

El delicte. Antijuridicitat

Joan Carles Carbonell Mateu

PID_00152364



Universitat Oberta
de Catalunya

www.uoc.edu

Índex

Introducció	5
Objectius	6
1. El concepte de delictes	7
1.1. Concepte legal i conceptes doctrinals	7
1.2. Funcions de la norma penal i estructura de la teoria del delictes	9
1.2.1. Norma objectiva i judici d'antijuridicitat	9
1.2.2. Norma subjectiva i judici d'exigibilitat personal. Antinormativitat penal i culpabilitat	10
2. Consideracions generals sobre l'antijuridicitat	12
2.1. Antijuridicitat formal i material	13
2.2. Concepcions objectiva i subjectiva de l'antijuridicitat	14
2.3. Desvalor de l'acció i desvalor del resultat	16
2.4. Tipicitat i injust: evolució doctrinal	18
2.5. El bé jurídic	21
2.5.1. Bé jurídic i bé juridicopenal	21
2.5.2. El principi d'ofensivitat	23
3. El concepte d'acció	25
3.1. Funcions del concepte d'acció	25
3.2. Diverses concepcions entorn de l'acció	26
3.2.1. La concepció causal	26
3.2.2. La concepció final	27
3.2.3. La concepció social	27
3.2.4. L'acció com a significat	28
3.3. L'acció típica	29
3.4. Classes d'acció	30
3.5. Supòsits d'absència d'acció	32
3.6. Capacitat d'acció de les persones jurídiques. Remissió del problema	34
4. La tipicitat	37
4.1. Concepte i funcions	37
4.2. Delictes d'activitat i de resultat	39
4.3. Delictes de lesió i de perill	40
4.4. Els termes de la descripció típica	41
4.5. Els elements del fet típic	43
4.5.1. El subjecte actiu	44

4.5.2.	El subjecte passiu	46
4.5.3.	Objectes formal i material	47
4.6.	Els elements subjectius del fet típic	48
4.7.	Classificacions dels tipus	50
5.	Adequació a tipus, relació de causalitat i imputació	
	objectiva	53
5.1.	Introducció. Nivells d'imputació objectiva	53
5.2.	La relació de causalitat en els delictes de resultat	53
5.2.1.	L'equivalència de les condicions	54
5.2.2.	Teories correctores	56
5.3.	La imputació objectiva com a teoria de la tipicitat	57
5.4.	Causació i causalitat. La predictibilitat general	58
6.	L'omissió	61
6.1.	La tipicitat en l'omissió	61
6.2.	Classes d'omissió: pròpia i impròpia	62
6.2.1.	L'omissió pròpia	62
6.2.2.	L'omissió impròpia o comissió per omissió	64
6.3.	Causalitat i imputació a la comissió per omissió	65
6.3.1.	La posició de garantia	65
6.3.2.	Relació de causalitat (imputació objectiva)	66
6.3.3.	L'equivalència del sentit legal	67
7.	El dol	68
7.1.	Concepte	69
7.2.	Classes. Referència especial al dol eventual	70
7.3.	L'absència de dol. L'error sobre el tipus. Remissió	72
8.	La tipicitat de les conductes no doloses: referència a la	
	imprudència	75
9.	L'absència de tipus	78
	Resum	79
	Exercicis d'autoavaluació	81
	Solucionari	83
	Glossari	84
	Bibliografia	85

Introducció

La teoria jurídica del delict és la part central de l'assignatura. S'hi estudia la infracció penal com a concepte abstracte. Es tracta d'analitzar les característiques que ha de reunir un comportament humà –i, per cert, aquesta n'és la primera condició– perquè es pugui considerar un delict; és a dir, constituti d'una infracció penal que pot ser castigat amb una pena.

Com veurem, per a arribar a aquesta conseqüència cal una doble imputació: l'objectiva, que permet de connectar la desvaloració jurídica amb la conducta, i la subjectiva, que representa haver comprovat la infracció de l'exigibilitat personal.

Aquest mòdul comença exposant el **concepte de delict** i assenyalant-ne els diferents elements, per aturar-se en les diverses concepcions sobre el **concepte d'acció** després d'haver destacat les característiques generals del judici d'antijuridicitat o d'imputació subjectiva.

També s'analitzen les diferents concepcions entorn de l'acció, per entendre-la com un significat i no com un substrat físic. En qualsevol cas, s'atorga a l'acció típica un paper nuclear en la teoria jurídica del delict.

La **tipicitat** expressa, d'una banda, la coincidència de la conducta amb la descripció legal i, de l'altra, la lesió o posada en perill del bé tutelat d'una manera juridicopenal. Tots dos aspectes s'imputen objectivament al comportament.

A continuació, s'aborden les qüestions de la relació de **causalitat** i la **imputació objectiva**, i les particularitats del delict omissiu.

El **dol** s'entén com un compromís amb la tipicitat, raó per la qual requereix coneixement i intenció de cometre'l de l'aspecte objectiu del tipus i del seu significat.

El mòdul acaba amb un recordatori d'alguns dels supòsits més freqüents d'**absència de tipicitat**.

Objectius

Els objectius d'aquest mòdul són els següents:

- 1.** Exposar el concepte legal de delictes i contrastar-lo amb els doctrinals.
- 2.** Assenyalar la relació entre les funcions de la norma penal i l'estructura de la teoria del delictes.
- 3.** Fer consideracions generals sobre el judici d'antijuridicitat i les diferents concepcions entorn de l'injust.
- 4.** Analitzar la importància del bé jurídic i de la seva tutela com a funció bàsica del dret penal.
- 5.** Estudiar les diferents concepcions sobre l'acció.
- 6.** Destacar la concepció de l'acció com a significat.
- 7.** Assenyalar els supòsits d'absència d'acció.
- 8.** Plantejar la problemàtica de la capacitat d'acció de les persones jurídiques.
- 9.** Estudiar el concepte de tipus i les funcions que se li assignen.
- 10.** Analitzar els termes (lingüístics) de la descripció típica i els elements (materials) del fet típic.
- 11.** Estudiar la incidència de la relació de causalitat en els delictes de resultat, i també els criteris d'imputació objectiva, entesa com a atribució de la infracció del deure objectiu.
- 12.** Analitzar les particularitats del delictes omissiu.
- 13.** Estudiar el dol i els seus diferents significats. Remetre el problema de l'error sobre el tipus.
- 14.** Estudiar els diferents tipus de dol, amb especial referència a l'eventual.
- 15.** Analitzar els aspectes generals de la imprudència.
- 16.** Recordar els supòsits més freqüents d'absència de tipus.

1. El concepte de delictes

A continuació, s'analitza el concepte de delictes recollit en l'art. 10 CP, així com les propostes de definició de la doctrina penal.

1.1. Concepte legal i conceptes doctrinals

El Codi penal defineix el delictes en l'article 10, en afirmar que "són delictes o faltes les accions i omissions doloses o imprudents penades per la llei".

En aquesta definició trobem alguns elements que han de constituir l'objecte d'estudi dels mòduls següents i als quals ara convé que ens hi referim mínimament.

El delictes és **acció** o **omissió**; és a dir, conducta humana. Hem de subratllar que en tots dos casos es tracta de **manifestacions de voluntat**, cosa que significa que no hi pot haver infracció penal que no derivi d'una conducta, d'un comportament humà regit per la voluntat. Més endavant analitzarem detalladament què tenen en comú l'acció i l'omissió, i per què no es poden continuar mantenint criteris naturalístics per a explicar-les.

Els **comportaments**:

- Poden ser **dolosos o imprudents**; és a dir, poden consistir en un fer amb plena consciència o en un actuar sense l'atenció deguda.
- Han de ser **penats per la llei**, raó per la qual és necessari que hagi recollit anteriorment la conducta precisa que s'ha dut a terme, i que l'hagi previst com a delictiva.
- També cal que el fet de dur-la a terme tingui vinculada **una pena** com a conseqüència jurídica.

D'aquesta definició se'n poden derivar determinades conseqüències: no és delictes el que no prové d'una voluntat humana, que no sigui conscient, que no hagi infringit un deure de cura –no ho són, per tant, les conductes en les quals s'hagi actuat d'una manera diligent–, que no estigui previst prèviament per la llei com a delictes o, per la raó que sigui i que en el seu moment veurem, que no li sigui aplicable la pena que es preveu amb caràcter general.

La definició legal de delictes està relacionada amb les que ha utilitzat la doctrina. De les diferents definicions doctrinals, resulta més adequada la que descompon el concepte en diferents elements: és a dir, la definició analítica, la que permet d'analitzar en cada conducta si es donen o no tots els elements que

permeten d'afirmar que es tracta d'un delictes. Naturalment, i atès que l'única definició que obliga és la normativa, hem d'establir l'adequació de l'una i de l'altra.

El **delictes** es pot definir com a "acció típicament antijurídica i culpable", és a dir, comportament humà recollit per la llei com a infracció i, per tant, **contrari al dret**, al qual és possible atribuir una responsabilitat jurídica derivada de la imputació de la infracció d'un deure exigible.

Com que dedicarem els pròxims mòduls a desenvolupar aquesta definició, tindrem ocasió d'estudiar-la amb deteniment, i també d'analitzar-ne el significat detalladament. De moment, doncs, n'hi ha prou d'avançar-ne les característiques fonamentals.

- El terme **acció** aquí s'utilitza en un sentit ampli, que inclou tant l'acció positiva com l'omissió (tant fer el que s'esperava com no fer-ho). En tot cas, es tracta de **comportaments significatius regits per la voluntat**, cosa que fa equivalent l'expressió a la d'accions o omissions utilitzada pel Codi penal.
- La conducta ha de ser **típicament antijurídica**, és a dir, ha d'estar prevista per la llei com a contrària a l'ordenament. Ja veurem que perquè això passi cal que un precepte concret del Codi la tipifiqui, és a dir, que la defineixi com a delictes, cosa que comporta que, si no està justificada en virtut del fet que resulta beneficiosa per als interessos que tutela la llei –cosa que ha d'estar expressada amb la causa de justificació corresponent–, estigui objectivament prohibida. Només aquestes conductes estan penades per la llei, tal com exigeix l'article 10.
- Finalment, amb l'expressió **culpable**, que utilitzem exclusivament pel seu valor pedagògic, volem expressar que evitar l'acció comesa o la verificació de l'omesa han de ser exigibles d'una manera personal. I això només succeeix quan es tracta d'una conducta que s'ha dut a terme amb plena consciència, dolosa o amb infracció d'una atenció exigible per a impedir la producció d'un resultat evitable, imprudent. És cert que hi ha accions doloses que resulten personalment inexigibles d'evitar, i també omissions conscients en què passa el mateix, però tampoc no estan penades per la llei.

Algunes definicions doctrinals de delictes afegixen que l'acció ha de ser **punible**. Com veurem, la punibilitat és una característica del delictes, al qual de vegades, fins i tot, anomenem *fet punible*, que significa que ha de tenir una conseqüència jurídica prevista. Tanmateix, és possible que a una conducta típicament antijurídica i culpable no se li apliqui la pena corresponent a causa de la concurrència d'una previsió legal en sentit contrari, d'una excusa absolutò-

ria o d'una causa personal d'exclusió de la responsabilitat penal. Certament, en aquests casos estem davant de supòsits que, en general, tenen una pena prevista que no és aplicable al cas concret, raó per la qual podem afirmar que no està penat per la llei. Això no obstant, l'acció és delict, per la qual cosa la punibilitat no és pròpiament un element de la infracció i, per això, no ha d'aparèixer en la definició. D'aquesta manera, podem establir l'adequació total entre la definició legal de delict i la doctrinal.

1.2. Funcions de la norma penal i estructura de la teoria del delict

En el primer mòdul hem tingut l'oportunitat d'estudiar l'estructura i les funcions de la norma penal. Hi hem destacat que es desglossava en dos aspectes que es corresponien amb la seva doble funció: valoradora i imperativa, tot i que aquesta correspondència no és pura. La norma, entesa com a objectiva de valoració, assenyalava els comportaments que l'ordenament jurídic considera desvaluosos per resultar contraris als valors i als interessos que tutela.

Exemple de comportaments jurídicament desvaluosos

La mort d'en Joan resulta objectivament negativa perquè significa la negació de la vida, que és un valor declarat constitucionalment i protegit penalment. És cert que aquesta mort es pot convertir d'acord amb el dret si està justificada, per exemple perquè en Pere la va provocar en legítima defensa. Però també ho és que, en principi, tota negació d'un valor és negativa. I aquesta negativitat resulta de contrastar un comportament amb la norma objectiva de valoració, que expressa la desaprovació general, sense entrar encara en l'exigibilitat personal, si a en Pere li era exigible o no haver matat en Joan. Aquesta qüestió és precisament la que assenyalava la norma subjectiva de determinació, de la qual se'n desprèn l'imperatiu personal, el deure subjectiu exigible de submissió al dret, la infracció del qual comporta la pena com a conseqüència jurídica.

Ara es tracta de comprovar l'estreta relació que hi ha entre els dos aspectes o funcions de la norma i els dos judicis o criteris d'imputació en què es divideix la teoria jurídica del delict. Acabem de definir el delict com a comportament humà (acció) típicament antijurídic i personalment exigible (culpable). A aquesta definició li corresponen dos grans judicis: el d'antijuridicitat, que comprèn les característiques de l'acció i la tipicitat, i el de culpabilitat, que comprova la infracció del que és personalment exigible.

1.2.1. Norma objectiva i judici d'antijuridicitat

Afirmar que un comportament és antijurídic equival a dir que és contrari a la norma objectiva de valoració. Tanmateix, hem d'assenyalar que això no solament significa que sigui desvaluós, perquè no seria coherent parlar de contradicció amb una norma i oblidar que és necessàriament un imperatiu la infracció del qual és precisament l'objecte d'imputació de què es tracta.

En aquest punt, convé aclarir que de la norma objectiva de valoració se'n desprèn un imperatiu, un deure igualment objectiu, que denominem en aquest moment *haver de ser ideal*. Aquest deure constitueix el màxim que pot ser exigible a qualsevol o, més ben dit, a qui més es pot exigir. Assumir una conducta

contrària a aquest deure objectiu genera determinades conseqüències: es tracta d'una conducta antijurídica que comporta responsabilitat igualment objectiva. En sentit contrari, s'ha de dir que una conducta que no sigui contrària a aquest deure objectiu no pot generar cap tipus de reacció jurídica.

L'antijuridicitat és, doncs, el predicat d'una conducta que ha infringit el deure objectiu que es desprèn d'una norma objectiva de valoració que, a més de desvalorar la conducta per ser contrària als béns i interessos que tutela, preveu un imperatiu, un deure objectiu (és a dir, general) de no dur-la a terme. Per aquest motiu, l'objecte del judici d'antijuridicitat és determinar si la infracció del deure objectiu és imputable al comportament o no.

Per a això, hem de comprovar que en efecte estem davant un **comportament humà**, que és **típic**, és a dir, que està recollit en la llei penal com a delict, que lesiona o posa en perill el bé que tutela aquesta norma, i que no genera un valor superior al mal que causa. Doncs bé, si tot el que acabem d'apuntar es dóna en la conducta d'en Pere en matar en Joan sense que concorri cap causa que ho justifiqui, direm que la mort d'en Joan és objectivament imputable al comportament d'en Pere, que es converteix en antijurídic per haver infringit el deure objectiu de no matar.

1.2.2. Norma subjectiva i judici d'exigibilitat personal. Antinormativitat penal i culpabilitat

Tanmateix, l'afirmació anterior encara no comporta la imposició de la pena de deu a quinze anys de presó que es preveu per al delict d'homicidi. I és que s'ha de comprovar que la conducta d'en Pere també és contrària a la norma subjectiva de determinació; és a dir, que a en Pere li era personalment exigible no haver matat en Joan, que en Pere ha infringit, en conseqüència, el deure subjectiu o d'obligació que li era exigible personalment. I només aquesta comprovació permet que la mort d'en Joan sigui subjectivament imputada a en Pere com a resultat d'una conducta pròpia. En termes clàssics, només així podrem dir que en Pere és culpable de la mort d'en Joan i imposar-li la pena corresponent.

El judici de culpabilitat, d'exigibilitat personal o d'imputació subjectiva, que es pot anomenar de totes aquestes maneres, consisteix a contrastar la conducta amb la norma subjectiva de determinació, i també a comprovar si tenim un subjecte a qui es pot atribuir una conducta com a pròpia (un imputable), i si li era exigible el comportament adequat que, per definició, és el contrari del que ha dut a terme.

Més endavant estudiarem tots els detalls de la imputació subjectiva i del seu grau, perquè a diferència del que succeeix amb la imputació objectiva la subjectiva és susceptible de gradació: una conducta es pot imputar subjectivament en diferents nivells.

Només quan afirmem la imputació subjectiva podem afirmar amb propietat que s'ha comprovat la infracció de la norma penal i aplicar les conseqüències que s'hi preveuen; només llavors es pot imputar la infracció del deure exigible de no matar en Joan en les circumstàncies concretes en què es trobava en Pere, i només en aquest marc li podem imposar la pena de deu a quinze anys de presó.

2. Consideracions generals sobre l'antijuridicitat

En l'esquema que hem proposat, del **judici d'antijuridicitat** se'n desprèn la contrarietat de la conducta amb la norma objectiva de valoració o, si es prefeix, el seu caràcter injust en virtut de la infracció del deure objectiu d'evitar la producció de riscos o lesions als béns jurídics –de moment, els valors i interessos tutelats.

És un **judici objectiu** en un doble sentit: els valors són els establerts per l'ordenament, que és expressió de la voluntat general i, per tant, el desvalor també és expressió de la mateixa voluntat general. A més, aquest desvalor es projecta fonamentalment sobre la transcendència que el comportament té per als valors. No es tracta, doncs, d'una desaprovació a la persona, sinó a la conducta. I per això el que importa és la **conducta exterioritzada**, el fet, i no la voluntat interna o el pensament, l'ànim.

Ja hem assenyalat abans que les diverses concepcions sobre l'antijuridicitat, el seu objecte i el seu fonament depenen necessàriament de les que es manifesten sobre la norma i les seves funcions.

La norma i les seves funcions

Qui consideri la norma exclusivament com un imperatiu personal, no considera necessari ni convenient distingir entre antijuridicitat i culpabilitat o, almenys, concep la primera com la resposta jurídica a un acte de desobediència, en el qual els aspectes personals han d'exercir forçosament un paper molt més important: es parla de l'injust personal com a fonament de l'antijuridicitat. Aquestes tesis estan molt més pròximes a la confusió entre el dret, la funció del qual és regular la coexistència entre els ciutadans per a aconseguir el grau de llibertat més elevat possible, i l'ètica, que s'ha de centrar en els comportaments personals i a la qual importen moltíssim els aspectes subjectius i interns.

Això no obstant, convé matisar l'afirmació segons la qual estem davant un judici objectiu de valoració, cosa que no significa, en qualsevol cas, que els aspectes interns no puguin tenir transcendència. Més endavant comprovarem com pot dependre de la seva possible concurrència que es produeixi el risc o, fins i tot, la lesió del bé i, per tant, el caràcter injust de la conducta: pensem en la voluntat d'apropiació en el furt o la voluntat d'enganyar del fals testimoni. Tanmateix, hem de tenir molt clar que aquests aspectes subjectius no poden determinar per si sols l'antijuridicitat.

D'altra banda, l'objecte del judici no és solament pronunciar-se sobre la bondat o maldat del comportament (si fos així tindrien tota la raó en la seva crítica els partidaris de les concepcions subjectives), sinó que es tracta de comprovar la infracció del deure objectiu o haver de ser ideal, en cas que s'hagin trencat

Vegeu també

Podeu veure l'apartat 4.6, "Els elements subjectius del fet típic".

les prohibicions que imposa l'ordenament, amb caràcter general, a tots els ciutadans, sense tenir en compte les **característiques personals** o les **situacions excepcionals** en què es puguin trobar.

En els apartats següents ens aturarem en certes característiques de la concepció sobre l'antijuridicitat que volem seguir aquí, les seves diferències amb altres posicions i el paper exercit per diversos aspectes.

2.1. Antijuridicitat formal i material

De vegades trobem contraposades les expressions antijuridicitat formal i material. Amb això es pretén una referència a dos aspectes que han de concórrer indissolublement units en tota conducta que sigui antijurídica (és a dir, contrària al dret), almenys si aquesta característica depèn del dret penal.

- Quan afirmem que una conducta és **formalment antijurídica** volem dir que es tracta d'un comportament que contradiu les normes, que coincideix amb la descripció d'una conducta prohibida en una norma, sense que concorri cap causa de justificació ni norma d'autorització.

Així, doncs, qui falsifica un segell de correus simplement per augmentar la seva col·lecció filatèlica sembla cometre la conducta generalment prohibida per l'article 389 del CP. En aparença, estem davant una conducta típicament antijurídica; podríem dir, encara que seria del tot incorrecte, que el comportament és formalment antijurídic.

- L'**antijuridicitat material** expressaria el contingut real d'injust de la conducta, és a dir, la negativitat per als béns i els interessos protegits per l'ordenament. La falsificació del segell per a utilitzar-lo sí que comporta almenys un perill per a l'ingrés de la taxa corresponent en l'erari públic, al marge d'altres continguts possibles.

Hem d'insistir que contraposar antijuridicitat formal i material és absolutament incorrecte, perquè tots dos aspectes s'impliquen mútuament: no hi ha antijuridicitat formal sense contingut material.

L'exemple assenyalat implica, en cas d'absència del contingut d'injust, l'atipicitat de la conducta: perquè un comportament pugui ser subsumit en una norma penal com a típic, no n'hi ha prou amb la seva aparent coincidència formal, sinó que ha d'incorporar l'aspecte valoratiu, la lesió o posada en perill del bé jurídic tutelat per la norma en qüestió. Si la conducta no és típica no pot ser antijurídica.

Per la mateixa raó, i per la vigència en matèria penal del principi de legalitat, no podem parlar de cap manera d'antijuridicitat material sense que hi concorri la formal.

Per lesiva que sigui una conducta per als valors, si no hi ha una norma que tipifiqui la conducta en qüestió i la defineixi com a delict, no es pot parlar en absolut d'antijuridicitat.

En definitiva, podem utilitzar aquestes expressions si no oblidem la impropietat de contraposar-les. Una conducta només pot ser antijurídica si ho és formalment i materialment, i incorpora els aspectes descriptiu i valoratiu de la tipicitat; és a dir, si coincideix amb la descrita per una norma penal i, a més, lesiona o posa en perill el bé jurídic tutelat per aquesta norma.

Vegeu també

Podeu consultar el mòdul "La justificació".

2.2. Concepcions objectiva i subjectiva de l'antijuridicitat

Sens dubte, l'aspecte més important pel que fa a les diferents maneres d'entendre l'antijuridicitat és el que diferencia entre una concepció objectiva o subjectiva. Tot i que ja ens hem referit a aquest aspecte, és convenient reiterar-lo i assenyalar les principals diferències i conseqüències que es deriven d'aquesta dicotomia.

Una vegada més, hem d'afirmar que la concepció que s'ha seguit entorn de les funcions de la norma penal determina els criteris amb què s'entén la contradicció amb aquesta norma i, per tant, l'antijuridicitat.

Si hem seguit una **concepció dual**, i entès que la norma, a més de constituir un **imperatiu personal**, compleix una funció de valoració objectiva i d'imperatiu general (estableix l'haver de ser ideal, el que els alemanys denominen *sollen*), la contrarietat a aquesta norma és equivalent a la infracció d'aquest deure objectiu, és a dir, a la verificació d'un fet contrari a aquest ideal, als interessos tutelats i, per tant, desvaluós.

