoria de la acción: "en principio, y salvo que el significado objetivo (social) de la acción los integre como momentos constitutivos del concepto de la acción de que se trate, dolo e imprudencia representan instancias de imputación de la antinormatividad de una acción o de una omisión previamente entendidas como tales" (p. 244).

³² Vid. VIVES, Fundamentos, 2ª ed., 2011, pp. 232 ss., especialmente 237 s. Sobre la “gramática” de la intención vid. VIVES, Fundamentos, 2ª ed., 2011, pp. 223 ss. y 626 ss.; vid. además ampliamente RAMOS, Concepción significativa, 2008, II.2.2. sobre el significado del *querer*.

³³ Sobre lo que se expone a continuación en el texto, vid. ampliamente MARTÍNEZ-BUJÁN, Autoría, 2019, pp. 129 ss.

Así sucede, obviamente, en lo que concierne al concepto de autor del *hecho doloso*³⁴; pero también acontece en lo que atañe al concepto de autor del *hecho imprudente*, dado que en este la caracterización de la autoría tiene que incluir necesariamente los concretos conocimientos del autor. De ahí que, cuando, de acuerdo con la concepción significativa, hablamos de imputación del hecho imprudente a su autor en el ámbito de la segunda pretensión de validez de la norma penal, se trata también en rigor de una imputación (objetivo-) *subjetiva*, en la medida en que se asienta en un paradigma de “prudencia”, conforme al cual la medida del riesgo deja de basarse en un criterio estrictamente objetivo y se hace depender de los concretos conocimientos del autor que lo ha realizado, con arreglo al ya citado criterio del *pronóstico posterior objetivo*, esto es, un juicio *ex ante* que, ciertamente, tiene en cuenta el criterio del espectador medio ideal o diligente, dotado de los conocimientos de la experiencia común (en el caso de actividades profesionales será el profesional medio ideal), pero que a esos conocimientos añade los especiales que eventualmente pudiera tener el autor, superiores a los del ciudadano medio³⁵. Por tanto, situados en la esfera de la segunda pretensión de validez de la norma penal, se parte de la base de que el hecho era *objetivamente predecible* según leyes generales y de que, por ende, al haber actuado, el agente infringió el deber objetivo general³⁶; ello no obstante, para llegar a considerarlo autor de un hecho (ilícito) por imprudencia, habrá que acreditar la infracción del deber objetivo-subjetivo de cuidado (que presupone una previsibilidad objetivo-subjetiva).

A tal efecto, subrayo que prefiero utilizar la expresión de deber “objetivo-subjetivo” (y previsibilidad objetivo-subjetiva), porque, por una parte, si bien es cierto que –según indiqué dicho deber opera con el criterio del pronóstico posterior objetivo (infracción del deber

³⁴ De hecho, aquí reside uno de los aspectos de crítica a la dominante teoría de la imputación objetiva por parte de FRISCH, quien arguye acertadamente que esta teoría se revela innecesaria e incorrecta en la esfera de los delitos dolosos ante la imposibilidad de llevar a cabo un juicio de peligro puramente objetivo; crítica construida a lo largo de sucesivas publicaciones (vid. señaladamente, Vorsatz, 1983, Zurechnung, 1988 y en: Frisch/Robles, Desvalorar, 2004, y el comentario de ROBLES a esta última, pp. 71 ss.). Sobre la validez de la crítica de FRISCH, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, t&d, 13, 2013, p. 35 y n. 38.

³⁵ En cambio, la opinión dominante considera que la infracción del deber de cuidado no incluye las facultades especiales del autor. Vid. por todos MIR, P.G., 10ª ed., 2015, L. 11/35, quien, no obstante, matiza, a mi juicio acertadamente, que tales facultades tienen que ser incluidas cuando el autor, que conoce sus aptitudes especiales, deja de utilizarlas *conscientemente* (aunque sin intención de causar el resultado lesivo, ni aceptando su posibilidad, ya que de lo contrario habría dolo), porque en este caso no aplicó el cuidado debido desde el prima de un observador objetivo que conocía la posibilidad de utilizar unas facultades excepcionales (ibid., NM 41 ss.).

³⁶ Vid. ya COBO/VIVES, P.G., 5ª ed., 1999, pp. 408 ss. En la actualidad vid. VIVES, Fundamentos, 2ª ed., 2011, pp. 312 ss. Vid. además MARTÍNEZ-BUJÁN, t&d, 13, 2013, pp. 33 ss. y p. 59, con ulteriores indicaciones.

objetivamente exigible en el tráfico), no se trata de una previsibilidad estrictamente objetiva, desde el momento en que tiene en cuenta los conocimientos específicos del agente; pero, por otra parte, dicha infracción del deber tampoco es una previsibilidad estrictamente subjetiva o individual, en la medida en que la menor capacidad o los menores conocimientos del agente concreto no se toman en consideración para fijar el baremo de la “persona media ideal”, sin perjuicio de que, obviamente, esa menor cultura o inteligencia del sujeto, o su concreto estado motivacional, sea tenida en cuenta en la pretensión de reproche (culpabilidad), que es el lugar sistemático en el que se analiza el *poder individual* del autor de cumplir el referido deber³⁷.

Este planteamiento se constata bien a las claras, por de pronto, en lo que concierne al *primer criterio de imputación objetiva* que se expuso anteriormente, a saber, el de las conductas *absolutamente inadecuadas*. Con respecto a este, llegaba a la conclusión de que, merced a la fórmula de la *predecibilidad general*, la imputación estrictamente objetiva quedaba ya excluida si la conducta del agente era absolutamente inadecuada para causar el resultado, pero no podía quedar excluida allí donde existiese una posibilidad *real* de producción del resultado por muy pequeña que esta fuese, y sin que a tal efecto cobrase relevancia determinar el grado de infracción de la norma personal del sujeto.

Pues bien, es ahora cuando estamos en condiciones de examinar esta cuestión, indagando cuál fue dicho grado de infracción de la norma personal.

La primera posibilidad es la de que el agente *hubiese obrado con dolo* de producir el resultado, que es la hipótesis que usualmente se plantea en la doctrina, recurriendo a casos como el ya citado Thyren, o similares. En tal caso, me inclino a pensar que, en principio, la conducta *ex ante* objetivamente peligrosa (aunque fuera mínimamente peligrosa) debería ser imputable también subjetivamente al agente *en todo caso* y, por tanto, habría que afirmar la *ilicitud* de su conducta, que ya solo podría quedar enervada por la presencia de alguna causa eximente de exclusión de la ilicitud³⁸, sin perjuicio de que la responsabilidad mereciese una pena atenuada en atención a la menor peligrosidad *ex ante* de la acción, derivada de la menor

³⁷La opinión dominante (vid. por todos LUZÓN, Lecciones P.G., 3ª ed., 2016, L. 15/47 ss.) emplea usualmente, empero, la expresión “previsibilidad objetiva” (que aquí también podría mantenerse, dado que, para el básico concepto de autor en sentido lógico-gramatical, lo que se requiere es la “predecibilidad objetiva”), pero me parece más adecuada la expresión que utilizo en el texto, habida cuenta de que –reitero– en dicha previsibilidad objetiva la doctrina dominante incluye los *especiales conocimientos* que pueda tener el sujeto concreto para determinar lo que objetivamente era posible prever al actuar.

³⁸ Posición mantenida ya por GIMBERNAT, Delitos cualificados por el resultado, 1966, pp. 139, 150 y 155 s., TORÍO, ADPCP, 1986, pp. 39 s. y 42, LUZÓN, Curso, PG, I, 1996, p. 380.

probabilidad de producción del resultado³⁹. Y para entenderlo así creo que resulta plenamente convincente el razonamiento empleado por MIR⁴⁰ (que, si prescindimos de la diferente sistemática que él adopta, es perfectamente asumible desde la perspectiva de la concepción significativa), sin perjuicio de efectuar algunas matizaciones⁴¹.

