

La Responsabilidad penal médica

“Se dice que el grado de desconocimiento jurídico de los médicos sólo es comparable a la ignorancia del jurista sobre medicina.”

García Blázquez

Es necesario aclarar que las responsabilidades en las que se puede encuadrar un caso hipotético, no son excluyentes entre sí. De esta manera, se le puede atribuir a un individuo, por un hecho, tanto responsabilidad civil, penal, como administrativa, por la actividad que desempeña.

Normalmente, desde el punto de vista de la legislación costarricense, el médico podrá incurrir en responsabilidad de índole penal cuando, al ejercer su actividad, sin tener la intención de hacerlo, causa a su paciente, un daño en el cuerpo, o en la salud; esto alude básicamente, a la responsabilidad penal culposa que se examinará posteriormente.

Jurídicamente hablando, la responsabilidad penal del profesional en Medicina deberá obligar, al operador del derecho, a analizar su conducta desde el punto de vista de las normas penales, para determinar si el hecho fue doloso o culposo.

En el presente capítulo, se plantean los criterios que permiten discernir lo correspondiente a la responsabilidad penal del galeno y sus alcances legales.

Comúnmente se dice que, entre las distintas responsabilidades, en que los profesionales de la sanidad pueden incurrir, la más temida por éstos y por la opinión pública en general, la más llamativa, sin duda, es la penal, a pesar de que no son excesivamente numerosas las sentencias penales condenatorias que han recaído contra ellos.

El ordenamiento jurídico aspira a la realización social de la justicia en dos sentidos: el personal y el social, sanciona las conductas que violen los bienes jurídicos protegidos por este ordenamiento de dos formas, mediante sanciones reparatoras y mediante sanciones represivas. Estas últimas suponen responsabilidad penal propiamente dicha y las primeras, la responsabilidad civil, ya tratada en el capítulo precedente.

Las sanciones represivas tienen, como fin último, servir de ejemplo y reprimir al autor del comportamiento antijurídico. La sanción reparadora es de tipo compensatorio y tiende a beneficiar a la persona que ha sido lesionada en el ejercicio de sus derechos.

El médico posee una gran cantidad de conocimientos en el arte de curar. Por ello, le corresponde utilizar los cuidados y la pericia de acuerdo con las reglas, de lo que se ha denominado por los teóricos del Derecho como la *lex artis ad hoc*. De la misma forma, en caso de que se pretenda imputar al médico una actuación errónea, se debe efectuar un análisis de las circunstancias “ex post facto”, para determinar si la ejecución de los actos médicos se realizó de la manera idónea, o si, por el contrario, le es imputable algún tipo de responsabilidad.

En ordenamientos comparados, existen leyes especiales que regulan la actividad médica. En Costa Rica, si un médico comete alguna falta, ésta se analizará según las leyes generales (derecho civil y penal), sin que se requiera una esencialidad de normas especiales sobre la materia.

De esta forma, se presenta la responsabilidad penal, cuando se imponen obligaciones de forma punitiva, que toda persona debe asumir, como consecuencia de la inobservancia de comportamientos prohibidos por la ley penal. Estos, normalmente, son de carácter privativo de libertad y protegen valores sociales: vida, libertad sexual, patrimonio, etc.

Dentro de la responsabilidad penal, se debe definir, con claridad, cuándo se actúa con dolo o con culpa. Por tanto, precisar esto es muy importante, porque no se debe confundir uno con el otro. El *Código Pena*, define brevemente, en su artículo 31, lo que se refiere al dolo: “...obra con dolo quién quiere la realización del hecho tipificado, así como quién la acepta, previéndola a lo menos como posible”. Por lo tanto, no es importante entrar en detalles en este tema debido a que, como se indicó anteriormente, la actuación del médico, cuando se trata de la mala praxis no puede ser dolosa sino culposa.

Entonces cabe aclarar que el delito se define como “...la acción típica, antijurídica y culpable”. Se reconoce, en general, que la tipicidad se compone de un

aspecto objetivo y de uno subjetivo. Pertenece al tipo objetivo, el estudio de la acción, del resultado, del nexo de causalidad (esto en los delitos de resultado), y de los aspectos objetivos de las diversas formas de autoría y participación. Al tipo subjetivo corresponden, el estudio del dolo, los elementos subjetivos de la culpa, así como el análisis de otros elementos subjetivos, tales como motivaciones, finalidades o estados de ánimo que, a veces, vienen exigidos en la ley penal.

En la “antijuridicidad” suele distinguirse un aspecto formal (relación de contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico por la falta de permiso para realizarla –lo que denota la ausencia de una causa de justificación-), y un aspecto material, que es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado (que según el conocido axioma, es la esencia de todo delito). Sobre este particular existe una discusión doctrinal que trata de dilucidar si este estudio pertenece a la parte de la tipicidad objetiva o a la “antijuridicidad” material; sin embargo, queda claro que, sin lesión o puesta en peligro del bien jurídico, no surge el injusto penal.

El aspecto de culpabilidad es el juicio de reproche, que el ordenamiento jurídico le formula al que puede comportarse, con arreglo a derecho, y no lo hace. Está integrado por tres elementos: la imputabilidad, que es la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de determinarlo de acuerdo con ese criterio; la exigibilidad de la conducta con arreglo a derecho, pues el ordenamiento jurídico se dirige al ser humano medio y no exige, por tanto, la conducta de un héroe, ni tolera la de un cobarde; y la conciencia de la “antijuridicidad”, que, a diferencia del dolo (que es el conocimiento y voluntad de realizar el tipo penal objetivo), implica el conocimiento de que la acción que se realiza está prohibida por el ordenamiento.

Efectuada la exposición relativa a la estructura del ilícito penal, se procederá a adecuarla a la actividad médica. En la responsabilidad penal deben presentarse los siguientes elementos:

- Un comportamiento activo o pasivo (acción) imputable al médico, sea a manera de dolo o culpa, que represente para el paciente un daño y que establezca, entre estos, un nexo de causalidad.
- Que dicho comportamiento contraría los principios de la profesión médica.
- Que ese comportamiento se encuentre en contradicción con el ordenamiento jurídico,

es de señalar, que no solo con las normas penales, sino que debe realizarse por medio del estudio del ordenamiento jurídico visto como un todo.

- Que dicho comportamiento antijurídico sea reprochable para el galeno, a través de los elementos de la culpabilidad.

“El Derecho penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad; en este sentido dependerá de la conducta de sujeto el establecer la pena o la medida de seguridad.”¹

En materia penal, esa sanción será personal, es decir, “... deberá individualizarse plenamente al sujeto infractor de la norma penal. En el derecho penal se busca proteger los valores fundamentales de los individuos, tales como la vida, libertad, salud, etc. De la misma forma en se busca castigar a los que trastocan los bienes jurídicos, pues protege los valores materiales. Por eso, impone consecuencias jurídicas a su lesión y responsabilizar a quien quebranta la convivencia pacífica”.²

Según el numeral 16 del Código, la ley penal es obligatoria para todos los habitantes con las excepciones ahí contenidas. De la misma forma, este cuerpo de leyes, en su numeral 18, al referirse a la forma del hecho punible, indica que éste puede realizarse por acción, por omisión o comisión como se verá más adelante.

Valencia afirma que “... si se forma la barrera jurídica de la libertad de acción individual; en el caso de los médicos le es aplicable la ley penal en la medida en que cometan infracciones tipificadas en el código penal, ya sea por acción u omisión”;³ elementos que se tratarán más adelante, como ya se dijo.

A pesar de que el presente trabajo no constituye un ensayo sobre la teoría del delito consideramos oportuno enumerar, seguidamente, los elementos constitutivos del ilícito; pues se pretende contar con las bases necesarias para comprender la responsabilidad penal del médico en el ejercicio de su profesión.

¹ Valencia, **op. cit.**, p. 98

² Ibid., p 99

³ Valencia, op. cit, p.99

Como se explicó anteriormente, el delito es una acción humana típica, antijurídica y culpable. Por esa razón, se analizará desde el punto de vista de la teoría normativista de la acción.

Sección I: Elementos del ilícito

Para el análisis de la teoría del delito se parte de la teoría normativista de la acción, según la cual el dolo pertenece al tipo subjetivo, es decir dolo bueno o natural.

Para el análisis de los elementos del ilícito: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; es necesario el estudio de las causas de “exclusión de la acción”, sin las cuales, ni siquiera es posible, considerar la presencia de delito.

A) Causas de “exclusión de la acción”:

Existe una serie de casos, en los que no es posible hablar propiamente de acciones, y por ese motivo, se denominan casos de atipicidad por falta de acción. Algunos de ellos son:

1- Caso fortuito y de fuerza mayor

El *Código Penal* hace referencia a ambas figuras jurídicas en el artículo 33, que literalmente indica: “No es culpable quien realiza el hecho típico por caso fortuito o fuerza mayor”⁴

El caso fortuito es, definido, normalmente, como la ignorancia invencible que elimina la “previsibilidad” del resultado típico; opera tanto en los delitos dolosos como en los de omisión.

En términos sencillos puede decirse que caso fortuito es aquel que no se puede prever, y fuerza mayor lo que no se puede evitar.

Para realizar su trabajo, el médico, debe reunir requisitos personales e intelectuales que lo acrediten como persona capaz de considerar los posibles resultados de una acción, al emitir un diagnóstico o al aplicar un tratamiento. Pero, cuando se produce un efecto que no depende de su previsión o de su conocimiento, por no ser

⁴ *Código Penal*, art. 33

imaginable siquiera, y en consecuencia, es imposible preverlo, se está en presencia de un caso fortuito que, como se dijo, lo exonera de toda responsabilidad en el ámbito penal.

Los caracteres esenciales del caso fortuito son: por un lado la “imprevisibilidad” o sea, la imposibilidad de predecir un evento ajeno a la voluntad del obligado; un acontecimiento extraordinario, que no es imputable y por otro lado la “inevitabilidad”, es decir la imposibilidad de evitarlo.

Ya la *Sala Penal* ha reiterado su posición en cuanto a la necesidad de analizar el caso fortuito y de fuerza mayor como excluyentes de tipicidad de la conducta⁵. Por ejemplo, si se produce una colisión en la autopista, entre un vehículo y una bicicleta, porque existía un obstáculo en la vía y se determina que la presencia del obstáculo era un evento imprevisible, las consecuencias que de él se deriven son inevitables.