El que és realment important, perquè es tracta d'un fet, és la transcendència del comportament per als béns protegits que, com veurem més endavant, són manifestacions de la llibertat dels altres. El contingut d'injust ve determinat per la lesió o posada en perill, per la creació d'un risc o, fins i tot, per la negació d'un bé.

Com ja hem esmentat, pot ser que aquest contingut no depengui només d'aspectes externs de la conducta.

Exemple d'influència dels aspectes interns de la conducta

És fàcil pensar que un espectador, que desconeixi totalment el que pensa un conductor, sigui incapaç de calcular el risc autèntic que té una dona gran que creua un pas de vianants davant l'arribada d'un vehicle. Si el conductor es dirigeix cap a ella amb la intenció clara d'aturar-se i respectar el pas de vianants, el risc serà pràcticament nul. En canvi, si la intenció del conductor és atropellar la senyora, perquè es tracta d'una tia de la qual pensa heretar, el perill per a la vida és, òbviament, molt més gran. I el mateix es pot dir del fet que algú agafi un abric d'un penjador. Davant aquesta imatge és possible plantejar-se si es tracta del propietari de l'objecte, si no ho és però l'agafa prestat amb el consentiment del titular, o si pretén fer-se'l seu sostraint-lo a l'amo. Es tracta de conductes externament idèntiques, però significativament diferents. Més endavant veurem la importància d'això.

En qualsevol cas hi ha una cosa clara que es desprèn d'aquest exemple: una concepció objectiva de l'antijuridicitat no pot prescindir d'aspectes interns.

Quan parlem d'objectiu ho fem en un sentit: es tracta de **valorar la transcendència externa**; és a dir, envers els altres, de la **conducta**. I es tracta de valorar-la amb independència de l'autor, llevat que les seves característiques poguessin determinar una transcendència diferent de la seva conducta. Una detenció il·legal practicada per un funcionari de policia no és igual ni significa el mateix que si la practica un ciutadà en qui no concorre aquesta condició. Tanmateix, no és el retret, sinó la transcendència per a la llibertat el que determina la diferència.

Atès el caràcter públic del dret penal, podem afirmar que la valoració es fa des del **criteri general, l'objectiu**. No es tracta d'aplicar criteris de valoració singularitzats, sinó d'aplicar la taula de valors establerta per l'ordenament, expressió de la voluntat general i, per tant, amb caràcter objectiu. Des d'aquest punt de vista, també resulta coherent que el criteri de la valoració sigui objectiu: es tracta de contemplar-lo des de l'òptica dels valors danyats, no des del prisma subjectiu de l'autor. En altres paraules, el que importa és la vida d'en Pere, no la voluntat amb què actua en Joan, ni tan sols com de censurable ens pot semblar.

Per contra, per als qui mantenen una concepció de la norma com a **exclusivament imperativa en sentit personal** (és a dir, els qui entenen que es tracta d'un mandat adreçat personalment al ciutadà perquè assumeixi o deixi d'assumir un comportament determinat), la contrarietat a la norma és coherentment subjectiva, i es tracta d'una desobediència al mandat. En aquest cas, la voluntat amb què actui determina la resposta jurídica. La transcendència del comportament per als béns aliens és secundària, perquè el deure que estableix la norma no és el deure objectiu, l'haver de ser ideal o *sollen*, sinó el subjectiu o personal, d'obligació o, en alemany, *müssen*.

Un exemple clar de les diferències entre totes dues concepcions el constitueix el tractament que donen a un comportament encaminat a produir un dany, però d'una manera objectivament inadequada: una temptativa inidònia. Matisarem les diferents respostes en el seu moment.

Conseqüències d'una interpretació objectiva o subjectiva

Pensem en un individu que pretén matar-ne un altre subministrant-li una substància que ell pensa que és verinosa, però que resulta ser totalment innòcua. Per a una **concepció objectiva** de l'injust, la conducta és irrellevant, atesa la transcendència nul·la per a la vida. Per contra, els partidaris d'una **concepció subjectiva** basada en l'injust personal entenen que, en tractar-se d'una acció encaminada a matar, no és solament punible, sinó que, en principi i d'una manera coherent, hauria de ser castigada amb la mateixa pena que l'assassinat.

Certament, hi pot haver molts matisos sobre això, matisos que anirem analitzant en cada un dels diferents capítols. Ja veurem com les conseqüències pràctiques de seguir una concepció o una altra es presenten pràcticament en totes les institucions: justificació, error, autoria i participació, temptativa, etc.

Vegeu també

Consulteu l'apartat dedicat a la temptativa en el mòdul "Autoria i participació. *Iter criminis*".

2.3. Desvalor de l'acció i desvalor del resultat

Molt relacionada amb la qüestió que acabem de veure hi ha la de l'objecte de la desvaloració. És tradicional mantenir que una **concepció objectiva** de l'antijuridicitat se centra en el **desvalor del resultat**, perquè, en definitiva, és el que transcendeix i s'exterioritza (ja hem vist que importa més la lesió de la vida d'en Joan que la voluntat amb què va actuar en Pere). En canvi, una **concepció subjectiva** s'interessaria fonamentalment pel **desvalor de l'acció**, de la conducta, perquè expressaria la desobediència al mandat. És molt important, en qualsevol cas, matisar totes dues afirmacions.

En primer lloc, i com veurem més endavant, una acció és molt més que una voluntat o una intenció, que un ànim. En realitat, no podem parlar d'acció ni, per tant, de desvalor de l'acció, sense un fet que sigui objectiu i que transcendeixi a l'exterior, que es manifesti. La major part de les concepcions subjectives basades en el denominat *injust personal* no concedeixen més importància al desvalor de l'acció que al del resultat –com si fossin conceptes dissolubles–, sinó al de l'ànim o la intenció sobre el de l'acció pròpiament dita. No importa tant el que en Pere efectivament va fer com el que va voler fer i quina va ser la seva actitud d'hostilitat davant la norma que li prohibia fer-ho.

Tampoc no és correcte afirmar que una concepció objectiva només desvalora el resultat, perquè, d'aquesta manera, ignoraríem que el dret estableix mandats que s'adrecen als ciutadans per tal d'evitar les conductes o accions en la mesura que poden ser perilloses o lesives per als béns jurídics. Encara que els desvalori, cosa que efectivament succeeix, el dret no pot prohibir resultats: no es pot prohibir que en Joan mori com a conseqüència d'un infart o d'un terratrèmol.

Així, doncs, la norma s'ha adreçat a tots els ciutadans prohibint conductes. Això no obstant, i aquí hem de ressaltar l'aspecte valoratiu juntament amb l'imperatiu general, ho fa en la mesura de la lesivitat potencial per als béns jurídics. No es tracta de mandats capritxosos que es justifiquen per mera existència, cosa que semblen oblidar determinades tesis que consideren la vigència de les normes com l'única finalitat de l'ordenament. En aquest sentit, resulta

obvi que els únics resultats que es poden desvalorar com a premissa del caràcter antijurídic són els que procedeixen d'un comportament humà, d'una acció igualment desvalorada.

No podem confondre aquest desvalor de l'acció amb el de l'ànim o la intenció, perquè el primer consisteix en la consideració de la lesivitat potencial de la conducta –qüestió que, per cert, s'ha d'abordar necessàriament en el moment que es dugui a terme-. Així, des d'una concepció objectiva, el desvalor de l'acció és un component bàsic del judici d'antijuridicitat. Naturalment, tal com hem assenyalat abans, aquesta desvaloració inclou aspectes subjectius inherents al mateix concepte de manifestació de voluntat. Una vegada més, el que hem de negar és que aquests elements puguin constituir la base d'alguna desvaloració jurídica per si sols, sense estar acompanyats d'una exteriorització transcendent efectiva per als altres, senzillament perquè els ànims no poden ser prohibits ni regulats pel dret.

L'objecte del desvalor de l'acció és, per tant, la seva idoneïtat *ex ante*, en el moment de dur-la a terme, per a produir els resultats que es pretén evitar. I perquè es tracta de comportaments humans cal que aquesta idoneïtat sigui previsible d'una manera general; és a dir, que es pugui conèixer en els termes que exposarem més endavant.

Vegeu també

Consulteu l'apartat 5.4, "Causació i causalitat. La predictibilitat general"

Tanmateix, i sens dubte, el resultat produït efectivament també té un paper important en la desvaloració. Es tracta de la confirmació *ex post* de la idoneïtat de la conducta, justament el que s'intentava d'evitar.

D'aquí ve que tradicionalment s'hagi afirmat que les concepcions objectives afavorien el desvalor del resultat; en aquest cas, es torna a fer necessària la matisació.

Les concepcions més tradicionals concebien el delict com la causació d'un resultat material perceptible pels sentits, i la norma, com la prohibició d'aquesta causació. Avui en dia, per totes les raons que hem exposat i per moltes altres d'índole metodològica que veurem més endavant, aquestes concepcions són senzillament insostenibles. El delict és acció, i el judici d'antijuridicitat no es pot confondre amb un mecanisme propi de la física, en virtut del qual establim les causes a les quals es poden atribuir uns determinats efectes, aplicant, per cert, una metodologia errònia, i la norma no s'adreça a definir responsabilitats físiques per la simple alteració de la realitat natural.

Per contra, s'ha d'insistir que es tracta d'evitar, amb la prohibició de l'acció desvalorada prèviament per la seva idoneïtat per produir-los, danys per als valors i interessos que es tutel·len. Aquests danys no sempre coincideixen, encara que de vegades ho fan, amb resultats materials que comporten una alteració de la situació en què hi ha els cossos físics. Per això, el resultat que es desvalora no

és el purament material, sinó la seva significació per als béns jurídics: la seva lesió o la seva posada en perill, derivats de la conducta desvalorada d'entrada i sense la qual no haurien tingut lloc.

És possible que es produeixi una coincidència entre el resultat material i la lesió del bé jurídic (la mort d'en Joan representa la lesió de la vida: en l'homicidi, dany material i lesió del bé jurídic coincideixen). Això no obstant, altres delictes no requereixen cap resultat material: la lesió del bé jurídic es produeix pel mateix significat de la conducta (pensem en una injúria que lesiona l'honor, per exemple). Fins i tot es pot pensar que es requereix un resultat material, però que tan sols posi en evidència una creació de perill per al bé jurídic, més o menys llunyà de l'autèntica lesió: determinats delictes contra el medi ambient requereixen resultats materials, sense que per això perdin el caràcter de delictes de perill.

Finalment, el desvalor del resultat no es refereix a la materialitat, sinó a la confirmació del dany dels valors potencialment atribuïts a l'acció. El que podia passar *ex ante* i es volia evitar (i per això es va desvalorar l'acció), ha passat efectivament *ex post* com a conseqüència de l'acció, i per aquest motiu ha de ser objecte de desvaloració. Aquest resultat, insistim, pot consistir exclusivament en la creació o increment d'un risc intolerable o en la lesió efectiva del valor.

2.4. Tipicitat i injust: evolució doctrinal

Les referències a la tipicitat i l'antijuridicitat apareixen unides en el concepte de delictes que utilitzem actualment. Recordem que definíem aquest concepte com l'acció típicament antijurídica i culpable (personalment exigible), amb la qual cosa se subratlla que, per exigències derivades del principi de legalitat, una conducta només pot ser contrària al dret si és **típica**; és a dir, si figura prevista com a tal prèviament a ser verificada per una norma penal.

Ens referim a aquest aspecte en subratllar que no és possible parlar d'antijuridicitat material sense que hi concorri la formal. De la mateixa manera, la semblança entre la conducta descrita per una norma penal i la que es duu a terme no significa res si no hi concorre el contingut d'injust específic que deriva de la norma de què es tracti: la lesió o posada en perill del seu bé jurídic. Avui afirmem que sense contingut d'injust o, millor dit, sense la concurrència de la significació contrària als interessos dels altres, ni tan sols no es produeix tipicitat; però no ha estat sempre així. O més ben dit, sense la concurrència de la significació contrària als interessos dels altres.

El tipus és un concepte bàsicament formulat per Beling, encara que no és el primer autor que el va utilitzar, per exigències constitucionals del principi de legalitat: no es pot imposar una pena si no és en virtut d'una conducta que estigui definida com a delictes en una norma.

Les definicions de conductes que poden ser delictes constitueixen els tipus penals, i la conducta és típica si coincideix amb la descrita.

En la seva formulació inicial, el tipus es caracteritza per dues notes: és **estrictament objectiu**, perquè es limita a expressar l'aspecte purament extern de la conducta, i constitueix una simple descripció sense cap mena de valoració: és **valorativament neutre**. Per expressar-ho d'alguna manera, apareix com un requisit formal interposat entre acció i antijuridicitat, tot i que molt aviat es manifestaran les insuficiències d'un concepte semblant. Com ja hem assenyalat, moviments corporals idèntics en aparença poden significar coses completament diferents. Per exemple, per a comprendre el sentit d'una escena l'espectador necessita més informació que la merament visual; només pot saber si l'autor està furtant si coneix la presència de la finalitat de lucre, que l'objecte li és aliè i la manca de consentiment del propietari. En qualsevol cas, cap d'aquests elements no pertany a una descripció purament objectiva, per la qual cosa es fa necessària la presència d'elements subjectius.

La neutralitat valorativa tampoc no resistirà gaire. Quan ja s'han incorporat els elements subjectius, és evident que la tipicitat ha de significar una cosa diferent de la mera coincidència entre moviments corporals i descripció normativa. De fet, si tota norma és un mandat, no s'entén bé per què es prohibiran conductes o, almenys, es registraran com a catalogades per a la possible i eventual declaració d'antijuridicitat, sense que això representi cap desvaloració.

Potser per aquest motiu, el pas següent consisteix a atribuir a la tipicitat una **funció indiciària de l'antijuridicitat**. El fet que la conducta sigui típica representa un indicatiu que pot ser antijurídica, de la mateixa manera que s'arriba a dir que el fum constitueix un indicatiu de foc. S'ha de comprovar curosament si concorre o no una causa que la justifiqui. En cas que no sigui així, l'indici es confirma i la conducta és antijurídica. Mitjançant la tipicitat, per tant, estem en condicions de conèixer que la conducta és antijurídica; el tipus és la *ratio cognoscendi* de l'antijuridicitat.

Això no obstant, la relació continua essent summament satisfactòria. No es pot explicar la raó per la qual es tipifiquen determinades conductes si no se subratlla que dur-les a terme comporta precisament un contingut negatiu per als béns jurídics. Si la norma que tipifica una conducta s'adreça als ciutadans i els comuna amb una pena, és precisament perquè vol evitar aquesta conducta, en la mesura que és potencialment lesiva per al valor o l'interès que pretén tutelar. D'altra banda, aquesta és l'única raó que en fonamenta l'antijuridicitat;

és a dir, la seva contrarietat al dret. La tipicitat constitueix la *ratio essendi* de l'antijuridicitat, el seu fonament. Per aquest motiu canvia la mateixa definició de delictes, que passa de ser una acció típica, antijurídica i culpable a ser típicament antijurídica i culpable.

La tipicitat comporta una contradicció valorativa amb la norma penal concreta que conté el tipus. Dur a terme una conducta típica implica verificar un contingut d'injust específic: el del tipus de delictes de què es tracti.

Tanmateix, certament, això encara no comporta l'antijuridicitat, perquè en l'ordenament jurídic conviuen normes molt diverses i es protegeixen nombrosos interessos que poden haver entrat en conflicte. Convé tenir present que les antinòmies no són possibles: una mateixa conducta no pot ser justa i injusta alhora, ni el compliment d'un deure o l'exercici d'un dret poden ser delictes. Si la tipicitat significa que ha concorregut l'injust específic propi d'una norma penal concreta, en el nostre exemple, la del delictes de danys, l'antijuridicitat significa la concurrència de l'injust genèric, des de l'òptica global de tot l'ordenament i tenint en compte, per tant, tots els valors protegits.

Exemple de conducta típica no antijurídica

Si la conducta del veí en trencar la vidriera constituïa el mitjà adequat per a salvar la vida del propietari, que jeia inert i en greu perill com a conseqüència d'una fuga de gas, per aquest motiu no deixa de ser típica però, sens dubte, no és antijurídica ni és procedent cap desvaloració global: ha servit per a salvar un bé, un valor, superior al que s'ha sacrificat.

La **tipicitat** representa una desvaloració inicial que s'ha de veure confirmada des de l'òptica global de l'ordenament perquè la conducta hi sigui contrària. També s'han de mantenir els mateixos criteris, formals i materials: si la conducta només és típica quan coincideix amb la descrita i lesiona o posa en perill el bé jurídic, només és antijurídica quan no concorri cap causa de justificació, per continuar resultant negativa per als valors i els interessos incorporats en l'ordenament jurídic en conjunt.

Una conducta típica justificada significa més i menys a la vegada, des del punt de vista de la valoració juridicopenal, que una conducta atípica; és a dir, irrelevant penalment. Representa menys perquè comporta l'injust específic (és a dir, ha lesionat o posat en perill un bé jurídic), però també representa més, perquè a ha resultat valorativament positiva, en comportar un benefici per als valors i interessos incorporats en l'ordenament jurídic, i atorga el dret de dur-la a terme al seu autor, i per als altres, un deure correlatiu de suportar-la.

Exemple

Una conducta típica de danys podria ser, per exemple, el ciutadà que llança una pedra contra la valuosa vidriera del seu veí, la trenca en mil trossos i en lesiona el patrimoni (és a dir, el bé jurídic tutelat per l'article 263 del CP).

Vegeu també

Podem veure el mòdul dedicat a la justificació.

No és el mateix

Welzel va assenyalar gràficament les diferències quan va insistir que no és el mateix, des d'un punt de vista vital ni tampoc jurídic, matar un ésser humà en legítima defensa que matar un mosquit.

2.5. El bé jurídic

Fins ara hem fet servir l'expressió *bé jurídic*, els significats *dogmàtic* i *politicocriminal* de la qual hem de concretar.

Com és obvi, si parlem de bé és perquè ens referim a un valor, a una cosa que considerem positivament, que apreciem; pot ser un dret subjectiu, una facultat que se'n deriva o un interès. El que és important, en qualsevol cas, no és determinar-ne la materialitat, sinó ressaltar-ne el caràcter de valor, de ser una cosa apreciada per la societat i que volem preservar.

El **bé** es converteix en **jurídic** amb la seva incorporació en l'ordenament a partir d'una **norma**.

Precisament aquest acte determina la funció valoradora de tota norma. La valoració pot tenir la forma directa de declaració, com fa l'article primer de la Constitució espanyola de 1978, de reconeixement de drets subjectius, de proclamació d'interessos o, fins i tot, de tutela positiva, amb el foment del seu afavoriment i desenvolupament, o negativa, amb la prohibició de conductes o activitats que el poden perjudicar.

És un **bé juridicopenal** si la tutela que se li dispensa és d'aquesta índole, mitjançant la tipificació com a delicte de les conductes que siguin susceptibles de lesionar-lo o posar-lo en perill.

Cada pas en la tutela, la seva declaració com a bé jurídic i com a bé juridicopenal, són **decisiones polítiques** adoptades pel legislador en el moment d'elaborar la norma corresponent. Per això mantenim que, indissolublement unida a la funció imperativa, tota norma comporta una decisió política valoradora que pertany a la seva pròpia essència i que resulta capital a l'hora de determinar-ne l'estructura, el contingut i l'àmbit d'aplicació. D'aquesta manera, podem dir que la idea de bé jurídic és la que ens permet justificar la decisió política del legislador de prohibir una conducta, és a dir, de limitar la llibertat. Aquesta limitació haurà de respondre a la seva decisió de preservar un bé que sigui una manifestació de les llibertats dels altres.

2.5.1. Bé jurídic i bé juridicopenal

El recurs a la tutela penal ha de quedar reservat als béns més importants i davant els atacs més intolerables (caràcter fragmentari), per la qual cosa només s'hi ha de recórrer quan no sigui eficaç cap altre tipus de tutela (caràcter secundari). Abans ja hem fet referència a aquest tema. Si en un estat democràtic es dóna necessàriament una coincidència entre les valoracions socials i els béns jurídics (és a dir, la proclamació jurídica d'aquestes valoracions), aquesta coin-

Vegeu també

Consulteu del mòdul 1 "Concepte de dret penal" el subapartat 2.2.3.

cidència s'ha de mantenir necessàriament en seleccionar els béns jurídics als quals es dispensarà tutela penal. És més, cal aplicar uns **criteris delimitadors mínims que permetin de seleccionar-los**, i que han d'anar més enllà de la voluntat omnímoda del legislador, per sobirà que sigui.

Ja és clàssica la triple exigència formulada per **Max Ernst Mayer** en el sentit que **els béns han de ser necessitats, susceptibles i dignes** de tutela penal. La necessitat de tutela penal significa que si el bé no necessita una intervenció jurídica, senzillament perquè no corre perill o se'n pot assolir la salvaguarda amb un mitjà menys costós, sobretot en llibertat, el dret penal no hi ha de recórrer a la pena. Fins i tot és possible que el bé necessiti tutela penal però que no en sigui susceptible, senzillament perquè resulta absolutament ineficaç. En aquests casos tampoc no és adequat recórrer a la pena.

En aquest moment té particular importància la referència a la dignitat del bé jurídic, i també que la utilització del dret penal representa el cost en llibertat més elevat de què pot fer ús el dret per a aconseguir la protecció d'un bé jurídic. Per aquest motiu, requerim una dignitat especial en el bé, que podem concretar en una doble exigència.

Precisament perquè el dret regula la coexistència de llibertats i concretament el dret penal comporta una limitació de llibertat –no solament sol amenaçar amb la seva pèrdua, sinó que restringeix d'una manera important la capacitat d'acció dels ciutadans– sembla lògic que el seu ús estigui limitat a la prohibició de conductes que resultin transcendents; és a dir, que siguin negatives per a desenvolupar lliurement la personalitat dels ciutadans, fonament de l'ordre polític i de la pau social, d'acord amb l'article 10 de la Constitució.

Així, doncs, ha de ser una característica del bé juridicopenal la de ser expressió d'aquest **desenvolupament de la llibertat**. Per tant, no han de ser béns juridicopenals els que no afectin el desenvolupament lliure de la personalitat.

Altres autors, com ara Amelung o Callies, es refereixen a les condicions de la vida social que afecten les possibilitats de participació dels individus en el sistema social, i l'expressió resulta encertada.

I encara hem d'establir una altra característica, a la qual ja ens hem referit anteriorment. Si la utilització del dret penal comporta, i mai no insistirem prou a recordar-ho, un cost elevat en drets fonamentals de rang constitucional, per les raons que acabem d'apuntar, si cada tipificació penal i cada previsió de pena (el Tribunal Constitucional les limita sense gaire fonament a les privatives de llibertat) afecta el desenvolupament dels drets fonamentals, sembla contrari al principi de proporcionalitat que la seva utilització no es limiti a la tutela de

Vegeu també

Quan al·ludim els límits del poder punitiu de l'Estat, cal recordar afirmacions que ja s'han fet en el primer mòdul, "Concepte de dret penal".

valors del mateix rang, del que hem anomenat de rellevància constitucional explícita o, almenys, implícita. Aquesta és una condició que també afecta la dignitat necessària del bé juridicopenal.

Més amunt ens referim al fet que l'existència d'un bé jurídic és la referència necessària de qualsevol decisió política que comporti limitacions a la llibertat. Si hi afegim que aquestes limitacions a la llibertat assoleixen la seva gravetat més gran quan procedeixen d'una tipificació penal, es comprendrà fàcilment que hàgim d'assenyalar amb rigor les característiques que haurà de reunir un bé juridicopenal per a fonamentar aquesta decisió política de crear un tipus; de declarar objectivament prohibida una conducta. El bé juridicopenal que compleixi aquestes condicions fonamentarà la decisió del legislador de garantir la seva tutela a través del dret penal.