La segunda posibilidad que cabe plantear en las referidas hipótesis en las que exista una mínima posibilidad de producir el resultado lesivo es aquella en la que el agente *hubiese obrado solo con imprudencia*. En tal caso parece político-criminalmente razonable poder llegar a rechazar la responsabilidad penal del sujeto, y concretamente sobre la base del apuntado argumento proporcionado por MIR, a saber: que supondría paralizar la vida social prohibir bajo pena conductas meramente imprudentes cuando estas entrañasen un riesgo mínimo de vulneración del bien jurídico, había cuenta de que muchas de las actividades que se consideran socialmente útiles entrañan algún riesgo, incluso en el caso de que el sujeto fuese *consciente* de ese mínimo peligro⁴². Ahora bien, la exclusión de la responsabilidad penal no se basará en la falta de imputación objetiva (que ciertamente concurre), sino en la ausencia de *ilicitud* personal, lo cual nos remite necesariamente al caso particular y a la actividad concreta de que se trate. En otras palabras, la ausencia de responsabilidad penal deberá fundamentarse en la inexistencia de la infracción del deber objetivo-subjetivo de cuidado (en el sentido que apunté más arriba), por existir un riesgo permitido: en efecto, comparto la idea de que la superación del riesgo permitido (o peligrosidad excesiva) es un requisito de la infracción del deber de cuidado en los delitos imprudentes. Se trata de un requisito que va más

³⁹ Como ha sugerido SILVA, en: LH-Fernández Albor, 1989, pp. 684 s., n. 26, sobre la base de entender que el hecho es menos antijurídico (menos peligroso) que los casos “standard” de homicidio, y dejando abierta la decisión de si esa atenuación (tanto en casos de consumación como en los de tentativa) debe tener lugar dentro o fuera de los márgenes típicos.

⁴⁰ MIR, P.G., 10ª ed., 2015, L. 10/55. Este planteamiento, que ya estaba expuesto en MIR, Función, 1982, pp. 66 s., ha sido asumido por SILVA (en: LH-Fernández Albor, 1989, p. 685, n. 26), para quien es “la presencia de dolo la que determina que, pese a la escasa probabilidad *ex ante* de producción del resultado, concluyamos que se trata de riesgos penalmente relevantes (y, por tanto, no meras tentativas irreales impunes)”.

⁴¹ La primera es la de que, desde la óptica de la concepción significativa, nunca será ya conceptualmente imaginable el dolo del sujeto si la finalidad de vulnerar el bien jurídico no se *revela externamente*. La segunda, es la de que el referido planteamiento no pertenece al ámbito de la imputación objetiva en sentido estricto (que es la que se dilucida en el tipo de acción) sino a la esfera de la imputación subjetiva; de ahí que podrá resultar factible que en el ejemplo planteado, realizando el mismo tipo de acción, se afirme la *ilicitud dolosa* de la conducta del autor, y no se constate, empero, esa ilicitud en la conducta de otros intervinientes.

⁴² De nuevo me parece atinado el razonamiento de MIR (P.G., 10ª ed., 2015, L.10/55) para descartar la responsabilidad penal en el supuesto de que el sujeto “advirtiera” ese mínimo peligro: “ello dificultaría enormemente la vida de las personas extremadamente previsoras, a quienes resultarían prohibidas penalmente gran número de actividades sociales más comunes y con ello se les privaría de la posibilidad de perseguir las metas lícitas que las mismas permiten”.

allá de la mera previsibilidad objetivo-subjetiva y que exige que el sujeto realice una conducta con un nivel de peligro que rebase el riesgo permitido⁴³.

Por otra parte, hay *un segundo grupo de casos* que debe ser examinado siempre en la segunda pretensión de validez de la norma penal: me refiero al *topos* del denominado *comportamiento alternativo conforme a Derecho* (casos denominados también como *cursos causales hipotéticos*)⁴⁴, partiendo, pues, de la premisa de que estamos ante casos en los que concurre la *predecibilidad* general, o sea, casos en los que existe un tipo de acción objetivamente relevante y ofensivo⁴⁵, y que lo que se trata de dilucidar es si el resultado puede ser imputado a la concreta acción *imprudente* del autor.

Y hay que insistir en que en este grupo de casos parto de la base de que no solo existe *predecibilidad* general de que pueda producirse un resultado típico, sino que además hay también una conducta negligente por parte de un sujeto, infractora del deber de cuidado que personalmente le incumbe (de acuerdo con el criterio del espectador medio ideal dotado de los conocimientos de la experiencia común y de los especiales que eventualmente pudiera tener el sujeto que actúa); sin embargo, a esa conducta infractora del deber personal de cuidado puede no llegar a serle imputable el resultado producido en aquellos casos en que se considere que ese resultado efectivamente causado no fue precisamente realización del peligro creado con la acción imprudente o que se trataba de un resultado que no era uno de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado infringida.

En *tercer lugar*, también habrá que incluir aquí los (más arriba apuntados) casos informados por el *criterio de la disminución del riesgo existente* (propuesto por ROXIN), conforme al cual no deberá imputarse a una acción peligrosa el resultado causado si el agente llevó a cabo su acción con el fin de disminuir el riesgo de producción del resultado

⁴³ Vid. por todos LUZÓN, Lecciones P.G., 3ª ed., 2016, L.18/33 ss., con la citada particularidad de que para él la previsibilidad (y consecuentemente la infracción del deber de cuidado) ha de ser estrictamente objetiva.

⁴⁴ En el seno de la opinión dominante es, v. gr., paradigmática al respecto la posición de MIR (P.G., 10ª ed., 2015, L.11/60 ss.), quien estudia los casos de *comportamiento alternativo correcto* al analizar la imputación objetiva del resultado del *hecho imprudente*, imputación que se estudia separadamente de la concerniente al hecho doloso (L.10/49 ss.).

⁴⁵ Por tanto, concurre la infracción del deber ser objetivo ideal, porque un espectador imaginario colocado en la situación del autor y contando con todo el saber público de la humanidad habría podido prever la causación del resultado típico. No estamos, pues, ante un supuesto de conducta absolutamente inadecuada para la producción del resultado ni tampoco ante un curso causal irregular.

inicialmente previsto y consiguió causar, efectivamente, un resultado menos lesivo que el que se habría producido sin su intervención⁴⁶.

Según esboqué más arriba, el criterio de la disminución del riesgo comporta determinar la existencia de la imputación objetiva partiendo de momentos subjetivos, puesto que (aparte de exigir el elemento objetivo de la efectiva consecución de un menor riesgo) requiere constatar la intención en el agente de disminuir ese riesgo⁴⁷, en virtud de lo cual no hay duda de que, con arreglo a la perspectiva de la concepción significativa, la posible exclusión de la responsabilidad por el (menor) resultado efectivamente producido no puede resolverse en el tipo de acción, en el que se dilucida exclusivamente la relevancia y ofensividad de la acción, siendo así que resulta incuestionable que en los casos examinados la conducta del agente realiza un tipo de acción (por más que, ciertamente, sea de menor entidad que el inicialmente previsto) relevante y ofensivo para un bien jurídico-penal. A mayor abundamiento, repárese en que, en rigor, en las hipótesis prototípicas de disminución del riesgo estamos ante un resultado lesivo que resulta amparado por un estado de necesidad excluyente de la ilicitud por conflicto de bienes desiguales⁴⁸, por lo que (además de lo expuesto) resolver los casos de disminución del riesgo en el tipo supondría trasladar indebidamente a esta categoría sistemática conflictos de intereses (o, mejor dicho, de derechos) cuyo lugar adecuado es el correspondiente a las causas específicas de exclusión de la ilicitud⁴⁹.

Por último, *en cuarto lugar*, recuérdese que, por supuesto, en el seno de la segunda pretensión de validez de la norma penal (pretensión de ilicitud o antijuridicidad formal), habrá que analizar si en el comportamiento del autor falta, a su vez, la previsión o previsibilidad de

⁴⁶ Vid. ROXIN, A.T., I, 4ª ed., 2006, § 11/43.

⁴⁷ Vid. por todos DÍEZ RIPOLLÉS, P.G., 4ª ed., 2016, p. 182. Es más, podrían incluso imaginarse supuestos en los que el agente hubiese obrado con la intención de disminuir el riesgo inicial pero manteniendo el dolo de producir el resultado de menor entidad (cfr. CEREZO, P.G., 6ª ed., 1998, II, p. 109).

⁴⁸ Vid. por todos DÍEZ RIPOLLÉS, *ibid.*; vid. anteriormente ya CEREZO, *ibid.*, y n. 28, señalando que normalmente se tratará de casos de legítima defensa en los que al agente actúa con ánimo de defender al injustamente agredido, pero, obviamente, esta eximente únicamente cubrirá la lesión de los bienes jurídicos del injusto agresor.

⁴⁹ Vid. ya certeramente TORÍO, EPC, X, 1987, pp. 391 ss., arguyendo que el principio de la disminución del riesgo es una concreción del estado de necesidad y que la aplicación de esta eximente no sólo está condicionada por el sacrificio del interés de menor valor, sino por notas adicionales que circunscriben su funcionamiento, notas que no se toman en consideración, empero, con el criterio de imputación objetiva de la disminución del riesgo, que “parece funcionar sin limitación alguna”; en sentido similar, vid. DÍEZ RIPOLLÉS, ADPCP, 1991, pp. 753 s.

la realización de los elementos objetivos⁵⁰ del tipo de acción, esto es, si existe un error personal o subjetivo sobre el tipo que excluya la imputación personal (atribución de responsabilidad) al autor. De ello me ocupo en el apartado siguiente.