Solano Porras, señala que, “... según el grado de imprevisibilidad o inevitabilidad, el caso fortuito es un evento imprevisible para un hombre medio, (no obstante haberse revisto sería inevitable), por otra parte la fuerza mayor es un evento que aún cuando pueda preverse es inevitable”⁶

Consideramos que si, en el caso fortuito, el médico no ha contribuido a producirlo, su actuación no es culposa y por lo tanto no es responsable. Al respecto el autor citado señala: “Para que el caso fortuito opere como eximente de culpabilidad el sujeto antes de la producción del daño debe haber actuado con la debida diligencia de un buen padre de familia. Si a pesar de haberse dado tal diligencia el evento sigue siendo imprevisible, estaremos en presencia del caso fortuito. Pero si el sujeto no actuó diligentemente, esto es si su actuación fue culposa, esto significa que incurrió en culpa y por lo tanto no hay caso fortuito que lo exima de responsabilidad.”⁷

La fuerza mayor es un evento de la naturaleza, y por lo tanto inevitable, excluyente de causalidad. De ahí que el daño producido, no es efecto de la conducta humana, sino que, por el contrario, de una causa inevitable. Si la culpa supone la omisión

⁵ **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**, voto 0676-98 de las 9:40 horas con cuarenta minutos del 17 de julio de 1998.

⁶ Solano Porras, **op. cit.**, p. 159

⁷ Solano Porras, **op. cit.**, p. 160

al deber de prever y de evitar el resultado, evidentemente queda excluida ante lo imprevisible o inevitable.

a- La Iatrogenia

No toda actuación médica en la que se produzca un daño al paciente, es imputable al galeno. Dentro de una intervención médica, pueden surgir ciertos riesgos, algunos previsibles y otros no, que se presentan aunque el profesional no haya faltado a sus deberes de cuidado.

Los riesgos previsibles o típicos son las complicaciones, que ocurren siempre que se presentan determinadas patologías y, además, se conoce la forma en que se producen. Los riesgos imprevisibles o atípicos, son aquellos que suceden de forma infrecuente y cuya aparición no está pronosticada.

Como bien lo señala Postero Lazcaño, el médico sólo está obligado a utilizar los medios necesarios para prevenir los riesgos típicos, de lo contrario, no sería posible ejercer la medicina, pues el número de riesgos potenciales ante una intervención es tan elevado, que no sería operativa la prevención de todos ellos.⁸

Las complicaciones, que surgen en una intervención, y que no son previsibles a pesar de que se ha actuado con la debida diligencia y se han observado los reglamentos, se conoce como iatrogenia. Carlos Tiffer la conceptualiza como "...empezar con aquella situación que comprende los efectos inevitables de la actuación profesional del médico y de los medios que emplea, esto por cuanto, en el ejercicio profesional de la medicina existe un margen de fatalidad o riesgo, como en cualquier acto humano."⁹

Cuando se presenta la iatrogenia, el médico ha actuado con prudencia, diligencia, competencia y en apego a la reglamentación. Sin embargo, el resultado no querido e imprevisto se produce por razones ajenas a él, y se enmarca dentro del mínimo porcentaje de riesgo inevitable, que existe cuando se ejecuta un acto médico.

La iatrogenia no es punible y se considera como un caso fortuito. Consecuentemente, exime de responsabilidad al médico, a quien no se le puede achacar

⁸ Portero Lazcano, op cit. p. 93.

⁹ Tiffer Sotomayor, op cit. p. 50.

ni sancionarse, ya que no constituye un acto típico, pues por ser un hecho imprevisible (aún siguiendo una conducta diligente) deviene inevitable.

En la realización de la delicada labor médica, es posible encontrarse con situaciones inesperadas, que surgen como consecuencia de la función médica, y son ajenas a la voluntad del profesional. A veces, aunque el profesional haya actuado con el mayor de los cuidados y haya tomado las previsiones necesarias, ajustándose a las normas y procedimientos del arte médico, se presentan alteraciones o resultados que son tan sorprendidos para él como para el paciente o sus familiares, y por ello, deben considerarse como circunstancias, donde no existe una actuación médica reprochable.

Según el *Diccionario de la Real Academia Española*, iatrogenia es “...toda alteración del estado del paciente producida por el médico”¹⁰. Desde el punto de vista jurídico, se concibe como “...aquella situación que comprende los efectos inevitables de la actuación profesional del médico y de los medios que emplea, esto por cuanto, en el ejercicio profesional de la Medicina, existe un margen de fatalidad o riesgo, como en cualquier acto humano. En este sentido, la iatrogenia está representada por complicaciones que ocurren a pesar de haberse actuado con la debida diligencia y observancia de reglamentos. La iatrogenia no es punible, porque no puede tipificarse como ilícita”.¹¹

Puede decirse que la iatrogenia es inherente al organismo del paciente. Se presenta cuando surge alguna complicación, debido a reacciones propias de cada organismo, que no pueden ser evitadas por el médico, a pesar de que su actuación sea diligente y se encuentre apegada a las regulaciones existentes y a su experiencia. Se trata, entonces, de un supuesto de hecho, en donde el médico no puede evitar el resultado dañoso, y precisamente por ello, está exento de responsabilidad penal.

Aunque la iatrogenia no está prevista de manera expresa en el *Código Penal* como una eximente, puede ubicarse dentro del caso fortuito.

¹⁰ Real Academia Española. (1984) **Diccionario de la Lengua Española**, vigésima edición, Tomo II, p.753.

¹¹ Tiffer, **op. cit.**, p. 50.

Claro está que, en el caso de "error médico" excusable, se exime de responsabilidad al profesional, pero no se invalidan los actos, como podría ocurrir en otros campos jurídicos. El error excusable implica la falta de culpa, es el error de conducta, que no habría cometido un individuo colocado en la misma situación objetiva, que el autor del daño, pero la actividad médica es falible.

Sobre este tema, Solano Porras comenta: "En la responsabilidad del médico, la fuerza mayor, el hecho de un tercero, y la culpa del paciente excluye la causalidad, de modo que el médico no es responsable cuando se pruebe uno de estos tres aspectos. Las predisposiciones y las complicaciones no previsibles para el médico exoneran al médico de responsabilidad; no por ser causas que excluyen la causalidad sino porque su presencia cuando no es imputable al médico se configura como iatrogenia y por lo tanto no culpable."¹²

Por lo anterior, consideramos que en la iatrogenia no existe error médico. Como bien lo destaca el autor antes citado, la Medicina trae consigo algunos riesgos propios que la convierten en una actividad potencialmente dañosa. Sin embargo, como se ha reiterado, si el daño se ha producido a pesar de que se ha cautelado ejercicio correcto de la profesión, se está ante un caso de iatrogenia y por consiguiente; no existe culpa en el médico.¹³

En resumen, la iatrogenia se define como aquellos daños que el médico produce al paciente pero que, por ser correcta su actuación, son atribuibles a la fatalidad, a los riesgos propios de la Medicina.

Achaval conceptualiza la iatrogenia como el caso fortuito de la medicina, como el verdadero accidente, el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse. La iatrogenia no es sólo un concepto lingüístico sino que habría curaciones y descubrimientos que la integrarían, por su raíz con el significado de engendrar, crear, originar por el médico: 'es la lesión o enfermedad que, por su ejercicio profesional correcto, produce el médico'.¹⁴

¹² Solano Porras, **op. cit.**, p. 578

¹³ Solano Porras, **op. cit.**, pp. 537-538

¹⁴ Achaval, **op. cit.**, p. 108

De acuerdo con lo expuesto, puede afirmarse que la hipótesis del presente estudio se cumple cuando define la iatrogenia como una causa de “exclusión de la acción” y no como una causa de exculpación o de “antijuridicidad”.

Ahora bien, la iatrogenia presupone dos aspectos: desde el punto de vista objetivo, corresponde a los daños que sufre el paciente como consecuencia del correcto ejercicio de la medicina, y que todo paciente, desde el momento en que pretende prevenir o eliminar un estado patológico que le afecta, corre el riesgo de padecer. Desde el punto de vista subjetivo, es el grado de falibilidad al que el médico, como ser humano, está sujeto; a pesar de poner la diligencia y prudencia debida y de contar con los conocimientos exigidos.

La iatrogenia implica que el médico no ha incurrido en ninguna de las formas de la culpa, por esa razón, la iatrogenia y la culpa son incompatibles. Probada una acción culposa del médico, la lesión producida no puede calificarse como de iatrogénica, y por lo tanto el médico es responsable.

2- Hecho de la víctima

El hecho de la víctima es el daño producido, en forma exclusiva, por la conducta de la víctima. Sin embargo, para que sirva de excluyente de causalidad, debe ser una conducta culpable (dolosa o culposa).

Al mediar la culpa de la víctima, el acto médico no es causante del daño, pues éste proviene de actos ajenos y, en materia penal, como ya se indicó, la responsabilidad es personal o de acto.

3- Hecho de un tercero

El hecho de un tercero se configura como la acción u omisión que realiza una persona completamente extraña al demandado (supuesto agente productor) y a la víctima, y que resulta ser la única causa del daño. En este caso, la responsabilidad debe recaer sobre el tercero y no sobre el demandado, por lo cual el demandado debe interponer el hecho del tercero y demostrarlo.

Para que el hecho del tercero se configure como excluyente de la causalidad, debe entenderse que se trata de un hecho no provocado por el propio demandado, pues en este caso solo él se tendrá como causante del daño.

Solano Porras indica que “...el hecho del tercero no está expresamente contemplado en la legislación civil costarricense, como causa excluyente de responsabilidad. El *Código Penal* tampoco lo contempla como causa de exclusión, en la responsabilidad derivada del hecho punible. En lo que respecta a la materia contractual se contemplan, como excluyentes de responsabilidad, tan solo el hecho de la víctima, el caso fortuito y la fuerza mayor, no así el hecho de un tercero.”¹⁵

Si media la culpa de un tercero, la actuación médica no constituye causa de daño, porque este proviene de actos ajenos.

B) Tipicidad

Se reconoce, en general, que la tipicidad se compone de un aspecto objetivo y de uno subjetivo. Perteneciente al tipo objetivo cuando corresponde al estudio de la acción, del resultado, del nexo de causalidad (esto en los delitos de resultado), y de los aspectos objetivos de las diversas formas de autoría y participación.

1- Elementos objetivos:

Son los que permiten analizar lo concerniente a la acción y al nexo de causalidad.

La acción es el primer presupuesto del ilícito penal y constituye un movimiento exterior evitable, que se excluye cuando existe una inconsciencia absoluta, una fuerza física inevitable, es decir, un movimiento corporal reflejo.