2.5.2. El principi d'ofensivitat

El principi d'ofensivitat o lesivitat constitueix un dels **limitadors del poder punitiu de l'Estat**, tant en el seu vessant creador de normes penals com en el d'aplicació. La segona indica al poder judicial que ha de considerar atípiques i, per tant, irrelevantes les conductes que no hagin comportat la lesió o posada en perill del bé juridicopenal incorporat a la norma objecte d'aplicació.

Tanmateix, ara ens interessa especialment la **funció limitadora del poder legislatiu** a l'hora de crear normes penals.

La formulació tradicional d'aquest principi, també anomenat de *protecció exclusiva de béns jurídics*, obliga el legislador a no tipificar conductes mancades d'aquesta lesivitat per a cap bé jurídic.

En aquest sentit cal recordar que la funció del dret en general, i del dret penal en particular, no és la de prohibir conductes per l'amoralitat o no-consonància amb la cultura principal, malgrat que Welzel li atribuís precisament la funció de promoció de l'ètica social dominant, sinó la de la tutela de la llibertat manifestada mitjançant els béns jurídics.

Des d'una òptica imperativista, el missatge és clar: el legislador no ha de prohibir conductes que no siguin potencialment lesives per als béns jurídics. Una altra qüestió, difícil de resoldre, és la de fer compatible la idea que les normes no representen decisions polítiques de valoració o, almenys, que no pertanyen a la seva essència, amb la qual han de tutelar béns que aquestes mateixes incorporen.

Però si les normes són decisions polítiques de valoració, tota norma penal incorpora necessàriament un bé jurídic i el converteix en juridicopenal. Ontològicament no seria possible contradir el principi d'ofensivitat formulat d'aquesta manera, perquè fins i tot la norma més capritxosa incorporaria un bé jurídic i la seva infracció el lesionaria o, si més no, el posaria en perill.

Per aquest motiu, el principi s'ha de reformular i dotar d'un caràcter material.

Es tracta de limitar el poder legislatiu en el sentit que no s'han de crear figures delictives que no incorporin un bé jurídic amb les característiques que hem assenyalat en l'apartat anterior: ha d'estar necessitat i ser susceptible de tutela penal, i ha de ser digne en un doble sentit, tant material, perquè ha de ser emanació del desenvolupament lliure de la personalitat, com formal, perquè ha de tenir rellevància constitucional. Certament, el compliment de la primera condició de dignitat implica el de la segona.

Vegeu també

Consulteu del mòdul 1 "Concepte de dret penal" el subapartat 2.2.2.

3. El concepte d'acció

Hem definit el delictes com una acció, en sentit ampli, de la qual es predica que és típicament antijurídica i culpable. Continuarem utilitzant aquest vocable com a sinònim de conducta o comportament, incloent-hi l'omissió. El simple fet d'haver hagut de fer aquest aclariment mostra un dels problemes més seriosos a què s'ha d'enfrontar qui vol utilitzar el concepte, perquè resulta difícil incloure-hi tipus de conducta que no solament són diferents, sinó fins i tot oposats: acció en sentit estricte i ommissió, acció dolosa i no dolosa.

Tanmateix, sembla que cal arribar a un concepte que ressalti tot el que tenen en comú els diferents tipus. La dogmàtica penal ha dedicat més de dos segles a aquesta tasca, tenint en compte que, com que es tracta del substantiu de què es prediquen les diferents qualitats del delictes, ha d'exercir una sèrie de funcions, la compatibilitat de les quals no resulta senzilla i que exposarem a continuació.

Les diferents concepcions sobre l'acció que s'han succeït han intentat, a més, trobar un concepte ontològic i prejurídic. Es tracta de definir l'acció com una cosa prèvia a la seva conversió en delictes, separat de la seva significació jurídica i també social. Aquest afany neix possiblement com a reacció davant les primeres propostes de considerar un concepte vinculat al seu sentit ètic i jurídic, com a infracció del deure, postures mantingudes respectivament per Hegel i Binding. El positivisme naturalista va reaccionar davant d'això exigint una acció prejurídica natural sobre la qual abocar els diferents predicats –en aquest cas sí– jurídics.

3.1. Funcions del concepte d'acció

Al substantiu li correspon exercir una sèrie de funcions en relació amb els predicats, tal com ha exposat Vives:

- **Funció classificatòria.** Si l'acció és el substantiu i el delictes és, per tant i en primer lloc, acció de la qual se'n predicaran antijuridicitat i culpabilitat, qualsevol delictes s'ha de poder incloure en el concepte d'acció i aquest concepte ha de servir per a aixoplugar-los tots. Així, doncs, no hi pot haver cap delictes que no sigui acció o que sigui una cosa diferent d'acció.
- **Funció de coordinació.** El concepte ha de ser comú a tots els predicats, raó per la qual no en pot contenir cap de les qualitats; és a dir, hi ha d'haver accions atípiques, d'acord amb el dret i no culpables. I no solament això; cap de les notes que pertanyen als predicats no es pot donar en el substantiu.

- **Funció definitòria.** El concepte ha de proporcionar un substrat material sobre el qual emetre els judicis de valor o retret en què consisteixen els predicats. És a dir, la desvaloració o el retret han de recaure precisament sobre l'acció i, si el que pretenem és un concepte material, sobre aquesta materialitat.
- **Funció negativa.** Finalment, l'acció ha de distingir el que pot ser delictes del que no. Així, s'exclou d'aquesta possibilitat tot el que no sigui acció.

Ara ja estem en condicions de comprovar les dificultats que té la dogmàtica penal, que pretén trobar un concepte ontològic, natural i material d'acció capaç d'exercir totes aquestes funcions.

3.2. Diverses concepcions entorn de l'acció

3.2.1. La concepció causal

La concepció causal de l'acció és la primera expressió, i potser la més important, del **positivisme naturalista**, el qual pretén explicar el delictes com un substrat material que es dona en la natura, raó per la qual utilitzarà una metodologia pròpia de les ciències naturals i, en concret, de la física.

Von Liszt ve a definir l'acció com una **manifestació de voluntat** que produeix –o no evita– un canvi en el món exterior perceptible pels sentits.

La funció classificatòria queda malparada en l'omissió, en la qual no es causa res per definició. És cert que es produeix una alteració del món exterior, però precisament per obra de la natura o d'una acció diferent de la que pretenem causal. L'equiparació entre acció causal positiva i no-evitació d'un resultat no apareix explicada, senzillament perquè és inexplicable tret que hi introduïm criteris de valoració.

I llavors el que es perd és la funció coordinadora.

Passa el mateix quan és el resultat el que requereix una valoració que es resisteix als sentits naturals: el que s'escolta en la injúria (quan algú insulta algú altre) són, com no podia ser altrament, sons. I sons idèntics poden donar lloc a un delictes o no, segons com els valorem, cosa que difícilment podrem aconseguir basant-nos en els instruments que ens proporciona la física. En definitiva, els delictes de perill o la temptativa no es poden explicar fàcilment des d'un punt de vista causal. Una voluntat manifestada envers la causació d'un resultat no es pot definir precisament pel que no ha causat, especialment si hem de prescindir del contingut de la voluntat.

La injúria

En la injúria l'objecte de desvaloració ha de ser l'emissió de sons o l'escriptura de caràcters.

Exemple

Un terratrèmol o la guitza d'un mul no són accions i, com a conseqüència, no poden ser delictes.

Vegeu també

Consulteu l'apartat 5 d'aquest mòdul.

La **concepció causal** de l'acció s'ha de conformar a explicar com ha tingut lloc una cosa. Certament, aquest fet no exclou que més tard això pugui ser objecte de valoració i de retret; però no sempre és possible establir una relació física sobre la qual recaiguin ni, sobretot, aquesta relació no té cap sentit sense els seus predicats.

3.2.2. La concepció final

Aquest cúmul de problemes, i alguna consideració política, van fer que Welzel formulés la concepció final. L'acció humana és acció vident, final; és a dir, una acció ho és perquè té com a objecte un fi que s'ha vist o representat; es claven els punyals a l'esquena d'un home perquè és té la voluntat de matar-lo, i perquè s'ha representat el resultat de mort.

La conseqüència immediata és que el dol, el contingut de la voluntat, pertany al mateix concepte de l'acció i no pot ser relegat al moment posterior de la culpabilitat. Aquest fet permet d'explicar perfectament la temptativa: és una conducta finalment adreçada a causar un resultat que ha estat representat amb antelació. L'omissió s'explica una mica millor que en el causalisme, des del moment que, almenys, es pot afirmar que qui deixa de fer ho fa –en realitat, no ho fa– per tal que es produeixi un resultat que es representa. Certament, però, això no sempre succeeix. I convé que ho aclarim: el finalisme continua essent una concepció causal que no explica d'una manera satisfactòria la relació real entre resultat i ommissió.

Tanmateix, el fracàs és més estrepitos precisament en els delictes que es veuen afectats més directament pel trasllat del dol al mateix concepte d'acció, és a dir, en els que no hi ha dol. La imprudència no conviu bé amb un concepte d'acció que inclogui la finalitat en la seva essència, justament perquè es caracteritza per la seva absència. Si, a més, considerem que en una classe d'aquests delictes no hi ha ni tan sols representació del resultat possible i després produït efectivament, les dificultats ja són insalvables.

D'altra banda, el finalisme representa una subjectivització del que és injust, perquè el contingut de la voluntat passa a ser objecte de la valoració. I el seu mateix punt de partida metodològic, la submissió a les estructures logicoobjectives, no deixa de ser una expressió del caràcter iusnaturalista del corrent, d'arrel clarament moralista que, com el seu formulador reconeix, és al servei de l'ètica social dominant.

3.2.3. La concepció social

La pretensió d'un concepte natural d'acció topa definitivament amb les funcions que se li atribueixen, a més de desconèixer que l'únic sentit que se li pot atorgar, si s'ha de tractar de l'objecte de la valoració jurídica, és el de la relació

social. De fet, només té sentit que ens plantejem l'existència d'accions des de la comunicació d'aquestes accions als altres. El comportament humà ho és en tant que manifestació dotada de sentit social.

Maihofer, potser el màxim representant d'aquest corrent, no solament renuncia a un concepte naturalístic, sinó que intenta de prescindir de tota referència d'aquest tipus. Per aquest motiu, descarta concebre l'acció com a expressió de la voluntarietat i la fa descansar en la idea de dominabilitat, és a dir, de poder controlar. Així, doncs, defineix l'acció com "tot comportament objectivament dominable adreçat a un resultat social objectivament previsible". Amb això, el sentit social assoleix un paper protagonista, i l'acció no es considera, ni tan sols fonamentalment, des de la perspectiva única de qui actua, sinó també des del destinatari i l'objectivitat, des de la generalitat. En definitiva, el que dota de contingut un comportament és el seu sentit i, concretament, el sentit social.

L'avenç és important, però no està exempt de problemes. Hi ha una certa consciència que la transcendència del comportament és precisament el que li dona sentit, però quin és aquest sentit depèn bàsicament dels signes, del llenguatge, dels mitjans d'intercomunicació i dels criteris valoratius. Aquests criteris s'expressen en l'àmbit jurídic per mitjà de les normes, i en el juridicopenal, dels tipus. Per això el concepte social d'acció avança inexorablement bona part dels continguts de la tipicitat, especialment en la dimensió valorativa. A aquestes altures de la discussió, això no sembla excessivament greu, perquè, en aparença, la renúncia a la pretensió inicial és inevitable, però és molt important ser-ne conscient.

D'altra banda, i malgrat els intents de Maihofer d'abandonar tota referència naturalística i d'introduir en el concepte d'acció el seu sentit social, d'atenir-se, en suma, al significat que tenen els comportaments, hi ha alguna cosa en què es manté: per a ell, l'acció no és el sentit en si mateix, sinó el substrat físic en què s'expressa. La injúria és una ofensa, és la lesió de l'honor la que li atorga transcendència i, per això, l'acció d'injuriar ja no es pot definir com l'emissió de sons, perquè ara serà l'emissió de sons amb sentit ofensiu. D'aquesta manera, podem apreciar la significació diferent de dos comportaments aparentment idèntics, fins i tot l'emissió de sons idèntics, però que tenen sentits oposats en virtut del context social. Això no obstant, l'acció d'injuriar continua consistint a emetre sons, perquè es continua definint com el substrat i, ho vulguem o no, el substrat sempre és natural.

3.2.4. L'acció com a significat

Continuem buscant un supraconcepte capaç d'englobar les diferents classes o, si ho preferiu, maneres en què es manifesta l'acció (acció positiva, omissió, acció dolosa, no dolosa), predicable dels diferents objectes de resposta juridicopenal, i que tingui un contingut significatiu capaç de delimitar allò sobre el qual pot recaure el dret penal.

Així, ens continuem plantejant què tenen en comú clavar cinquanta punyalades a l'esquena d'un ésser humà i contemplar impassiblement com s'ofega el nostre petit alumne de natació a qui podríem salvar amb un simple moviment. Maihofer diu que es tracta de dues accions amb el mateix sentit social; però té dificultats a l'hora d'explicar que l'objecte de la valoració continua essent en un cas el moviment físic d'apunyalat i, en l'altre, l'omissió de tot moviment.

Doncs bé, si el que els dos exemples proposats tenen en comú és el significat, i si l'objecte de la valoració és precisament aquest, i així ho entenem, sembla que ha arribat el moment d'abandonar com a objecte d'imputació tot suport naturalístic, incloent-hi el físic. L'acció no és, com considerava la concepció social, un substrat físic dotat de sentit, sinó el sentit mateix: l'acció és el significat, com ha posat en relleu Vives Antón partint de la teoria de l'acció comunicativa d'Habermas i utilitzant la del llenguatge de Wittgenstein.

L'acció no és, d'acord amb Vives, un fet específic, ni es pot definir com a substrat de la imputació juridicopenal, sinó que és el significat social de la conducta, un procés simbòlic regit per normes. I això perquè el sentit només pot néixer de la intercomunicació, d'un comportament sotmès a normes, a regles de conducta que tots siguin capaços de comprendre i dominar. Per tant, és el significat i només el significat el que constitueix l'objecte de la imputació penal, amb independència que en alguns delictes el significat es manifesti necessàriament a partir d'un substrat físic.

Les regles socials

Les regles socials precisament són les que expliquen el sentit en la injúria. Per aquesta raó, per fi la injúria ha deixat de ser l'emissió de sons per convertir-se en el que sempre havíem intuït que era: l'ofensa mateixa, què és el que signifiquen els sons d'acord amb les regles de què participen emissor i receptor.

Podem concloure, doncs, que el que diferencia una acció –comportament humà– d'un fet és que la primera es pot interpretar segons unes regles (de comportament), perquè és el sentit que té en el si d'una comunitat. Un simple gest serà interpretat com un insult si, d'acord amb el llenguatge adoptat pels components d'una comunitat, es veu com a tal. I direm que ens trobem davant d'un homicidi si el significat social d'un comportament –actiu o omissiu, que pot ser respectivament assestar una punyalada o contemplar impassible com s'ofega el nostre alumne de natació quan el podríem salvar simplement llançant-li el flotador que tenim al costat– ens permet afirmar-ho. Si això no passa, si no hi ha significat perquè no hi ha comunicació social d'acord amb unes regles, llavors ens trobem davant d'un simple fet.

3.3. L'acció típica

Hem de tenir en compte una cosa important: si el fet que un comportament determinat estigui tipificat altera el seu sentit mateix. **Si el significat neix necessàriament de la submissió a regles, aquestes regles hi influeixen forçosament;** i si entre les regles hi ha els imperatius procedents de la tipicitat, és difícil mantenir que el concepte d'acció és previ al del seu predicat.

Fins ara podíem mantenir que caminar era una acció que difícilment causava cap efecte, i tampoc no s'entenia gaire que estigués adreçada finalment a qualsevol resultat, si estava desproveït de sentit. La concepció social ens va mostrar que l'acció de caminar podia tenir diversos significats, ja que no és el mateix caminar pel passadís de casa nostra que fer-ho pel de la casa del veí contra la seva voluntat. Ara sabem que l'acció és el significat i que no hi tenen res a veure una acció de caminar o l'altra. Ara bé, el que permet d'assolir el veritable significat de caminar pel passadís del veí contra la seva voluntat és precisament que es tracta d'una cosa prohibida. I encara podem dir més: el significat de qualsevol comportament varia en el moment en què s'ha convertit en típic, és a dir, en l'instant en què se li ha atorgat rellevància penal.

En qualsevol cas, el que acabem de veure no implica que el concepte d'acció proposat no sigui previ a la tipicitat. La tipicitat només es pot predicar del significat, una vegada s'ha entès aquesta tipicitat com a valoració. En canvi, sí que implica que del fet que un significat sigui típic o no, no depèn solament una qualitat de l'acció, sinó que a més se n'altera el significat –significarà una altra cosa i, per tant, serà una altra acció. Podríem dir que entre acció i tipus es produeix un procés d'**interacció**.

D'aquí ve la pertinència de relativitzar el paper que correspon a l'acció en la teoria del delictes, fins i tot un cop s'ha assolit el concepte tan buscat. L'acció és l'objecte de la imputació penal, que no pot recaure sobre res que no ho sigui, atès que la norma s'adreça a regular comportaments, significats. Tanmateix, i atès que aquests últims canvien pel simple fet de ser típics, sembla convenient atorgar al tipus un paper prominent: l'acció interessa en qualitat de típica; és a dir, les accions que ens interessin són les típiques. La teoria jurídica del delictes ha de situar la tipicitat (la decisió normativa) com el seu eix.

L'acció no constitueix solament el pressupòsit per a la intervenció del dret penal, sinó també l'objecte de la valoració i la imputació.

Recordem que abans ja hem fet referència al paper del desvalor de l'acció –que ara podem reformular com el del significat potencialment lesiu per als béns juridicopenals– i el resultat d'aquesta acció –la lesió efectiva o posada en perill d'aquests béns. Això no obstant, també hem de tenir en compte el seu paper en tant que acció típica.

3.4. Classes d'acció

Al llarg de l'exposició ens hem referit al fet que una de les dificultats a què s'enfrontava el concepte d'acció és l'aplicabilitat a comportaments diferents i fins i tot oposats. I és precisament la concepció com a significat i no com a substrat físic d'aquest significat el que permet aquesta consideració unitària. Tanmateix, convé tenir present les diferents formes amb què es pot manifestar

una acció, i també el seu contingut en relació amb el grau de compromís (de moment, coneixement i, eventualment, voluntat) que l'autor té amb el significat, és a dir, amb la seva acció.

Així, doncs, segons si el significat lesiu per als valors requereix o no la causació d'un resultat material, hem de distingir entre accions que només requereixen una simple activitat i accions que requereixen la causació d'un resultat material.

En estudiar la imputació en els pròxims apartats d'aquest mateix mòdul, és a dir, la tipicitat, veurem que en la segona cal establir un vincle causal entre moviments corporals, o la seva absència, i el resultat material, tot i que en algun cas no cal que els moviments els faci el mateix autor, o almenys no tots –en cas d'autoria mediata o coautoria, en què el requisit serà substituït per un altre. El significat, l'acció, comporta necessàriament un resultat material en sentit causal que es pugui imputar al moviment corporal, perquè només llavors es podrà establir l'autèntic significat de l'acció típica. És cert que la descripció típica acostuma a exigir o no que es produeixi el resultat, però també ho és que en l'àmbit exclusiu de l'acció cal fer referència a la diferenciació.

Per la manera com s'expressa el substrat físic del significat, hem de distingir entre acció en sentit estricte i omissió.

L'**acció en sentit estricte o positiva** requereix una activitat. Per dir-ho gràficament, és la manera normal d'actuar. Amb l'activitat es crea un risc o es produeix una lesió del bé jurídic. En definitiva, s'infringeix una prohibició de fer alguna cosa. Per contra, l'**omissió** consisteix a no fer res, quan l'ordenament esperava –amb la previsió de l'haver de ser ideal o objectiu corresponent– una actuació positiva, per la qual cosa s'infringeix un mandat, per exemple, de socórrer qui està en perill manifest i greu.

Si combinem les dues classificacions anteriors, trobarem que hi ha actuacions positives, que requereixen o no un resultat material que s'hi vinculi, i omissions, de les quals podem dir el mateix. Les omissions que no requereixen un resultat material vinculat s'anomenen **pròpies** i el seu significat és precisament la no-realització de la conducta esperada, que tenia la funció de disminuir els riscos per al bé jurídic. També hi ha omissions a les quals es vincula un resultat material; són les anomenades **impròpies** o **comissió per omissió**.

Vegeu també

Consulteu més endavant el mòdul "Autoria i participació. *Iter criminis*".

Significat d'homicidi

Per a afirmar que en Pere ha comès una acció d'homicidi cal establir que hi ha hagut, o deixat d'haver, quan hi hauria d'haver hagut, una activitat corporal de què s'ha després la mort d'en Joan. Només quan es comprova tot això podem parlar de significat d'homicidi i identificar-lo com l'acció d'en Pere.

Vegeu també

Consulteu més endavant l'apartat dedicat a l'omissió.

Certament, la vinculació o imputació del resultat material requereix un complex procediment valoratiu que només té lloc respecte a persones especialment obligades a garantir el bé jurídic, al qual farem referència en el seu moment. Ara, tanmateix, és important destacar que només entenent l'acció com a significat podem comprendre realment l'equiparació valorativa.

Falta per considerar una tercera classificació: la que atén a la coincidència o no dels aspectes subjectiu i objectiu. Parlem d'**accions doloses** quan hi ha aquesta coincidència. El subjecte sap què està fent, coneix cada una de les circumstàncies en què actua i, en fer-ho, podem afirmar que està compromès amb la seva acció; és a dir, amb el significat de la seva manera d'actuar. Per contra, quan falta aquest compromís l'acció és **no dolosa**.

Les accions doloses poden ser objecte de **tipificació**. D'entre les no doloses, només es poden tipificar les que, per comportar una infracció del deure objectiu de cura, es converteixen en generalment imprudents, si bé per a això cal establir que evitar el resultat és **exigible objectivament**.

Ja hem vist que el dol no pertany al concepte d'acció en el causalisme, però sí que pertany a la resta de concepcions de l'acció com a substrat físic. Aquest fet ha obligat les dogmàtiques que s'hi basen a establir teories dels delictes dolosos d'acció, dolosos d'omissió, imprudents d'acció i imprudents d'omissió. La concepció de l'acció com a significat, sense desconèixer les diferències entre unes manifestacions i les altres, en permet una sistematització unitària.

3.5. Supòsits d'absència d'acció

Entenent l'acció com a significat i una vegada s'han establert els requisits, estem en condicions de negar el caràcter d'acció als resultats que no provinguin de decisions humanes dominables, perquè en aquest cas no tindran significat. Com és obvi, perquè objectivament aquesta situació cal que la decisió estigui sotmesa a regles i, per tant, que respongui a certs criteris. Per tant, l'**absència de llibertat** determina la de l'acció. No sembla procedent que ara entrem en la vella polèmica entorn de la demostrabilitat o no de l'existència de llibertat en els éssers humans. N'hi ha prou d'afirmar, de la mà de Vives Antón, que "sense llibertat (entesa com a capacitat d'autodeterminar-se per raons) no té sentit parlar d'acció, que la llibertat és incompatible amb una concepció determinista del món i que l'acció tal com la concebem és incompatible amb una concepció tancada del món físic en termes de matèria i energia". I com que la llibertat regeix les nostres decisions, i perquè, en fer-ne ús, les nostres accions se sotmeten a regles, podem parlar d'acció i identificar-la amb el significat dels nostres comportaments. Així, doncs, per regla general, la presència de la llibertat determina la de l'acció; i, com veurem més endavant la imputació personal, en més o menys grau.