2. Ausencia de antijuridicidad formal o ilicitud

Además de lo que se acaba de indicar en relación con los criterios que determinan la ausencia de previsibilidad objetivo-subjetiva, la categoría de la antijuridicidad formal o ilicitud puede quedar excluida bien por la ausencia de imputabilidad, bien por la ausencia de dolo o imprudencia, bien, en fin, por la concurrencia de alguna de las causas de exención de la antijuridicidad formal o ilicitud, concebidas como leyes permisivas personales, basadas en el principio de la libertad de actuar.

En lo que atañe a la ausencia de imputabilidad, esta se producirá cuando exista alguna de las eximentes basadas en la inimputabilidad del sujeto (causas de inimputabilidad).

En lo que concierne a la ausencia de dolo o imprudencia, esta se producirá por la presencia de un *error sobre el tipo de acción*, que excluye el dolo (y, en caso de ser invencible, también la imprudencia) y que, por tanto, recibe un tratamiento diferente al que merecerá el error sobre la prohibición (ubicado sistemáticamente en la esfera de la pretensión de reproche o culpabilidad), el cual deja subsistente el tipo doloso y no excluye la *intención lesiva*, sino que simplemente excluye el conocimiento de la ilicitud en cuanto requisito autónomo de la culpabilidad separado del dolo.

En el error sobre el tipo de acción hay un error por defecto de conocimiento sobre cualquier requisito integrante del tipo penal, habida cuenta de que no existe coincidencia entre el conocimiento del autor y la realización de la conducta descrita en el tipo⁵¹. Por tanto, para apreciar esta clase de error, habrá que comprobar que el autor no sabía o no podía calcular exactamente las consecuencias de su actuación, de tal manera que se produjo una ausencia de *compromiso* con la acción.

⁵⁰ Entre tales elementos hay que incluir tanto la inobservancia del cuidado objetivamente debido como la producción del resultado y la relación de causalidad entre acción y resultado, en los delitos de resultado. Para la opinión dominante ello integraría el denominado *tipo subjetivo* de los delitos imprudentes. Vid. por todos DíEZ RIPOLLÉS, P.G., 4ª ed., 2016, p. 215.

⁵¹ Cfr. CARBONELL, en: LH-Ruiz Antón, 2004, p. 151. En el texto se alude obviamente al error *directo* sobre el tipo de acción, puesto que, como es sabido, existe asimismo el denominado error *inverso* o error *al revés* (al que no me voy a referir en el presente trabajo) que consiste precisamente en el caso opuesto al del error directo, es decir, en la creencia errónea del sujeto de que concurre un elemento típico que realmente no se da en el momento de realizar la conducta.

Consecuentemente, cuando el error sobre el tipo de acción sea (*subjetiva* o *personalmente*) *invencible*⁵² (que es el error al que se refiere el art. 14-1, inciso 1º CP español), no podrá existir ni dolo ni imprudencia: la impunidad se fundamentará en la ausencia de la infracción del deber subjetivo de cuidado (*intencionalidad subjetiva*). En este supuesto concurre la predecibilidad general (infracción del deber objetivo de cuidado) y, por ende, cabe afirmar la causalidad, con lo cual la conducta es típica (y, en principio, relevante para el Derecho penal). Sin embargo, no existirá ni dolo ni imprudencia (no habrá infracción del contenido directivo de la norma o antijuridicidad formal), al no poder ser acreditada la infracción del deber subjetivo de cuidado, la cual requiere un error subjetivamente *vencible*⁵³.

Así pues, y recapitulando, cabe asegurar que si el autor no actúa con dolo ni con imprudencia, no infringe ya el contenido directivo de la norma (ausencia de *intención subjetiva*)⁵⁴. En tal hipótesis estaríamos ante lo que usualmente se conoce como *caso fortuito*, que en el marco de la concepción significativa de la acción constituye, pues, un supuesto de *exclusión* de la *ilicitud*, o antijuridicidad formal, dado que el sujeto no infringe el contenido directivo de la norma⁵⁵.

Por lo que respecta, en fin, a las *causas de exclusión de la ilicitud* (*causas de justificación* y *excusas o causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho*), hay que subrayar que, aun concurriendo dolo o imprudencia, la antijuridicidad formal puede quedar enervada por la presencia de supuestos contemplados en *leyes permisivas*, que son autorizaciones que, en concreto, según la caracterización propuesta por VIVES, pueden otorgar

⁵² Me interesa precisar que, aunque aquí yo siga utilizando (y así lo haré en lo sucesivo) la terminología tradicional de error “vencible o invencible” (reconocida en nuestro CP) o, lo que es lo mismo, “evitable o inevitable”, lo cierto es que, de conformidad con los postulados de la concepción significativa de la acción (en concreto con la *gramática* de la *intención subjetiva*, concebida como compromiso del sujeto de llevar a cabo la acción correspondiente y la vulneración del bien jurídico), tal terminología no resulta en rigor adecuada, porque nunca podremos penetrar en la mente del agente para averiguar si le habría resultado factible vencer o no vencer el error. Consecuentemente, sería preferible recurrir a otra terminología, como, v. gr., la de error *censurable* y error *no censurable*, usada por el propio VIVES en diversos Seminarios y Conferencias.

⁵³ En efecto, cuando el error sobre el tipo objetivamente vencible sea también *subjetivamente* vencible (esto es, “atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor”, como indica el art. 14-1, inciso 2º CP), la infracción será castigada como imprudente, siempre que el delito de que se trate admita esta forma de imputación; y si el delito únicamente prevé la versión dolosa, el hecho permanecerá impune.

⁵⁴ En el CP español la ausencia de responsabilidad penal en este caso se reconoce explícitamente en el art. 5 y, *a contrario sensu*, en el art. 10.

⁵⁵ Cfr. ya MARTÍNEZ-BUJÁN, en: LH-Marino Barbero, 2001, p. 1163, n. 62.

un derecho o "permiso fuerte" (*causas de justificación*) o un "permiso débil" (*excusas o causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho*)⁵⁶.

El concepto de *permisos* se basa en la idea de las llamadas (en expresión de HART) reglas "elusivas" de la responsabilidad, que se caracterizan por tratarse de eximentes que no suponen una negación de las premisas fácticas y normativas (relevancia y ofensa), esto es, no comportan una negación (ni una compensación ni una aminoración) de la antijuridicidad material, sino que eliminan simplemente la antijuridicidad formal. En síntesis, excluyen la ilicitud de una acción que es relevante y ofensiva.

El fundamento de la autorización otorgada por leyes permisivas se basa en la fuerza que el legislador ha decidido dar a la *libertad de actuar*, sin que en tal caso sea posible recurrir a la idea de la ponderación de concretos intereses materiales. En otras palabras, su fundamento reside en la idea del "mal menor" (supremacía de un interés colectivo), en el seno de la cual se tiene en cuenta el principio del derecho individual y la propia idea de Derecho, sin perjuicio de que se tomen en consideración también criterios utilitaristas. En definitiva, el concepto de *permisos* presupone que el Ordenamiento jurídico conceda una especial relevancia a ciertas situaciones en el marco de su función general de configuración de la libertad de acción en determinadas circunstancias, con lo cual cabe asegurar que su razón última hunde sus raíces en la propia estructura genérica del Ordenamiento en su conjunto, dado que es este el que regula los términos de la libertad general de acción de los ciudadanos, por lo que los permisos no proceden privativamente del Derecho penal, sino que dimanen también de otras ramas del Derecho y singularmente de la Constitución⁵⁷.

En consonancia con lo que se acaba de exponer y con la premisa básica de diferenciar los aspectos material y formal de la antijuridicidad, hay que llegar a la conclusión de que, frente a las tesis propugnadas por las sistemáticas usuales (que conciben la antijuridicidad como una especie de objeto unitario y la justificación como una especie de *sombra chinesca*

⁵⁶ Vid. VIVES, Fundamentos, 2.^a ed., 2011, pp. 493 s., n. 73, quien, si bien afirma que la distinción entre permisos *fuertes* y permisos *débiles* es tomada de VON WRIGHT, subraya que su clasificación no coincide exactamente con la propuesta por aquel, dado que en la de VON WRIGHT no se reconoce la identificación entre permisos débiles y excusas, desde el momento en que, para este autor, la acción "débilmente" permitida sería la acción "aún no" típica.