La acción, en sentido amplio, consiste en un hacer positivo (acción estricta) o en un no hacer (omisión). Así, puede ser acción, tanto el acto médico, que efectivamente lleve a cabo el facultativo, como también, la no realización de dicho acto.

El hecho médico, que da origen a la responsabilidad por daños es la conducta o el comportamiento humano, que puede ser un hecho positivo, es decir, una acción por comisión; pero también puede ser un hecho negativo, que corresponde a una acción por omisión.

La conducta culposa, realizada por el agente, puede encontrarse en una acción o

¹⁵ Solano Porras, **op. cit.**, pp. 247-248

en una inacción: “Un sector de la doctrina clasifica a los actos culposos en actos por ‘comisión y actos por omisión’ La comisión puede estar constituida por hechos positivos o negativos; estos últimos son los que algunos tratadistas denominan ‘actos de comisión por omisión’, distinguiéndolos de los actos de omisión propiamente dichos.”¹⁶

En la legislación patria, el numerario 18 del *Código Penal*, al definir las formas del hecho punible indica que éste puede ser realizado por acción o por omisión.¹⁷

Los elementos definatorios de la tipicidad son:

a) Elementos descriptivos

Los elementos descriptivos pueden ser aprehendidos o comprendidos a través de los sentidos. Son objetos del mundo exterior que no requieren valoración.. Tal es el caso de los bienes muebles en el delito de hurto.

b) Elementos normativos

Los elementos normativos son aquellos, que solo pueden ser aprehendidos o comprendidos por medio de un proceso intelectual o valorativo. Deben estar contenidos en una descripción típica, donde si se requiere valoración. Pueden referirse, tanto a la significación cultural de un hecho (honestidad) como a la significación jurídica (documento).

2- Elementos Subjetivos:

A esta clase pertenece el dolo (en sus distintas modalidades, ya sea directa o eventual), así como los elementos subjetivos de la culpa: motivaciones, finalidades o estados de ánimo, que son, a veces, exigidos por la ley penal (imprudencia, negligencia, impericia y violación reglamentaria). También, pertenece al tipo subjetivo de la tipicidad la “preterintención”.

a) Dolo

Actúa dolosamente quien conoce las circunstancias de hecho así como el

¹⁶ Pérez de Leal, **op. cit.**, p. 44

¹⁷ Código Penal, art. 18.

significado de su acción y ha admitido, voluntariamente, el resultado.

En Costa Rica, el análisis del dolo se fundamenta en el artículo 31 del *Código Penal*: “Obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como también la acepta, previéndola a lo menos como posible.”¹⁸

“El dolo es el conocimiento y la voluntad de la realización del tipo objetivo. Obra con dolo, en consecuencia el que sabe lo que hace y hace lo que quiere.”¹⁹

En el derecho penal, se exigen dos condiciones para la existencia del dolo: por un lado el elemento cognitivo, que es la tipificación de la conducta, por parte del ordenamiento jurídico, junto con la conciencia del agente, de que su actuación se opone a las normas penales; por otro lado el elemento volitivo, que es la voluntad de ejecutar el acto. En otras palabras, se requiere la realización de un hecho ilícito, con la intención de realizarlo y con el fin de obtener los fines ya programados.

García Blázquez lo define como: “... el elemento fundamental de toda responsabilidad del orden criminoso, que está integrado por la voluntad de ejecutar el hecho y la conciencia de lo que se ejecuta”.²⁰

Tradicionalmente se diferencian dos tipos de dolo: el dolo directo y el eventual; en el dolo directo, quien actúa, prevé como seguro, o al menos eso desea, el resultado que se producirá con su conducta; en el dolo eventual, por el contrario, el autor considera como muy probable, o casi seguro el resultado, y admite y se conforma con que ocurra. Esto no sucede con la culpa, pues en ella, el sujeto imprudente prevé el resultado como muy improbable y tiene la esperanza de que no suceda.

a.1 Directo

El dolo directo requiere de dos elementos: uno cognoscitivo que consiste en conocer el tipo penal y los elementos de hecho, descritos por él; y el otro volitivo, que consiste en querer realmente el resultado.

¹⁸ *Código Penal*, art. 31

¹⁹ Bacigalupo, **op cit**, p. 45.

²⁰ García Blázquez, **op. cit.**, p.39

En el dolo directo, el resultado es buscado, inmediatamente, por el autor. Se dice que el sujeto actúa para provocar el daño, por lo que le son atribuibles todos los perjuicios que aparezcan en el horizonte de esa previsión.²¹

Por consiguiente, el dolo directo se define como el querer, conocer y cometer un ilícito. Es actuar voluntariamente, en pro de un delito; imaginarse o representarse un resultado y hacer todo lo necesario para que ocurra. Es decir, el sujeto activo tiene, quiere y sabe que su fin es ilícito y aún así lo hace. Un ejemplo de dolo directo tenemos: “A” quiere matar a “B”, sabe que matar es prohibido, pero quiere hacerlo y lo hace.

a.2 Eventual

En el dolo eventual se consienten las consecuencias, no necesarias sino probables. El agente no busca el resultado pero, a pesar de su probabilidad, no lo evita.

El dolo eventual está presente cuando el agente se representa un resultado, y acepta la posibilidad del hecho dañoso y punible previéndolo, al menos, como posible.

Se caracteriza por el asentimiento del agente al resultado delictivo, que se le aparece como probable. Se denomina también dolo condicionado. Exige la concurrencia de los siguientes elementos:

- La representación del resultado como posible.
- El consentimiento de que se produzca, y
- La condición de que, de haber estado convencido el agente de la producción de dicho resultado, habría omitido su acto.

En resumen, se está en presencia de dolo eventual, cuando el sujeto se representa como posible un resultado dañoso y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho y acepta las consecuencias de dicho acto como suyas.

Un ejemplo de dolo eventual es la situación que se describe seguidamente : A quiere matar a B, y para ello planea poner una bomba en el carro de éste; sin embargo, conoce que C es la esposa de B y lo acompaña habitualmente, por lo que prevé la

²¹ LORENZETTI (Ricardo Luis) T. I, op cit, p. 446

posibilidad de que *C* también muera y se conforma con ello. En este caso, si ambos perecen, existiría dolo directo respecto de *B* y dolo eventual respecto de *C*.

Modernamente se plantea que respecto de los delitos dolosos, en la actuación de los médicos, se debe hablar de atipicidad, porque no es concebible imaginarse al médico, en un comportamiento doloso con su paciente, dado que contraría la función, que él desempeña. De ahí que, solo con carácter excepcional, podrá apreciarse la concurrencia de dolo en la actuación médica (salvo que específicamente se utilice la profesión para la comisión de un delito).

Con respecto a este tema Morales Fernández comenta: “Francisco Carrara dice que la irresponsabilidad del médico tiene como fundamento jurídico la ausencia de dolo en su conducta, y no el consentimiento del paciente u enfermo, y que la verdadera razón de la inculpabilidad del médico está en su fin inocente, en que se excluye el dolo; por lo tanto, debe eliminarse toda idea de criminalidad, pues su actuación es con el fin de librar de una afección, o de un peligro para la salud, a una criatura humana.”²²

Cuando el médico actúa conforme a las reglas del arte y la ciencia, y a pesar de eso se produce un resultado, es posible excluir la tipicidad, pues el tratamiento médico tiene como fin último proteger la vida, la salud y la integridad de las personas, y nunca se pretende dañar al paciente.

Si en el tipo objetivo (acción) se incluye la producción de un resultado, hay que tener en cuenta, cuándo no existe el tipo. Con base en ese resultado, si el tratamiento médico lleva a una mejoría del paciente, la conducta del facultativo no realiza el tipo objetivo, de lesiones por ejemplo, por haber sido el resultado la protección del bien jurídico. Faltaría el tipo objetivo por no existir un resultado lesivo, y aunque hayan existido molestias (heridas, dolores, etc.) éstas se producen en aras de conseguir un resultado final del carácter curativo. Por ello, consideramos que es posible analizar globalmente el tratamiento médico y no verlo en forma separada.

Si se obtiene, como producto de la intervención, un resultado insatisfactorio, se

²² Morales Fernández, Eduardo (1994), **La responsabilidad penal y civil del Médico por negligencia profesional**, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, p. 34.

realiza el tipo objetivo, por ejemplo de lesiones (o incluso de homicidio). Se ha llegado a un perjuicio para el bien jurídico, provocado por la intervención en sí misma, que no ha conducido al restablecimiento del paciente, pero no ocurre así cuando se trata del tipo subjetivo, pues, en estas circunstancias, están ausentes el elemento cognoscitivo y el volitivo propios del dolo. Sin embargo, sería importante analizar si tiene cabida alguna forma culposa.

Si la intervención se concluye con éxito, también se excluye el tipo objetivo doloso, pues se ha obtenido un resultado que implica la protección de bienes jurídicos; y si fracasa, el tipo objetivo existe, pero no basta éste para fundamentar la tipicidad, pues faltaría, generalmente, la parte subjetiva del tipo. Por el contrario, si se entiende que el dolo no es un elemento subjetivo del tipo, sino la parte integrante de la culpabilidad (teoría causalista de la acción), sería difícil excluir la tipicidad de las intervenciones sin éxito.

Para la teoría finalista de la acción, en las intervenciones de carácter terapéutico concurre siempre un fin curativo, por lo que se excluye el dolo de lesiones o de homicidio. Faltaría un elemento esencial para la configuración del tipo: el dolo, elemento subjetivo de la tipicidad. El fin de curar es incompatible con el dolo de lesionar; ya que mientras en el ejercicio médico se tiende a la protección del bien jurídico de la salud, en el actuar doloso se pretende la agresión del bien protegido. En este sentido Casabona manifiesta: “El fin curativo excluye el dolo en esta clase de intervenciones. La jurisprudencia considera que puede concurrir dolo eventual (aunque no pudo castigar por tal) cuando es tan importante el cúmulo de omisiones de deberes profesionales, de errores técnicos, de retraso en adoptar las decisiones médico – quirúrgicas que su especialidad le imponía. Aquí hay que pensar, en el caso de apreciarse el dolo, que el conjunto de la conducta anula o compensa la presencia de ese fin curativo, que debe regir a todo médico en su profesión”.²³

b) Culpa

La culpa pertenece, como ya se ha mencionado, al elemento subjetivo de la tipicidad. Se dice que actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado, que

²³ Romeo Casabona, Carlos María (1981), El Médico y el Derecho Penal, Barcelona, Bosch Casa Editorial, , p.p. 66-67

personalmente le incumbe, y puede prever la aparición del resultado. Para la realización del hecho culposo se requiere, efectivamente, que exista una relación entre la falta al deber de cuidado del agente y el resultado producido²⁴

Cordero Iannarella realiza el siguiente análisis: “Se acepta en términos generales, que actúa culposamente quien omite, pudiendo realizarlo, aquel comportamiento que hubiera evitado la producción de un resultado dañoso. Es decir, en última instancia, el error consiste en no evitar lo que a través de nuestra diligencia debimos y pudimos evitar; aunque debe quedar claro que esa diligencia no impone un sacrificio, un poder, o en general una actitud que esté fuera del alcance de nuestras posibilidades o capacidades. Pero si el agente tiene en sus manos el posible despliegue del comportamiento que evitaría el daño y no lo asume, entonces se dice que hay culpa de su parte. Sea, que su error consiste en no hacer uso de la evitabilidad que las circunstancias le ofrecen para que el resultado dañoso no se realice. La evitabilidad se convierte así en una característica esencial de la culpa.

