

La tipicidad consiste en la cualidad de la conducta como perteneciente al género de conductas descritas por el legislador en una norma. Se concreta en un juicio que afirma, por ejemplo, si esta conducta constituye un homicidio o no. Es decir, es el juicio que afirma si la conducta es o no típica, tanto objetiva (L.2) como subjetivamente (L.3): esto es, si colma los requisitos objetivos y subjetivos del tipo descrito en la ley. Así, el legislador define tipos, o descripciones abstractas, para un amplio número de casos; y el juzgador, o quien valore la conducta, gracias a la operación de subsunción, llega a emitir un juicio de pertenencia de la concreta conducta al conjunto de las descritas por el legislador; por ejemplo: «esta conducta “h” constituye un homicidio “H”, previsto en el art. 138 CP».

En razón 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 prescriben 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 otras tantas clases de tipos: i) los tipos *comisivos*, a las prohibitivas (L.2-L.3); ii) los *omisivos*, a las prescriptivas (L.6); y iii) las *causas de justificación*, a las facultativas (L.7-L.8). En sentido técnico causa de justificación significa la exclusión de la antijuricidad de una conducta (por legítima defensa, por ejemplo). En sentido material, existe una causa de justificación cuando se da una crisis para los bienes jurídicos, que existe *ex ante*, y se confirma *ex post*, que el ordenamiento resuelve a favor del interés preponderante (MIR PUIG). Determinar cuál es el interés preponderante es materia de cada una de las causas en particular (L.8). En nuestro ordenamiento se incluyen como causas de justificación en el código penal, al menos las siguientes: legítima defensa, estado de necesidad justificante, cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho. Además, en otros sectores del ordenamiento se prevén autorizaciones para actuar aun cuando eso supone menoscabo de bienes jurídicos: se trata también de causas de justificación.

Es importante entender que las causas de justificación *son tipos*, es decir, descripciones abstractas de conductas por parte del legislador, que en ciertos casos faculta a obrar aun menoscabando un bien jurídico. Precisamente porque se trata de una causa de justificación, quien obra al amparo de ella, aun lesionando un bien jurídico, no realiza un tipo comisivo u omisivo; es decir, no comete delito. Así, quien da muerte a alguien en legítima defensa, mata, pero no comete homicidio, sino que «realiza una legítima defensa». Y como tipos que son, requieren de elementos tanto objetivos como subjetivos (C.72-C.73), por lo que –salvo excepciones– será posible que se den los tipos divergentes de la tentativa y la imprudencia (N.72). Afirmar que un caso constituye legítima defensa es producto de un juicio de valoración de la conducta concreta en función de un tipo, empleado como baremo de medición de lo realizado. Obsérvese cómo entonces podría dar lugar a afirmar la tipicidad del homicidio o bien, en cambio, la de la legítima defensa. Para explicar esta peculiar relación entre tipicidad y antijuricidad se han planteado diversas tesis.

Según la doctrina finalista (finalismo*), i) el juicio de tipicidad es meramente provisional («esta conducta “h” constituye un homicidio “H”»), emitido a la espera de su valoración definitiva en la categoría de la antijuricidad («la conducta homicida “h” es antijurídica»; o, en cambio, «la conducta homicida “h” queda justificada»). Pero esta