⁵⁷ Frente a la idea de la ponderación de intereses (criterio del interés preponderante), objeta VIVES (Fundamentos, 2.^a ed., 2011, pp. 494 n. 73) que el interés del Ordenamiento en la configuración de la libertad no puede "ponderarse" al lado, v. gr., del interés del Ordenamiento en la vida humana, porque este último es un interés que versa sobre un "objeto" mientras que el primero es un interés del Ordenamiento que recae sobre sí mismo. Vid. además MARTÍNEZ-BUJÁN, t&d, 13, 2013, pp. 72 ss. y bibliografía que se cita.

de la tipicidad), debe desvincularse la justificación de la tipicidad y, en concreto, debe desterrarse la idea de que aquella acompañe a esta, la excluya o la "vuelva del revés". De ahí se infiere, en suma, que la justificación no puede eliminar ni compensar la ofensa producida ni, mucho menos, puede ser catalogada como un elemento negativo del tipo⁵⁸.

Téngase en cuenta, en fin, que, de acuerdo con los postulados de la concepción significativa del delito, los citados *permisos* no se rigen por la pretensión de relevancia y, en consecuencia, no pueden afectar ni a la tipicidad en sentido estricto ni a la ofensividad (o antijuridicidad material); conciernen exclusivamente a la pretensión de ilicitud (o antijuridicidad formal).

Así las cosas, interesa recalcar, pues, que el fundamento expuesto supone un apartamiento de las fundamentaciones doctrinales dominantes en el ámbito de la justificación, inspiradas en el criterio de la ponderación de intereses, y, por otra parte, se opone también radicalmente a la controvertida teoría de los elementos negativos del tipo, puesto que la teoría de los elementos negativos del tipo carece aquí ya por definición de todo sentido, ya que (según veremos posteriormente) en el marco de la concepción significativa del delito las causas de exclusión de la ilicitud poseen una naturaleza estrictamente personal y son contempladas desde la óptica de una pretensión de validez de la norma (pretensión de ilicitud) diferente a la que inspira el tipo de acción (pretensión de relevancia), con la consiguiente atribución de significados y funciones en cada caso diversos⁵⁹.

Eso sí, en mi opinión, el hecho de que no se acoja dicha teoría no es obstáculo para que (según indicaré después) a partir de los postulados de la concepción significativa pueda llegarse a una coincidencia en lo tocante a la principal consecuencia dogmática a la que aboca la teoría de los elementos negativos del tipo, a saber, la de que el *error sobre los presupuestos objetivos o fácticos* de las causas de justificación deba recibir el tratamiento previsto para el error sobre el tipo, y no el previsto para el error sobre la prohibición, consecuencia que, como es sabido, la opinión mayoritaria considera deseable.

IV. LA PRETENSIÓN DE REPROCHE: LA CULPABILIDAD

⁵⁸ Cfr. VIVES, Fundamentos, 2ª ed., 2011, p. 494, n. 72.

⁵⁹ Vid. sobre ello ya MARTÍNEZ-BUJÁN, en: LH-Marino Barbero, 2001, p. 1168. De acuerdo, GÓRRIZ, Proyecto, 2005, p. 384.

Tras la pretensión de ilicitud, la siguiente pretensión de validez de la norma penal aparece representada por la pretensión de reproche, que recae sobre el autor que ha realizado un hecho típico y ofensivo para un bien jurídico penal (antijuridicidad material u objetiva) y que además es ilícito (antijuridicidad formal o subjetiva). Tal pretensión da lugar a la tercera categoría dogmática del delito, la categoría de la culpabilidad⁶⁰.

Según indiqué más arriba en el epígrafe 1, la categoría de la culpabilidad presupone la libertad de acción (que es el fundamento del denominado principio de culpabilidad).

Sin embargo esta libertad de acción no es el fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad⁶¹. Dicho de modo sintético, tal fundamento reside en la *normalidad del proceso motivador*, concebido simplemente como el conjunto de fuerzas causales motivadoras percibidas por el sujeto. Por tanto, la inclusión de la referencia a la *motivabilidad normal* (o a expresiones equivalentes como “asequibilidad o accesibilidad normativa”) posee exclusivamente la virtualidad de introducir en el juicio de reproche un elemento *normativo* esencial en un Derecho penal respetuoso con los postulados de un Estado social y democrático de Derecho: no se considera *justo* (singularmente con base en el principio de igualdad real o material ante la ley) seguir exigiendo el comportamiento debido a quien actúa sin una capacidad normal de ser motivado por la norma. En otras palabras, se trata de introducir el “criterio valorativo de que se ha de tratar lo desigual como desigual”, atendiendo a las particularidades que permiten distinguir entre sí los casos concretos y posibilitando, consiguientemente, una personalización del juicio de atribución del hecho típico a un sujeto que actuó en unas circunstancias determinadas. En definitiva, la culpabilidad es, ante todo y con carácter general, exigibilidad de una conducta conforme al Derecho a la vista de las circunstancias personales del autor en la situación concreta, sin perjuicio de que esta

⁶⁰ Cfr. VIVES, Fundamentos, 1996, p. 486. Evidentemente, cuando en el marco de la concepción significativa se habla de *reproche*, no se trata de un reproche *moral* en el sentido tradicional, vinculado además al dato de fundamentar el reproche en el libre albedrío. Conviene insistir aquí en que dicha pretensión de reproche es (como escribe VIVES, Fundamentos, 1996, p. 487) una consecuencia inevitable de dos premisas. Por una parte, es consecuencia de postular la validez de la norma (en la medida en que el reproche va referido a la infracción de la norma, concebida como directiva de conducta y de determinación de la razón). Por otra parte, es consecuencia de situarse ante el presunto infractor en una actitud *participativa*, esto es, de no considerarlo meramente como un objeto de manipulación, sino como persona: es precisamente el *reproche* -no la pena- el que restituye al delincuente su dignidad de ser racional, porque se dirige a él como persona y le trata como sujeto, no como objeto (vid. posteriormente VIVES, Fundamentos, 2ª ed., 2011, pp. 863 ss.; vid. además RAMOS, Ciencia, 2013, *passim*).

⁶¹ Sobre la distinción entre el principio de culpabilidad y la categoría dogmática de la culpabilidad, vid. más ampliamente MARTÍNEZ-BUJÁN, en: LH-Corcoy, 2022, pp. 709 ss., y RP, 50, 2022.

caracterización general pueda perfilarse o concretarse según cuál sea el elemento de la culpabilidad que se analice.

Dada la naturaleza jurídica (y ubicación sistemática) que aquí atribuyo a la imputabilidad (como presupuesto de la ilicitud), la fundamentación de los elementos de la culpabilidad que permanecen en esta categoría poseerá, por lo pronto, un rasgo común añadido al fundamento genérico de la desigualdad relevante, esto es: tanto en la conciencia de la antijuridicidad (y su reverso, el error sobre la prohibición) como en la exigibilidad en sentido estricto (y su reverso, las excusas o causas de inexigibilidad en sentido estricto) no se trata ya de determinar si existe, o no, una alteración en la propia *estructura* (o constitución) de los procesos psíquicos (cognitivos y afectivos) de motivación, en virtud de lo cual el fundamento material *específico* de la desigualdad relevante debe buscarse en otro criterio ajeno a dicha alteración estructural psíquica. Y ese criterio viene dado por el *contenido* (y no en la estructura o constitución) de la motivación de un sujeto que, por tanto, no sufre una alteración o anomalía psíquica constitutiva⁶².

Según anticipé más arriba en el epígrafe 3.1., dado que, a mi juicio, la imputabilidad deberá ser incluida en la pretensión de ilicitud, en la pretensión de reproche solo permanecen dos elementos la conciencia de la ilicitud y la exigibilidad individual.

1. La conciencia de la ilicitud y su reverso

En lo que atañe al *primer elemento*, hay que acreditar que el sujeto obró sabiendo que su conducta era contraria a las normas, o al menos actuó considerando probable conocer que lo era. Dicho de otra forma, para poder afirmar que la conducta es culpable, será necesario que el sujeto posea un conocimiento *actual* del significado antijurídico de la conducta, aunque basta con un conocimiento *eventual*⁶³. El conocimiento *actual* incluye no sólo los conocimientos seguros, sino también las situaciones en las que el autor no está totalmente seguro del carácter prohibido de su hecho (supuestos de duda). En otras palabras, basta con que el sujeto considere *probable* que su acción u omisión es contraria a las exigencias del Ordenamiento. En suma, cabe afirmar que el conocimiento *actual* engloba también un

⁶² Sobre el fundamento genérico de la categoría dogmática de la culpabilidad y sobre el fundamento específico de sus elementos, vid. más ampliamente MARTÍNEZ-BUJÁN, RP, 50, 2022, epígrafes II y III.