Una segunda característica de la culpa es la previsibilidad, que es la posibilidad que tiene el sujeto de prever el daño que puede ocasionar con su conducta. Pero esta característica solo puede ser cuestionada si la producción del resultado es evitable ya que, si es inevitable, el preverlo o no ya no tendrá la misma importancia jurídica al no estar dentro del dominio del agente.

Se determina si un comportamiento es culposo cuando el suceso real, imbuido de todas las circunstancias en que se produjo, se compara con otro suceso hipotético, en el cual, al introducir las variaciones de lo realmente ocurrido, no se presenta el mismo resultado. Es decir, de lo que se trata es de determinar las posibilidades y las circunstancias en que se encontraba el sujeto en el momento de actuar. Si, entre estas posibilidades, tenía en su dominio la de evitar la producción del resultado, es posible afirmar, *prima facie*, que su comportamiento fue culposo, según alguna de las formas de la culpa (...).”²⁵

²⁴ En este mismo sentido se manifiesta el **Tribunal de Casación Penal**, voto N° 913 del veinticuatro de noviembre del dos mil.

²⁵ Cordero Iannarella, Álvaro, **op. cit.**, pp. 60-61

Entonces, en la “previsibilidad” del resultado de la conducta está implícita la esencia de la culpa, pues el Derecho sanciona a quien puede prever el resultado y no lo hace, o a quien, habiéndolo previsto, actúa de todas maneras, con la esperanza de poder evitar el daño.

La culpa surge de una conducta humana, no intencional ni maliciosa (es decir, sin dolo directo o eventual), productora de un resultado lesivo, como consecuencia de la relación de causalidad que se produce entre ambos. Consiste en la omisión de la diligencia debida.

Es esta forma de tipicidad, la que más interesa analizar en materia de responsabilidad profesional del médico.

En términos generales, se dice que la esencia de la culpa consiste en la violación de un deber de cuidado, impuesto por el ordenamiento a los sujetos, para que no lesionen o pongan en peligro determinados bienes jurídicos.²⁶

De este modo, se puede definir como culpa la inobservancia voluntaria de las normas de conducta, que imponen a la persona, en sociedad, la obligación de obrar con el debido cuidado, con el fin de evitar daños o situaciones de peligro, para los intereses protegidos por el ordenamiento jurídico. Se requiere que el hecho producido sea la consecuencia de un comportamiento imprudente, negligente o imperito, o que viole las normas expresas legales o reglamentarias o emanadas de los particulares, para evitar daños por la falta de precaución.

Con respecto al destinatario de la normativa jurídica, el autor citado señala: “Según el más difundido concepto de hombre medio, las normas jurídicas, y todas las normas de convivencia, han sido hechas o en su contenido prevén la posibilidad de ser acatadas por hombres normales. El que puede prever, según la ley, el resultado de su conducta no es el hombre que posee un nivel intelectual superior, pero tampoco inferior al término medio. Es precisamente a ese hombre medio, al que va dirigido el mandato.

Ese hombre medio se encuentra, según esa hipótesis, en cualquier actividad de la vida, y el profesional en ciencias médicas, que debe acatar las disposiciones que lo

²⁶ Solano Porras, **op cit**, p. 413

vinculan a su quehacer, tiene la posibilidad de adecuar su comportamiento según ese estándar de capacidad de que goza el común de los miembros de su profesión.”²⁷

Otra forma de discernir, a qué tipo de individuos se dirigen las normas jurídicas médicas, es la confrontación de la conducta médica actual con el patrón de conducta promedio, y la capacidad de previsión, que está en función del caso discutido. Esto permite concluir si el médico estuvo en capacidad de advertir lo previsible, para ese término medio. Si no lo hizo y se configuró el resultado dañoso, entonces podrá reprochársele y exigírsele responsabilidad a título de culpa. Por otra parte, si tanto para el profesional en ciencias médicas cuestionado, como para el promedio de sus colegas, el resultado dañoso de su actuación era imprevisible, no sería razonable exigirle esa responsabilidad. No obstante lo anterior, se debe tener presente que, dentro de la profesión médica, deben hacerse distinciones entre el médico de servicios generales y aquel que posee una especialidad determinada. Por ende, se le exigirá igual diligencia si se trata de comparar entre dos especialistas de la misma especialidad entre dos médicos generales. No se puede hacer caso omiso de las diferencias existentes entre las especialidades, ya que a los médicos especialistas se les imputan condiciones excepcionales, en razón de su mayor especialización, experiencia y dedicación, y por lo tanto el derecho presumirá su mayor preparación cuando se valore su actuación.

En resumen, el ordenamiento jurídico se propone lograr, como fin último, que las acciones sean socialmente adecuadas, y que se respete el deber objetivo de cuidado, el cual es objetivo porque es el que la sociedad le atribuye al sujeto promedio, del total de los que realizan las mismas acciones.

Doctrinariamente y en otras latitudes, se ha admitido la gradación de la culpa y se ha distinguido entre culpa grave, leve y levísima. Dentro de esta perspectiva, la culpa grave es aquella que no comete un hombre dotado de la inteligencia más vulgar; es no entender lo que todos entienden; es la ignorancia extrema.

La culpa leve es la que comete un buen administrador. Para evaluarla se ofrecen dos modalidades: se la juzga respecto de la conducta ‘normal’, prefijada en un modelo

²⁷ Cordero Iannarella, **op. cit.**, p. 88

abstracto, el de un buen padre de familia (*bonus pater familiae*), o se la considera respecto de las costumbres personales del deudor, y se le exige a éste la diligencia que pone en sus propios negocios (*diligentiam cualem suis rebus adhibere solet*). La primera se denomina culpa leve apreciada en abstracto; y la segunda culpa leve considerada en concreto. Un tercer grado de culpa, es el de la culpa levísima, noción que se establece mediante la comparación con el obrar de una persona excepcionalmente cuidadosa, casi heroica, propia de un *diligentissimus pater familiae*. Por este tipo de culpa responde el deudor cuando obtiene, del contrato, solo ventajas.²⁸

En Costa Rica, no existen, en la legislación civil, normas que regulen la gradación de la culpa, por lo cual, probada una culpa al menos leve, se aplicarán los artículos 1045 y siguientes del *Código Civil* (en materia de responsabilidad extracontractual) o bien el artículo 702 y siguientes del *Código de Rito* (en casos de responsabilidad contractual). En consecuencia, en nuestro medio se responde, siempre que se incurra en culpa, en sus diversas modalidades (negligencia, impericia, imprudencia, violación reglamentaria).

Sin embargo, conforme a la evolución penal, la *Sala Penal* ha venido sustituyendo los antiguos conceptos civiles de negligencia, imprudencia e impericia, para la definición legal de la conducta culposa. La principal razón de esta escogencia se sustenta en el hecho de que estos conceptos, lejos de ayudar a la aplicación de la Ley, suelen llevar, al analista, a serios problemas lógicos de definición. De estos problemas, quizá el más importante es la imposibilidad de diferenciar entre imprudencia y negligencia, ya que no es posible encontrar una conducta "imprudente" que no sea "negligente". Así, el análisis judicial se hace "ex-post facto" con base en las mismas circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedió el hecho investigado, pero, en este nuevo suceso, se pone al sujeto a actuar conforme al deber de cuidado que le corresponde, de acuerdo con sus condiciones personales, oficio, profesión o arte, condiciones que permiten caracterizar su comportamiento, dirigido a un fin intrascendente para el Derecho. Si después de semejante examen el resultado siempre se produce (el resultado contrario a Derecho) la conducta analizada resulta atípica del delito culposo. En el caso contrario, si la conducta verificada, de acuerdo con este marco hipotético, impidió que el resultado se produjera, se concluye

²⁸ Lorenzetti., op. cit., T.I, p.p. 452-454

que la conducta que infringió el deber de cuidado fue idónea para producir el resultado y, por ende, resulta típica del delito culposo que se esté investigando.²⁹

El tipo culposo también supone aspectos de voluntad y conocimiento; no obstante, estos difieren de los que caracterizan la tipicidad dolosa. En primer lugar, con respecto al aspecto volitivo, que sí existe en el tipo culposo, se analiza la voluntad del sujeto para realizar el fin programado, con los medios predispuestos al efecto. En cuanto al conocimiento, el tipo culposo parte de un aspecto cognoscitivo, que se concreta en una mera posibilidad, nunca es un conocimiento efectivo, ya que si lo fuera, la conducta no sería culposa sino dolosa. Adicionalmente, en relación con este mismo aspecto, el juez debe analizar la posibilidad de conocer la peligrosidad de la conducta y de prever el resultado conforme a ese conocimiento.

De esta manera, al igual que en la tipicidad dolosa, el tipo culposo requiere de una congruencia entre los elementos subjetivos y objetivos, que si no se verifican, tendrán el efecto de convertir la conducta analizada en atípica. Esto último puede suceder, tanto porque el resultado sea absolutamente imprevisible, o porque esté más allá de la capacidad de “previsibilidad” del sujeto (ignorancia invencible)³⁰.