Això no obstant, si sense llibertat no hi ha acció i la llibertat pot fallar en un cas concret, ens hem de plantejar els supòsits en què té lloc precisament l'absència d'acció, que determina la impossibilitat d'imputació objectiva i, per tant, de tipicitat per absència d'objecte.

Els supòsits als quals se sol referir la doctrina són els de **força irresistible**, **hipnosi** o **somnambulisme** i **actes reflexos**. Una característica comuna a tots és que no hi ha llibertat i, per tant, els moviments físics no responen a cap regla. Els qui han identificat acció amb substrat físic han hagut d'explicar, durant anys, les raons per les quals es negava el caràcter de comportament a aquests supòsits. Ara resulta fàcil entendre que no signifiquen res en la mesura que no responen a la voluntat de qui fa els moviments, ja que ni són decisions seves ni poden, per tant, ser objecte d'imputació.

- La **força irresistible** era considerada en els antics codis penals una causa d'exempció de la responsabilitat criminal. Els qui l'entenien com la presència d'una violència física que impedia completament l'oposició, de manera que el subjecte es veia compel·lit a dur a terme els moviments –o a no dur-los a terme en els casos d'omissió– sense que físicament li fos possible el contrari, qualificaven el supòsit de causa d'absència d'acció. Altres autors feien una interpretació del terme irresistible en sentit dèbil, en virtut de la qual entenien com a tal l'absència d'exigibilitat penal de resistir-la. Així, doncs, la força irresistible s'entenia com una causa d'inculpabilitat o d'absència d'imputació subjectiva. Aquesta interpretació es basava en la no-necessitat que el Codi inclogués supòsits d'absència d'acció després d'haver definit el delictes com a tal. En tot cas, el Codi vigent no al·ludeix a la força irresistible en l'article 20 ni en cap altre precepte. Tanmateix, òbviament, continua definint el delictes com a acció, i d'això se'n deriva que ha de procedir de l'acció d'un agent. En definitiva, els moviments corporals no són acció si no procedeixen de la voluntat.
- Podem dir el mateix dels moviments que es duen a terme com a conseqüència del **somnambulisme**, dels quals el somnàmbul ni tan sols en té consciència. Una qüestió molt diferent és la de la conducta generadora d'un perill que requereix una atenció per part de l'agent i que aquest agent perd precisament en quedar sense consciència. Que aquest fet sigui imputable a l'agent o no depèn del fet que podria i hauria d'haver previst la situació i, per tant, haver-la evitat (pensem, per exemple, en el conductor que s'adorm al volant).

Exemple

Si en Pere pressiona amb la mà el dit d'en Lluís perquè premi el gallet de la pistola, el tret de la qual provoca la mort d'en Joan, no és autor mediat d'homicidi, sinó directe, perquè el moviment d'en Lluís no és acció.

En l'àmbit de la imputació subjectiva pren especial rellevància la qüestió de les accions lliures en la causa (*actio liberae in causa*), que són aquelles que, tot i que es duen a terme amb absència de llibertat momentània, han estat lliures en origen, perquè aquesta absència de voluntat ha estat preparada amb llibertat o, si més no, ha estat o ha hagut de ser prevista per l'agent.

El significat d'aquestes accions depèn de la voluntat concurrent en el moment inicial. Moltes institucions del dret penal preveuen aquest fenomen. Així, parlem de temptativa quan comença l'execució i la considerem en el moment en què l'agent busca deliberadament la situació d'absència de voluntat en què durà a terme els moviments físics. Pensem en el subjecte que sap perfectament que en determinades condicions perd la consciència per complet i és capaç de matar i, lluny de prendre mesures per a evitar-ho, se situa d'una manera deliberada en aquesta situació.

- Els actes comesos sota el domini absolut d'un altre, com la **hipnosi**, tampoc no poden ser accions; o, com a mínim, no són atribuïbles a qui les duu a terme aparentment, sinó a l'hipnotitzador.
- Tampoc no ho són els **moviments reflexos**; és a dir, els que no apareixen dirigits per l'activitat cerebral o, almenys, per la intel·ligència de l'individu ni, per tant, deriven de la seva voluntat. Pensem en les reaccions físiques incontrolables davant un fort estímul extern, com un crit, un ensurt o un feix lluminós, o el moviment de la cama produït com a reacció a un cop en el genoll. Finalment, també s'han d'excloure del concepte d'acció els moviments que tenen lloc durant un atac en l'epilèpsia. Els supòsits d'**embriaguesa letàrgica** que, si més no en els casos més extrems, condueixen a una pèrdua total de la voluntat, són més dubtosos.

3.6. Capacitat d'acció de les persones jurídiques. Remissió del problema

La qüestió de la capacitat d'acció de les persones jurídiques és clau per a determinar si poden ser creditors d'algun tipus de responsabilitat penal, perquè, com sabem, requereix la imputació. En definitiva, cal plantejar-se si, des d'un punt de vista tècnic, les persones jurídiques, les societats o les empreses poden ser subjectes actius de delictes contravenint el vell aforisme romà *societas delinquere non potest*. Precisament per això, el lloc oportú per a analitzar el problema és l'apartat corresponent al subjecte actiu com a element bàsic de la tipicitat. Tanmateix, pensem que ara és oportú fer alguna reflexió prèvia des de la concepció que hem mantingut de l'acció com a significat.

Les categories dogmàtiques tradicionals estan basades en un concepte d'acció humana individual. En principi, **només la persona física té capacitat d'acció**, cosa que es va accentuar extremadament en les concepcions derivades del positivisme naturalista, tot i que es van donar posicions paradoxals com la de Von Liszt, que, en el fons, derivaven de cessions dogmàtiques a les necessitats politicocriminals. Per ara que, amb Roxin, sabem que no hi pot haver contradiccions, sinó que la política criminal ha de penetrar en les categories del sistema dogmàtic, si no ens volem veure abocats a la desaparició del dret penal tal com el concebem o a la seva substitució per altres disciplines menys garantistes, sembla que és un bon moment per a replantejar-nos el problema.

Sense entrar en la qüestió endèmica de la naturalesa jurídica de les persones supraindividuals com a ficció o com a realitat, no hi ha cap dubte de la seva capacitat per a intervenir en el món jurídic, per a fer contractes i manifestar, en conseqüència, la seva voluntat, per a ser objecte i subjecte de deures i, per tant, per infringir-los. És més, podem dir que la seva participació en la vida social és, quantitativament i qualitativament, almenys tan important com la de les persones físiques. S'ha de considerar que en la societat actual es mantenen unes relacions molt diferents de les que regien la preindustrial, relacions en què va néixer el dret penal modern. El dret penal actual no es pot mantenir impassible davant el fenomen. De fet, no ho fa: els codis moderns preveuen conseqüències jurídiques derivades de les actuacions de les persones jurídiques. Algun, com el francès, fins i tot les denomina *penes*; d'altres, com l'espanyol en l'article 129, *conseqüències accessòries*.

El cert és que una concepció significativa de l'acció està en condicions molt millors per a abordar el problema que les que identificaven acció amb substrat físic. Perquè les **persones jurídiques poden prendre decisions** o, almenys, podem entendre que en prenen, i atribuir-hi un significat, però difícilment podríem acceptar que duen a terme accions físiques de prendre, enganyar, lesionar, etc., ni que alteren el món exterior d'una manera perceptible pels sentits a partir de moviments dirigits pel seu cervell.

Tanmateix, no hem d'oblidar alguns inconvenients. Les persones jurídiques són una construcció del dret privat i van néixer amb una finalitat molt concreta: limitar la responsabilitat i diluir els riscos. Les persones físiques ja no havien de respondre amb tot el seu patrimoni, sinó únicament amb la seva participació en la jurídica. Cal que ens plantegem si aquesta limitació de responsabilitat a les persones físiques i la seva translació a les jurídiques s'ha d'estendre a la responsabilitat penal; si és o no convenient que la persona física que decideix i que inexorablement es troba al darrere de la jurídica hagi de quedar impune, i traslladar-li les conseqüències de la seva actuació. La solució pot estar en una responsabilitat acumulada o en l'aplicació dels criteris d'autoria mediata.

En tot cas, ara es tracta de plantejar la qüestió, advertir de les bones condicions en què està la concepció significativa de l'acció per a abordar-la, i remetre la resposta, almenys amb el dret actual, a l'apartat corresponent al subjecte actiu del delictes i a la regulació de l'autoria.

Vegeu també

Consulteu l'apartat 4.5.1, i també el mòdul "Autors i participació. *Iter criminis*".

4. La tipicitat

Seguint amb l'esquema de la teoria jurídica del delictes, correspon estudiar en primer lloc l'esquema de la tipicitat.

4.1. Concepte i funcions

Ja hem vist que la tipicitat és el primer element que es predica de l'acció i que acompanya el substantiu d'una manera indissoluble quan ens referim a conductes rellevants penalment. Podríem dir que estem no solament davant la primera, sinó davant la categoria del delictes més important.

Quan parlem de tipus, ho podem fer en diferents accepcions. Per aquest motiu, és important que delimitem d'una manera clara a què ens referim en cada cas. En teoria general del dret, se sol entendre per tipus el conjunt dels pressupòsits als quals apareix vinculada una conseqüència jurídica determinada. Si traslladéssim sense més matisacions aquesta definició a la teoria jurídica del delictes, hauríem de considerar tots els pressupòsits als quals apareix vinculada la pena. I, en efecte, a partir d'una lectura dels diferents preceptes del Codi penal sense posar-los en relació amb les altres normes, podríem obtenir la conclusió precipitada que determina que n'hi ha prou que es doni la conducta que s'hi descriu perquè immediatament s'hagi d'aplicar la pena com a conseqüència jurídica. Tanmateix, sabem que perquè puguem parlar de delictes i, sobretot, que es donin tots els pressupòsits de la pena, cal que concorrin més elements que, d'altra banda, es recullen en la mateixa definició de delictes que conté l'article 10.

En dret penal entenem per **tipicitat**, en canvi, el conjunt de pressupòsits que determinen la concurrència de l'injust específic de cada figura delictiva.

Com ja sabem, això significa que han de concórrer tant la coincidència fàctica de la conducta objecte de consideració amb la descrita per una norma, com la lesió o posada en perill del bé jurídic protegit per la norma en qüestió. Coneixem aquests dos aspectes com dimensió fàctica i dimensió valorativa del tipus. Només quan es donen totes dues dimensions estem davant una conducta típica (és a dir, rellevant penalment), perquè comporta un contingut d'injust específic, un dany per a un bé juridicopenal que, en principi, es pretenia evitar.

Estem davant d'una acció típica quan es dóna un significat de lesió o de posada en perill d'un bé jurídic que coincideix amb la descripció del precepte penal. Podem parlar, llavors, de la *concurrència del tipus d'acció*.

Això no obstant, convé saber que hi ha més accepcions del terme tipus, tot i que aquesta és la que utilitzarem per regla general. Alguns autors, com veurem més endavant, utilitzen l'expressió en el sentit de tipus total d'injust, considerant com a element negatiu la concurrència d'una causa de justificació. El volen afirmar, en definitiva, és que la conducta no és injusta si resulta beneficiosa per al conjunt dels valors que s'incorporen en l'ordenament jurídic. Això representa una fusió o, si ho preferiu, confusió entre l'injust específic –la lesió o posada en perill d'un bé jurídic protegit per un tipus penal– i el genèric –el conjunt de valors que preveu tot el dret. El primer indicaria la lesió del patrimoni en el cas del veí que trenca la vidriera, mentre que el segon tan sols es produeix en cas que no concorri un estat de necessitat. Per a aquest sector doctrinal, si en trencar la vidriera se salva la vida, la conducta ni tan sols no seria típica.

Aquesta concepció, que tindrem l'oportunitat d'exposar més detalladament, criticar i rebutjar en tractar de la justificació, identifica tipicitat i antijuridicitat, i ignora les diferències valoratives entre una conducta típica, productora de l'injust específic que comporta la lesió o posada en perill d'un bé jurídic, i una antijurídica, que resulta contrària al dret perquè comporta l'injust genèric i és negativa per a tots els valors. També, i sobretot, ignora les diferències valoratives entre una conducta atípica (és a dir, irrellevant penalment) i una de típica justificada. La primera és neutra –per exemple, matar una mosca–, mentre que la segona resulta positiva després del contrastar-la amb tots els valors –matar un home en legítima defensa o trencar la vidriera del veí i, així, salvar-li la vida. En el fons, els partidaris d'aquesta tesi identifiquen el tipus amb la matèria de la prohibició, i afirmen que el que està prohibit no és matar, sinó fer-ho quan no corre una causa de justificació o, el que per a ells és el mateix, una norma d'autorització o permissiva.

Amb certa impropietat, també s'utilitza el terme tipus per a expressar el conjunt de pressupòsits de què es desprèn qualsevol altre element, com la culpabilitat (tipus de culpabilitat), la temptativa (tipus de temptativa), etc. També s'utilitza per a referir-se al conjunt d'elements que s'han de donar perquè sigui possible l'aplicació de la pena, en la seva accepció més pròxima a la que, com hem vist, s'utilitza en teoria general del dret com a tipus de garantia. Ara hem d'insistir en la comprensió del tipus com a tipus d'injust, en la terminologia tradicional o, millor dit, i en l'expressió corresponent a la concepció significativa de l'acció, tipus d'acció.

Tradicionalment, s'ha atribuït a la tipicitat, entesa d'aquesta manera, una sèrie de funcions que, com veurem a continuació, no són exclusives o simplement no existeixen. Així, doncs, quan se li atribueix una **funció de garantia**, s'oblida que tots els elements del delictes la compleixen, o quan s'afirma que

Vegeu també

Consulteu el mòdul "La justificació".

exerceix una funció indiciària indicant l'antijuridicitat i considerant-ho *ratio cognoscendi* no *ratio essendi* de l'antijuridicitat. També se li atribueix una funció falsa quan es pretén que exerceixi un paper decisiu en el **procés penal**, de manera que la presència de la tipicitat obligui a iniciar un procediment per constituir motiu racionalment suficient per a sospitar de la criminalitat efectiva. Per contra, és perfectament possible que una conducta típica no indiqui res ni permeti d'obrir cap procediment perquè resulta evident la justificació de la conducta i, en conseqüència, la no-condemna.

Les dues funcions que sí que exerceix la tipicitat són:

- **Determinar la rellevància penal** inicial de la conducta o, si ho preferiu, assenyalar la frontera del que es irrellevant penalment (funció negativa).
- **Fonamentar l'antijuridicitat**. Una conducta atípica és irrellevant, i una conducta antijurídica només ho pot ser en la mesura que és típica, és a dir, productora d'un injust específic.

4.2. Delictes d'activitat i de resultat

En referir-nos a les classes d'acció assenyalàvem que hi ha accions que es relacionaven amb un resultat material i accions que no produïen aquest resultat, sinó que consistien en una mera activitat.

El legislador pot seleccionar com a delictes accions d'aquestes dues classes i tipificar conductes que no requereixen cap resultat, ja que la seva simple realització ja constitueix delictes (com la conducció sota la influència de begudes alcohòliques), i accions que sí que requereixen un resultat. Així, doncs, la comprovació de la tipicitat requereix la verificació que s'ha dut a terme la conducta, que s'ha produït un resultat material i la connexió entre l'una i l'altre mitjançant una relació de causalitat, amb totes les matisacions que es vulgui, de les quals depèn la imputació efectiva del resultat.

Hem d'advertir que, per molt que coincideixin habitualment, el resultat material no ha de constituir necessàriament la lesió efectiva del bé jurídic per la destrucció de l'objecte material. Per contra, és imaginable que una conducta de simple activitat pot representar una lesió d'un bé jurídic i, en canvi, la producció del resultat material només expressa la concreció d'un perill.

Finalment, s'ha de posar en relleu que les conductes de mera activitat també han de satisfer el principi d'ofensivitat, de manera que s'ha de comprovar si produeixen una lesió o, almenys, posen en perill el bé jurídic.

4.3. Delictes de lesió i de perill

Aquesta classificació respon a criteris diferents. Si abans era l'exigència o no de resultat material la que determinava la classe d'acció típica, ara hem de considerar el grau de dany que produeix al bé jurídic.

Podríem dir que el dret penal més tradicional, basat, d'altra banda, en criteris purament causals, concebia el delictes com la producció d'un resultat material que, en comportar la destrucció d'un objecte, determina la lesió d'un bé jurídic (en Pere mata en Joan, amb la qual cosa causa una mort que comporta la lesió de la vida com a valor). Avui, tanmateix, vivim amb un dret penal, per dir-ho així, més espiritualitzat. La tutela dels béns necessita una intervenció anterior a la seva lesió efectiva. No es tracta de respondre davant la destrucció ja irreversible d'un objecte de tutela, sinó de prevenir les conductes que comportin un risc per a aquest objecte.

Al costat dels **delictes de lesió**, en els quals té lloc la destrucció del bé –en realitat, del valor concretat en un objecte, atès que els valors són abstractes i, per tant, continuen existint com a tals (es destrueix la vida d'en Joan, però la vida continua essent un valor)–, es tipifiquen **conductes de risc, delictes de perill**, que són considerats intolerables i, en conseqüència, castigats com a **delictes**.

No podem ocultar que la necessitat d'avançar la barrera de protecció dels béns jurídics, sense esperar que siguin lesionats, al mateix temps que en comporta una tutela molt més eficaç i concedeix al dret penal el seu veritable sentit, pot representar una limitació de l'esfera de llibertat de vegades asfixiant per als ciutadans, les possibilitats d'actuació lícita dels quals es veuen fortament reduïdes. La consecució de l'equilibri necessari és, sens dubte, el problema principal que ha d'escometre actualment la política criminal, i fins i tot la general.

Al seu torn, els delictes de perill ho poden ser de **perill explícit** o **implícit**, segons el que requereixi expressament la llei (per exemple, l'article 380 del CP exigeix que es posi en perill concret la vida i la integritat de les persones; en canvi, per exemple, l'article 379 no inclou cap exigència expressa). Òbviament, això no significa que també s'hi doni necessàriament un risc per a un bé jurídic.

És més important la classificació entre delictes de **perill concret** i de **perill abstracte**. En els primers, cal comprovar la creació efectiva del risc i la seva projecció en un objecte material singularitzat, de manera que la conducta no és típica si en el cas particular, per dir-ho així, no ha passat res, és a dir, si ningú s'hi ha vist involucrat particularment. En els segons, la simple conducta és considerada portadora d'un perill inherent, per la qual cosa no caldrà comprovar la concreció del risc. Sigui com sigui, si la generalització de la conducta produeix amb certesa estadística lesions al bé jurídic, passa a ser considerada intolerable.

Exemples de delictes de perill

Un exemple de delictes de perill concret és la conducció temerària regulada en l'article 380: avançar en un revolt i canvi de rasant constitueix, sens dubte, no solament una important infracció administrativa en tota regla, sinó també una conducta indiscutiblement perillosa. Tanmateix, i amb l'excepció del que es preveu en l'article 381.2 per als casos de menyspreu conscient per la vida, no és delictes si no hi ha perill concret, si "no ve ningú en aquell moment".

Per contra, conduir un vehicle superant en els termes establerts en l'article 379 els límits reglamentaris o havent begut una dosi d'alcohol elevada constitueix sempre un delictes, encara que no hi hagi perill concret. Que la regulació d'aquesta matèria pel Codi penal sigui certament discutible no és obstacle perquè expliqui en què consisteixen les diferents classes de perill.

La doctrina italiana, en lloc de referir-se a l'abstracte, es refereix al **perill presumpte**. Entenen com a tal no el que és inherent a la conducta i, per tant, comprovable, sinó el que la llei decideix associar a l'acció, de manera que no admet excepció: la conducta es presumeix perillosa, raó per la qual el simple fet de dur-la a terme comporta la presumpció, sense prova contrària, del perill. Aquesta manera d'entendre la categoria és inadmissible, perquè vulnera per complet el principi d'ofensivitat, i acaba negant la dimensió valorativa de la tipicitat per a limitar-se a comprovar-ne la simple dimensió fàctica. Com a conseqüència, s'ha de rebutjar aquesta categoria, en la qual sembla encaixar l'article 379, respecte del qual s'ha d'exigir almenys un risc abstracte, per més que una lectura literal d'aquest precepte pogués donar a entendre que n'hi ha prou amb la realització de la mera activitat; es tractaria d'una presumpció legal de perillositat difícilment compatible amb el principi d'ofensivitat. La llei pot prohibir, en efecte, una conducta perquè considera que genera per si mateixa uns riscos intolerables, però no es pot descartar que, excepcionalment, aquesta mateixa conducta pugui resultar innòcua, i en aquest cas no es donaria allò que hem denominat *tipus d'acció*.

4.4. Els termes de la descripció típica

Com no pot ser altrament, les normes penals s'expressen amb el llenguatge. Tot i que sabem que són prescripcions imperatives, adopten la forma de descripcions. Ja vam veure en el seu moment com l'imperatiu s'ha de desprendre d'una afirmació descriptiva de futur que, a més, no sempre és verificable: no hi ha cap article del Codi penal que estableixi directament que "es prohi-

beix matar"; el 138 afirma que "qui mati a altri ha de ser castigat, com a reu d'homicidi, amb la pena de presó de deu a quinze anys". La descripció de la conducta que s'està prohibint utilitza diversos termes que s'han d'interpretar. Ara es tracta d'analitzar quines poden ser les seves característiques, tenint en compte els criteris i les tècniques que cal utilitzar per a assolir-ne el sentit i l'àmbit d'extensió i interpretar-los, de manera que puguem extreure del que aparentment és una formulació descriptiva la prescripció imperativa real.

Els termes utilitzats poden ser bàsicament de tres classes, seguint Cobo del Rosal i Vives Antón: descriptius, normatius i teòrics o cognoscitius. Tanmateix, hem de tenir en compte que la descripció ho és d'un fet el contingut del qual representa dur a terme no solament la dimensió fàctica del tipus, sinó també la valorativa; en altres paraules, tot i que ara ens referim a la interpretació dels termes en sentit lingüístic, cal recordar que el seu significat apareix vinculat a la tutela d'un bé jurídic i que aquesta funció n'ha de presidir la comprensió. Així, sempre i d'una manera inevitable hi ha una referència valorativa.

Qualifiquem de **termes descriptius** aquells per a la comprensió dels quals n'hi ha prou amb l'experiència, tant interna com externa, dependent de si es refereixen a esdeveniments del món real o a fets anímics.

Article 234

L'article 234 tipifica el delictes de furt de la manera següent: "qui, amb ànim de lucre, prengui els béns mobles d'altri sense la voluntat de l'amo". L'expressió "prengui els béns" és un element descriptiu objectiu, que es pot captar per la vista i ser contemplat, per tant, per un espectador extern.

Certament, no requereix més coneixements. L'absència de la voluntat o la concurrència de finalitat de lucre són elements psicològics perquè pertanyen a l'estat anímic de la víctima i l'autor, respectivament. La comprovació de qual-sevol element –al qual fan referència els termes– de tipus subjectiu s'ha de donar tenint-ne en compte les manifestacions externes. Però aquest no és el problema que abordem aquí, perquè es tracta d'una qüestió que afecta els elements del fet, però no els termes del tipus. De moment n'hi ha prou d'entendre el que estableix la norma. Preferim l'expressió *psicològics* que *subjectius*, perquè tant pot fer referència al subjecte actiu com a tercers, com succeeix amb la voluntat del propietari de la cosa.

