

Las normas de conducta, que rigen en la prospectiva como regla de comportamiento, operan en la retrospectiva como baremo de medición para la tipicidad. Así, si la norma de comportamiento es prescriptiva, rige una conducta determinada («debes socorrer a quien se halla en peligro...»); y al emplear esa misma norma, pero con la función de medición de la conducta ya realizada (es decir, en la retrospectiva), opera como baremo de medición de los tipos omisivos («has omitido prestar socorro a quien se hallaba en peligro...»).

Cuando la norma prescriptiva exige sólo una conducta y no la evitación de un resultado; es decir, cuando indica una conducta con independencia de que se evite o no el resultado que amenaza producirse, entonces hablamos de tipos de omisión pura u omisión propia (C.61), aquella modalidad de delito omisivo consistente en la mera infracción de una norma prescriptiva; y que da lugar a tipos de mera actividad (habría que decir, de mera in-actividad): es la categoría paralela a la de los delitos comisivos de mera actividad. Estos delitos de omisión pura o propia responden a razones de solidaridad intersubjetiva: a deberes exigidos por el hecho de ser ciudadanos, y no a especiales condiciones de obrar, socorrer... Por tales razones, cualquier ciudadano que presencia la situación de peligro en la que alguien se halla, está obligado a intervenir para socorrer.

La tipicidad de estos delitos, como la de cualquier otro, exige que la conducta colme una serie de elementos objetivos, como también que éstos sean abarcados por la representación del agente, por el dolo (criterio de referencia\*: N.31). Es decir, tipicidad objetiva y tipicidad subjetiva (C.65).

La tipicidad objetiva de los delitos de omisión pura o propia exige i) que concurra una situación en la que el ordenamiento impone el deber de actuar. Dicha situación se refiere a la existencia de un peligro que se cierne sobre los bienes jurídicos. No importa ahora tanto quién haya creado dicho peligro, lo cual podría dar lugar a responsabilidad penal por haberlo creado (delito comisivo). Lo relevante a efectos de la omisión pura es que existe un peligro y el ordenamiento exige que cualquier persona actúe mediante una conducta de amparo (de protección) o aseguramiento (de control). En ocasiones, más allá de tal deber genérico, se exige todavía más: un deber cualificado de actuar (por ejemplo, por haber creado el riesgo imprudentemente), es decir, de mayor intensidad y referido en concreto a uno o más sujetos. En cualquier caso, la situación típica de partida es la existencia de un peligro para los bienes jurídicos ante la cual el ordenamiento exige actuar.

Esta exigencia de actuar puede ser genérica (basada en razones de solidaridad entre las personas) o específica (basada en peculiares posiciones de actuar de ciertas personas: *omisiones puras de garante*). En este último caso, nos hallamos ante situaciones muy próximas a los tipos de omisión impropia o comisión por omisión (N.64), pero se trata de una modalidad de la omisión pura caracterizada por la presencia de «posición de garante», pero sin posibilidad de atribución del resultado al incumplimiento del deber.

Además, ii) es preciso constatar la no realización de la conducta necesaria e idónea. En concreto, el deber puede consistir en la prestación de una conducta de *amparo* o protección de un bien jurídico, de forma que el sujeto debe obrar para evitar

que el riesgo se concrete sobre dicho bien. Y puede consistir también en una conducta de *aseguramiento* o control sobre la fuente del peligro que amenaza con dañar los bienes jurídicos, de forma que el sujeto debe obrar para contener el riesgo. Puesto que estos delitos de omisión son de mera (in-)actividad, la producción o no del resultado no es requisito para la consumación, sino que se agotan en la no realización de la conducta exigida.

Además, se precisa que iii) sea posible realizar la conducta prescrita, de forma que en caso de imposibilidad de actuar, no surge el deber de obrar (regla *impossibilium nulla obligatio*). Esta imposibilidad se entiende en términos concretos, es decir, referidos a la precisa acción de amparo o aseguramiento exigible a ese sujeto en tales circunstancias. Así, no puede entenderse como una imposibilidad física absoluta –pues nuevamente se trataría de una indebida visión naturalística de la omisión–, sino que se valora normativamente, esto es, según lo que a ese sujeto en esas circunstancias cabe exigir. El ordenamiento prescribe realizar una conducta pero sin exigir del destinatario del deber una conducta heroica, en cuyo caso, no surgiría siquiera el deber de actuar (aunque sí la facultad de obrar). Por eso se afirma que en la omisión opera como límite lo inexigible, es decir, una conducta más allá de lo razonable, más allá de lo que el sujeto puede hacer sin perjudicarse a sí mismo de manera relevante. De ahí la cláusula que suele acompañar estos delitos (arts. 195.1 y 450.1 CP, inspirada en los preceptos respectivos del Derecho penal alemán) de que el delito omisivo sólo se dará si el sujeto podía obrar «sin riesgo propio o de tercero».

Por otra parte, la tipicidad subjetiva de los delitos de omisión pura o propia exige i) que el agente se represente el riesgo que existe y se cierne sobre uno o más bienes jurídicos; así como ii) la propia capacidad de actuar en tales circunstancias en amparo o protección. Se trata de la representación propia del dolo. En caso de divergencia entre lo representado y la realidad extramental, hablamos de error (de tipo: N.32). La omisión no se opone estructuralmente a la posibilidad de errar sobre el riesgo (C.66) y la propia capacidad de obrar, pero eso no quiere decir que tales casos imprudentes se sancionen. En efecto, un sistema de *numerus clausus* en materia de imprudencia sólo castigará los errores vencibles de tipo si además se ha definido en la ley ese supuesto como imprudencia (N.52). El sistema español sigue tal modelo de prevención de la imprudencia, por lo que sólo se castigará cuando expresamente se haya previsto tal modalidad. Los principales tipos omisivos puros (el de omisión del deber de socorrer, del art. 195, y el de denunciar delitos, del art. 450.1 CP) sólo se prevén en su modalidad dolosa. Pero aunque se previera una situación de error vencible sancionable como imprudencia (art. 317), para un sector de la doctrina sería dudosamente legítima, pues encerraría una excesiva extensión de la tipicidad. Con todo, obsérvese que, en cuanto a la estructura, nada se opone a la existencia de omisiones imprudentes (la omisión, como norma prescriptiva y como tipo omisivo, admite el error de tipo); sí, en cambio, desde el punto de vista político-criminal. En efecto, puede resultar excesivo en términos valorativos dirigir al ciudadano normas de actuar y normas de mantenerse prudentemente para evitar errores. Pero esta cuestión es valorativa y no conceptual o estructural.

También en términos estructurales es posible imaginar una divergencia entre lo objetivo y lo subjetivo en sentido inverso: el agente se representa un peligro que no existe fuera de su mente: es la situación propia de la tentativa (C.66a). Cuestión distinta es que dicha tentativa de omisión deba considerarse típica, en la medida en que se restringe desmesuradamente la libertad de acción.