De igual forma, el *Tribunal de Casación Penal* señaló que el tipo culposo se define como la omisión del deber objetivo de cuidado, que causa directamente el resultado dañoso y previsible. Con ello se ha superado la concepción genérica de la culpa, cuyas especies son las conductas imprudentes, negligentes o inexpertas, por una estructura objetiva y subjetiva con la amplitud suficiente, para comprender dichas formas. Además, se limita al juzgador y se evita el abuso en la sanción penal.³¹

Como bien señala la doctrina contemporánea: “*el mero “pensar en” u “ocurrirse”, sin cualidad de juicio, puede denominarse, si se quiere, imprudencia consciente; sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la consciencia en este tipo de imprudencia ya en su*

²⁹ **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**, Voto 592-F-92

³⁰ **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**, voto 386-2003 de las quince horas del veinte de mayo de dos mil tres.

³¹ **Tribunal de Casación Penal**, voto 696-2003 de las 11:55 hrs del 18 de junio del 2003

contenido no se corresponde con el conocimiento de las consecuencias propio del dolo”³².

En la responsabilidad culposa, no existe intención de hacer daño. Tiene varias modalidades de presentación:

b-1 Especies

Se dice que la responsabilidad del galeno es, en tesis de principio, de carácter culposo. Se pretende imputar responsabilidad por haber actuado con negligencia, imprudencia, impericia y por inobservancia de los reglamentos.

En este sentido, todo daño producido en el paciente por la falta de pericia, diligencia y prudencia médica, o bien, por violación a los reglamentos que norman el ejercicio de la Medicina, se presume injusto, de no ser que el médico alegue una causa de justificación. Probada la falta médica, solo cabe para el médico, alegar un estado de necesidad, no así las otras causas de justificación. Para justificar un acto ilegítimo, no puede alegar el consentimiento del derechohabiente, ni el ejercicio de una profesión.³³

Una fórmula sencilla de la mala praxis en el contexto de la culpa, la presentaría como una actuación negligente, imprudente, falta de pericia o violatoria de reglamentos, en el ejercicio profesional, que conlleva daño y que conforma responsabilidad legal.

Siempre en sentido lato, se puede aceptar, como la mayoría de la doctrina, que las cuatro hipótesis de comportamiento culposo (negligencia, imprudencia, impericia y violación reglamentaria) responden a aquellos casos, que no requieren de la intención dirigida a causar el daño.

b-1.1. Imprudencia

El médico debe determinar, con suma cautela, cuál método empleará, y utilizar todos los mecanismos existentes para llevarlo a cabo (pruebas, historia clínica, etc), pues actuar rápidamente o con desdén, puede producir un resultado dañoso, al pensar que la utilización de un método o técnica es más beneficiosa que otra. Ante un posible juicio por mal praxis, el juez debe valorar esta situación, ya que el médico, en todo momento, tiene la intención de curar y no de producir lesiones o muerte y, en casos de emergencia,

³² Jakobs, Günter. **Derecho Penal. Parte General**. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. 2º edición, p. 327

³³ Solano Porras, **op. cit.**, p. 496

la prudencia es determinante para llevar a buen fin las acciones que se realizan.

La imprudencia es la falta de precaución. Es la omisión de la diligencia debida, un defecto de advertencia o previsión en alguna cosa punible o inexcusable; es la actuación temeraria o precipitada inexcusable. Supone el emprender actos inusitados, fuera de lo corriente y que por ello pueden causar efectos dañosos. Es hacer más de lo debido. Implica una conducta peligrosa. Un ejemplo simple es el del conductor que decide irrespetar la señal de alto.

La imprudencia supone la comisión de actos inusitados, fuera de lo normal y que, por ello, pueden producir efectos dañosos. La infracción activa de las normas de cuidado o cautela, que establece la prudencia,³⁴ es la violación activa sin cordura, moderación, discernimiento, sensatez o buen juicio, con la que se pone en peligro la vida y la salud del paciente.

De este modo, la imprudencia consiste en una conducta culposa positiva, en un actuar desmesurado, en exceso, apresurado o irreflexivo, que provoca un resultado dañoso por no haber tomado las precauciones que el sentido común indica, o bien por haber actuado con cierta laxitud, subestimando las posibles consecuencias dañosas.³⁵

La imprudencia es la conducta positiva, consistente, una acción de la cual habría que abstenerse o una acción realizada de manera inadecuada o prematura.

De conformidad con lo anterior, la imprudencia está constituida por un comportamiento positivo, ligero, por una forma de obrar sin precauciones.³⁶

Así, la imprudencia implica una actuación desconsiderada y excesiva que, apartándose del buen juicio común, impuesto por la experiencia, se materializa en actos precipitados, contrarios a las precauciones ordinarias, que deben tomarse para evitar daños.

³⁴ Morales Fernández, **op. cit.**, p.39.

³⁵ Pérez de Leal, **op. cit.**, p. 45

³⁶ Cordero Iannarella, **op. cit.**, p. 77

La imprudencia profesional es la omisión extrema de las precauciones necesarias para el desempeño de una labor, como consecuencia de la confianza y habitualidad con que ésta se realiza.

En términos generales, la imprudencia de un médico se presenta cuando éste actúa con ligereza, sin tomar las precauciones debidas, con un apresuramiento innecesario y sin considerar los inconvenientes que resultarán de su acción. Es una cualidad conductual positiva, pues la actuación del médico resulta imprudente cuando se excede en la acción que corresponde al servicio requerido y pone en riesgo a su paciente; ya sea por precipitación, al no emplear el tiempo requerido, no observar los pasos que exige la técnica adecuada, actuar con antelación injustificable, con temeridad en sus maniobras, con una metodología insuficientemente comprobada, excederse en la prescripción de dosis terapéuticas, desechar el concurso de otros profesionales más idóneos que él, reconocidos como especialistas, o ensayar, en el paciente, productos medicinales o tratamientos no aceptados o reconocidos por la ciencia médica.³⁷

Principales características de la imprudencia profesional:

- El resultado se produce por causa de la impericia o negligencia profesional.
- La imprudencia profesional es producto de la falta de aptitud para el desempeño de determinada tarea, comportamiento no ajustado a las ordinarias normas técnicas del arte o ciencia, y torpeza o descuido inexcusables, en los que habitualmente hacen, de esa actividad, su modo de vivir
- Lo sancionable no es un plus de actividad, sino un plus cualitativo de la culpa, que requiere dos elementos, el subjetivo –que se trate de un profesional – y el objetivo, acto para el que se requiere una habilidad o técnica, que no puede exigirse a quien no es profesional en la materia de que se trate.
- La culpa profesional es una imprudencia calificada por el incumplimiento de aquellos deberes que, en relación con la pericia y diligencia, son exigibles, exclusivamente, por las circunstancias especiales del hecho, incumplimiento que se traduce en una mayor “reprochabilidad” personal y, por ende, en una responsabilidad más grave.
- Se trata, en definitiva, de una circunstancia agravante de carácter específico que,

³⁷ Solano Porras, op. cit., p.p. 524-525

como todas, no puede presumirse y ha de estar tan acreditada como el hecho mismo.

La imprudencia médica deriva de un comportamiento carente de buen juicio, realizado con precipitación, con exceso y desconsideración hacia los intereses ajenos, con desprecio por las consecuencias, que pueden derivar de esa conducta, sin que ese comportamiento evidencie falta de sabiduría, práctica o habilidad.

Valencia manifiesta que la imprudencia es uno de los rostros de la culpa profesional, y que consiste en una acción, de la cual había que abstenerse, o en una acción que se ha realizado de manera inadecuada, precipitada o prematura.³⁸

B-1.2. Negligencia

Se determina como negligencia la omisión o demora inexcusable en la actuación del médico, o una actuación perezosa con falta de celo y constancia profesional.³⁹ Por esa razón, la negligencia consiste en una conducta “omisiva”, contraria a las normas que imponen un actuar presto, solícito, ávido. En fin, para evitar la realización de un resultado dañoso o peligroso, no es suficiente la omisión, es decir, dejar de hacer algo, interviene también el modo de realizar la conducta que origina el resultado, pues se actúa de una manera distinta de la que debería realizarse.⁴⁰ Así, es negligente el que deja de hacer o cumplir con lo que prescribe la experiencia común.

La acción omisa o tardía con resultado dañoso al paciente, así como la falta de motivación, o la pereza de los médicos, son las razones que determinan muchos casos de mala praxis. Cuando alguna persona se presenta a los servicios de Medicina de los hospitales nacionales, muchas veces los médicos no le prestan la atención debida, argumentando exceso de carga laboral, presión o simple pereza. En numerosas ocasiones desatienden a las personas que solicitan su ayuda, ya que muchos médicos, a la hora de atender a un paciente, se preocupan más por el aspecto económico que por su salud.

Por lo tanto, la negligencia es sinónimo de descuido y omisión. Desde el punto de

³⁸Valencia, op. cit., p. 175

³⁹ Vargas Alvarado op. cit. p. 433

⁴⁰ Cordero Iannarella, op cit p. 175

vista del derecho – y como elemento o forma de culpa – es la falta de diligencia debida o del cuidado necesario, en un acto jurídico o en un hecho humano. Puede configurar un defecto de la realización del acto o bien una omisión. Un ejemplo de negligencia es el del chofer que, mientras conduce, se entretiene en la falda corta de una transeúnte.

En síntesis, puede afirmarse que la negligencia “consiste en la conducta omisiva, contraria a las normas que imponen determinado comportamiento solícito, atento, sagaz. Desde el punto de vista del derecho –y como elemento o forma de culpa– es la falta de diligencia debida o del cuidado necesario en un acto jurídico o en un acto jurídico o en hecho humano.”⁴¹

Asimismo, “la negligencia se configura como aquella falta de diligencia. Se encuentra en el descuido y la desatención. Es en general el no actuar con cuidado cuando las circunstancias lo permitían.”⁴² Cabe destacar que debe distinguirse entre negligencia e imprudencia, ya que la primera se configura como un acto negativo, en la medida en que se está en presencia de una omisión del deber de cuidado, en tanto que la segunda se configurarse, generalmente como acción, en la medida en que el sujeto actúa con exceso de confianza, por lo que se considere una falta de previsión o de precaución al actuar.

La negligencia es una de las formas más frecuentes de mala praxis. Algunos autores la definen como la actitud negativa del profesional, que no ha puesto el empeño necesario, el celo requerido, la diligencia exigible, la preocupación correspondiente, el control debido, la verificación pertinente, el cuidado solícito que el paciente demanda. Consiste en la conducta omisiva contraria a las normas, que imponen determinado comportamiento solícito, atento, sagaz. Obra con negligencia quien no toma, en un evento cualquiera, las debidas precauciones.

La negligencia consiste en una conducta omisiva, contraria a las normas que imponen un actuar presto, solícito, atento, ávido, para evitar la realización de un resultado dañoso o peligroso.

