

En paralelo con la estructura de la omisión pura o propia (N.62), la tipicidad de la impropia o comisión por omisión, exige en su parte objetiva: i) que concurra una situación en la que el ordenamiento impone el deber de actuar. Pero en la comisión por omisión, esta situación típica de peligro da lugar a un específico e intenso deber de actuar denominado «posición de garante». Admite dos situaciones: posiciones de garante derivadas del deber de protección de un bien jurídico (C.68) y derivadas del deber de control de fuentes de peligro (C.69). La doctrina (inspirada en la doctrina penal alemana) concreta estas posiciones de garante en las siguientes: i) entre las de *deber de protección*, a) la estrecha vinculación familiar; b) la asunción voluntaria y c) la comunidad de peligro entre omitente y víctima. Y ii), entre las derivadas de la *función de control* de una fuente de peligro, a) la responsabilidad por conducta de otras personas; b) el velar por fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio; y c) la injerencia o actuar precedente (N.63).

La existencia de la posición de garante es condición necesaria para poder atribuir el resultado por omisión. Sin embargo, no basta la posición de garante: la cláusula de correspondencia del art. 11 no resuelve cuándo se entenderá cometido el tipo por omisión, no establece cuándo omitir equivale a actuar. La misma doctrina (SILVA) que consideraba innecesaria una cláusula legal de correspondencia como la del art. 11 (C.63) propone entender que la comisión por omisión sólo se podrá apreciar cuando exista identidad estructural y valorativa entre comisión y omisión. Lo cual se podrá establecer en función de un criterio de valoración claro: cuando por parte del omitente exista un *compromiso específico y efectivo de actuar a modo de barrera de contención de riesgos erga omnes*. Sólo entonces podrá decirse que la omisión de la acción debida es comisión; no es que se entienda equivalente, sino que *es* idéntica. Esto es: el delito (de resultado) en cuestión puede cometerse activamente, o bien omisivamente (comisión por omisión). Con otras palabras: existirá identidad cuando, además de la posición de garante, entre omitente y víctima exista de cara a terceros un «compromiso» real y efectivo de actuar en amparo o protección. Así, con tal compromiso, los terceros que perciben la situación típica (el riesgo que se avecina) perciben que ya hay alguien a quien compete conjurar el mal que se cierne sobre la eventual víctima. Por eso, dichos terceros dejan de actuar, «dan un paso atrás», y dejan la protección frente al riesgo en manos del «garante comprometido».

Este compromiso puede existir fácilmente en casos de vinculación familiar, contrato, comunidad de peligro, etc. Pero no debe darse por supuesto: no puede asociarse simplemente parentesco, o contrato, con comisión por omisión. Hace falta algo más: la idea de *compromiso* descrita, asociada al parentesco en muchos casos, no siempre se da. Como también, a la inversa, puede existir compromiso aun sin vinculación contractual alguna, por ejemplo. Lo esencial reside en la transmisión en sociedad de que en caso de peligro ya hay un sujeto que velará como barrera de contención del peligro.

Dicho criterio pone en evidencia que el caso más discutido es el de la injerencia, pues ahí puede ser difícil un compromiso de esas características. Para dichos casos, y mientras no exista tal compromiso, entraría en juego el tipo de la omisión pura de garante (C.65). En efecto, la omisiones puras de garante son modalidades de tipos omisivos puros (de mera actividad, luego no permiten la atribución del resultado), pero en ellos –a diferencia de los restantes tipos de omisión pura– hay posición de garante.

*Posición de garante, sí; pero sin compromiso* de esas características. Una de ellas, la prevista en el art. 195.3. Las omisiones puras de garante u omisiones de gravedad intermedia (N.65) son más graves que la mera omisión pura y menos que la comisión por omisión del tipo de resultado de que se trate (pues –recuérdese– que al posibilitar apreciar el tipo de resultado, la pena es la del delito en cuestión, sin atenuación). Otros casos: arts. 196, 408.

Por tanto, podría exigirse en el art. 11 verdadera identidad, más que asimilación; y además tomar los casos en él recogidos como meros ejemplos, que ni cierran otras posibles situaciones, ni lo son en todos los casos.

Además, ii) es preciso constatar la no realización de la conducta necesaria e idónea, en amparo ajeno o como protección de fuentes de peligro propias. Es decir, la omisión de la conducta debida, seguida de la producción del resultado en cuestión. Sin embargo, aun cumpliéndose los anteriores requisitos, no todo resultado podrá atribuirse a la omisión precedente. a) Es preciso que el deber de actuar sea plasmación del fin de la norma en cuestión, y no la producción del resultado por otros factores ajenos a dicho fin de protección. Esta exigencia dejaría fuera del tipo de la comisión por omisión aquellos casos en que el resultado se produce por factores totalmente extraños respecto a lo que la norma penal en cuestión pretende conseguir. b) También quedarían fuera de la tipicidad objetiva aquellos casos en que ni siquiera una conducta de acuerdo con el deber lograría evitar el resultado (en estas situaciones la doctrina entiende que se atribuirá el resultado en comisión por omisión sólo cuando se dé una probabilidad muy alta, rayana en la seguridad, de que la conducta activa evitaría el resultado). c) Se incluyen, en cambio, como típicos a efectos de comisión por omisión las situaciones de interrupción de cursos salvadores ajenos (un sujeto ha dado comienzo ya a una prestación de amparo o protección, e interviene entonces otro activamente para interrumpirla).

También es preciso iii) que fuera posible –capacidad en términos concretos, referidos al sujeto obligado en particular– realizar la conducta prescrita, de forma que en caso de imposibilidad de actuar, no surge el deber de intervenir (regla *impossibilia nulla obligatio*). Particular interés revisten los casos de imposibilidad de cumplimiento simultáneo de dos deberes de actuar (un mismo sujeto se plantea socorrer a dos bañistas que corren peligro de ahogarse). Se tratará de un supuesto de colisión de deberes\*: como manifestación de la misma regla ahora citada, si cumple cualquiera de los dos, no incumple el otro (N.82).

Por otra parte, la tipicidad subjetiva de los delitos de omisión impropia, o comisión por omisión, exige que el agente se represente: i) el riesgo que existe y se cierne sobre uno o más bienes jurídicos; ii) la propia posición de garante en términos de compromiso de barrera de contención de riesgos; y iii) la propia capacidad de actuar en tales circunstancias en amparo o protección. Se trata de la representación propia del dolo.

Aunque estructuralmente cabe una divergencia entre representación y realidad extramental, para un sector de la doctrina hay motivos para defender que sancionar tales casos como imprudencia (vía error vencible de tipo, allá donde se encuentre prevista esa modalidad, como por ejemplo en el homicidio: art. 142 CP) supondría una ampliación desmedida de la tipicidad: por comisión por omisión y por imprudencia. Lo mismo cabe afirmar de la divergencia inversa (tentativa). Cfr. N.62. Obsérvese que estructuralmente

es posible la omisión imprudente (y la intentada), pero su sanción podría resultar excesiva.