Són **termes normatius** els que necessiten un judici de valor.

Els agreujaments del furt que conté l'article 235 CP ens proporcionen exemples clars de termes que, o bé ja han estat valorats per l'ordenament, com és el supòsit de coses de valor artístic, històric, cultural o científic, si és que s'han

declarat així, o estan pendents de valoració, com quan el furt té una gravetat especial, tenint en compte el valor dels efectes sostrets, o quan s'ocasionin perjudicis de consideració especial.

Finalment, són **termes teorètics** o **cognoscitius** els que requereixen no un judici de valor, sinó de coneixement, per a comprovar-los.

Exemples

Entre els agreujaments del furt a què s'ha al·ludit s'inclou el fet que els objectes sostrets siguin elements de primera necessitat i es creï una situació de desproveïment.

Un altre exemple d'aquest tipus de termes pot estar constituït per la gravetat de les lesions, que determina l'aplicació d'un paràgraf de l'article 147 CP o l'altre.

Per a determinar la concurrència de l'element definit per aquests termes, el jutge sol necessitar l'ajuda d'un expert, cosa que en el procés penal es tradueix en la prova pericial oportuna.

És desitjable que les formulacions típiques utilitzin termes que presentin el mínim de dificultats i ambigüitats possible, perquè es compleixi amb el **principi de taxativitat**, en virtut del qual sigui el legislador i no l'interpret qui defineixi els contorns del tipus. Per aquest motiu, és preferible utilitzar termes descriptius que no pas valoratius i, si s'ha d'acudir a aquests últims, la de termes normatius o ja valorats –de vegades fent ús de la tècnica de la llei penal en blanc, amb remissions a altres preceptes– que la de pendents de valoració.

4.5. Els elements del fet típic

Els tipus descriuen conductes que es pretén prevenir. L'objecte descrit és el fet típic, i dur-lo a terme d'una manera efectiva constitueix la conducta delictiva.

Com ja hem vist anteriorment, la conducta delictiva s'ha de caracteritzar per representar una exteriorització lesiva per a les llibertats dels altres, sense que siguin pertinents tipificacions de pensaments, idees, estats d'ànim o, fins i tot, comportaments externs mancats de transcendència per als altres.

Parlem del fet en abstracte, per a referir-nos a l'objecte de la descripció típica (l'homicidi, el furt o el delictes fiscal); és a dir, el que els termes típics han descrit. A continuació, analitzarem els diversos elements o figures dogmàtiques que es poden donar –alguns han de concórrer necessàriament– en el fet.

4.5.1. El subjecte actiu

Quan parlem de subjecte actiu ens referim a la persona que pot dur a terme el fet descrit. Es tracta d'una categoria dogmàtica que ens indica qui té capacitat potencial de realització del tipus, a diferència de l'autor, que constitueix una categoria de la responsabilitat i identifica qui ha dut a terme efectivament una conducta típica que ha representat la concreció del fet.

Subjecte actiu enfront d'autor

Després que hagi tingut lloc l'homicidi d'en Joan, direm que en Pere n'és l'autor, mentre que, en abstracte, s'afirma que qualsevol pot ser subjecte actiu de l'homicidi, precisament perquè es tracta d'una figura comuna que pot cometre qualsevol. En canvi, un delictes de prevaricació judicial només pot ser comès per un jutge. El subjecte actiu de la prevaricació judicial és el jutge; l'autor d'una prevaricació concreta és el jutge Pérez.

En la mesura que el subjecte actiu és potencial i l'autor expressa una realitat actual, podem dir que només poden ser autors d'un delictes els qui reuneixin les condicions que ha de tenir en subjecte actiu. Òbviament, en els delictes comuns aquestes condicions es limiten a ser persones físiques –i ens tornarem a ocupar immediatament de la problemàtica de les persones jurídiques–, mentre que en els delictes especials, que són els que tanquen el cercle de subjectes actius o, en altres paraules, que només poden ser comesos per persones que compleixin certes condicions, absolutes o bé determinades per la relació amb el bé jurídic o amb el seu titular–, l'autor ha de pertànyer al cercle de subjectes actius que hem esmentat definit pel tipus.

Ens hem referit als **delictes especials**. És absolutament lògic que determinades figures només poden ser comeses per subjectes que reuneixen certes característiques, cosa que es pot donar per diverses raons. Així, si la conducta descrita només pot ser comesa físicament per algú que tingui una determinada capacitat, estem davant el que s'ha anomenat **delictes de pròpia mà**. L'impagament de pensions al cònjuge separat o als fills, o l'exercici de violència física habitual pertanyen a aquesta categoria de delictes. En tot cas, la categoria està mancada de transcendència dogmàtica.

En canvi, sí que ens hem d'aturar davant els delictes especials, perquè la limitació d'autors no procedeix de la impossibilitat física, sinó del significat –és a dir, de l'acció– que determina el fet típic. Ens podem trobar que la llei és l'única que atorga rellevància penal a la conducta quan la duu a terme el subjecte que reuneix l'especialitat, o que determini el significat especial. En tot cas, la norma li atorga un tractament penal diferenciat.

1) Delictes especials propis

Parlem de delictes especials propis quan les condicions específiques del subjecte determinen un contingut d'injust igualment específic, perquè, en definitiva, signifiquen l'injust concret.

La major part, si no la totalitat, dels delictes comesos pels funcionaris públics en l'exercici dels seus càrrecs comporten un contingut d'injust específic, perquè incideixen en el funcionament de l'Administració pública o perquè signifiquen conductes diferenciades. La significació d'unes detencions il·legals, per exemple, és completament diferent si les duu a terme un funcionari de policia en el curs d'una investigació criminal o bé un ciutadà comú.

2) Delictes especials impropis

Per contra, els delictes especials impropis en sentit ampli no comporten una diferència de significat. En aquest tipus de delictes, les característiques pròpies del subjecte actiu no determinen un contingut d'injust diferent, sinó tan sols una resposta jurídica més o menys greu tenint en compte exclusivament si se'ls fa un retret més o menys important. No és una qüestió d'imputació objectiva, d'acció, sinó subjectiva, de retret, per la qual cosa sempre hi ha una figura correlativa comuna.

Exemple de delictes especial impropis

Podríem trobar un exemple en la vella regulació del parricidi, segons la qual matar un parent donava lloc a un delictes especial impropis diferent de la figura comuna correlativa d'homicidi. Encara avui es podria mantenir –tot i que aquest no és el lloc adequat per a aprofundir en la discussió– que l'assassinat és un delictes especial impropis respecte a l'homicidi, i fins i tot que la figura especialment agreujada del 140 ho és en relació amb els anteriors.

Precisament el fet que en els delictes especials impropis hi hagi una figura comuna correlativa ha induït gairebé tota la doctrina a considerar que aquesta era la nota característica de la categoria, mentre que la inexistència d'aquesta figura comuna determinaria que ens trobéssim davant un delictes especial propi. Tanmateix, cal recordar que el contingut d'injust determina el significat i, per tant, dues conductes aparentment iguals –una duta a terme pel subjecte actiu del delictes especial (*intraneus*) i l'altra, pel comú (*extraneus*)– resulten substancialment diferents; la similitud és simplement una aparença externa. Així, doncs, seria erroni considerar impropis aquests delictes especials.

3) Delictes especials, persones jurídiques i representació

En el seu moment, quan hem estudiat l'acció, hem plantejat la problemàtica de la capacitat de les persones jurídiques per a dur-la a terme, i ara hi afegirem ser subjectes actius de delictes. El cert és que *de lege lata*, és a dir, d'acord amb el dret

Vegeu també

Consulteu més amunt el subapartat 3.6.

vigent, no sembla possible admetre que ho siguin. Una qüestió diferent, encara que certament no distant, és la de la naturalesa penal o no de les conseqüències accessòries que preveu l'article 129 del CP.

El problema presenta un interès particular en els delictes especials quan és la persona jurídica qui compleix les condicions específiques per a ser subjecte actiu del delictes, però és una persona física qui actua en representació seva, si bé no és un problema que es dona únicament en aquest cas, perquè també és possible que una persona física actuï en nom d'una altra d'igualment física i tan sols es donin en aquesta última les condicions. Els que acabem d'esmentar són els únics casos en què es pot ser autor d'un delictes sense complir les condicions potencials del subjecte actiu. I això en virtut de l'article 31 del Codi, que disposa que "qui actuï com a administrador de fet o de dret d'una persona jurídica, o en nom o representació legal o voluntària d'un altre, respon personalment, encara que no hi concorrin les condicions, les qualitats o les relacions que la corresponent figura de delictes o falta requereix per poder ser-ne subjecte actiu, si aquestes circumstàncies es donen en l'entitat o la persona en nom o representació de la qual actua". Abordarem la qüestió en el mòdul corresponent, perquè és un problema d'autoria, és a dir, de responsabilitat penal, i no de subjecte actiu com a element necessari del fet típic.

4.5.2. El subjecte passiu

Subjecte passiu del delictes és el titular del bé jurídic protegit per la norma o, en altres termes, el titular del bé jurídic lesionat o posat en perill pel subjecte actiu o, si ens referim al supòsit concret, per l'autor del delictes.

Cal **distingir el subjecte passiu del delictes**, com a titular del bé jurídic protegit, del subjecte sobre el qual recau l'acció física (subjecte passiu de l'acció). La categoria dogmàtica que ens interessa és la primera.

També hem de distingir entre **subjecte passiu i perjudicat pel delictes**. La lesió o posada en perill d'un bé jurídic pot afectar un nombre elevat de persones que, en més o menys mesura, poden patir els efectes del delictes i, fins i tot, sofrir danys o pèrdues avaluable que, si escau, donin lloc a la seva personació en la causa o a reclamacions de responsabilitat civil. En qualsevol cas, si no són titulars del valor tutelat per la norma violada no són subjectes passius del delictes.

A diferència del que succeeix amb el subjecte actiu, en principi no s'estableixen limitacions respecte a la capacitat per a ser subjecte passiu. Qualsevol que pugui ser titular d'un dret o d'un interès pot ser subjecte passiu. Sens dubte, ho poden ser les persones jurídiques, i fins i tot col·lectivitats mancades de personalitat a les quals s'atribueixi la titularitat d'interessos. Es discuteix si el *nasciturus* (la persona concebuda i no nascuda), el fetus i fins i tot l'embrió –al-

gus autors mantenen que també el preembrió– són subjectes passius de determinades figures delictives com l'avortament, les lesions al fetus o les manipulacions genètiques. La resposta ha de dependre del tractament jurídic que s'atorgui: en la mesura que l'ordenament els reconegui com a titulars de drets potencials, als quals dispensa tutela abans del naixement, al nostre entendre no hi ha res que impedeixi considerar-los com a subjectes passius.

Hi ha una figura, el **delicte continuat**, en què es pot concebre una conducta que afecta una massa de subjectes passius i que, d'acord amb l'article 74.2 CP, determina un tractament unitari, com si es tractés d'un únic perjudici patrimonial. El cert és que cada un dels titulars del bé lesionat són subjectes passius, per més que el Codi decideixi donar un tractament unitari a la infracció.

Finalment, hem d'assenyalar que, amb certa impropietat, s'atorga a l'Estat la categoria de subjecte passiu indirecte de tots els delictes, en la mesura que és el titular de l'interès en la seva no-comissió. Aquesta consideració ens acostaria a entendre els delictes com a actes de mera desobediència als imperatius la titularitat dels quals li correspondria efectivament. Per contra, hem d'entendre que l'Estat és el titular directe d'una sèrie d'interessos, cosa que el converteix en subjecte passiu dels delictes polítics que afecten l'organització democràtica o els poders de l'Estat.

En el fons, ens referim a l'organització política de la societat; és a dir, dels ciutadans. La mateixa societat pot ser titular de béns. Cada vegada més freqüentment s'incorporen al Codi figures que tutel·len interessos supraindividuals o col·lectius. No es tracta, com de vegades s'ha pretès, de "delictes sense víctima" i, per tant, que no afecten ningú, sinó, per contra, de delictes que ens afecten a tots, raó per la qual la col·lectivitat es configura com a subjecte passiu. El mateix succeeix amb els delictes en què l'Estat, sempre que sigui democràtic, apareix com el titular del bé jurídic.

4.5.3. Objectes formal i material

Objecte formal i bé jurídic protegit són expressions equivalents. Per tant, podem identificar l'objecte formal amb el valor tutelat per la norma, amb el seu objecte de tutela.

Els valors poden ser susceptibles de materialització o no. Hi ha valors, com l'honor, fortament espiritualitzats, que només d'una manera molt impròpia se singularitzen en un objecte concret; d'altres, en canvi, es materialitzen.

L'objecte material és la concreció física del bé jurídic, del valor.

La vida o la salut són valors que es concreten en cossos físics que, en aquest cas, coincideixen amb el subjecte passiu. En aquests casos, se sol dir que, tanmateix, hi ha diferències: mentre que el subjecte passiu és la persona, l'objecte material seria el cos físic. En els delictes contra el patrimoni, l'objecte material estaria constituït per la cosa objecte de sostracció en el furt, o fins i tot el bé immoble objecte d'usurpació.

Certament, no podem afirmar que la dogmàtica hagi reservat un gran paper a l'objecte material, tot i que sí que en pot desenvolupar un: en els delictes que comporten un resultat material que comporti la lesió del bé jurídic, aquesta lesió es concreta amb més facilitat en l'objecte material. Passa el mateix amb els delictes de perill concret, en què l'existència d'un objecte material la integritat del qual s'ha vist amenaçada pot ser un indicatiu excel·lent per a comprovar el risc i, per tant, la consumació del perill.

4.6. Els elements subjectius del fet típic

La concepció del tipus com a valoració i el consegüent abandonament de les tesis que l'entenien com una descripció neutra ha fet impossible considerar-lo d'una manera estrictament objectiva. Recordem que en les primeres formulacions la tipicitat encara no significava desvalor de cap mena, sinó que es limitava a fer una mena de primera selecció de les conductes que podien esdevenir antijurídiques. I en aquest sentit, el tipus es limitava a descriure l'aspecte purament extern i, per tant, objectiu de l'acció.

Per contra, si la tipicitat determina l'injust específic de la figura delictiva corresponent, i dur-la a terme representa necessàriament la lesió o posada en perill del bé jurídic, resulta evident que a aquest bé o, si ho preferiu, al fet típic, han de pertànyer tots els elements que contribueixen a la producció de l'injust, tant si són objectius com subjectius. Això, lluny de ser incompatible amb una concepció objectiva de l'antijuridicitat, no solament resulta coherent, sinó que fins i tot es pot dir que és una conseqüència inherent a aquesta concepció.

I és que dues conductes aparentment idèntiques en l'aspecte objectiu poden ser significativament diferents depenent exclusivament de la presència o no d'un element subjectiu (que pertany a l'aspecte intern de l'autor). Així, agafar un bé moble pot no significar res des del punt de vista penal si es fa amb la intenció de traslladar-lo de lloc, per exemple, per a poder seure a la butaca que ocupava, o fins i tot amb la de complir amb la voluntat de l'amo; en canvi, és constitutiva d'un delictes de furt si s'agafa precisament amb la voluntat de fer-lo propi.

L'exigència de l'element subjectiu no és fruit d'una decisió capritxosa del legislador. En molts casos, obeeix a la seva resolució de limitar la intervenció del dret penal a les conductes més intolerables –per això, en la major part dels tipus s'exigeix la presència del dol, és a dir, del coneixement i el compromís amb l'atac al bé jurídic–, però en altres és inherent a la mateixa lesivitat, i la seva mera absència determina que la conducta sigui innòcua o, almenys, que la lesivitat actual o potencial es vegi considerablement reduïda. Finalment, direm que hi ha supòsits en què la mateixa significació de la conducta és inconcebible sense l'element subjectiu, perquè és impossible defraudar sense voluntat d'engany; no es pot injuriar sense la intenció de fer-ho.

Els supòsits més característics de tipus amb elements subjectius són, en primer lloc, aquells en què el subjecte ha de dirigir la conducta, des d'un punt de vista finalístic, a l'obtenció d'un resultat, material o jurídic, concret: els **delictes d'intenció**. També s'anomenen *delictes de tendència interna transcendent*, en què la voluntat del subjecte resulta determinant per al significat. Es distingeixen dels anteriors perquè no es tracta de la voluntat final de l'autor, sinó de qualsevol altre aspecte subjectiu, com el coneixement. Finalment, esmentarem els delictes d'expressió, caracteritzats per l'oposició entre l'aspecte intern i l'exteriorització: el subjecte expressa el contrari del que pensa o sap.

En el seu moment ens referirem a les característiques especials que té el dol com a element subjectiu del tipus en els delictes que només admeten la modalitat dolosa. De moment, ens interessen dues qüestions: la primera, que el dol, a diferència de la resta d'elements subjectius, no determina que tingui lloc o no la lesió del bé jurídic, sinó tan sols la seva rellevància penal quan ho decideix el legislador i, en cas que també siguin típiques les modalitats no doloses (imprudents), afecta la imputació subjectiva. La segona, que l'exigència d'elements subjectius en el tipus fa molt difícil la incriminació de modalitats no doloses. I això està clar, com a mínim, en els supòsits de delictes d'intenció i d'expressió, tot i que és possible pensar en algun delictes en què pugui tenir transcendència un error vencible sobre el tipus que permeti, si escau, la incriminació per imprudència. Com que s'ha de preveure expressament, l'observació ha passat a ser gairebé de laboratori, sense transcendència pràctica real.

Finalment, hem de ressaltar la presència necessària d'elements subjectius en els supòsits d'extensió de la tipicitat: els actes preparatoris, la temptativa o els supòsits de participació requereixen la voluntat o, almenys, el coneixement d'arribar a cometre el delictes o de participar-hi, respectivament.

Exemple

Un exemple característic de **delictes d'intenció** és el furt, en què s'actua amb voluntat de lucre, mentre que l'exigència de l'ànim libidinós en els abusos sexuals determina que sigui un delictes de tendència interna transcendent. Finalment, el fals testimoni, en el qual ha d'incórrer la voluntat de mentir, ho és d'expressió.

Vegeu també

Consulteu l'apartat 6.

Vegeu també

Podeu veure el mòdul "Autoria i participació. *Iter criminis*".

4.7. Classificacions dels tipus

Es poden establir moltes classificacions, d'acord amb criteris diferents. En aquest moment ens interessa conèixer sobretot la terminologia, i també les particularitats dels diversos tipus. En cada lloc oportú, segons el criteri que se segueixi per a la classificació, aprofundirem en els aspectes principals.

1) Segons el **contingut d'injust**, i segons quins béns jurídics afecten, podem parlar de:

- **Uniofensius.** Lesionen o posen en perill un sol bé jurídic, cosa que no impedeix que puguin alterar altres interessos, però que no pertanyen al nucli del contingut d'injust (l'homicidi representa la lesió de la vida).
- **Pluriofensius.** Lesionen o posen en perill diversos béns jurídics incorporats a la norma (l'acusació i denúncia falses afecten l'administració de la justícia i l'honor de les persones).

2) Segons el **grau d'afecció del bé jurídic**:

- **De lesió.** La consumació del delictes requereix un dany efectiu, una lesió del bé jurídic (l'homicidi és un delictes de lesió).
- **De perill.** La consumació té lloc amb la simple creació del risc per al bé jurídic. Al seu torn, poden ser:
 - **De perill concret.** El risc s'ha de materialitzar en un objecte determinat (un exemple de perill concret és la conducció temerària).
 - **De perill abstracte.** No cal aquesta concreció (un exemple de perill abstracte és la conducció sota la influència de begudes alcohòliques o a velocitat típicament excessiva).

3) Per la manera de **manifestar-se la conducta**, podem distingir:

- **Delictes de simple activitat.** N'hi ha prou amb el desenvolupament d'una conducta, sense que es requereixi cap resultat material; per exemple, les associacions il·lícites.
- **Delictes de resultat material.** Requereixen la producció causal del resultat esmentat: l'homicidi. Al seu torn, podem distingir, segons com s'ha de donar el resultat, entre:
 - **Delictes prohibitius de causació.** El resultat es pot donar de qualsevol manera, sempre que s'estableixi la relació de causalitat oportuna: l'homicidi.

- **Delictes amb mitjans comissius taxats.** La llei determina la modalitat exacta en què s'ha d'actuar per a produir el resultat. És el cas, per exemple, de la defraudació de fluid elèctric (article 255).

4) Segons la tècnica de la descripció i la determinació de la conducta:

- **Tipus tancats.** La mateixa descripció de la conducta delimita perfectament tots els supòsits que s'hi poden incardinar. Exemple: la falsedat en document privat.
- **Tipus oberts.** La descripció utilitza termes normatius o pendents de valoració i, per això, és necessària una valoració posterior per a delimitar la conducta típica. Exemple: un delictes contra la higiene i la seguretat en el treball (article 316).

5) Per la relació entre les diverses figures:

- **Tipus bàsic.** Conté tots els elements característics del tipus es qüestió; per exemple, l'homicidi.
- **Tipus agreujats o qualificats.** Recullen, juntament amb les característiques del tipus bàsic, altres que, en concórrer, determinen un contingut d'injust o de retret més elevat i una pena més important, com l'assassinat.
- **Tipus atenuats o privilegiats.** Comporten una pena inferior, tot i que es donen les característiques del tipus bàsic. Pot succeir perquè en concórrer alguna específica disminueix el contingut d'injust, o perquè el subjecte fa alguna cosa que contribueix a disminuir el dany. Per exemple: detencions il·legals amb alliberament abans de tres dies (163.2, respecte a les bàsiques del 163.1).

6) Segons el subjecte actiu:

- **Delictes comuns.** Els que pot cometre qualsevol, com l'homicidi.
- **Delictes especials.** Els que redueixen el cercle de subjectes actius. Segons el fonament de la reducció, poden ser:
 - **Especials propis:** les característiques especials del subjecte actiu determinen un contingut d'injust diferent. Per exemple: les detencions il·legals que duu a terme un funcionari públic.
 - **Especials impropis:** aquestes característiques determinen una pena diferent, tot i que el contingut d'injust és el mateix. Per exemple, el vell delictes de parricidi o l'omissió del deure de socors pel garant.

7) Segons si requereixen més d'un subjecte actiu o no:

- **Unipersonals.** Els pot cometre un sol subjecte. Així, l'homicidi.
- **Pluripersonals o plurisubjectius.** Hi ha d'intervenir necessàriament diversos subjectes. Al seu torn, poden ser:
 - **De convergència.** Cal que diverses persones assumeixin la mateixa conducta perquè, en reunir-se es produeixi el tipus. Per exemple: associacions o reunions il·lícites.
 - **De trobada.** Els subjectes duen a terme conductes diferents que, en creuar-se, adquireixen la significació típica. Per exemple, el suborn.

8) Segons si requereixen diferents fases per a consumir-se o no:

- **Delictes unisubsistents.** Es consumeixen amb un sol acte. Per exemple, l'homicidi.
- **Delictes plurisubsistents.** Requereixen diversos actes. Així, el descobriment i la revelació de secrets. En algun supòsit, el Codi castiga per anticipat una part de la conducta sense esperar que és perfaci. Són els delictes mutilats de dos actes. Dins els plurisubsistents també cal esmentar els delictes habituals, en els quals s'ha de repetir el mateix acte diverses vegades perquè la conducta sigui delictiva (habituals propis) o perquè rebí un tracte diferenciat (habituals impropis), per exemple, els maltractaments en l'àmbit familiar (article 153 del CP).