La negligencia se conforma, no solamente por la omisión, es decir, por dejar de hacer algo, sino también por la conducta que origina el resultado, en el tanto en que se

⁴¹ Ibid. p. 177

⁴² Solano Porras, **op. cit.**, p. 72

obra de una manera distinta, de la forma en que se debería hacer. Se habla de negligencia pura, de actuar omisivo, de un hacer menos, a pesar de que siempre se haya desarrollado la actividad. En el mismo sentido, cuando se ha llegado tardíamente; o, en diferente sentido, cuando el médico se distrae jugando tenis, en lugar de atender el enfermo. Pero si el médico que atiende al paciente, por falta de destreza, realiza las cosas, en forma diferente de cómo debió hacerlo, v.gr.: muy lentamente, y produce daño en el paciente, también actúa con negligencia; pero esta no parece negligencia pura.⁴³

Desde el punto de vista médico, la negligencia se entiende como una actitud negativa por parte del profesional que no ha puesto el empeño necesario, el celo requerido, la diligencia exigible, la preocupación correspondiente, el control debido, la verificación pertinente, y el cuidado solícito.

En síntesis, la negligencia implica el descuido, la omisión de actos debidos, la desatención, la pereza psíquica. Se trata de la no realización de los actos a que se está obligado, o de su realización desatenta. La negligencia médica se traduce en descuido u omisión de los deberes, que las reglas de la ciencia o el arte de curar le imponen al profesional de la salud. Se puede presentar en diagnósticos, cirugías, obstetricia, recetas médicas y alergias medicamentosas, en las historias clínicas y en el mismo abandono.⁴⁴

b-1.3. Impericia

La pericia es la experiencia y habilidad que se ha logrado desarrollar en una ciencia o un arte. En el ejercicio de su profesión el galeno debe contar con una serie de conocimientos y destrezas, ajustados a lo que impone la ciencia médica y su práctica.

La impericia es la falta de conocimiento o de la práctica, que puede exigirse a un médico, en el desempeño de su profesión. Es inexperiencia, torpeza. Vargas Alvarado señala al respecto: "... la impericia es la ignorancia inexcusable, significa una actuación con ausencia de conocimientos fundamentales, incluye la falta de actualización en los avances de medicina."⁴⁵

⁴³ Cordero Iannarella, **op. cit.**, pp. 67-68

⁴⁴ Valencia, **op. cit.**, p.180

⁴⁵ Vargas Alvarado, **op. cit.** p. 433.

Es claro que, en todas las áreas profesionales, pero en especial en las referidas a la Medicina se deben mantener actualizados los conocimientos, dado que día con día se descubren nuevas técnicas que resultan más beneficiosas para el ser humano. Por ello un profesional de la medicina debe estar bien capacitado y debe actualizarse permanentemente, porque todos los días tiene la vida de una persona en sus manos. Asimismo, si un profesional en Medicina debe tratar a un paciente y se percata de que sus conocimientos no son lo suficientemente amplios para poder atenderlo y tratarlo, lo correcto es que lo remita, de forma inmediata, al profesional correspondiente. Parte de esa educación recae, indudablemente, en las Universidades tanto privadas como estatales, instituciones que deben graduar los profesionales que realmente estén capacitados para ejercer su puesto. Por su parte, el *Colegio de Médicos y Cirujanos*, así como la *Caja Costarricense de Seguro Social* deben estar siempre vigilantes de que sus médicos se mantengan al día con las técnicas y métodos más nuevos y eficaces.

En ese sentido, Solano Porras destaca que la impericia, no solo consiste en actuar a sabiendas de la ineptitud técnica o física, sino también en ejercer la profesión sin estar al día con las nuevas técnicas, los nuevos métodos, en fin, los nuevos conocimientos de la ciencia médica.⁴⁶

La impericia es la incapacidad técnica para el ejercicio de una función, profesión o arte determinado. Son los actos que se realizan ignorando las reglas respectivas. Un ejemplo de ello es el caso de la persona que se desplaza en un vehículo sin saber conducir adecuadamente.

En relación con la impericia médica, Sproviero señala: “Se incurre en impericia cuando en el ejercicio de la actividad médica queda puesta de manifiesto la carencia de conocimientos médicos, o cuando este desconocimiento, aún siendo parcial, lo hace incompatible con aquel ejercicio.

Al carecer de elementos autorizantes de conocimiento de su profesión, la conducta aquí expuesta está configurando una actitud que se identifica con la falta de idoneidad para el contenido en examen.”⁴⁷

La impericia es un concepto relativo ya que varía con el tiempo, el lugar y las

⁴⁶ Solano Porras, *op. cit.*, p. 526.

⁴⁷ Sproviero, *op. cit.*, p.127

condiciones en que se realice el acto médico. Entonces, para determinarla se deben tomar en cuenta las situaciones y los medios disponibles.

García Blázquez destaca que el otorgamiento de un título profesional, de acuerdo con la normativa docente y académica, crea, indudablemente, una presunción de competencia, que encuentra su fase negativa en la impericia. Entiende, por impericia la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión. Puede encontrar su fundamento causal en la ignorancia o en la defectuosa ejecución del acto requerido por la *lex artis*. Por ello distingue entre la culpa profesional, que al fin y al cabo no es más que la imprudencia o negligencia común, cometida por el profesional en el ejercicio de su arte u oficio, y la culpa propiamente profesional, que descansa en la impericia.⁴⁸

La pericia médica supone que el médico ajusta su conducta a los conocimientos adquiridos al culminar sus estudios universitarios. Que toma en cuenta o utiliza los progresos científicos que se han hecho públicos y que exhibe los frutos de la experiencia práctica profesional.

La impericia médica, según Casabona equivale a ineptitud, inepticia o ignorancia, es decir, a la falta de los conocimientos elementales y básicos propios de cualquier rama técnica, del saber o de una profesión u oficio, que puede ser de origen o bien, adquirida por causa de olvido, o la falta de ejercicio, de práctica o de formación o profesionalización del sujeto activo.⁴⁹

Resulta entonces evidente que la impericia se configura cuando el sujeto realiza una actividad, a pesar de no poseer los conocimientos técnicos o físicos suficientes para realizarla. Es en general, la actuación que se realiza, a pesar de la ineptitud técnica y física.⁵⁰

El médico tiene el deber de informarse sobre los progresos científicos de la Medicina, es decir debe “recertificarse”, porque su profesión así lo demanda.

El manifiesto desinterés de muchos médicos, por la actualización, ocasiona

⁴⁸ García Blázquez, *op. cit.*, p. 42

⁴⁹ Romeo Casabona, *op. cit.*, p.63

⁵⁰ Solano Porras, *op. cit.*, pp. 73-74

errores constantes en la práctica corriente y constituye negligencia. De ahí que se consideran beneficiosos los congresos de Medicina, seminarios, cursos de refrescamiento, pues motivan la actualización permanente del conocimiento médico – científico.

b.1.4 Violación reglamentaria

La violación reglamentaria es la cuarta especie de culpa, y se presenta cuando el profesional en Medicina no cumple la normativa establecida en la institución donde trabaja, dado que es su obligación hacerlo. Se muestra, también cuando el médico viola disposiciones, que han sido dictadas por la autoridad pública. Además, estas normas también pueden ser establecidas por los particulares, con la finalidad de evitar daños en bienes jurídicos, debido al desarrollo de actividades, que implican riesgo, y que requieren precauciones especiales. Para que surja la responsabilidad culposa, no basta la simple inobservancia de las normas, sino que se requiere, además, de una relación de causalidad entre la inobservancia y el resultado dañoso, resultado que se pretende evitar con la norma transgredida.

Sobre este tipo de culpa, Solano Porras señala: “La inobservancia de reglamentos, órdenes, estatutos, puede asimismo, manifestarse mediante las otras formas, sobre todo la imprudencia, ya que las órdenes normativas se hicieron para guiar al médico por un camino correcto y su inobservancia, resulta ser un acto imprudente, ya que se aparta de los que está sugerido y ordenado como correcto.”⁵¹

Vargas Alvarado la define como “la obligación del médico de respetar las reglamentarias generales, así como los reglamentos internos o específicos de la institución y las normas del servicio donde trabaja, este deber incluye los principios éticos de la medicina y los derechos de los pacientes.”⁵².

En la inobservancia de reglamentos se comprenden todas las disposiciones de carácter general, dictadas por las autoridades competentes en la materia de que traten.”⁵³ Esas órdenes normativas son las dispuestas en la *Ley General de Salud, Reglamento de hospitales nacionales, Estatuto de servicios médicos*, entre otros.

⁵¹ Solano Porras, **op. cit.** p. 530

⁵² Vargas Alvarado, **op. cit.** p. 433

⁵³ Morales Fernández, **op. cit.**, p.39

Cordero Iannarella plantea que el paciente que sufre daño en su salud, debido a la omisión reglamentaria en que haya incurrido el profesional médico, puede acceder a la jurisdicción penal para interponer el reclamo, y a la vez, puede recurrir a la vía administrativa, para que se establezca la sanción prevista para la falta.

Agrega que, en la práctica, aunque la omisión profesional sea violatoria de los reglamentos, si ocasiona daño a la salud del paciente, debe recurrirse a la vía penal. Si no se produce daño en la salud del paciente, no se conforma la mala praxis.⁵⁴

En términos generales, en nuestro país se considera que siempre que se ocasione un daño, como producto de una actuación médica, en la que se violaron las disposiciones normativas impuestas por leyes, reglamentos o estatutos, debe responsabilizarse al médico por el daño ocasionado, aún cuando su actuación no pueda calificarse de imprudente, negligente o falta de pericia.

El autor citado menciona un ejemplo que configura todas las especies de culpa: “... el médico que sin examen previo prescribe a un paciente un medicamento que le causa un empeoramiento en su salud, podría decirse que es un proceder imprudente por actuar con ligereza, pero también sería negligente por no efectuar primero un buen diagnóstico; asimismo, podría ser imperito por no poseer la capacidad mínima para no incurrir en error de administrar un tratamiento sin un diagnóstico previo, el cual sólo por una casualidad sería exitoso.

Por último, con esa misma conducta podría violar alguna norma reglamentaria referente a la prestación de sus servicios, en el sentido de la obligatoriedad de efectuarle un examen completo a cada paciente antes de proceder a administrarle cualquier tratamiento, y, con ello, caería también en la cuarta forma de culpa.”⁵⁵

b-2. Formas

La característica de la “previsibilidad” de la conducta llevada al plano objetivo del autor, permite prever la existencia de dos categorías de culpa: por un lado, la culpa consciente o con previsión, y por otro, la culpa inconsciente o sin previsión.