posición separaría artificialmente el juicio sobre la conducta, pues es difícil afirmar que es homicidio pero que luego ese homicidio no es antijurídico. ii) Según la doctrina de los «elementos negativos del tipo», cualquier tipo penal incluye tanto elementos positivos (matar dolosamente) como también negativos (que *no* se trate de un caso de defensa legítima). La conclusión de esta doctrina viene a ser que no sabremos hasta la valoración de la antijuricidad de la conducta si realmente era o no típica. Quizá resulte algo artificiosa esta fundamentación, pero las conclusiones son plausibles: el juicio de tipicidad de una conducta incluye no sólo que se han colmado los elementos de un tipo comisivo u omisivo, sino también, y a la vez, que no se ven colmados los (negativos) de un tipo facultativo o causa de justificación. A esta conclusión se puede llegar también argumentando desde las tres clases de normas y su relación lógica. En efecto, iii) tanto las prohibitivas como las prescriptivas tienen un concepto contrario (con más precisión, su «contradictorio» lógico): lo no-prohibido y lo no-prescrito, respectivamente. A lo primero llamamos «lo facultado» (por ejemplo, defenderse de un agresor), y a lo segundo «lo eximido» (por ejemplo, no hay obligación de socorrer si peligra la vida del que auxilia). Ambas formas se dan en las causas de justificación: estas son casos en que una crisis para los bienes jurídicos es resuelta por el ordenamiento en favor del interés preponderante. Pero ambas vías de facultar a obrar (lo no prohibido o facultado; y lo no prescrito o eximido) no agotan todas las modalidades de permisiones: ciertamente hay permisiones también cuando el ordenamiento deja libertad de obrar con carácter general porque no regula la acción, esto es, cuando resulta *indiferente* actuar (caminar por la calle, si no media una prohibición específica es algo indiferente en cuanto no regulado). También en estos casos podemos decir que se trata de conductas permitidas, pero lo es en un sentido diverso, más amplio. Así, la facultad de obrar que se concede en casos límite, incluso para obrar lesionando un bien jurídico, difiere de aquella en la que el ordenamiento otorga una facultad general, en las que es indiferente obrar o no, en un sentido u otro. Se trata de las conductas facultadas con carácter general, a diferencia de las causas de justificación, que facultan a obrar *como excepción* a una prohibición o prescripción singulares. Esto muestra cómo los tipos comisivos (normas prohibitivas) se encuentran en una peculiar relación lógica con los facultativos o causas de justificación, como también con los omisivos (normas prescriptivas).

Valorar una conducta como facultada exige constatar que concurren los elementos objetivos del tipo. Así, que en la de *legítima defensa*, concurre una agresión dolosa contra alguien; en la de *estado de necesidad*, que amenaza una crisis para los bienes jurídicos; en la de *cumplimiento de un deber*, que se da un mal o una conducta ajena, ante los que existe prescripción de actuar para prevenirlos; y en la de *ejercicio de un derecho*, que se da una colisión de intereses propios con intereses ajenos en la que sin embargo se goza de libertad de actuar lesionándolos. Dichos elementos constituyen la parte objetiva del tipo de justificación (L.8).

La conducta debe colmar además los elementos subjetivos del tipo en cuestión. En concreto, que el agente se represente la situación objetiva, los elementos objetivos: por ejemplo, que conozca que existe agresión dolosa contra sí o un tercero... Se trata del equivalente al dolo de los tipos comisivos y omisivos. Puesto que se trata de conductas valoradas positivamente por el Derecho, quizá la expresión «dolo» resulte aquí extraña, y sea más sencillo referirse a la representación por el agente de la situación objetiva (referencia* y simultaneidad*: N.31).

Es importante no confundir el nivel de la justificación (antijuridicidad) con el de la culpabilidad. En particular (N.112), los casos de miedo (C.77) son problema de

culpabilidad, es decir, de capacidad personal de seguir o no la norma, aunque ya antes puedan excluir la antijuridicidad por otros motivos (por ejemplo, si el atemorizado obra en legítima defensa). Una cosa es el plano de la valoración de la conducta (antijuridicidad: legítima defensa) y otras el de la imputación a la persona (culpabilidad: que podría excluirse por el miedo).

Además de la representación o conocimiento de los elementos objetivos parte de la doctrina y jurisprudencia plantean que las causas de justificación requieren un elemento subjetivo adicional. Así, por ejemplo, cuando el legislador afirma que queda «exento de pena quien obra *en* legítima defensa», está exigiendo que se obre solo con dicho objetivo y no por motivos espurios (por odio, venganza...). Sin embargo, que la letra de la ley esté exigiendo ese elemento subjetivo es un argumento muy débil, y dependiente de cómo esté redactada la ley. En cambio, parece razonable no exigir en los tipos o causas de justificación lo que no se exige en los otros tipos (así, si para una conducta comisiva basta con que coincidan parte objetiva y subjetiva, aquí bastaría también con eso, sin necesidad de requerir que el agente obre sólo con ánimo de defenderse y no de venganza). Por tanto, no parece necesario ni fundamentado exigir un pretendido «elemento subjetivo de justificación», y basta en cambio con conocer los elementos objetivos de la crisis para los bienes jurídicos que está en la base de la respectiva causa de justificación.