⁶³ Cfr. VIVES, Fundamentos, 1996, p. 487; COBO/VIVES, P.G., 5ª ed., 1999, p. 623. Por lo demás, hay acuerdo en entender que el conocimiento actual no implica exigir un proceso de reflexión o nítida representación, bastando, por el contrario, una co-consciencia de realizar algo injusto (vid. por todos FELIP, 2000, pp. 153 ss.).

conocimiento eventual de la antijuridicidad, de forma análoga a lo que sucede con la figura del dolo eventual.

Así las cosas, el reverso del conocimiento de la ilicitud viene integrado por el *error sobre la prohibición*, al cual se reconducen los supuestos en los que el sujeto realizó el hecho con un conocimiento equivocado acerca de su significado ilícito, esto es, pensó erróneamente que su conducta no era contraria a Derecho.

Por consiguiente, ante todo hay que recordar que la incardinación de esta clase de error en el marco del juicio de reproche (desligado del error sobre el tipo de acción) conduce a adoptar las consecuencias de la denominada *teoría de la culpabilidad*, la cual se caracteriza por tratar el conocimiento de la antijuridicidad no como elemento del dolo, sino exclusivamente como característica de la culpabilidad separada del dolo.

De este modo, la concepción significativa viene a coincidir, en cuanto a sus resultados, con la regulación legal del error contenida en el art. 14 del CP español vigente, que prevé esta clase de error en su apartado 3⁶⁴, y viene a coincidir también con la opinión doctrinal mayoritaria que, a partir de diferentes enfoques, acoge la mencionada teoría en materia de error.

2. La exigibilidad individual y su ausencia

En lo que concierne al *segundo elemento*, es preciso aclarar, ante todo, que, para VIVES (al igual que para un importante sector doctrinal), el núcleo del concepto material de culpabilidad es la conciencia de la ilicitud, y no la exigibilidad, de manera que la culpabilidad queda reducida, prácticamente, a la capacidad de actuar conforme a Derecho. Asimismo, es necesario recordar que -como lógica consecuencia de la caracterización que ofrece VIVES de los *permisos*- las denominadas "excusas" o "causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho" (tradicionalmente incardinadas en la esfera de la culpabilidad como causas de inexigibilidad) quedan situadas en la categoría de la exclusión de la ilicitud. De ahí que, llegado el momento de exponer el contenido del juicio de reproche, este autor se limite a indicar que "para ser sujeto de reproche no basta haber realizado dolosa o culposamente la acción típica, sin que concurran causas de justificación ni excusas: es preciso, además, que el

⁶⁴ Y lo hace con un tratamiento diferente al reservado para el error sobre el tipo: "si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados".

sujeto sea capaz de reproche (imputable) y que haya obrado conociendo o pudiendo conocer la ilicitud de su acción”⁶⁵.

Ello no obstante, entiendo que tales afirmaciones no se oponen a la posibilidad de tener en cuenta consideraciones de inexigibilidad (obviamente, inexigibilidad individual) en el ámbito sistemático del juicio de reproche o culpabilidad, si bien con una función secundaria y subordinada, en la línea propuesta ya por HENKEL⁶⁶, esto es, concibiendo la inexigibilidad como principio regulativo general, que posibilita su aplicación en las diversas categorías del delito. Por consiguiente, aunque no se trate de un principio normativo o constitutivo para una decisión y nos remita simplemente al caso concreto y a sus circunstancias, hay que admitir que la no exigibilidad pueda cumplir una función en el ámbito de la culpabilidad⁶⁷.

Así concebida, comparto la opinión de que en la exigibilidad individual lo que se valora es el *contenido* de los motivos o razones que dan lugar al comportamiento delictivo. Y ello se *fundamenta* en la idea de que en un Estado democrático de Derecho, que reconoce como valor fundamental la individualidad y autonomía de las personas, ha de otorgarse también relevancia a la valoración parcial que los sujetos efectúan, cuando se encuentran en situaciones de conflicto, en las que se ven involucrados bienes personales de gran importancia para el individuo y ante las cuales el sujeto afectado por la situación puede llevar a cabo una valoración distinta a la que realiza la sociedad y preferir la salvación de su bienes o intereses vitales (o de la personas estrechamente vinculadas a él) en detrimento de otras personas⁶⁸.

Cuestión diferente es la relativa al *alcance* de la inexigibilidad, esto es, la de determinar cuáles son los concretos supuestos en los que el CP español permite reconocer relevancia a la inexigibilidad individual.

⁶⁵ VIVES, Fundamentos, 1996, p. 487.

⁶⁶ HENKEL, en: FS-Mezger, 1954, pp. 249 ss.

⁶⁷ Por lo demás, es obvio que el reconocimiento de una inexigibilidad general, que va referida a aquellos supuestos en que no se puede o no se quiere exigir a nadie en ciertas circunstancias que se abstenga de realizar una conducta, no es óbice para reconocer la existencia de una inexigibilidad individual, vinculada a circunstancias particulares de un individuo concreto. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, P.G., 5ª ed., 2016, epígrafes IV.4.7. y V.5.5. Sobre la doctrina de la inexigibilidad, vid. por todos ROBLES Estudios, 2014, pp. 165 ss., y, en particular, sobre la exclusión del injusto en virtud de la inexigibilidad, pp. 193 ss.

⁶⁸ Vid. MARTÍNEZ GARAY, Proyecto, 2005, pp. 172 s., e Imputabilidad, 2005, pp. 432 ss., desarrollando la construcción elaborada en la doctrina alemana por FRISTER (Voluntativen Schuldelements, 1993, pp. 147 ss.). En sentido similar, con respecto a la eximente de miedo insuperable, vid. VARONA, Miedo insuperable, 2000, pp. 56 ss.; vid. además en esta línea MELENDO, Culpabilidad, 2002, pp. 489 ss. y 609 ss., 2002-a, pp. 876 ss.

Descartada la tesis de que la no exigibilidad pueda operar como causa suprallegal de exculpación (algo reconocido por la doctrina dominante, en la medida en que supone situaciones de *menor intensidad* que las exigidas por la ley para exculpar en el estado de necesidad o en el miedo insuperable), su eficacia debe limitarse entonces a explicar el fundamento de aquellas causas de exculpación que deban reconducirse a esta idea. En lo que atañe a los supuestos legales regulados en la Parte general del CP español, la opinión mayoritaria señala dos: el estado de necesidad excusante (por conflicto entre bienes de igual valor)⁶⁹ y el miedo insuperable. A ellas se suele añadir, en el ámbito de la Parte especial, la exención de parientes próximos en el delito de encubrimiento, prevista en el art. 454 CP.

Si atendemos a los presupuestos de la concepción significativa, entiendo asimismo que no hay obstáculo para que estas excusas puedan operar como causas de exclusión de la culpabilidad, sobre la base de la idea de la inexigibilidad individual. Y es que, en efecto, una cosa es que no exista una diferencia ontológica, por razón de la materia, entre causas de justificación y excusas y que quepa afirmar que con el mismo fundamento material (v. g., la no exigibilidad) el legislador puede otorgar un permiso fuerte (una causa de justificación) o uno débil (una excusa), y otra cosa diferente es que deba deducirse de esta idea que todas las excusas deban ya automáticamente quedar situadas en la esfera de la pretensión de ilicitud⁷⁰.

V. LA PRETENSIÓN DE NECESIDAD DE PENA: LA PUNIBILIDAD

A las tres categorías *esenciales* examinadas en los epígrafes precedentes, que agotan el contenido *material* de la infracción, hay que añadir una *cuarta categoría* (accidental), constituida por la *pretensión de necesidad de pena*, que debe ser concebida como un momento

⁶⁹ Ello no obstante, dentro de esta opinión mayoritaria, que admite causas de inexigibilidad excluyentes de la culpabilidad, algunos penalistas entienden que el estado de necesidad sería en todo caso una causa de justificación, sin perjuicio de que los casos de conflicto entre bienes iguales se resuelvan acudiendo a la exigente de miedo insuperable (art. 20-6º CP), o, cuando esta resultase insuficiente, a una exigente analógica de estado de necesidad exculpante (así, vid. MIR, P.G., 10ª ed., 2015, L.20/16 ss.).