Hi ha moltes més classificacions possibles, però les que tenen més interès s'analitzaran en el lloc on correspongui.

5. Adequació a tipus, relació de causalitat i imputació objectiva

5.1. Introducció. Nivells d'imputació objectiva

La primera condició que ha de tenir una conducta per a ser típica és, òbviament, la de coincidir amb la descripció que n'ha fet la norma corresponent; la segona, com sabem, la de comportar la lesió o posada en perill del bé jurídic, és a dir, el contingut d'injust específic. El compliment d'aquestes condicions requereix la comprovació corresponent en la doble dimensió: la fàctica, en què serà necessari establir que concorren els diferents elements del fet típic, i la valorativa, que permeti d'afirmar la connexió necessària entre aquests elements i la producció de l'injust específic. L'establiment de totes aquestes connexions passa necessàriament per un procés d'atribució o, utilitzant la terminologia encunyada en l'actualitat, d'imputació objectiva.

Aquesta expressió, per cert, adquireix diversos sentits, i convé aclarir a què ens referim en cada cas. En el sentit més extens, el judici d'imputació objectiva és la contrarietat amb la norma objectiva de valoració i comporta l'atribució a la conducta de la infracció del deure objectiu o l'haver de ser ideal, per tant, de la desvaloració objectiva. Tanmateix, també utilitzem l'expressió per referir-nos a l'adequació al tipus, és a dir, per a atribuir l'injust específic, la lesió o posada en perill del bé jurídic a una conducta que coincideix amb la descrita pel tipus. I, en sentit més estricte, probablement el més utilitzat per la doctrina i sens dubte el menys adequat i correcte, per a atribuir la producció d'un resultat material a una conducta la tipicitat de la qual ho requereix. En realitat, estem davant de tres nivells d'imputació objectiva, i els tres s'han de donar perquè la conducta sigui antijurídica.

Pel que fa a l'atribució o imputació fàctica, el problema només té lloc respecte als delictes de resultat. En els de mera activitat no cal establir més connexions. Tanmateix, s'ha de tenir molt clar que en aquests delictes també són necessaris els altres dos nivells d'imputació objectiva: s'ha de comprovar que concorre lesió o posada en perill d'un bé juridicopenal que és imputable a la conducta i, finalment, que es conserva la desvaloració en contrastar-la amb la resta de l'ordenament, perquè no concorre cap causa de justificació.

5.2. La relació de causalitat en els delictes de resultat

En analitzar les diferents concepcions entorn de l'acció, hem estudiat com la més clàssica, la causal, intentava d'explicar el fet delictiu com una manifestació de voluntat que produïa la causació d'una alteració del món exterior perceptible pels sentits. Si bé la concepció va ser rebutjada, en el seu moment, per

Vegeu també

Consulteu el subapartat 3.2.1.

ser absolutament inadequada per a explicar el fenomen de la valoració, fonamental en el concepte de tipus que manegem, i per considerar la conducta necessàriament des d'una perspectiva *ex post*, hi ha molts aspectes d'aquesta concepció que, almenys com a problema, continuen oberts.

La comprovació de l'adequació a tipus d'una conducta, quan la norma requereix la producció efectiva d'un resultat material, obliga a establir els criteris en virtut dels quals el resultat apareix com a conseqüència de l'acció, per la qual cosa podem imputar aquest resultat a l'acció.

En definitiva, si el desvalor del resultat ha de procedir del de l'acció, l'objecte del desvalor del resultat també ha de procedir de l'objecte del desvalor de l'acció.

Només podem dir que en Pere és autor de l'homicidi d'en Joan si la lesió de la vida pot ser imputada a la conducta perillosa d'en Pere. I això només pot succeir si la mort d'en Joan procedeix i ha estat causada per la conducta d'en Pere. Només llavors podem afirmar, amb totes les conseqüències, que en Pere ha mort en Joan.

No és estrany que el problema de la relació de causalitat entre acció i resultat constitueixi el nucli de la teoria del delictes en la concepció causal de l'acció. I tampoc no és estrany que, malgrat el temps transcorregut i la successió de concepcions entorn del delictes, continuï constituint un problema bàsic del dret penal actual. Per aquest motiu, convé que, encara que sigui d'una manera esquemàtica, comprovem les fites principals en les formulacions de les teories de la causalitat i la imputació.

Actualment, la doctrina i la jurisprudència intenten solucionar el problema d'acord amb el que es coneix com a teoria de la imputació objectiva. Es tracta de determinar quan es pot atribuir el resultat típic a l'acció.

5.2.1. L'equivalència de les condicions

L'aplicació de la metodologia pròpia de les ciències bàsiques i, més concretament, de la física, que va caracteritzar el positivisme naturalista, va deixar clarament l'empremta en l'establiment dels criteris de delimitació de la causalitat.

El que acabem d'esmentar es traduiria en la formulació, molt correcta, per cert, de Stuart Mill, qui considerava que "és causa d'un determinat efecte el conjunt de condicions a partir del qual l'efecte es produeix necessàriament".

Des d'una perspectiva *ex post*, es podria atribuir la consideració de causa al conjunt de condicions, sense la confluència de les quals no s'hauria produït l'efecte.

En tot cas, són regles de la necessitat les que mostren un camí d'anada i tornada; de la causa a l'efecte i d'aquest últim a la causa.

Quan Glaser i Von Buri apliquen aquests criteris al dret penal, se separen d'aquest camí perquè necessiten singularitzar el concepte de causa. Ens referim a accions i no a conjunts de condicions. Es tracta, per tant, de comprovar la relació entre una condició –l'acció– i el resultat, i difícilment es pot identificar l'acció amb el conjunt de condicions, i afirmar que aquesta acció, sense que es doni cap altra incidència, ha de produir el resultat necessàriament.

Però sí que serà possible mantenir el camí de tornada; si sense l'acció no hi ha resultat, podem considerar causa tota acció sense la qual, en suprimir-la mentalment des de la perspectiva *ex post*, no s'hauria produït el resultat, és a dir, si després de suprimir virtualment una escena determinada, no s'hagués produït el desenllaç.

Tanmateix, totes dues formulacions presenten entre si diferències capitals. En deixar de referir-nos al conjunt de condicions per a singularitzar una acció com a causa, el camí ha deixat de ser d'anada i tornada. Si en suprimir mentalment un conjunt de condicions comprovem la impossibilitat que es produeixi el resultat, podem afirmar que sempre que es torni a donar aquest conjunt es tornarà a donar un efecte idèntic. La física pot explicar els fenòmens d'aquesta manera, que és el que li permet de predir-los. Això no obstant, si només suprimim mentalment una acció, solament comprovarem que en **aquest cas concret** el resultat no s'hauria produït, però no estarem en situació de predir que si l'acció es repeteix, aquest resultat es tornarà a donar. I és que els fenòmens físics obeeixen a regles de necessitat, i les accions, a regles de llibertat.

Així, doncs, podem determinar quan una acció ha contribuït a la causació d'un resultat d'una manera necessària, però difícilment podem arribar a conclusions, en el moment de dur a terme la conducta, sobre si la verificació provoca necessàriament el resultat.

Malgrat tots els inconvenients, en aparença no resulta inadequat ni injust atribuir la condició de causa a l'acció que va contribuir necessàriament a produir el resultat, motiu pel qual cap formulació posterior no ha aconseguit aproximar-se tant a la categoria científica com la **teoria de l'equivalència de les condicions**. Tanmateix, quan aquesta teoria fracassa definitivament és quan pretén delimitar la responsabilitat. Perquè una cosa és afirmar que una acció, considerada *ex post*, ha contribuït necessàriament al resultat, perquè si la su-

primíssim no s'hauria produït, i una altra de molt diferent afirmar la responsabilitat de l'autor, que en el moment de cometre l'acció no en podia predir les conseqüències futures.

Això es deu al fet que els esdeveniments no sempre responen a criteris predictibles i perquè, posats a suprimir mentalment accions sense les quals un determinat resultat no s'hauria produït, la tasca no trobarà límits, perquè ja se sap que **tota causa efficient** és, al seu torn, **efecte d'una causa anterior**, i que aquesta cadena no té límit ni admet excepcions.

Exemple de cadena causal

En Pere llança a la vorera una pell de plàtan. Poc després passa en Joan, que sense adonar-se'n la trepitja, cau i es fa una petita ferida. Com que és molt escrupolós, decideix adreçar-se a una casa de socors pròxima, on l'atenen. En sortir, ensopega i cau escales avall, cosa que li provoca una fractura de maluc. El porten a un hospital, on el sotmeten a una intervenció quirúrgica. Aquella nit es produeix un curt circuit que provoca un incendi a l'hospital. Com que en Joan està immobilitzat, no ha pogut ser evacuat i pateix importants cremades, per la qual cosa és traslladat urgentment a la unitat de cremades d'un altre centre hospitalari. Durant el trajecte, l'ambulància té un accident quan surt de la carretera i cau per un barranc. En Joan mor en rebre un cop al cap. Si suprimim mentalment la conducta d'en Pere, podem arribar a la conclusió que no s'hauria donat tota la cadena causal –el curs causal irregular– i en Joan no hauria mort. D'acord amb la teoria de l'equivalència de les condicions, doncs, hem de concloure que en Pere ha mort en Joan. Si a tot això hi afegim que en Pere no hauria llançat la pell de plàtan si no l'hagués comprat prèviament a la fruitera de la cantonada, que no n'hauria disposat si n'hagués adquirit a un majorista que ho va adquirir, al seu torn, en una plantació, etc., haurem de remuntar-nos al principi dels segles per a atribuir la responsabilitat de la mort d'en Joan.

Per això, cal posar límits als criteris derivats de l'equivalència de les condicions. Així, s'ha d'afirmar que un curs causal irregular no predictable, com el que es descriu en l'exemple anterior, o una intervenció lliure d'un tercer, no regida per les regles de la necessitat, trenquen el nexa causal. Amb tot, sembla necessari establir límits una mica més concrets.

5.2.2. Teories correctores

Per a evitar efectes tan absurds, s'han succeït diverses tesis que, partint de la de l'equivalència de les condicions, han pretès corregir-la. Algunes han plantejat la **necessitat d'individualitzar**, d'entre totes les condicions concurrents, la que consideren més important, sense que aquesta selecció obeeixi a cap altre criteri que el purament arbitrari, el qual certament invalida la proposta. D'altres, per contra, es presenten com a generalitzadores, se situen en el lloc d'un espectador objectiu i, d'acord amb l'experiència general i amb els coneixements de l'autor en el moment en què va actuar, pretenen calibrar si va poder preveure o no les conseqüències del seu acte o, més ben dit, si aquest va ser "generalment adequat" per a produir el resultat. Al marge de la inexistència real d'observadors objectius amb experiència general i, si escau, a més, amb els coneixements especials de l'autor, es produeix una clara confusió entre els criteris d'imputació objectiva –l'experiència general determinaria, pretesament, l'existència o no del deure objectiu– i la subjectiva, en introduir els coneixements especials com a correcció.

L'anomenada **teoria de la rellevància** té més transcendència. Aquesta tesi distingeix entre causalitat, que només es pot afirmar d'acord amb l'equivalència de les condicions, i imputació, que deriva de l'afirmació de l'adequació de la conducta al tipus penal. Finalment, és el sentit dels tipus el que determina la rellevància real de la conducta. Sembla que no hi ha cap altre problema que el d'haver tornat al punt de partida: determinar, precisament, quan la conducta és típica.

5.3. La imputació objectiva com a teoria de la tipicitat

Seguint l'estela de la teoria de la rellevància, en els nostres dies ha adquirit un gran predicament la denominada **teoria de la imputació objectiva**, que insisteix en la idea, sens dubte compartible, que no tota conducta causal ha de generar responsabilitat. El problema continua essent establir els criteris pels quals s'atribueix.

Els més utilitzats són el de l'**increment del risc** i el de la **finalitat de protecció de la norma**. D'acord amb el primer, un resultat és imputable a una conducta quan hagi creat un perill que no existia per a un bé jurídic, o quan incrementa el que ja hi havia abans. Amb això, si en el concepte de resultat incloem el perill, no haurem avançat gaire, de manera que hem de determinar precisament quan es pot afirmar que és atribuïble a la conducta.

Si, com semblava en un principi, el problema que s'ha de resoldre és el de l'atribució del resultat material, no podem afirmar que no ha quedat resolt, tret que afirmem que n'hi ha prou d'haver creat el risc perquè s'imputi el resultat. En aquest sentit, s'afirma que el resultat no constitueix l'objecte d'imputació. Es tractaria, per contra, d'imputar un perill creat per la conducta que ha cristal·litzat en la producció del resultat material. El que definitivament no queda clar és quan considerem que la cristal·lització del resultat deriva del risc.

En altres paraules: si en Pere ocasiona una ferida a en Joan, que mor, continuem havent de determinar el nexa entre acció i resultat. No sembla lògic ni admissible imputar la mort a la conducta si hi ha incidit alguna altra causa, com per exemple un infart de miocardi. Continua essent necessari, doncs, establir el nexa d'unió. La teoria de la imputació objectiva pretén eliminar la qüestió de la causalitat, però no aconsegueix evitar que torni a aparèixer.

Encara que els que la van formular sostinguin que el que s'imputa és la creació o l'increment del risc, la veritat és que en els tipus que exigeixen un resultat material cal que aquest s'hagi produït i, a més a més, ha de procedir precisament de l'acció. Una de les qüestions que cal dilucidar és quan quedarà interrompuda aquesta atribució, cosa que passa en els cursos causals impredecibles o sempre que s'interposa la conducta d'un tercer o de la víctima mateixa. Així, hi haurà supòsits d'autoposada en perill en què s'atribueixi el resultat a aquesta i no a la creació de risc per part d'un altre. Si en Pere condueix el seu cotxe a una velocitat superior a la permesa i atropella en Joan, no se li podrà imputar

el resultat de mort si va ser en Joan qui es va llançar a les rodes del vehicle perquè es volia suïcidar o, simplement, perquè va travessar la calçada de manera manifestament imprudent (en aquest cas podríem estar, com a màxim, davant d'una compensació de culpes).

La referència al fi de protecció de la norma no té una significació gaire diferent de la d'exigir la lesió o posada en perill del bé jurídic que precisament s'hi incorpora, sense que es pugui afirmar la tipicitat si aquest bé no es veu afectat. Però, com hem vist, això ja s'afirmava en reclamar l'afecció a la dimensió valorativa de la norma.

En resum, és cert que no n'hi ha prou d'afirmar la causació, perquè també és necessària la lesivitat real a més de la potencial *ex ante*, atès que és just la lesió o posada en perill el que s'imputa en afirmar la tipicitat. Per tant, no podem afirmar que la utilització dels criteris d'imputació objectiva ha resolt ni obviat d'una manera satisfactòria la qüestió de la causalitat.

5.4. Causació i causalitat. La predictibilitat general

Tanmateix, i com ja hem subratllat, la teoria i els criteris d'imputació objectiva assenyalats posen en relleu la necessitat de separar causació i responsabilitat. Amb tot, la imputació objectiva no s'ha d'entendre bàsicament com l'atribució del resultat material a la conducta o, almenys, no en exclusiva. Es tracta de comprovar la tipicitat, cosa que implica atribuir l'injust específic de la figura a l'acció (recordem que es tracta de comprovar el tipus d'acció i que aquesta es concep com a significat, cosa que inclou el vessant ofensiu, que és la lesió efectiva o la creació del risc per al bé jurídic). Certament, en els delictes que exigeixen la causació d'un resultat material, aquesta causació s'ha de comprovar, cosa que s'ha de fer definitivament d'acord amb la teoria de l'equivalència de les condicions.

És possible afirmar que tota acció que ha contribuït necessàriament al resultat n'ha estat causa, i això succeeix quan, des d'una perspectiva *ex post*, i després de suprimir virtualment la conducta, el resultat no s'hauria produït.

Tanmateix, la causació és un requisit, la verificació del qual no pot implicar encara la imputació objectiva. Com ha subratllat Mir Puig, la responsabilitat penal només es pot predicar de les conductes que *ex ante* en el moment de dur-se a terme apareixen com a perilloses, portadores potencials de la lesivitat. I ens referim precisament a això en exigir el desvalor de l'acció com a component del tipus d'injust i, per tant, de la tipicitat.

Cobo del Rosal i Vives Antón han posat en evidència la greu confusió en què han caigut les teories tradicionals de la causalitat. L'equivalència de les condicions indica quan una conducta ha causat, cosa que es comprova necessàriament *ex post*, mentre que el que es tracta de demostrar és una cosa diferent de la **causació: la causalitat**.

Això significa afirmar *ex ante* que la conducta és susceptible, d'acord amb regles de necessitat, de causar el resultat. Vam veure com la teoria de l'adequació situava un espectador objectiu, ciutadà mitjà, en el lloc de l'autor i com li encomanava la complicada tasca de preveure el resultat. La seva previsió resultava inadequada si tenia uns coneixements inferiors als de l'autor real, cosa que obligava a incloure'ls en els del ciutadà mitjà, amb l'efecte inevitable que l'afirmació de la causalitat se subjectivés i depengués exclusivament de l'autor, és a dir, del fet que la imputació objectiva es tornés subjectiva.

Si pretenem comprovar **objectivament** la causalitat de la conducta (si es tracta, doncs, de poder imputar objectivament i afirmar, per tant, l'adequació al tipus), hem d'arribar a la conclusió que la conducta podia produir el resultat que va produir efectivament, i que això era predictable (es podia dir prèviament que ho produiria). L'única manera de no confondre objectiu i subjectiu és utilitzar un criteri general que, necessàriament, s'ha de situar en el nivell més elevat possible de coneixements i incloure tots els que estiguessin a l'abast de la societat en el moment de l'acció, de manera que no hi hagués cap ciutadà que pogués conèixer més que aquesta mesura.

En paraules dels últims autors esmentats, "perquè la causació d'un resultat sigui típica, ha de ser possible establir una relació de causalitat entre el comportament i el seu resultat. En el moment de dur a terme el comportament, el resultat ha d'aparèixer com una conseqüència predictable segons lleis generals."

D'altra banda, el criteri amb què atribuïm la desvaloració pròpia de la tipicitat no pot ser diferent. Així, per afirmar la tipicitat no n'hi ha prou de comprovar la causació d'un resultat material en els delictes que l'exigeixen. S'hi ha de comprovar la relació de causalitat d'acord amb el criteri de la predictibilitat general. A més, tant en aquests delictes com en els de mera activitat, s'han de comprovar causació i causalitat de l'aspecte valoratiu: lesió o posada en perill del bé jurídic.

Només quan sigui predictable generalment que la conducta lesiona o posa en perill un bé, aquesta conseqüència es pot imputar objectivament.

Certament, aquesta predictibilitat no es pot donar quan entre conducta i resultat material, o entre aquesta conducta i lesió o posada en perill, s'interposi l'actuació lliure d'un tercer, perquè **els comportaments lliures no són predecibles** -tot i que poden ser previsibles.

Doncs bé, només quan hi hagi predictibilitat general de la lesió o posada en perill del bé jurídic, hi pot haver infracció del deure objectiu de no causar-les i, per tant, tipicitat.

Comportaments predecibles

Podem preveure que el nostre veí reaccionarà d'una manera agressiva si deixem la porta oberta, però no podem predir que ho farà sense negar, alhora, que ha adoptat la seva decisió lliurement.

En els supòsits en què aquesta predictibilitat només es pugui donar amb dol, aquest dol també ha de concórrer, com veurem en l'apartat corresponent. Si, per contra, la modalitat imprudent és possible, n'hi ha prou amb la infracció del deure objectiu que, en aquest cas, consisteix a posar la màxima cura necessària i exigible per a evitar el resultat predecible; en aquest cas és objectivament predecible i evitable.

Finalment, hem d'assenyalar que **la comprovació de la relació de causació és impossible en l'omissió**, en què, tanmateix, tampoc no podem prescindir de l'afirmació de la relació de causalitat d'acord amb el criteri de la predictibilitat objectiva. En l'apartat següent analitzarem aquesta qüestió.

Aquí també es podria parlar d'*imputació objectiva*, en el sentit en què ho fan la doctrina i la jurisprudència majoritàries –encara que probablement Cobo i Vives no compartirien aquesta afirmació. Només es pot atribuir el resultat a l'acció si aquesta era potencialment lesiva en el moment de la seva realització (*ex ante*), cosa que significa que, d'acord amb uns criteris objectius, es podia predir el curs causal i la producció del resultat. Per tant, caldrà que mitjançant la conducta s'hagi creat, o almenys incrementat, el risc per al bé jurídic. També serà necessari que aquest risc hagi cristal·litzat *ex post* en el resultat, en cas que aquest constitueixi una exigència típica. Negarem aquesta connexió si es presenten concauses prou importants, com ara les que hem mencionat més amunt (en els exemples que es donen en l'epígraf dedicat a la imputació objectiva). A més a més, i per a poder parlar amb propietat d'imputació objectiva, caldrà que la conducta es derivi de la lesió o la posada en perill del bé jurídic. La conducta i el resultat han d'afectar l'objecte de tutela, és a dir, a la finalitat de protecció de la norma.

6. L'omissió

La conducta tant pot verificar-se a través d'un comportament actiu com d'un passiu. Estudiarem a continuació l'omissió i els seus diferents tipus.

6.1. La tipicitat en l'omissió

Fins ara ens hem referit a la conducta com a acció positiva però, com sabem, l'acció pot tenir la forma d'omissió. És més, s'afirma, i amb raó, que la modalitat omissiva té cada vegada més importància, perquè és més pròpia del dret penal d'un estat social més intervencionista i menys conservador que el purament liberal.

Mentre que els delictes d'acció positiva impliquen la infracció d'una prohibició, l'omissió, amb els matisos als quals farem referència, comporta la infracció d'un mandat de fer. I mentre que l'acció positiva es pot entendre per si mateixa, amb independència de les normes, l'omissió¹ implica necessàriament una concepció normativa, en la mesura que requereix una referència a la conducta que s'hauria d'haver adoptat i no ho va ser.

És molt probable que per aquesta raó les concepcions tradicionals de l'acció hagin tingut dificultats per a explicar d'una manera coherent totes dues modalitats. La recerca d'un supraconcepte ontològic d'acció capaç d'englobar acció positiva i omissió, sense referències jurídiques, ha constituït, com hem vist, un dels màxims esforços que han ocupat la teoria jurídica del delictes. Una concepció significativa de l'acció sí que està en condicions d'aportar-lo, perquè en la mesura que el que importa no és el suport físic, sinó el significat, es pot assolir sense dificultats, amb independència de la forma que adopti.

Precisament, la referència al deure ha estat una de les característiques de l'omissió. Tanmateix, no seria correcte fonamentar l'injust en els delictes d'acció positiva en la lesió o posada en perill d'un bé jurídic, i considerar l'omissió com la infracció d'un deure d'obligació. El **contingut d'injust en l'omissió també s'ha de considerar des de la norma objectiva de valoració**. El que succeeix és que, en aquests delictes, el perill per al bé jurídic preexisteix, i la norma confia que l'acció esperada del subjecte l'atenuï o, fins i tot, el faci desaparèixer.

Però això no ens ha de portar a confusions. La no-realització de la conducta esperada, és a dir, l'omissió, no comporta automàticament la infracció del deure exigible. Per contra, i d'una manera paral·lela als delictes d'acció positi-

⁽¹⁾L'omissió comporta la infracció d'un mandat de fer.

Exemple

Significa el mateix matar un home clavant-li una punyalada que deixar-lo morir quan es té la possibilitat i el deure de salvar-lo.