⁵⁴Cordero Iannarella, **op. cit.**, p. 85

⁵⁵Ibid., **op. cit.**, p. 66

b-2.1. Consciente

En la culpa consciente o con previsión, el agente tiene la posibilidad del hecho dañoso; sin embargo, actúa confiando en que este no se producirá. Esa confianza en la no producción del daño puede derivar de muchas circunstancias: de su pericia para evitar el daño, de la bondad de los medios que utiliza para desplegar su actividad, y hasta de su propia suerte. Es decir, se confía en la posibilidad de evitar un resultado, y se actúa en consecuencia.

En esta clase de culpa, el autor ha previsto el acto, pero confía en que no se producirá. Esta esperanza que decide al sujeto al obrar, es la que establece la diferencia entre la culpa consciente y el dolo eventual. En este último, el sujeto supone el resultado como probable, pero aún así realiza el acto. Mientras que en la culpa consciente el sujeto se representa, idealmente, la posibilidad de una consecuencia dañosa, pero confía en que sus capacidades lo ayudarán a evitar el resultado. Un ejemplo de culpa consciente se presenta cuando A conduce su vehículo y omite una señal de alto confiando en que él es muy buen conductor y podrá evitar una colisión, pero ésta se da.

b-2.2. Inconsciente

En la culpa inconsciente, no se da representación alguna del posible daño, que el sujeto puede causar con su actividad, y ahí es donde se origina su error, ya que el derecho le exige meditar con un mínimo de diligencia, sobre la posible nocividad de su actuación y con ello presuponer lo que pueda ocurrir.

Por otra parte, para la configuración de los delitos culposos se requiere de los siguientes elementos: una acción u omisión del profesional en medicina, además que tal conducta suponga una infracción al deber objetivo de cuidado y la imputación objetiva de resultado, y finalmente, que exista un nexo de causalidad entre el acto médico y el daño.

No se puede negar que, por su naturaleza, hay profesiones que obligan a sus titulares a una mayor cautela y pericia, que la usualmente exigida al resto de los individuos, como es el caso de los profesionales en Medicina.

Los delitos culposos se configuran, al igual que los delitos dolosos, en función del desvalor de acción y el desvalor de resultado. El desvalor de acción consiste en la

inobservancia del deber objetivo de cuidado. Esto último se configura de acuerdo con un juicio de la conducta; se realiza con base en la diligencia que perseguiría una persona inteligente y prudente en la situación del autor. Se determina a partir de todos los elementos fácticos que concurren en el caso concreto. Este deber puede cumplirse, conforme a las reglas de la *lex artis*.

c- Preterintención:

La preterintención es la conducta que inicia con un comportamiento doloso, pero en lugar de realizar el cometido originalmente planeado, surge o se logra, un resultado mayor a título culposo, no querido. Es aquella acción que se efectúa dolosamente, para adquirir un resultado, pero se llega a un resultado más grave, atribuido al autor a título culposo (se busca un fin y sin querer se obtiene otro más grave).

En el numerario 32, el *Código Penal* establece que “obra con preterintención quien realiza una conducta de la cual se deriva un resultado más grave y de la misma especie que el que quiso producir, siempre que este segundo resultado pueda serle imputado “a título de culpa”⁵⁶

La preterintención tiene una pena menor a la del dolo que se quería cometer, pero mayor a la del resultado culposo obtenido. Por ejemplo, un individuo golpea a otro para que se calle, lo hace dolosamente, pero este se cae y muere, se da un resultado culposo. Esta es una conducta preterintencional: querer algo, y obtener algo más grave “a título de culpa”. Al golpear con dolo se incurre en lesiones, y si el agredido cae y muere es homicidio, pero como no se quería matar, la pena que se impone es menor a la del homicidio; sin embargo, como no lo golpeó, la pena es mayor a la de las lesiones. (golpe).

La sanción de la preterintención debe encontrarse en un punto medio. Se considera que es igual al delito calificado por el resultado. Para que exista preterintención es necesaria una conexión de inmediatez entre la acción dolosa y el resultado culposo, sin que exista un tercero.

⁵⁶Código Penal, art. 32

Entonces, la preterintención se entiende como el resultado, que fue más allá de lo querido o buscado con intención. Se da cuando el sujeto, a raíz de su conducta, que provocó un resultado más grave, que el que se quiso producir de la misma especie, siempre que el segundo resultado pueda serle imputado “a título de culpa”.

La conducta preterintencional debe entenderse como la provocación de un daño (no querido), previsible y evitable, como consecuencia de la infracción a un deber de cuidado. Debe analizarse, en cada caso concreto, si el resultado más gravoso era previsible y evitable.

Acerca de los errores de tipo

El error es uno de los vicios de la voluntad que puede provocar la invalidez del acto, cuando se trata de un error de hecho (se refiere a algún elemento fáctico relativo al acto o a las circunstancias inherentes a este), o uno esencial (el que incide en la persona o en la cualidad sustancial que constituye el objeto del acto).

El artículo 34 del *Código Penal* señala que no es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error, en relación con algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena, para su realización.⁵⁷

Ahora bien, el error es un conocimiento equivocado, presupone ignorancia o ausencia de conocimiento. En cierto modo, todo error contiene un ingrediente de ignorancia, de no saber. La relevancia del error, en la teoría del delito, se desprende de la necesidad de saber y querer lo que se hace (dolo) para actuar culpablemente. De no haberlo sabido y querido existiría, al menos, la posibilidad de prever el carácter típicamente antijurídico de la acción realizada (culpa). Entonces, la teoría del error es consecuencia ineludible de la teoría de la culpabilidad.

El error puede afectar el proceso de formación de la voluntad (error propio) o incidir sobre su ejecución, sin corresponder a lo que el sujeto se propuso realizar (error

⁵⁷ Código Penal, art. 34

impropio u obstativo). El error propio puede ser esencial, si recae sobre un elemento esencial del delito; o accidental, cuando recae sobre una circunstancia irrelevante para la afirmación de la responsabilidad criminal. A su vez, el error esencial puede versar sobre un elemento del tipo (error sobre el tipo) o sobre la “antijuridicidad” de la conducta (error de prohibición). El alcance de ambos está en función de la concepción, que se adopte acerca de la tipicidad: si se entiende que el dolo pertenece al tipo, el error esencial excluirá la posibilidad de comisión culposa, al tratarse de una conducta atípica, por ausencia de dolo.

La posibilidad de que el sujeto entienda que está realizando un acto lícito, pues su conducta es contraria a Derecho, radica en la errónea admisión de una causa de justificación de carácter putativo (error de prohibición).

Es importante distinguir el error vencible del invencible. El primero es el que, el sujeto hubiera podido evitar, si hubiera puesto diligencia, mientras que el error invencible es aquel que, ni aun poniendo la diligencia de que es capaz el sujeto, hubiera podido evitarse.

Se admite que cuando el error afecta el proceso formativo de la resolución de la voluntad, rigen dos reglas generales:

* El error esencial e invencible excluye el dolo, la culpa y por ello, la responsabilidad criminal.

- El error esencial pero vencible, excluye siempre el dolo pero no la culpa, pues el vencimiento del error supone siempre una falta de diligencia.

Ahora bien, respecto de la construcción del tipo culposo, la *Sala Penal* ha determinado que se conforma tanto de aspectos de voluntad como de conocimiento; no obstante, no son similares a los elementos indispensables para definir la tipicidad dolosa.

En primer lugar, en el aspecto volitivo, que sí existe en el tipo culposo, se analiza la voluntad del sujeto para realizar el fin programado, con los medios predispuestos al efecto. En cuanto al conocimiento, el tipo culposo parte de un aspecto cognoscitivo, que se concreta en una mera posibilidad, nunca es un conocimiento efectivo ya que si lo

fuera, la conducta no es culposa sino dolosa. Adicionalmente, en este mismo aspecto, el juez debe analizar la posibilidad de conocer la peligrosidad de la conducta y de prever el resultado conforme a ese conocimiento.

De esta manera, al igual que en la tipicidad dolosa, el tipo culposo requiere de una congruencia entre los elementos subjetivos y objetivos, que si no se verifica en la especie, producirá el efecto de convertir la conducta analizada en atípica. Esto último puede suceder, tanto porque el resultado es absolutamente imprevisible, como porque está más allá de la capacidad de previsión del sujeto (ignorancia invencible). En el problema jurídico que nos ocupa, resulta más que evidente que el sujeto no puede alegar una posibilidad de conocimiento sobre la eventualidad de que el suceso se verifique, ya que el medio empleado permite hacer un cálculo de efectos concomitantes, para prever el resultado, lesiones o muerte, resultado que el sujeto acepta como posible pues sabe que no podrá evitarlo.

Para el análisis de los hechos culposos resulta mejor, desde el punto de vista de la estructura, (figuras que establecen los requisitos interpretativos para la graduación de la pena en estos ilícitos), que se examinen los elementos objetivos y subjetivos del delito culposo, partiendo no de la licitud inicial de la acción sino de la anticipación de un fin intrascendente para el Derecho, la realización de una causalidad necesaria para obtener ese fin y la infracción al deber de cuidado, que genera un segundo resultado que interesa al ordenamiento jurídico (este segundo resultado es el que determina el alcance de la tipicidad culposa).

En este análisis resulta fundamental la observación del tipo objetivo del tipo culposo, esto es, que la acción cause el resultado típico y que la causalidad haya sido defectuosamente programada. Dicho de otra manera, la selección de medios para producir el resultado debe ser defectuosa y constituir una violación al deber de cuidado, y en el resultado debe mediar una relación de determinación, en donde la infracción al deber de cuidado sea determinante para la producción del resultado (análisis judicial *ex-post* con la conducta adecuada al deber de cuidado).

El análisis *ex-post*, permite dilucidar que, en el caso que actualmente interesa, el autor no ha hecho una programación defectuosa de la causalidad propia de un delito

culposo, sino que ha escogido un medio altamente lesivo para obtener una finalidad. Esta finalidad obliga a prever el otro resultado posible, como otra conducta que puede producirse con el desencadenamiento de la causalidad que implica la acción. El autor, evidentemente, podía haber actualizado este conocimiento que resulta efectivo, y aceptar la posible provocación de ese otro resultado.