⁷⁰ Con respecto a ello, habrá que estar al caso concreto para determinar los supuestos en que la inexigibilidad excluye ya la ilicitud (e incluso la ofensividad porque la inexigibilidad general excluye la antijuridicidad material) y aquellos otros en que excluye la culpabilidad. En vía de principio, tal determinación deberá apoyarse en la idea del carácter general del primer caso y el carácter personalizado o individual del segundo.

Este criterio vendría a coincidir *mutatis mutandis* con el que propone MIR, con base en sus premisas metodológicas. Vid. MIR, P.G., 10ª ed., 2015, L. 20/46 ss., quien, partiendo de que la culpabilidad presupone "motivabilidad normal" y que la inculpabilidad se basa en la "anormalidad de la motivación", distingue ahora, de acuerdo con su nueva configuración de la estructura del delito, entre los supuestos de imposibilidad *absoluta* de motivación normativa que afectan a todo ser humano o al hombre medio ideal, en los que falta ya la antijuridicidad, y los que afectan al sujeto concreto, en los que no falta la antijuridicidad sino el primer requisito de la culpabilidad, o sea, la concreta prohibición al sujeto.

del principio constitucional de proporcionalidad y que debe ser acreditada *en el caso concreto*. De este modo se admite que, al margen de las categorías del tipo de acción, de la ilicitud y de la culpabilidad, existe una ulterior categoría que vendría a identificarse con lo que tradicionalmente la doctrina mayoritaria ha venido llamando "punibilidad", y, en concreto, con un concepto amplio de punibilidad que, además de aquellos elementos que concurren en el momento de la realización del delito (condiciones objetivas de punibilidad y causas personales de exclusión de la pena, que conforman el *concepto estricto* de punibilidad), integraría también las instituciones que concurren con posterioridad a la ejecución de la acción ilícita por el autor (causas personales de anulación o levantamiento de la pena, así como todas las medidas de gracia previstas en el Ordenamiento)⁷¹.

VI. CONSECUENCIAS EN MATERIA DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1. Autoría

Según expuse en un trabajo específicamente dedicado al tema⁷², si bien es cierto que cabe hablar de *autoría* en sentidos diversos, hay, ante todo, un plano básico, esto es, el plano *lógico* (no valorativo) de la determinación de quién lleva a cabo el hecho definido en un tipo penal, que es lo único que es *susceptible de hacerse*: en otras palabras, se trata de un problema que, en el seno de la teoría jurídica del delito, va vinculado exclusivamente a la acción.

Así pues, el punto de partida (idea rectora) para la determinación del concepto de autor desde la perspectiva de la concepción significativa únicamente puede venir dado por una perspectiva *objetivo-formal*, que se caracteriza por delimitar la autoría a partir del significado del verbo (o, en su caso, verbos) típico y que es la perspectiva que también adopta inequívocamente el legislador español en su definición de autor en el párrafo primero del art. 28 CP español, en el que se indica que la conducta propia del autor es *realizar* el hecho. Por lo demás, este verbo debe entenderse como equivalente a *ejecutar*, en el sentido que sirve para caracterizar la tentativa a tenor del art. 16 CP, entendimiento que, obviamente, aportará criterios materiales (en el sentido que se expuso más arriba) que posibilitarán restringir el concepto de autor.

⁷¹ Con todo, sobre la categoría de la punibilidad, vid. las ulteriores matizaciones que recojo en MARTÍNEZ-BUJÁN, PG, 6ª ed., 2022, epígrafe VIII.8.1. (en prensa)

⁷² Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, Autoría, 2019, pp. 26 ss., donde expongo con amplitud las tesis que de forma resumida incluyo en este epígrafe y donde pueden hallarse todas las referencias bibliográficas, que aquí omito, especialmente las de VIVES.

Se produce, así, una superposición parcial entre la problemática de la autoría y la de la tentativa, desde el momento en que existe una identificación entre realización del hecho y actos ejecutivos en sentido estricto, de tal manera que el principio de ejecución que da lugar a la tentativa coincide en su contenido con los aspectos propios de la autoría, con lo cual, a su vez, actos preparatorios y actos de participación coinciden en la característica de que no alcanzan el nivel de realización o ejecución del tipo.

En síntesis, el concepto lógico-gramatical de autor presupone la realización de una acción *objetivamente* constitutiva de –cuando menos– una tentativa, y la realización de esta acción no exige, pues, la comprobación de la infracción de la norma personal de conducta.

No obstante, lo que sí pertenece al tipo de acción de la tentativa es *la intención de consumir el hecho típico*, puesto que este elemento subjetivo no se identifica con el dolo sino que es un genuino elemento definitorio del propio tipo de acción, que pertenece a la pretensión de relevancia⁷³.

Asimismo, lo que también pertenece al tipo de acción es, en su caso, el especial elemento subjetivo que resulte imprescindible para conceptualizar la acción. En consecuencia, ni que decir tiene que si en el comportamiento del agente no existe dicho elemento subjetivo, no puede realizarse (ni siquiera intentar realizarse) ya el tipo penal de que se trate, por más que concurren todos los elementos objetivos del tipo y un (sedicente) dolo referido a estos. Así, entre otras consecuencias, ello supone que desde la perspectiva de la concepción significativa sea ya conceptualmente incorrecto hablar de un “instrumento doloso sin intención”, figura reconocida, empero, por la opinión dominante al caracterizar la autoría mediata: si el agente obra sin el específico elemento subjetivo del tipo de acción, no hay tipo, y, por tanto, carece de todo sentido afirmar que obra con dolo, por mucho que conozca y quiera realizar los elementos objetivos del tipo⁷⁴.

El concepto de autor que se deriva de la concepción significativa, aparte de ser un concepto esencialmente formal, es además un concepto *puramente objetivo*, en el sentido de que no incluye la infracción de la norma personal de conducta. En efecto, en su

⁷³ Vid. ampliamente MARTÍNEZ-BUJÁN, Elementos subjetivos, 2021, pp. 80 ss.

⁷⁴ Si, v. gr., en el conocido ejemplo de los gansos el criado obra sin ánimo de lucro (o ánimo de apropiación definitiva de la cosa), no realiza ya el tipo del hurto, por más que sepa que los gansos de los que se apodera son de propiedad ajena. De ahí se infiere que no exista problema alguno para calificar como autor mediato al señor (sujeto de atrás), que sí actúa con el ánimo de lucro. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, Autoría, 2019, pp. 246 ss.

caracterización más básica la autoría es un elemento del *tipo de acción*, que se inscribe en la primera pretensión de validez de la norma penal, la pretensión de relevancia, y que, por tanto, no incluye entre sus elementos el dolo y la imprudencia, habida cuenta de que estos quedan incardinados en la antijuridicidad formal, correspondiente a otra pretensión diferente de validez de la norma penal, la pretensión de ilicitud. Se trata, pues, de un concepto *común* a delitos dolosos e imprudentes.

Por tanto, a partir de este postulado la delimitación del concepto de autor deberá llevarse a cabo merced a un proceso de *interpretación* de los diversos verbos típicos, conforme al uso común del lenguaje. Una vez aprehendido el sentido de las diferentes conductas que se describen en los tipos penales, podrá averiguarse quién es la persona que realiza el sentido de la acción, o, dicho con más precisión, quién es el sujeto que realiza, parcial o totalmente, el sustrato de la conducta (activa u omisiva) a la que quepa atribuir el significado del comportamiento que se describe en el tipo de acción descrito en la ley.

A tal efecto, habrá que partir de la zona indudable de significado del concreto tipo de acción de que se trate (si se quiere, de su núcleo), atendiendo al uso común de los términos del lenguaje y al contexto de uso en el que se aplican (y a la vista también del grado de ofensa al bien jurídico protegido y del plan del sujeto expresado en la acción), con el fin de determinar a partir de qué momento se da comienzo a la ejecución y quién realiza el sentido inherente a dicha ejecución, y, en su caso, qué conductas más alejadas de dicho núcleo comparten también su significado. En suma, al vincularse a la tentativa, la caracterización de la autoría nos remite necesariamente a ulteriores criterios materiales (de imputación objetiva) propios del tipo de acción específico de que se trate: téngase en cuenta, una vez más, que el autor ha de realizar un concreto *tipo de acción*, o sea, una conducta típicamente relevante y ofensiva para un bien jurídico penal.

