

La tipicidad consiste en la cualidad de la conducta en cuanto perteneciente al género de conductas descritas por el legislador en una norma. Supone por tanto un juicio sobre la conducta que afirma, por ejemplo: «esta conducta constituye un homicidio»; así, la tipicidad es el juicio de que tal conducta (realizada en concretas y precisas circunstancias: “h”) es valorada como una de aquellas que el legislador (en abstracto y para genéricos casos: “H”) ha descrito en la ley como delito: «esta conducta “h” constituye un homicidio “H”, previsto en el art. 138 CP». Es decir, es el juicio que afirma si la conducta es o no típica, tanto objetiva (L.2) como subjetivamente (L.3): por tanto, si colma los requisitos objetivos y subjetivos del tipo del homicidio descrito en el art. 138 CP.

Dicho juicio de la conducta («“h” es “homicidio”») se lleva a cabo comparando la ley (abstracta y general; por ejemplo, del art. 138: «el que matare a otro») y la conducta (concreta y ya realizada; por ejemplo, de A que ayer disparó contra V). Dicha operación es conocida como «subsunción», es decir, como situación del caso concreto dentro (debajo) de la descripción legal o tipo. Esta operación no es exclusiva del Derecho penal, sino propia de todo el Derecho, en cuanto que se refiere a conductas concretas (el hecho cometido) y a descripciones genéricas normativas (ley, sentencia anterior, precedente judicial...). Así operamos en Derecho penal con los delitos, como también en Derecho civil con los contratos, por ejemplo. En tal operación de comparación entre norma y caso se emplea la ley o regla de conducta como baremo o escala de medición de lo realizado. La norma de conducta opera así en dos órdenes. Por un lado, rige hacia el futuro (o prospectivamente), diciendo al destinatario lo que tiene que hacer o dejar de hacer, o lo que puede hacer. Por otro lado, rige hacia el pasado (o retrospectivamente), proporcionando al juzgador un baremo o medida para valorar la conducta concreta realizada. Antes de actuar, la norma opera como imperativo de conducta para el destinatario; después, como baremo de medición de la conducta para el juzgador. Esta segunda función como baremo de medición es propia de la tipicidad: en efecto, la tipicidad es el juicio de valoración de la conducta con arreglo al tipo.

De este modo, en función de las clases de normas, habrá otras tantas clases de tipos. En concreto, hablamos en Derecho penal, al menos, de tres clases de normas de conducta: *prohibitivas* (en cuanto que establecen lo que no ha de realizarse), *prescriptivas* (porque establecen lo que ha de hacerse) y *facultativas* (o permisivas, porque otorgan facultades de obrar aun lesionando bienes jurídicos). A estas tres clases de normas corresponden retrospectivamente otras tantas clases de tipos: i) los *comisivos*, a las prohibitivas (L.2-L.3); ii) los *omisivos*, a las prescriptivas (L.6); iii) las *causas de justificación*, a las facultativas (L.7). A su vez, cada una de estas modalidades de tipo requiere elementos objetivos y subjetivos, por lo que –salvo excepciones– será posible que se den en ellas los tipos divergentes de la tentativa (C.66a) y la imprudencia (C.66b).

Hablamos de tipos de omisión cuando una norma de conducta prescribe un determinado comportamiento. La distinción entre acción y omisión no se da en el plano de lo meramente naturalístico, sino en el de lo normativo, en función de la clase de norma que rige para el caso en cuestión (N.12). La mayor parte de las normas de conducta que subyacen en los preceptos penales son de carácter prohibitivo (tipos comisivos). Pero también hay normas prescriptivas, como se percibe en el delito de omisión del deber de socorrer a quien se halla en peligro (art. 195). En comparación con

los casos de normas prohibitivas, los de las normas prescriptivas son los menos. Ello se debe a que las normas del Derecho penal son sobre todo límites máximos a la libertad de acción general: existe una facultad general de obrar, siempre que no suponga entrometerse en esfera jurídica ajena; y para eso operan las prohibiciones. Las prescripciones, en cambio, restringen la libertad de acción de otra manera: indicando cuándo y cómo ha de actuarse ante determinada situación. Se dirigen a la libertad del destinatario para condicionar su libertad de manera precisa, para que actúe, y no sólo para que haga lo que sea mientras no esté prohibido.

Se entiende así que en el movimiento de la codificación, producto genuino de la ideología ilustrada plasmado en los códigos penales actuales, se concibiera el Derecho penal como una serie de prohibiciones, sin apenas prescripciones. Conforme el Derecho penal va incorporando contenidos de sentido social, de solidaridad entre las personas, surgen y proliferan los delitos omisivos. Sin ir más lejos, mientras que el delito de homicidio es tan antiguo como el Derecho penal, el delito de omisión del deber de socorro se prevé en España sólo a mediados del s. XX. Y hay sistemas jurídicos –así en el ámbito angloamericano– que no prevén dicho delito con carácter general (así, por ejemplo, en los Estados Unidos sólo algunos Estados, que son la excepción, lo prevén).

Distinto es lo que cabe afirmar para conductas como la de «dejar morir». Desde antiguo existe la convicción de que determinados sujetos, en ciertas circunstancias se hacen responsables de un delito de homicidio si dejan morir a otra persona: así, la madre que no alimenta al hijo recién nacido. No fue preciso en nuestro Derecho esperar a contar con un delito como el de omisión del deber de socorro para castigar casos como éste, pues se entendía que la conducta era típica, en lo objetivo y lo subjetivo, de homicidio. Casos así pertenecen a lo que se denomina «tipos de comisión por omisión» u omisión impropia (N.64). En ellos el resultado se considera como producto de la inactividad del agente, por lo que da lugar a tipos de resultado (C.62). Es más, opera para aquellas normas que prohíben la producción de un resultado, el cual se atribuye, no a la conducta, pues el agente no actuó creando un riesgo, sino a su inactividad. De este modo, salvo excepciones, cualquier delito consistente en la prohibición de producir un resultado sería susceptible de realización por vía comisiva y también en comisión por omisión. Ello será posible si se entiende que sobre el sujeto recaía una norma que le obligaba a actuar en determinado sentido. Es lo que denominamos «posición de garante»*.

Otros casos se agotan en la mera infracción de la prescripción de obrar: se trata de los tipos de omisión pura u omisión propia (N.62). Más en concreto, la omisión pura es aquella modalidad de delito omisivo consistente en la mera infracción de una norma prescriptiva; y da lugar a tipos de mera (in-)actividad, pues no se exige la evitación de un resultado, sino la sola realización de una conducta. El resultado que pueda producirse –si es que se da– no se imputa a la omisión.

Como puede deducirse, la omisión no se distingue de la comisión en el plano de la conducta, primer estadio de la teoría del delito (L.1), sino en el de la tipicidad (L.2 y L.3, frente a L.6). A fin de cuentas, también quien omite lo debido «algo hace» (cualquier cosa menos lo debido). Sólo una vez que contamos con un proceso humano susceptible de autocontrol podremos afirmar si es comisivo u omisivo, en función de cuál sea la norma de conducta respectiva. Sin embargo, cuando nos inclinamos por la tipicidad de un caso como comisivo u omisivo, ya lo hemos decidido –quizá sin darnos cuenta– en el estadio de la conducta. En efecto, ya al decidir si un caso es una conducta

o una inactividad estamos teniendo presente cuál va a ser la norma de conducta que emplearemos en la tipicidad (una prohibitiva o una prescriptiva), y vamos del estadio de la norma al de la conducta, y del de ésta al de aquella (N.11 y N.12).