Exemple

Un subjecte omet l'acció esperada perquè té una por insuperable.

va, el que es produeix és la infracció de l'haver de ser ideal o deure objectiu. Conducta esperada i conducta objectivament deguda són, doncs, conceptes equivalents.

Exemple

L'article 195 tipifica l'omissió del deure de socórrer qui està desemparat i en perill manifest i greu. Tanmateix, això no significa que qui fuig del lloc perquè tem ser agredit per altres persones no pugui assumir un comportament excusat per la por insuperable, per la qual cosa no és possible, com tindrem ocasió de veure més endavant, la imputació subjectiva ni, per tant, la infracció del deure subjectiu. En canvi, s'ha produït la infracció del deure objectiu, a què fa referència el mateix *nomen iuris* del precepte. En definitiva, en aquest punt no hi ha cap particularitat respecte a un delictes d'acció positiva: la tipicitat comportarà la infracció del deure objectiu, però no necessàriament la del deure d'obligació subjectiu.

De vegades, la llei penal estableix deures objectius d'actuació positiva la infracció dels quals determina la verificació d'una conducta típica omissiva.

Hem de destacar que és precisament no fer el que s'hauria de fer el que constitueix l'omissió. Alguns, portant al màxim la pretensió d'explicar d'una manera paral·lela acció positiva i omissió, arriben a afirmar que aquesta última consisteix a fer una cosa diferent del que s'ha de fer. A més, i encara que, com és lògic, els delictes d'omissió presenten particularitats evidents, cal reduir-les a les que realment impliquen diferències respecte als d'acció positiva. I els uns i els altres han de ser explicats amb els mateixos criteris valoratius i sistemàtics.

6.2. Classes d'omissió: pròpia i impròpia

En el seu moment hem distingit, en els delictes d'acció positiva, entre els de mera activitat i els de resultat material. Els primers no necessitaven la comprovació de la causació d'un resultat material ni, per tant, de la predictibilitat general, mentre que en els segons aquesta comprovació resultava necessària.

Doncs bé, aquesta classificació s'ha d'adaptar als delictes d'omissió i, d'una manera paral·lela, podríem parlar de delictes que consisteixen en una simple inactivitat i delictes als quals s'imputarà la producció d'un resultat material, cosa que, per cert, obligarà a alguna reconsideració, o més ben dit adaptació, dels criteris d'imputació, derivats de la diferència evident que hi ha entre imputar un resultat a una acció que el causa i fer-ho a una omissió que, en el terreny de la naturalesa, òbviament no pot causar res.

6.2.1. L'omissió pròpia

Els delictes d'omissió pròpia o pura consisteixen a no dur a terme una conducta objectivament deguda.

Fer el que cal

Si en lloc d'estudiar (conducta deguda) en Pere se'n va al cine, l'omissió no consisteix a anar-se'n al cine, conducta no solament lícita sinó molt recomanable, sinó a no estudiar. Perquè el que és significatiu és precisament el que s'omet, i no el que es fa en el seu lloc. Així, doncs, no canvia res si l'estudi no se substitueix pel cine, sinó per dormir o, simplement, per no fer absolutament res.

Omissió del deure de socors

En tenim un exemple en l'omissió del deure de socors, que es preveu en l'article 195 CP, la figura principal del qual, en el paràgraf 1, afirma: "el qui no socorri una persona que es trobi desamparada i en perill manifest i greu, quan pugui fer-ho sense risc propi ni de tercers, ha de ser castigat amb la pena de multa de tres a dotze mesos".

La conducta consisteix simplement a deixar de fer el que la norma mana fer, i com que lògicament el mandat no és capritxós, la desobediència implica un determinat contingut d'injust. En aquest cas, i a diferència del que succeïa en els delictes de comissió positiva, no es crea un perill –que és el que generalment comporten els delictes de mera activitat–, encara que com ja hem assenyalat no hi ha necessàriament paral·lelisme entre mera activitat i perill. I és que, en el món de l'ésser, les omissions no causen ni modifiquen res. El que succeeix és, precisament, que l'ordenament, per via del mandat de fer positiu, pretenia que la conducta omesa hagués canviat la situació: el perill per al bé jurídic hi era prèviament, l'acció que s'omet l'hauria pogut disminuir, i això és el que s'esperava de –aquí mal anomenat– l'autor.

En conseqüència, l'objecte d'imputació és la simple inactivitat, és a dir, deixar de fer el que s'hauria de fer, a la qual s'associarà, en cas que es comprovi, la no-disminució del risc. La simetria amb els delictes de mera activitat és plena: hi comprovàvem la realització positiva d'una conducta objectivament prohibida que implicava la posada en perill del bé tutelat de manera juridicopenal. Tanmateix, no es pot descartar que fins i tot pogués implicar la lesió del bé, si era un valor espiritualitzat o abstracte. Aquí la simple inactivitat comporta la no-disminució del perill que l'ordenament esperava. També seria concebible que parléssim de lesió del bé jurídic. Alguns autors, per exemple, han arribat a concebre la solidaritat com a bé jurídic i a afirmar-ne la lesió d'una manera coherent.

En principi, subjecte actiu d'un delictes d'omissió pròpia pot ser qualsevol que estigui en una posició determinada; per tant, l'**omissió pròpia** és, en general, **un delictes comú**.

Tanmateix, és perfectament concebible que la norma només obligui a dur a terme la conducta esperada a determinades persones que reuneixin certs requisits de proximitat al bé jurídic o que hagin generat, amb un comportament anterior, aquesta relació especial que els converteix en **garants**. A continuació, veurem com tot això adquireix molta més transcendència a la comissió per omissió, però també hi ha delictes d'**omissió pròpia de garant**.

L'article 196 CP és un exemple del que s'ha exposat: "El professional que, estant-hi obligat, denegui l'assistència sanitària o abandoni els serveis sanitaris, quan de la denegació o abandonó es derivi risc greu per a la salut de les persones, ha de ser castigat amb les penes de l'article precedent en la meitat superior i amb la d'inhabilitació especial per a ocupació o càrrec públic, professió o ofici, per un termini de sis mesos a tres anys".

Delictes per inactivitat

L'omissió pròpia és un delictes de mera inactivitat, al qual s'atribueix la no-disminució d'un risc preexistent.

Com que es tracta de la infracció d'un mandat de fer, l'omissió pròpia ha d'estar recollida d'una manera explícita en un tipus penal. Finalment, i encara que no és incompatible amb les modalitats no doloses –la imprudència és concebible– amb bon criteri, el legislador no ha previst omissions pròpies imprudents.

6.2.2. L'omissió impròpia o comissió per omissió

L'anomenada *comissió per omissió*, o també omissió impròpia, és la versió simètrica dels delictes de resultat material en l'àmbit de l'acció positiva. Tanmateix, és obvi que la simetria ha de ser molt matisada. I és que mentre que per acció es causen resultats materials, i aquests li són, per aquest motiu, imputables, les omissions no poden causar res físicament. Per això imputar resultats requereix valoracions i, fins i tot, criteris substitutius.

Els delictes de comissió per omissió o omissió impròpia consisteixen a no evitar un resultat i infringir, així, el deure objectiu de fer-ho, de manera que el fet de no evitar-ho equival a la causació.

Comissió per omissió

Observeu que en la comissió per omissió s'imputa un resultat material com si s'hagués causat.

Tanmateix, cal matisar que en aquest tipus de delictes el deure objectiu no s'adreça a tots els ciutadans, sinó només als que ocupen una **posició de deure** especial, per la seva singular relació amb el bé jurídic. I és que es tracta de **delictes especials propis**, de manera que només poden ser comesos per qui ocupa l'anomenada **posició de garant**.

Aquesta posició deriva de la confiança especial que té l'ordenament en l'actuació positiva de l'autor, tant pel fet que hi hagi una obligació prèvia legal o contractual com per procedir el risc per al bé jurídic d'una acció o omissió prèvia del subjecte actiu.

Amb tot, i malgrat que pugui semblar paradoxal, encara no podem parlar de deure subjectiu o personalment exigible, ja que pot concórrer un estat de necessitat excusant, una por insuperable o el fet que l'autor hi hagi tingut tota la cura que li era personalment exigible. Són possibles, en aquest cas, les omissions impròpies típiques excusables.

La comissió per omissió implica una infracció del mandat d'actuar, però el que finalment s'imputa és un resultat material com si s'hagués causat. En aquest sentit, es respon com si s'hagués infringit una prohibició.

El contingut d'injust és precisament la lesió del bé jurídic, mitjançant l'atribució del resultat, com si s'hagués causat; en aquests casos és aquest el que s'imputa.

Exemples

La mare que deixa morir el nadó d'inanició o el monitor de natació que contempla impassible com s'ofega el seu alumne no alteren el món exterior. Certament no fan res i, per tant, no causen res, però qualsevol podria dir, i així ho fa l'ordenament, que maten.

A diferència de les omissions pròpies, les impròpies no apareixen sempre recollides explícitament en la part especial del Codi penal. La cobertura legal la concedeix, des de l'entrada en vigor del cos punitiu vigent, l'article 11 CP, que afirma:

Article 11 CP

"Els delictes o les faltes que consisteixin en la producció d'un resultat només s'han d'entendre comesos per ommissió quan el fet de no evitar-lo, en infringir un especial deure jurídic de l'autor, equivalgui, segons el sentit del text de la llei, a la seva causació. A aquest efecte s'ha d'equiparar l'ommissió a l'acció:

- a) Quan existeixi una específica obligació legal o contractual d'actuar.
- b) Quan qui omet hagi creat una ocasió de risc per al bé jurídicament protegit mitjançant una acció o ommissió precedent."

Es tracta de fer equivalent una no-evitació a una causació que, en realitat, no existeix. I això implica tota una sèrie de valoracions jurídiques que s'han d'examinar amb molta atenció.

6.3. Causalitat i imputació a la comissió per ommissió

Perquè puguem parlar de la tipicitat en l'ommissió impròpia s'han de donar uns requisits que podem agrupar entorn de tres qüestions: la posició de garantia, la relació de causalitat i l'equivalència de sentit.

6.3.1. La posició de garantia

Ja hem vist com els delictes d'ommissió impròpia són especials: només poden ser comesos pels qui ocupen la posició de garant, que és com es coneix doctrinalment el que el Codi denomina "especial deute jurídic de l'autor". En altres paraules, qui ocupa la posició de garant té un deure jurídic especial que, com hem dit, no podem confondre amb el deure penal exigible personalment.

El mateix article 11 CP defineix les fonts de la posició de garantia: l'obligació preexistent pot derivar de la llei (per exemple, els pares tenen el deure legal de garantir la vida i la salut dels fills), o d'un contracte (per exemple, l'assistent que durant l'absència dels pares s'encarrega de la custòdia).

Provoca més problemes adquirir la posició de garantia en virtut d'un comportament anterior creador del risc per al bé jurídic conegut doctrinalment com a **ingerència**. En causar-se un risc que pot estar objectivament imputat a un comportament de l'autor, aquest adquireix la posició especial de garant en la mesura que l'ordenament li imposa el deure jurídic de pal·liar el risc. S'ha d'aclarir que no es tracta de cap espècie de càstig o d'atribució de responsa-

bilitat objectiva. Per contra, el que es pretén és considerar que, davant la nova situació en què està el bé jurídic, els criteris de predictibilitat i imputació, tant objectiva com subjectiva, han de variar necessàriament: qui llança a una piscina algú que no sap nedar –sense dol d'homicidi– però no fa res mentre s'ofega, ara amb intenció que mori, ha de respondre per homicidi dolós. La intenció no es pot connectar amb l'acció, que no va ser intencional, sinó amb l'omissió, que sí que ho va ser. Per això no podem compartir l'opinió doctrinal que limita la ingerència a l'acció o omissió dolosa prèvia.

Una aparent contradicció del Codi penal

La qüestió es planteja de manera especial davant l'aparent contradicció entre l'article 11 b) CP, que atorga la posició de garant a qui crea el perill, i el 195.3 CP, que considera un supòsit agreujat d'omissió del deure de socors (omissió pròpia, molt menys greu que la impròpia) si la víctima ho és per accident fortuït o imprudent causat per qui omet l'auxili. Tanmateix, no hi ha aquesta contradicció: l'omissió del deure de socors és un delictes de mera inactivitat i de perill, mentre que les lesions o l'homicidi ho són de resultat material i de lesió. Això significa que quan es donen els requisits per imputar el resultat, s'absorbeix la mera activitat, com la lesió absorbeix el perill. Si hi ha omissió del garant amb dol d'homicidi i relació causal, hi ha homicidi dolós per omissió, encara que la creació del risc fos imprudent. Perquè això es produeixi s'han de donar, a més, sense cap dubte, tots els requisits de la comissió per omissió. Si no es comproven s'aplica el 195.3 CP.

6.3.2. Relació de causalitat (imputació objectiva)

Ja vam analitzar en el seu moment els diferents criteris i teories amb què s'ha afrontat tradicionalment la qüestió de la causalitat. En aquell cas vam ometre deliberadament, si es permet el joc de termes, qualsevol referència a l'omissió. I és que, com és obvi, ha de resultar certament complex atribuir al que no hi ha en el món de l'ésser la condició de causa, i en especial pretendre fer-ho aplicant un mètode propi de la física.

Així, la teoria de l'equivalència de les condicions no podia suprimir mentalment de la cadena causal res que no s'hagués produït en realitat. El mètode fracassava davant l'omissió. La solució que es proposava era la inversa: un s'havia de situar en el moment en què es va haver de produir l'acció omissa –per tant, en posició *ex ante*–, i introduir-la virtualment. A partir d'aquí, es tractava de formular una hipòtesi que, per definició, no permetia la certesa científica, sinó només la probabilitat fronterera amb la certesa, és a dir, que el resultat que es tracta d'imputar no s'hauria produït. Si el monitor hagués saltat a la piscina i dut a terme l'acció salvadora, l'alumne no hauria mort ofegat. Així, la metodologia aplicada a l'acció i omissió no solament és diferent, sinó fins i tot oposada.

La tesi que diferencia entre causació i causalitat, en canvi, està en disposició d'utilitzar criteris equivalents: la relació de causalitat, en els delictes d'acció positiva, exigia la comprovació de la causació efectiva amb els criteris proporcionats per la teoria de l'equivalència de les condicions i la predictibilitat general. Amb tots els coneixements a l'abast de la societat *ex ante* es podia predir el resultat. Ara, en l'omissió no hi ha cap causació per comprovar, però el seu significat pot ser substituït pel que ens ha de servir per establir l'equivalència: la condició de garant, la posició de deure jurídic d'actuació de l'omitent. Tanmateix, amb això encara no podem afirmar causalitat, ja que continua essent

Vegeu també

Consulteu l'apartat 5.2.

necessària la predictibilitat general. Així, doncs, amb tots els coneixements a l'abast de la societat, es pot establir *ex ante* que l'acció positiva omesa evitarà el resultat.

Per fi, i com és obvi, si no es poden comprovar aquestes condicions ni afirmar que l'acció omesa certament hauria evitat el resultat, aquest resultat no es pot imputar a l'omissió.

Només quan hàgim afirmat la causalitat podrem dir que l'omissió significa el mateix que la causació, sempre que el sentit del text legal ho permeti.

6.3.3. L'equivalència del sentit legal

Encara hem de comprovar un tercer requisit: no tots els delictes que consisteixen en la producció d'un resultat admeten la modalitat omissiva. Una agressió sexual, per exemple, requereix un comportament actiu. La llei utilitza sovint expressions típiques que impliquen una activitat positiva, i fins i tot de vegades cal que l'ús habitual del llenguatge no impedeixi l'equiparació. Això no obstant, potser el més important és que aquest ús permeti una equiparació valorativa real aplicable al cas concret. Així, per aplicar l'article 138 CP i dir que en Pere ha mort en Joan per omissió, cal que la conducta sigui significativament idèntica a la de matar d'una manera activa. D'altra banda, la realitat és que això es produeix moltes menys vegades del que *prima facie* pot semblar.

7. El dol

La major part dels tipus penals només poden ser comesos amb dol. Si aquest no concorre i la llei l'exigeix, la conducta és penalment irrellevant, i si la tipicitat determina la rellevància penal, atípica.

La immensa majoria de la doctrina distingeix entre els tipus dolosos i els tipus imprudents, i considera el dol com un requisit típic de tots els primers i la concurrència de, com a mínim, la infracció del deure objectiu de cura dels segons. Tanmateix, creiem més encertada la concepció d'una tipicitat d'acció unitària. En aquells tipus en què s'admeten modalitats no doloses, el dol senzillament no és un requisit típic; no hi pot haver una estafa, un delict fiscal o una violació no dolosa penalment rellevants (encara que siguin concebibles en la realitat, per exemple si hi concorre un error vencible sobre l'edat de la víctima). El legislador ha decidit que si no hi ha dol no hi ha tipus, però no fa el mateix en el cas de l'homicidi, en què també és típica la conducta sense frau (l'homicidi imprudent). En l'epígraf següent analitzarem el paper que juga la infracció del deure de cura en la tipicitat. Ara només podem insistir en el fet que si mantenim la unitat típica entre homicidi dolós i imprudent, el dol deixa de ser un requisit del tipus d'homicidi.

L'opció per una actitud o una altra té relació amb la concepció que es mantingui entorn de la tipicitat i, per tant, entorn de la norma. Si aquesta es concep com una directiva de conducta, llavors cal diferenciar entre tipus dolós i tipus imprudent. Si, al contrari, entenem les normes com a pretensions de tutela de béns jurídics, el dol i la imprudència suposaran només graus d'intensitat d'aquesta tutela; quan s'adopta la decisió política criminal de castigar la imprudència s'està optant per un grau de tutela major, s'exigeix més abstenció en les conductes potencialment lesives i, paral·lelament, es rebaixen els requisits típics, s'incrementa l'àmbit de la prohibició, i desapareix l'exigència de dol. Per això, sembla més encertat entendre que ens trobem davant de diferències quantitatives d'imputació –per cert, subjectiva– en un mateix tipus.

Aquesta concepció, d'altra banda, es veu més ben reflectida en la regulació de l'error de tipus continguda en l'article 14 del Codi penal espanyol, tal com veurem en el moment oportú.

7.1. Concepte

El concepte tradicional de dol és el que el defineix com a **consciència i voluntat de la realització de la conducta típica antijurídica**, i hi destaquen un element intel·lectual (el coneixement) i un de volitiu, els quals recauen sobre l'aspecte objectiu del tipus (és a dir, el subjecte sabia que cometia la conducta descrita, i lesionava o posava en perill el bé jurídic intencionadament). A això s'hi afegia la consciència del caràcter antijurídic que, unida a la realització efectiva de la conducta, implicava necessàriament la voluntat de dur a terme el fet contrari al dret i, per tant, de desobeir. La consciència de l'antijuridicitat unida a la realització efectiva de la conducta permetia de prescindir, en aquest àmbit, de l'element volitiu, per estar implícit en l'actuació conscient. El dol apareixia entès, des de la perspectiva dogmàtica, com la forma més greu de la culpabilitat, i n'implica el primer grau d'atribució, una vegada representa que l'autor va actuar sabent que delinquia i volent-ho fer. La seva absència podria determinar un error sobre el tipus (no sap el que fa), o sobre la licitud (considera que està d'acord amb el dret), segons l'aspecte sobre el qual recaigués.

Tanmateix, des del finalisme va anar guanyant terreny, fins a convertir-se en absolutament dominant, la disgregació de la consciència de l'antijuridicitat, com a conseqüència lògica de la consideració del dol com a component de l'acció o, si es prefereix, de l'acció típica. Si la tipicitat depèn de la concurrència del dol, aquest no pot incloure aspectes que s'hagin de comprovar posteriorment. Implica consciència i voluntat de la realització del tipus; és a dir, l'agent sap el que fa, encara que no necessàriament que el que fa és contrari al dret, i ho vol fer. D'aquesta manera, la comprovació de la seva presència serà necessària per imputar l'acció en les modalitats típiques que ho requereixin. Serà considerat un element subjectiu en els tipus dolosos. Per contra, la seva absència representarà un error sobre el tipus, la transcendència del qual depèn no solament del grau, sinó també del fet que la conducta sense dol sigui típica, perquè si no ho és l'absència de dol en comporta la impunitat per falta de tipicitat.

Si la presència de la consciència de l'antijuridicitat implicava la de la voluntat de cometre el fet antijurídic quan era dut a terme, podem aplicar el mateix raonament al tipus com a objecte del dol. Per això, últimament es considera que no és necessari referir-se a l'aspecte volitiu, ja que el dol es pot identificar amb el coneixement del tipus: saber el que es fa i fer-ho implica voler fer-ho. El dol és, així, definit com la consciència de realització de l'aspecte objectiu del tipus (Frisch o, entre nosaltres i amb matisos, Lorenzo Capello).

En certa manera, aquesta concepció parteix de la idea que el dol és un component de la mateixa acció dolosa. Les conductes, finalment, estan regides per la llibertat, i el grau de llibertat pot dependre del fet que es doni una coincidència entre el coneixement per part del subjecte i la seva acció. Per aquest mo-

Concepció causal

El dol en la concepció causal és una forma de la culpabilitat que inclou la consciència de l'antijuridicitat (*dolus malus*).

Concepció final

El dol en la concepció final és considerat un element subjectiu de tots els tipus dolosos i només recau sobre l'aspecte objectiu del tipus (*dolus bonus*).

En què consisteix el dol

Per a un sector doctrinal el dol només consisteix en el coneixement de realització de l'aspecte objectiu del tipus.

tiu podem parlar de dues classes d'accions: aquelles en què el subjecte coneix l'aspecte objectiu i el seu significat (doloses), i aquelles en què aquesta coincidència no es dóna totalment o parcialment (no doloses).

Recentment, Vives ha posat en relleu com la concepció psicològica del dol resulta incoherent amb una construcció significativa de l'acció. Per a aquest autor, a la concepció del qual ens afegim, es tracta d'afirmar un determinat grau de voluntat: la intenció, que representa un compromís d'actuar. Si, d'altra banda, l'acció és el significat, el dol representa compromís amb aquest significat, és a dir, en contra del bé jurídic.

El dol, doncs, comporta intenció, i pot ser definit com el compromís de l'agent amb el significat del seu actuar. El dol també implica, per tant, una coincidència absoluta entre l'aspecte objectiu i el que implica, d'una banda, i el compromís amb aquesta significació lesiva, de l'altra.

Al marge que puguem parlar amb certa impropietat de dol d'acció atípica –compromís de caminar per un lloc permès encara que sigui perillós–, en el sentit normatiu que aquí se li dóna, el dol implica un compromís de l'autor amb el significat típic, de manera que ha d'incloure la lesió o posada en perill del valor, però sense que això impliqui que el subjecte conegui que l'acció és delictes i, per tant, contrària al dret.

Per comprovar si hi ha hagut un compromís o intenció i, per tant, si el subjecte sabia el que feia, per exemple, matar l'altre, "haurem d'examinar", en paraules de Vives, "les regles de tota índole (jurídiques i socials) que en defineixen l'acció com una acció de matar, i posar-les en relació amb les competències de l'autor (les tècniques que domina). D'aquesta manera, i no amb la indagació de processos mentals inassequibles i poc significatius podrem determinar el que l'autor sabia".

La concepció del dol com a compromís representa mantenir la necessitat de coneixement, de saber, però també d'un grau de voluntat: la intenció, que es pot entendre com un voler, no naturalístic sinó normatiu. En conseqüència, implica un compromís amb el significat i, per tant, una decisió d'actuar.