2. Participación

Según anticipé más arriba, la caracterización objetivo-formal de la autoría y la identificación entre los binomios *autoría/realización* y *tentativa/ejecución* (derivada de la concepción significativa) van anudadas al criterio de la *accesoriedad cualitativa mínima objetiva* para el castigo de la participación: por tanto, la norma que sirve de referencia para el castigo de la participación (así como para las actuaciones defensivas de terceros y para la imposición de medidas de seguridad) es la norma que refleja la antijuridicidad material, o sea,

la realización de un tipo de acción materialmente u objetivamente antijurídico, sin que deba tomarse en consideración la infracción de la norma personal de conducta (que se integra en el pretensión de ilicitud o antijuridicidad formal)⁷⁵. De este modo, las posibles lagunas de punibilidad se reducirán significativamente con relación a la tesis mayoritaria, que acoge el criterio de la accesoriidad limitada.

Así, en el caso de que el autor obre con error subjetivamente (o personalmente) invencible sobre el tipo (y por ello no realice una acción ilícita o formalmente antijurídica, porque actúa en caso fortuito) no existirá obstáculo para castigar al partícipe que tiene un conocimiento correcto de los hechos; y lo mismo cabe predicar del error subjetivamente invencible sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación⁷⁶, habida cuenta de que, como ya señalé, su tratamiento debe ser equiparado al del error sobre el tipo.

La conclusión que se acaba de obtener permite solventar satisfactoriamente y con sencillez el conocido y discutido problema que plantea el usualmente denominado caso del “testaferro” en delitos especiales que se construyen sobre la base de elementos personales en el autor (si se prefiere: sobre la base de la infracción de un deber personal), trátase de elementos altamente personales o limitadamente personales (si se prefiere: delitos puros de infracción de deber o delitos mixtos con un componente de dominio y un componente de infracción de deber). Como es sabido, el caso del testaferro se caracteriza por que el administrador fáctico utiliza como administrador de derecho a una persona que desconoce completamente sus obligaciones jurídicas y que, por ello, actúa en una situación de error (subjetivamente invencible) sobre el tipo. Obviamente, en tal supuesto no podrá serle imputado el hecho delictivo al referido administrador de derecho, pero sucede entonces que (descartada por la opinión dominante en jurisprudencia y doctrina la solución de acudir a la autoría mediata, porque el hombre de atrás es un *extraneus*, que carece del *status* requerido

⁷⁵ Vid. ya MARTÍNEZ-BUJÁN, t&d, 13, 2013, pp. 92 ss., y, con mayor amplitud, EPC, XL, 2020, pp. 855 ss. Se ha adherido a este planteamiento sobre la base también de la concepción significativa: GÓRRIZ ROYO, en: González Cussac (coord.), Lenguaje, 2019, pp. 110 ss.

⁷⁶ Cuestión diferente es que el autor obre con un error subjetivamente invencible sobre *la existencia o los límites jurídicos* de una causa de justificación, dado que en este caso se trataría de un error sobre la prohibición. Con todo, en este supuesto no hay, obviamente, duda alguna acerca de la efectiva responsabilidad del partícipe que posee un conocimiento correcto de la prohibición, puesto que el autor realiza una acción que ya es ilícita o formalmente antijurídica. Asimismo, a esta última conclusión llegarán, evidentemente, quienes consideran que el error sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación es un supuesto de error sobre la prohibición (vid. por todos BOLDOVA, Comunicabilidad, 1995, pp. 171 s.).

por el tipo especial) tampoco podría castigarse al administrador de hecho como partícipe, al no realizar el ejecutor directo una conducta dolosa (de conformidad con el criterio de la accesoriadad mínima subjetiva⁷⁷) ni, por supuesto, antijurídica (criterio de la accesoriadad limitada). Pues bien, esta impunidad puede sortearse sin inconveniente alguno si se acoge el criterio de la accesoriadad *mínima objetiva* para castigar la participación y se adopta el esquema teórico derivado de la concepción significativa. De este modo, se puede castigar, pues, penalmente al administrador de hecho que se vale del administrador de derecho: no ciertamente como autor, pero sí como partícipe.

Asimismo, en el caso de los denominados *delitos de propia mano*, en los que el legislador vincula la cualidad de autor a la ejecución inmediata y personal de la acción definida en el tipo penal, hay también una amplia coincidencia (por más que algunos penalistas discutan la propia existencia de esta categoría) a la hora de entender que no es posible la autoría mediata⁷⁸, por lo que el sistema derivado de la concepción significativa permitirá eludir las posibles lagunas de punición.

También, algo similar, *mutatis mutandis*, cabe predicar del caso de los *delitos con medios legalmente determinados* (o, mejor, con modalidades tasadas o limitadas de acción) en los que, según un importante sector doctrinal⁷⁹, tampoco cabe la autoría mediata, so pena de vulnerar el principio de legalidad⁸⁰. Ahora bien, de nuevo ello no significa que la exclusión de la autoría mediata nos aboque a una laguna de punibilidad. En efecto, con arreglo al sistema de la concepción significativa, bastará con que la persona de delante realice un tipo de acción *objetivamente* relevante y ofensivo (v. gr., el del robo con fuerza en las cosas del art. 238 CP)

⁷⁷ Partiendo de la accesoriadad mínima subjetivamente concebida, el castigo de la participación presupone que el autor haya realizado completamente el tipo, tanto el denominado tipo objetivo como el subjetivo.

⁷⁸ Vid. por todos GIMBERNAT, Autor y cómplice, 1966, pp. 242 ss.; COBO/VIVES, P.G., 5ª ed., 1999, p. 750; MIR, P.G., 10ª ed., 2015, L.14/78; LUZÓN, Lecciones P.G., 3ª ed., 2016, L.12/33; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LL, 3.984, 1996, p. 1285, DocPCrim, 1, 2001, p. 51, y en DPyCrim, 76, 2004, p. 53; Díez RIPOLLÉS, P.G., 4ª ed., p. 372.

⁷⁹ Vid. por todos ya GIMBERNAT, Autor y cómplice, 1966, pp. 224 ss.; vid. también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LL, 3.984, 1996, p. 1285, y DPyCrim, 76, 2004, p. 53. No obstante, hay que reconocer que otro sector no descarta tal posibilidad: vid. por todos COBO/VIVES, P.G., 5ª ed., 1999, p. 751, QUINTERO, Delitos especiales, 1974, p. 110.

⁸⁰ En sentido coincidente con lo que expongo, vid., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, DocPCrim, 1, 2001, p. 51, quien considera además como similares los supuestos de delitos de propia mano y delitos con modalidades limitadas de acción.

Por lo demás, de nuevo hay que añadir aquí que, con arreglo a la concepción significativa, habrá que descartar todas aquellas fundamentaciones de la autoría mediata que se basan en la idea básica del dominio del hecho y arguyen que la autoría mediata del sujeto de atrás se fundamenta en el dominio sobre la realización de los medios o modalidades limitadas de acción.

para que la persona de atrás pueda ser castigada como partícipe en dicha conducta, con independencia de que la persona que realiza inmediatamente el tipo pueda quedar exenta de responsabilidad penal por incurrir en una situación de error personal sobre el tipo.

Otra consecuencia lógica que se deriva de la caracterización de la accesoriedad que aquí se acoge en el marco de la concepción significativa del delito es que no existirá obstáculo alguno para admitir la *participación dolosa*⁸¹, en cuanto tal, *en delitos imprudentes*, en la medida en que la conducta del partícipe debe tomar como base únicamente la realización de un tipo de acción ofensivo para un bien jurídico penal (pretensión de relevancia); y ello con independencia de la intención subjetiva que rige la conducta del autor, puesto que esta pertenece a una pretensión diferente (la pretensión de ilicitud) en la que se dilucida el momento de la infracción de la directiva de conducta contenida en la norma.

Por último, baste con dejar constancia de que las consecuencias en materia de participación que aquí se han obtenido son trasladables *mutatis mutandis* a las llamadas *actuaciones defensivas de terceros*⁸².

⁸¹ Aludo a la participación dolosa porque, a mi juicio, la participación imprudente es impune en nuestro Derecho. Vid. por todos LUZÓN, Curso, P.G., I., 1996, p. 507; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría, 1991, p. 283; ROSO, Autoría, 2002, p. 397.

⁸² Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, t&d, 13, 2013, pp. 112 ss.

BIBLIOGRAFÍA

BOLDOVA PASAMAR, M. A., La **comunicabilidad** en las circunstancias y la participación delictiva, Madrid 1995

BUSATO, P., La **tentativa** del delito. Análisis a partir del concepto significativo de acción, Curitiba 2011

CARBONELL MATEU, J.C., Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno a la imputación de dolo e imprudencia, en Libro Homenaje a Ruiz Antón (“**LH-Ruiz Antón**”), Valencia 2004

CEREZO MIR, J., Curso de Derecho penal español. **Parte general**, II, Teoría jurídica del delito, 6ª ed., Madrid 1998 (con adendas de 2004, 2006 y 2007)

COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., Derecho penal. **Parte general**, 5ª ed., Valencia 1999

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., La **autoría** en Derecho penal, Barcelona 1991

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., Autoría y participación (en el nuevo Código penal de 1995), en La Ley (LL), España, nº 3.984, 1996

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., La autoría mediata. Con una especial referencia a los delitos socioeconómicos y contra el medio ambiente, en Documentos Penales y Criminológicos (DocPCrim), Colombia, vol. 1, 2001

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., La autoría en Derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano, en Derecho penal y Criminología: Revista del Instituto de ciencias penales y criminológicas de la Universidad externado de Colombia (DPyCrim), nº 76, 2004

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP), España, 1991

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., Derecho penal español. **Parte general** en esquemas, 4ª ed.,
Valencia 2016

FRISCH, W., **Vorsatz** und Risiko, Köln 1983

FRISCH, W., Tatbestandsmässiges Verhalten und **Zurechnung** des Erfolgs, Heidelberg
1988

FRISCH, W., La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado
y lo problemático, en FRISCH/ROBLES, **Desvalorar** e imputar, Barcelona 2004

FRISTER, H., Die Struktur des “**voluntativen Schuldelements**”: zugleich eine Analyse
des Verhältnisses von Schuld und Generalprävention, Berlin 1993

GIMBERNAT ORDEIG, E., **Autor y cómplice** en Derecho penal, Madrid 1966

GIMBERNAT ORDEIG, E., **Delitos cualificados por el resultado** y causalidad, Madrid
1966-a

GIMBERNAT ORDEIG, E., **Comportamiento típico** e imputación del resultado, en Libro
Homenaje Mir Puig, Madrid 2017

GONZÁLEZ CUSSAC/MATALLÍN/ORTS/ROIG, **Esquemas** de Derecho penal. Parte
General, Valencia 2010

GÓRRIZ ROYO, E., **Proyecto** docente e investigador (inédito), Castellón 2005

GÓRRIZ ROYO, E., El **concepto de autor** en Derecho penal, Valencia 2008

GÓRRIZ ROYO, E., Autoría y participación a la luz de la acción significativa: algunas
consecuencias derivadas de adoptar el criterio de la accesoriedad mínima, en J.L. GONZÁLEZ
CUSSAC (coord.), **Lenguaje** y dogmática penal, Valencia 2019

HENKEL, H., Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, en **FS-
Mezger**, München-Berlin 1954

LASCURAÍN SÁNCHEZ, El principio de culpabilidad, en **LH-Huerta Tocildo**, Madrid
2020

LUZÓN PEÑA, D., Causas de atipicidad y causas de justificación, en: Luzón/Mir (eds.),
Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, (Elcano 1995

LUZÓN PEÑA, D., **Curso** de Derecho penal. Parte general, I, Madrid 1996

LUZÓN PEÑA, D., **Lecciones** de Derecho penal. Parte General, 3ª ed., Valencia 2016

MARTÍNEZ GARAY, L., **Proyecto** docente, (inédito), Valencia 2005

MARTÍNEZ GARAY, L., La **imputabilidad** penal, Valencia 2005

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., La concepción significativa de la acción de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito, en Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, España, Granada N°.01-13,1999, <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc>, y en Libro Homenaje al Prof. Marino Barbero Santos (“**LH-Marino Barbero**”), Vol. I, Salamanca 2001 (se cita por este último)

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El contenido de la **antijuridicidad** (Un estudio a partir de la concepción significativa del delito), Valencia 2013

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Los elementos subjetivos del tipo de acción, en teoría & derecho (t&d), nº13, España, 2013

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho penal económico y de la empresa. **Parte General**, 5ª ed., Valencia 2016 (la 6ª edición de 2022 se halla en prensa)

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El **error** en la teoría jurídica del delito (Un estudio a la luz de la concepción significativa), Valencia 2017

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., La **autoría** en Derecho penal. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español), Valencia, 2019

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., La accesoriadad cualitativa de la participación, en Estudios Penales y Criminológicos (EPC), vol. XL, (2020), <https://doi.org/10.15304/epc.40.6695>

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., La ubicación de la imputabilidad en la teoría jurídica del delito, en Libro Homenaje al Prof. Dr. Diego-M. Luzón Peña (“**LH-Luzón Peña**”), Madrid 2020-a

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Los **elementos subjetivos** en la antijuridicidad. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español), Valencia 2021

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El postulado de la libertad de acción y la incapacidad de acción de las personas jurídicas, en Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez (“**LH-Queralt**”), Barcelona 2021-a

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El principio de culpabilidad y su fundamento, en Libro Homenaje a la Prof. Dra. M. Corcoy Bidasolo (“**LH-Corcoy**”), Madrid 2022

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad (Un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción), en Revista Penal (RP), nº 50, 2022 (en prensa)

MELENDO PARDOS, M.J., El concepto material de **culpabilidad** y el principio de inexigibilidad, Granada 2002

MIR PUIG, S., **Función** de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed., Barcelona 1982

MIR PUIG, S., Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal, en S. Mir Puig, El Derecho penal en el **Estado social y democrático de Derecho**, Barcelona 1994

MIR PUIG, S., Derecho penal. **Parte general**, 10ª ed., (con la colaboración de Gómez Martín, Víctor/Valiente Iváñez, Vicente), Barcelona 2015

MOLINA FERNÁNDEZ, F., El razonable ‘regreso’ del dolo a la culpabilidad, en Libro Homenaje Mir Puig (“**LH-Mir**”), Madrid 2017

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Sobre el **concepto de Derecho penal**, Madrid 1981

QUINTERO OLIVARES, G., Los **delitos especiales** y la teoría de la participación, Barcelona 1974

RAMOS VÁZQUEZ, J.A., **Concepción significativa** de la acción y teoría jurídica del delito, Valencia 2008

RAMOS VÁZQUEZ, J.A., **Ciencia**, libertad y Derecho penal, Valencia 2013

ROBLES PLANAS, R., **Estudios** de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico, Buenos Aires 2014

ROSO CAÑADILLAS, R., **Autoría** y participación imprudente, Granada 2002

ROXIN, C., Strafrecht. **Allgemeiner Teil**, Band I, 4. Aufl., München 2006 (hay trad. española a la 2ª ed. alemana y notas por D.-M. Luzón Peña, dir., M. Díaz García-Conlledo y J. de Vicente Remesal) Madrid 1997

ROXIN, C., Strafrecht. **Allgemeiner Teil**, Band II, München, 2003 (hay trad. española y notas por D.-M. Luzón Peña, dir., J. M. Paredes Castañón, M. Díaz García-Conlledo, J. de Vicente Remesal y otros), Madrid 2014

SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., Sobre la relevancia jurídico-penal de la no inmediatez en la producción del resultado, en Libro Homenaje Fernández Albor (“**LH-Fernández Albor**”), Santiago de Compostela, 1989

SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., **Aproximación** al Derecho penal contemporáneo, Barcelona 1992

TORÍO LÓPEZ, A., Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP), España, 1986

TORÍO LÓPEZ, A., Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma, en Estudios Penales y Criminológicos (EPC), X, España, Santiago de Compostela, 1987

VARONA GÓMEZ, D., El **miedo insuperable**: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia, Granada 2000

VIVES ANTÓN, T., **Libertad de prensa** y responsabilidad criminal, Madrid 1977

VIVES ANTÓN, T., **Fundamentos** del sistema penal, Valencia 1996

VIVES ANTÓN, T., Comentarios al código penal de 1995, tomos I y II, (T. Vives, coord.), Valencia 1996-a

VIVES ANTÓN, T., Principios penales y dogmática penal, en VIVES/MANZANARES (dir.) **Estudios** sobre el Código penal de 1995, Madrid 1996-b

VIVES ANTÓN, T., Derecho penal. Parte general, en COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 5ª ed., Valencia 1999.

VIVES ANTÓN, T., **Fundamentos** del sistema penal (Acción Significativa y Derechos constitucionales), 2ª edición, Valencia 2011

**Actas del III Congreso Internacional de la FICP, Alcalá de Henares, Madrid (España),
septiembre de 2022**

VIVES ANTÓN, T., Ley, lenguaje y libertad (sobre determinismo, libertades constitucionales y Derecho penal), en teoría & derecho (t&d), España, 11/2012