7.2. Classes. Referència especial al dol eventual

Aquesta decisió es pot presentar de diverses maneres. Per aquest mateix motiu parlem de diferents tipus de dol. Tots són dol i reben, com a conseqüència, un tracte penal idèntic. A continuació, ens referirem només a les més rellevants:

- **Dol directe o de primer grau.** Representa que el subjecte actua per a produir el resultat. És el dol final: en Pere vol matar en Joan, i ho fa.
- **Dol de conseqüències necessàries o de segon grau.** L'autor no persegueix finalment la producció de totes les conseqüències de la seva conducta, però sap que tindran lloc necessàriament, malgrat el qual actua. En Pere vol matar en Joan, el president del Govern, i posa una bomba al seu cotxe oficial, sabent que com a conseqüència de l'explosió també morirà en Lluís, el conductor, i els escortes. El dol directe es refereix a l'homicidi del president i s'ha actuat amb dol de conseqüències necessàries respecte dels altres.
- **Dol eventual.** L'agent no dirigeix la conducta per a produir un resultat, ni sap amb certesa si aquest resultat tindrà lloc o no. En tot cas, compromet amb la seva actuació, n'assumeix les conseqüències. Podem dir que actua amb dol eventual qui ho fa amb menyspreu conscient pel bé jurídic, amb indiferència cap a la seva lesió, ja que la possibilitat que es produeixi s'assumeix com un risc indiferent que no altera en cap cas la decisió d'actuar.

Tradicionalment definit com a "consciència i voluntat de la verificació probable del resultat", marca el límit inferior del dol. Hi ha una gran quantitat de bibliografia que adopta una visió sobre quins criteris s'han d'utilitzar per distingir el dol eventual de les modalitats no doloses i, més concretament, de la imprudència en què el subjecte s'havia representat el resultat.

- Per a les teories de la probabilitat, és decisiu que l'agent s'hagi representat el resultat com a possible –i llavors no hi ha dol– o com a probable –i llavors sí que n'hi ha–. Així, doncs, aquestes tesis descansen exclusivament en l'element intel·lectual, sense atendre en absolut a la intenció.
- Per contra, les teories del consentiment atorguen més rellevància a l'aspecte volitiu.
 - L'anomenada *teoria hipotètica del consentiment* està basada en la primera fórmula de Frank. Hi ha dol quan l'autor hauria actuat igualment si s'hagués representat el resultat com a segur. Si en aquest cas, per contra, no hagués actuat, no podem afirmar el dol. Es parteix d'una hipòtesi per definició falsa: si el subjecte s'hagués representat el resultat com a segur no hi hauria dol eventual, sinó directe o de conseqüències necessàries. Però, a més, la fórmula condueix a resultats insatisfactoris, tal com evidencia l'exemple, molt utilitzat, per cert, extret de *L'òpera de quatre rals*, de Brecht. Una xarxa de captaires mutila nens per a utilitzar-los, amb la qual cosa provoca un greu risc per a les seves vides, amb menyspreu conscient per aquestes vides. De fet, alguns nens moren. Si els captaires s'haguessin representat la mort com a segura, no hauri-

en actuat, senzillament perquè els nens no els haurien comportat cap utilitat. Tanmateix, d'acord amb la teoria criticada, no hi hauria dol.

- D'altra banda, la teoria positiva del consentiment, basada en la segona fórmula de Frank (hi ha dol quan l'autor actua en tot cas, passi el que passi), allò decisiu és que l'autor assumeix les conseqüències que no busca i que es poden produir. Aquesta teoria ha estat criticada en la mesura que la presència del dol pot dependre exclusivament del grau d'optimisme o pessimisme de l'autor: si és optimista, pensarà que no es produiran els resultats perquè ell els evitarà, mentre que si és pessimista, haurà actuat amb dol. Aquesta crítica es deu més aviat a les grans dificultats que apareixen a l'hora de determinar les representacions del subjecte.

Si, per contra, tenim en compte la necessitat de relacionar l'àmbit de competències del subjecte i les regles que en regeixen l'acció, tal com hem indicat més amunt, no resulta tan complex determinar si el subjecte era capaç o no de controlar les conseqüències i, per tant, d'evitar-les. Si era a les seves mans i hi ha posat algun mitjà per intentar que no es produïssin, almenys es pot dubtar raonablement de la presència del dol. Si no les podia controlar en absolut perquè depenien exclusivament de factors externs o de l'atzar, malgrat el qual va actuar, el dol ha de ser afirmat. És el que succeeix en el cas dels conductors suïcides que, amb una aposta prèvia, condueixen per l'autopista en sentit contrari i decideixen no apartar-se en cap cas, o el jugador de la ruleta russa que coneix perfectament el risc a què se sotmet. Si malgrat això, o precisament per això, s'actua, es fa amb menyspreu conscient per la vida dels altres, fórmula, per cert, utilitzada per l'article 384 del CP.

Podríem referir-nos a altres classificacions del dol, en consideració a l'objecte (de perill, de lesió), a les seves característiques (específic, reduplicat), al mode de comissió de l'acte (d'ímpetu, premeditat, etc.), però no n'hi ha cap que tingui transcendència.

7.3. L'absència de dol. L'error sobre el tipus. Remissió

La no-coincidència entre els aspectes subjectiu i objectiu del tipus determina l'absència del dol si el subjecte no coneix la concurrència de l'element objectiu, i en el supòsit contrari, la temptativa quan el dèficit es dona en l'aspecte objectiu respecte al subjectiu. En aquest cas es pot produir, si concorren els requisits, una temptativa.

Vegeu també

Podeu consultar, en el mòdul "Autoria i participació. *Iter criminis*", l'apartat 2.3.

En els tipus que només admeten la modalitat dolosa (és a dir, els que d'acord amb el Codi penal només es poden cometre amb dol), aquest es converteix en un element subjectiu component del tipus i, en conseqüència, la seva absència

determina necessàriament la **irrellevància penal de la conducta**, essent igual el tractament d'error vencible i l'invencible: no hi ha tipicitat (article 14.1, primer incís del CP).

Per contra, si el dol no figura com a requisit de la tipicitat, la seva absència no comporta per si sola la irrellevància penal (si es deu a un error invencible sobre el tipus, determinarà l'absència d'imputació subjectiva, i si és vencible, la imprudència).

La no-coincidència entre el coneixement de l'autor i la comissió de la conducta descrita pel tipus representa un error sobre el tipus o, més ben dit, sobre l'acció típica i, per tant, l'absència de dol.

Com és natural, es tracta de l'error per defecte de coneixement. Òbviament, també és possible que el subjecte pensí que duu a terme una conducta típica quan no es produeixen els elements objectius: es tracta d'un **error invers** que no comporta cap càstig si no crea o incrementa un perill real inherent a la temptativa, excepte per a qui entengui que el simple desvalor de voluntat n'ha de comportar.

L'error sobre el tipus **pot ser invencible**, cosa que significa que no és exigible a l'autor haver-ne sortit. D'acord amb l'article 14.1 CP, "l'error invencible sobre un fet constitutiu de la infracció penal exclou la responsabilitat criminal". A aquesta exclusió se li pot atorgar una naturalesa diferent, segons si la **invencibilitat és objectiva** o **subjectiva**. En cas que sigui objectiva, implica que la producció del fet no era generalment predictable, cosa que com sabem determinarà la no-adequació al tipus de la conducta. Per contra, si hi havia predictibilitat general, però no era exigible al subjecte, estarem davant un supòsit de falta d'imputació subjectiva. S'haurà produït la infracció del deure objectiu, però no la del subjectiu de cura. Si la tipicitat no exigia el dol, hi haurà tipus, i només faltaria la imputació subjectiva, però això ja ho analitzarem en el mòdul corresponent.

Si, per contra, a l'autor li era exigible haver sortit del seu error, aquest serà **vencible** i, d'acord amb l'article 14.1 CP, "si l'error, ateses les circumstàncies del fet i les personals de l'autor, és vencible, la infracció s'ha de castigar, si escau, com a imprudent". Això comporta la infracció del deure subjectiu de cura i, en conseqüència, la imputació subjectiva. Perquè sigui possible, òbviament, la conducta ha d'haver estat típica amb antelació, cosa que només succeeix en els delictes en què es prevegi efectivament el càstig de la modalitat imprudent, tal com afirma l'article 12 CP. La naturalesa és, d'altra banda, diferent si el dol és un requisit típic, com en el cas de la violació), en què la seva absència determina la de la imputació objectiva, ja que no hi pot haver tipus encara

que l'error sigui vencible; o no ho és (com en el cas de l'homicidi) en què l'error subjectivament invencible determina l'absència d'imputació subjectiva, i el vencible, la imprudència).

Per raons didàctiques, més endavant analitzarem el tractament de l'error d'una manera unitària.

Vegeu també

Vegeu en el mòdul "La imputació subjectiva" l'apartat dedicat a l'error.

8. La tipicitat de les conductes no doloses: referència a la imprudència

Les referències que acabem de fer a l'error de tipus poden requerir d'una explicació complementària que aclareixi la posició mantinguda en aquesta obra entorn de la tipicitat de les conductes no doloses i del paper que exerceix la infracció del deure de cura en la imputació objectiva; especialment perquè convé advertir que la posició aquí defensada no és majoritària.

Hem distingit entre un error sobre el tipus objectivament invencible –que ningú no podria haver superat–, i un error sobre el tipus subjectivament invencible –que a l'autor no li era exigible superat. I ambdues classes d'error tenen una significació dogmàticament diferent, encara que la conseqüència sigui, en ambdós supòsits, la impunitat.

Quan l'error sobre el tipus és absolutament invencible, és, òbviament, perquè en el moment de realització de la conducta no resulta objectivament previsible que es desenvoluparà el nexa causal que conduirà al resultat típic: falla la predicibilitat general i, per tant, com hem vist, la tipicitat. Això succeeix tant en les figures que exigeixen el dol, com en aquelles que preveuen el càstig de la imprudència. Podem dir que, en aquests casos, no hi ha infracció de l'haver de ser ideal o, si es prefereix, del deure objectiu –sigui d'abstenció en les modalitats doloses, sigui de cura en les imprudents–, si bé ara la qüestió només té importància en la segona modalitat, ja que el dol es presenta com a impossible. Així, considerarem atípic el supòsit en el qual Joan, conduint el seu automòbil amb perfecta cura i atenció de les regles, atropella en Pedro en produir-se una rebentada en un dels pneumàtics per causes que no es poden determinar, quan havien estat revisats i cap expert no hauria pogut predir el resultat.

Al contrari, l'error sobre el tipus subjectivament invencible, però objectivament vencible –que és, al meu entendre, al que es refereix el primer incís del número primer de l'article 14–, determina la impunitat per absència d'imputació subjectiva d'obligatorietat personal. I la qüestió només tindrà sentit en els delictes que no requereixen el dol per a la tipicitat, ja que, tractant-se d'un error sobre el tipus, aquest (el dol) no es pot donar. En aquests casos, s'ha produït la relació de causalitat i, a més, la imputació objectiva, ja que s'ha presentat la predicibilitat general i no fa falta dol: Joan, conduint el seu automòbil amb la cura que li resulta exigible, atropella en Pedro com a conseqüència de la rebentada d'un dels pneumàtics que, malgrat que havien estat revisats i no s'havia detectat gens anormal, eren defectuosos com aclareix en el procés un mecànic en comprovar l'edat, les condicions del pneumàtic i l'itinerari que havien de seguir: era, doncs, objectivament previsible, *ex ante*.

En aquest supòsit, per tant, hi ha hagut infracció del deure objectiu, en aquest cas, de cura, i la conducta és típica, la qual cosa no implica que existeixi imprudència, ja que, com veurem més endavant, aquesta requereix la infracció del deure subjectiu; això és, que hi hagi un error subjectivament vencible.

La doctrina majoritària no sol diferenciar aquests supòsits perquè manté una concepció diferent del deure objectiu o, si es prefereix, de la predicibilitat general. Si la mesura per determinar si la conducta és previsible ex ante no és la màxima, sinó la de l'home mitjà, s'afirmarà la tipicitat en aquells supòsits on es doni la infracció del deure objectiu –així entès– de cura, quedant per a la imputació subjectiva la determinació de la vencibilitat o no de l'error. En cas que el nivell subjectiu d'exigència sigui precisament el del ciutadà mitjà, deure objectiu i deure subjectiu coincidiran; pel que també ho faran imputació objectiva i subjectiva. Si, al contrari, el nivell subjectiu és inferior a l'objectiu, la imputació subjectiva complirà el seu paper: limitar la responsabilitat.

El problema es produeix en aquells casos on el nivell subjectiu d'exigència, per exemple pels coneixements de l'autor (pensem que Joan és, precisament, el mecànic que va haver de conèixer el defecte del pneumàtic), és superior al del ciutadà mitjà. Aquí, la doctrina majoritària es veu obligada a introduir correctius necessàriament subjectius en l'àmbit de la imputació objectiva i a afirmar-la, malgrat que no existeix infracció del deure objectiu, almenys tal com aquest havia estat definit d'acord amb el nivell exigible al ciutadà mitjà.

Si, al contrari, el deure objectiu es determina, com aquí es fa, d'acord amb el nivell màxim d'exigibilitat, el nivell subjectiu serà necessàriament inferior o, el que és el mateix, afirmarem la imputació objectiva amb criteris objectius i la subjectiva amb criteris subjectius, i aquesta sempre exercirà el paper limitador de la responsabilitat que li correspon.

Afirmar la imprudència, com veurem en el mòdul corresponent a la imputació subjectiva, requereix la comprovació de la infracció del deure subjectiu de cura o, si es prefereix, de l'error subjectivament vencible sobre el tipus². Per això es manté en aquesta obra que la imprudència –subjectivament determinable– no juga cap paper en l'àmbit de la imputació objectiva. Tanmateix, la infracció del deure objectiu de cura (entesa com el nivell màxim d'atenció exigible al ciutadà amb les majors possibilitats) determina la imputació objectiva en aquelles figures delictives que no exigeixen dol.

D'aquesta manera, a la present obra, mantenim la identitat de significació típica de la conducta dolosa i la que no ho és, precisament respecte de les figures concretes (i escasses quantitativament, encara que molt importants qualitativament), que la llei ha volgut dotar de significació típica a les modalitats no doloses castigant la imprudència: tan típic és l'homicidi dolós com el que no ho és, ja que el dol no és un requisit típic en l'homicidi. En el primer cas, haurem afirmat la predicibilitat general de què la conducta dolosa produís el resultat; en el segon, amb les matisacions que s'efectuaran en el seu moment,

⁽²⁾Article 14 CP, segon incís: "ateses les circumstàncies del fet i les personals de l'autor".

que era objectivament predicable que la conducta, sense la cura màxima exigible, produiria igualment el resultat. La doctrina majoritària, en canvi, diferencia entre dos tipus d'homicidi: el dolós i l'imprudent, si bé en el segon supòsit acaba fent dependre la seva afirmació de criteris subjectius.

9. L'absència de tipus

La manca de qualsevol dels requisits i passos que hem comprovat fins aquí determinaria l'absència de tipicitat de la conducta. En particular, es pot produir perquè falti:

- La coincidència fàctica de la conducta amb la descrita per la norma.
- Algun dels elements objectius requerits; per exemple, les qualitats del subjecte actiu en els delictes especials.
- La dimensió valorativa que impedeixi la imputació objectiva, perquè no es doni la lesió o posada en perill del bé jurídic o, fins i tot, que, malgrat que es doni aquesta lesió, la conducta hagi estat positiva per al mateix bé; és a dir, si no ha comportat un increment del risc.
- L'absència de dol, si es tracta d'una conducta que només admet la modalitat dolosa.
- La manca de predictibilitat objectiva. Si no era possible predir generalment la producció del resultat, tant intencional en la conducta dolosa com previsible i evitable en la no dolosa.
- La manca de condició de garant en la comissió per omissió.

Resum

La teoria jurídica del delictes és la part central de la disciplina. La seva divisió en dos grans judicis d'imputació manté una relació molt estreta amb la concepció que se segueixi entorn de les funcions de la norma penal. Entenent aquesta norma com a objectiva de valoració i com a subjectiva de determinació, la teoria del delictes s'estructura entorn del judici d'antijuridicitat, en què s'analitza la imputació objectiva i es comprova la infracció de l'haver de ser ideal o deure objectiu, i al judici d'imputació subjectiva o de culpabilitat, en què es comprova la infracció del deure personalment exigible.

En el judici d'antijuridicitat s'ha d'afirmar la infracció del deure objectiu, cosa que representa formalment la contrarietat a l'ordenament en conjunt i, materialment, la desvaloració de la conducta des de l'òptica dels interessos jurídics. Es fonamenta en el desvalor del resultat procedent d'una acció potencialment lesiva *ex ante* (desvalor de l'acció).

No podem entendre l'acció, en qualsevol cas, com el substrat material en què es presenta, sinó com el seu significat. L'objecte de la desvaloració no són els moviments corporals, sinó el sentit, en la mesura que expressa una voluntat sotmesa a regles.

La tipicitat de l'acció exigeix, d'una banda, la coincidència de la conducta amb la descripció d'una norma penal i, de l'altra, comporta la lesió o posada en perill del bé juridicopenal tutelat per aquesta norma, que constitueix l'injust específic de què es tracta.

La imputació del resultat a la conducta requereix la comprovació de la relació de causalitat, entesa, com la predictibilitat general. En els delictes d'acció positiva, que consisteixen en la producció d'un resultat, resulta necessari comprovar la causació efectiva: en la comissió per omissió, la posició de garantia.

Els delictes d'omissió pròpia són de mera inactivitat, però s'ha de comprovar, per afirmar la tipicitat, que no disminueixen, quan ho han de fer, el risc preexistent en què estava el bé jurídic. En la comissió per omissió, la imputació del resultat necessita, a més de la posició de garant, que es pugui afirmar amb criteris de predictibilitat general que l'acció deguda hauria evitat el resultat i que el fet de no evitar-lo equival, segons els usos lingüístics i valoratius, a la seva causació.

El dol s'entén com a compromís amb la lesió o posada en perill del bé jurídic; és a dir, amb la realització de l'aspecte objectiu del tipus i amb l'acció com a significat. Per això, no solament és coneixement, sinó també intenció.

La predictibilitat general també és un criteri de tipicitat per a les conductes no doloses, de manera que sense no es produeix la infracció del deure objectiu de cura ni, per tant, la imputació objectiva.

L'absència d'alguns dels requisits típics comporta, com és lògic, l'atipicitat.

Exercicis d'autoavaluació

Contesteu les diferents qüestions tenint en compte que a cada pregunta només li correspon una resposta correcta:

1. Si A aconsegueix, amb engany, que B sostregui la cartera que porta D i que és de la seva propietat, subjecte/s passiu/s d'un delictes contra el patrimoni és/són...

- a) B.
- b) C.
- c) D.
- d) C i D

2. El responsable d'una indústria paperera que intueix els efectes presumiblement nocius per al medi ambient d'un nou producte per a blanquejar el paper i n'ordena la utilització malgrat assumir en tot cas el risc d'una probable contaminació que, en principi, ni busca ni desitja actua...

- a) amb dol directe, de primer grau.
- b) amb dol de conseqüències necessàries.
- c) amb dol eventual.
- d) amb imprudència conscient.

3. La comissió per omissió...

- a) implica la imputació de la no-disminució del risc per al bé jurídic.
- b) requereix la posició de garant.
- c) és un delictes de mera inactivitat.
- d) només es pot cometre dolosament.

4. L'omissió pròpia...

- a) implica sempre l'equiparació amb l'acció.
- b) implica l'equiparació amb l'acció quan es donen determinats requisits.
- c) implica la imputació del resultat com si s'hagués causat.
- d) implica la imputació de la no-disminució del risc per al bé jurídic.

5. Una concepció fonamentalment objectiva de l'antijuridicitat implica...

- a) que no es consideri el desvalor de l'acció.
- b) que només es valori el resultat material.
- c) que es rebutgin els elements subjectius.
- d) que es desvalori la lesió o posada en perill del bé jurídic.

6. El bé jurídic és...

- a) l'objecte materialment destruït per l'acció.
- b) el valor tutelat per la norma.
- c) el conjunt d'objectes susceptibles de ser perjudicats.
- d) l'interès de la víctima.

7. Un delictes de mera activitat...

- a) no requereix la imputació objectiva d'un resultat material.
- b) requereix la imputació de la lesió del bé jurídic.
- c) es consumeix amb la posada en perill del bé jurídic sense que en requereixi en cap cas la lesió efectiva.
- d) no requereix la comprovació de la lesió o posada en perill del bé jurídic.

8. Un delictes de perill abstracte...

- a) requereix la imputació objectiva d'un resultat material.
- b) requereix la imputació de la lesió del bé jurídic.
- c) es consumeix amb la posada en perill del bé jurídic sense que en requereixi en cap cas la lesió efectiva.
- d) no requereix la comprovació de la lesió o posada en perill del bé jurídic.

9. Els elements subjectius del fet típic...

- a) són incompatibles amb una concepció objectiva de l'antijuridicitat.
- b) pertanyen al judici d'imputació subjectiva.
- c) pertanyen al judici d'imputació objectiva.
- d) es donen en tots els delictes que admeten la modalitat imprudent.

10. En un delict que només admet la modalitat dolosa, l'absència del dol determina...

- a) l'atipicitat.
- b) la imprudència.
- c) la justificació.
- d) l'error sobre el tipus.

Solucionari

Exercicis d'autoavaluació

1. c

2. c

3. b

4. d

5. d

6. b

7. d

8. c

9. c

10. a

Glossari

acció *f* Significat expressat amb un comportament humà.

antijuridicitat *f* Contrarietat al dret.

bé jurídic *m* Valor tutelat per l'ordenament; si la tutela és penal, és un bé jurídic penal.

comissió per omissió *f* No realització del comportament per qui ocupa una posició especial de deure (posició de garantia) i que, atès el sentit del text legal, s'equipara a la causació d'un determinat resultat que s'imputa a l'omissió.

deure objectiu *m* Màxim nivell d'exigibilitat derivat d'una norma (l'haver de ser ideal).

deure subjectiu *m* Nivell d'exigibilitat personal.

delicte *m* Comportament humà típicament antijurídic i personalment exigible.

dol *m* Compromís amb la comissió de l'acció i el seu significat, i també, si escau, amb el resultat típic.

justificació *f* Conformitat d'una conducta típica al dret.

norma objectiva *f* Aspecte de la norma en què es destaca el caràcter de decisió política amb la qual es prohibeixen conductes tenint en compte la tutela de certs béns. En deriva el deure objectiu.

norma penal *f* Regla jurídica que defineix una conducta –és a dir, que prohibeix– com a delicte i a la verificació del qual associa una pena.

norma subjectiva *f* Aspecte de la norma que en destaca el caràcter d'imperatiu personal. Se'n deriva el deure personalment exigible i la seva infracció comporta la verificació del delicte.

omissió *f* No-realització d'un comportament esperat i degut.

tipicitat *f* Qualitat del comportament de rellevància penal que n'implica la coincidència amb la descripció d'un precepte penal i la verificació de la significació jurídica.

Bibliografia

Díez Ripollés, J. L. (1990). *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*. València: Tirant lo Blanch.

Gimbernat Ordeig, E. (1990). *Delitos cualificados por el resultado y causalidad* (reimpr.). Madrid: Ed. Ramón Areces.

Huerta Tocildo, S. (1984). *Sobre el contenido de la antijuridicidad*. Madrid: Tecnos.

Laurenzo Copello, P. (1999). *Dolo y conocimiento*. València: Tirant lo Blanch.

Martínez Escamilla, M. (1992). *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa.

Rodríguez Montañés, T. (1994). *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid: UCM, CEJ.