En segundo lugar, el analista debe poner especial cuidado en el tipo subjetivo, en donde basta que el sujeto no haya deseado producir el resultado (componente de azar) que lesiona el bien jurídico penalmente tutelado). En este caso, el resultado típico es aceptado como posible por el sujeto activo, pues este sobrevino con una causalidad diferente de la programada, y, por supuesto, diferente de la voluntad final, realizadora de la conducta intrascendente al Derecho. La voluntad y conocimiento del acusado en esta causa no permiten establecer que éste no haya deseado producir el resultado, ya que a nivel del tipo subjetivo doloso que se le reprocha el debió haber aceptado como posible que podía producirse el resultado con la causalidad que había desatado con su acción, de manera que el resultado no se produce por una causalidad diferente a la programada, por lo que por esta razón también desaparece la culpa. El juez debe valorar también que el resultado típico y la causalidad sean previsibles para el sujeto activo.

Debe ponerse especial interés en dilucidar si el sujeto activo pudo conocer la peligrosidad de la conducta desplegada, en relación con el bien jurídico en cuestión. Resulta más que evidente, que en el caso que nos ocupa, el acusado tenía la posibilidad de prever la causalidad desatada, de manera que la conducta no demuestra una infracción al deber de cuidado sino una programación propia del dolo eventual.⁵⁸

C) Antijuridicidad

1- Generalidades

Para que una acción pueda constituir delito debe ser, además de típica, antijurídica.

La antijuridicidad expresa una relación, de contrariedad de la acción, con el Derecho. Es, por tanto, un predicado:

⁵⁸ **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**, Voto 592-F-92

“La realización del tipo no es suficiente, para establecer la ilicitud del comportamiento. Esto requiere que la realización del tipo no esté especialmente autorizada, es decir que sea antijurídica. En otras palabras, la cuestión de la antijuridicidad no es otra que la de saber si la realización del tipo está o no amparada por una causa de justificación.”⁵⁹

Otro límite importante lo constituye el hecho de diferenciar el concepto de injusto del de antijurídico, ante lo cual se ha mencionado que en contraposición a la antijuridicidad, la categoría de injusto se dirige hacia el resultado. Esto ha llevado a la doctrina a usar el término ‘daño injusto.’⁶⁰

El término injusto, que a veces se emplea como sinónimo del de antijurídico, expresa la acción a la que se ha atribuido ya, la característica de la antijuridicidad. Mientras la antijuridicidad es un atributo de la acción, lo injusto es la acción misma, que se ha valorado como antijurídica.

En la medida en que la acción contradice la norma jurídica se habla de antijuridicidad formal. Ahora bien, las normas jurídico penales establecen sus prohibiciones y sus mandatos para proteger los bienes jurídicos. En la medida en que la acción aparece como una ofensa (lesión o puesta en peligro) de los bienes protegidos por las normas jurídicas, se habla de antijuridicidad material. Ambos son aspectos de la antijuridicidad. La acción es antijurídica porque contradice una norma jurídica (antijuridicidad formal) y en el tanto la contradice, lesiona o pone en peligro los bienes protegidos por la norma (antijuridicidad material).

La acción típica es también antijurídica (regla), salvo que concurra una causa de justificación.

Respecto de la antijuridicidad se infiere toda conducta que ha causado un daño. Esta presunción puede desvirtuarse alegando que ha mediado una causa de justificación, que hace que la conducta no sea antijurídica. Tradicionalmente se han incluido como causas de justificación: la legítima defensa, el estado de necesidad, el consentimiento del

⁵⁹ Bacigalupo, **op. cit.**, p. 57

⁶⁰ Solano Porras, **op. cit.**, pp.140-141

ofendido (solo en algunas hipótesis) y el ejercicio legítimo de un derecho.”⁶¹

Para la determinar la antijuridicidad resulta decisivo el ordenamiento jurídico en su conjunto. La antijuridicidad es producto de una relación de contrariedad del hecho con el ordenamiento jurídico como unidad.

“La antijuridicidad constituye elemento esencial de la falta médica sancionable. Tal antijuridicidad se vincula con el quebrantamiento de la obligación previamente establecida (sic) y tal quebrantamiento puede provenir de una acción - ejecutar el hecho en tiempo indebido –o de un modo que no es el debido– o de una omisión –no hacer lo que debía hacerse – y, en general, de toda conducta que signifique la violación de un deber jurídico.”⁶²

2- Causas de Justificación

Las causas de justificación de la responsabilidad penal encuentran asidero legal en los numerales 25 a 29 del *Código Penal*. “Se llaman causas de justificación a las consecuencias que hacen desaparecer la antijuridicidad, como resultado de acciones u omisiones contrarias al orden jurídico, expresamente tipificadas en una norma.”⁶³

Como se señaló, la doctrina suele englobar, dentro de las denominadas causas de justificación (situaciones que hacen que un hecho, aún siendo típico, no sea antijurídico), la legítima defensa, el estado de necesidad, el consentimiento del ofendido y el ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento de un deber. “En realidad, en toda causa de justificación se da una ponderación de bienes.”⁶⁴

De las causas citadas, se dejará fuera del presente estudio la legítima defensa, por no ser frecuente que en una situación de relaciones médico- paciente el primero tenga que acudir a ella para justificar su acción (p. ej., defenderse de una agresión ilegítima del enfermo). Sin embargo, las restantes sí son de gran importancia para legitimar las posibles incidencias que pueda presentar el acto médico sobre determinados bienes jurídicos.

⁶¹ Solano Porras, **op.cit.**, 141-142

⁶² *Ibid.*, p. 495

⁶³ Morales Fernández, **op cit**, p.33

⁶⁴ Rivero Sánchez, **op cit**, p.52

a) Estado de necesidad

El estado de necesidad, como es sabido, presenta una situación de peligro actual para intereses protegidos por el derecho, en la que no queda otro medio que la violación de los intereses jurídicamente protegidos de otro.

“El estado de necesidad se configura cuando se está ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno y se lesiona otro bien para evitar un mal mayor, siempre y cuando concurran los siguientes requisitos:

- Que el peligro sea actual o inminente;
- Que no lo haya provocado voluntariamente y
- Que no sea evitable de otra manera; salvo que el titular del interés protegido tenga el deber de afrontar el riesgo.”⁶⁵

El artículo 27 del *Código Penal* establece: “...que no comete delito el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor.”⁶⁶

Entonces el estado de necesidad existe cuando, en una situación, sólo cabe la opción de lesionar un bien jurídico de otra persona (o infringir un deber) o sufrir la destrucción de un bien jurídico propio (o dejar de cumplir otro deber, si de colisión de deberes se trata). El mal que se causa ha de estar tipificado en el Código pues, de lo contrario, no cabría hablar de una eximente. No puede hablarse de estado de necesidad, si el sujeto actúa en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho.

Es aquí donde se analiza el “Estado de Necesidad Justificante”, entendido como la situación en que se halla una persona que, para apartar de sí o de otra, un peligro inminente, que amenaza sus bienes personales o patrimoniales, causa legítimamente un mal menor a un tercero, que no es autor del peligro.⁶⁷

⁶⁵ Solano Porras, **op. cit.**, p. 144

⁶⁶ CÓDIGO PENAL, art. 27

⁶⁷ Mosset Iturraspe, Jorge (1995) **Responsabilidad Civil del Médico**, Buenos Aires, Editorial Universidad, citando a Orgaz

En esta figura, el estado de necesidad se presenta como eximente de responsabilidad, y la causal de justificación nace del peligro para un bien jurídico. Para que funcione el estado de necesidad es necesario valorar los bienes en conflicto (por ejemplo amputar una pierna para salvar una vida), lo cual se desprende de la frase *lesione a otro para evitar un mal mayor*.⁶⁸

En el estado de necesidad la voluntad debe orientarse a salvar un interés jurídico y este debe ser mayor que el interés que se sacrifica, pues si se diera un conflicto de bienes de igual jerarquía (vida vrs. vida, por ejemplo), sólo podría admitirse la exclusión de culpabilidad, pero no de la antijuridicidad.

Según Rivero, se debe distinguir entre el estado de necesidad justificante y el exculpante “se diferencia en que en el estado de necesidad justificante se sacrifica un bien de menor jerarquía para salvar uno de mayor rango; en cambio, en el exculpante, los bienes son de igual jerarquía. Por ejemplo vida contra vida; la integridad corporal contra la integridad corporal, la libertad contra la libertad. No obstante, desde la perspectiva civil el daño debe de ser indemnizado pues, de lo contrario, se daría lugar a una hipótesis de enriquecimiento sin causa.”⁶⁹

El *Código Penal* contempla el estado de necesidad en el artículo 27: “No comete delito el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor, siempre que ocurran los siguientes requisitos:

- a) Que el peligro sea actual o inminente;
- b) Que no la haya provocado voluntariamente; y
- c) Que no sea evitable de otra manera.

Si el titular del bien que se trata de salvar, tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo.”

Quienes han elegido estudiar una carrera como la de Medicina, lo han hecho con el fin de ayudar a mejorar la salud de los demás, y asegurar la vida, bien supremo de toda la colectividad.

⁶⁸ Valencia, **op. cit.**, p. 101

⁶⁹ Rivero Sánchez, **op. cit.**, p.p. 49-50

Debido a esa importante labor, se verán expuestos a situaciones difíciles e incómodas, como cuando deban escoger, por ejemplo, amputar un miembro del cuerpo o realizar alguna cirugía, que suponga el sacrificio de alguna función orgánica para salvar la vida del paciente. Tales acciones no son punibles, en razón de que constituyen la solución adecuada para el fin correcto, que es curar al enfermo o salvarle la vida. Aún en el caso de que la persona fallezca, lo que interesa al derecho penal es que la acción desplegada por el médico fuera oportuna y adecuada. Por ello estará exonerado de responsabilidad penal, aunque el resultado no fuera el que se esperaba, aspecto que ya explicamos al referimos al explicar que la obligación del médico es de medios y no de resultados.

Por lo indicado puede decirse que, cuando el médico se enfrenta a situaciones como las descritas, está frente a un peligro actual que amerita una pronta, precisa e inmediata solución, todo en aras de salvar una vida.

En Costa Rica, debido a las regulaciones existentes, el médico acude a todas las posibilidades con que cuente, para lograr el consentimiento del paciente o de sus familiares cuando debe realizar una acción que obligue a la amputación de algún órgano. Pero en caso de que se trate, por ejemplo de un accidente, en que el paciente se encuentre inconsciente, el médico tiene la obligación de proceder a resguardar el mayor interés, que es salvar su vida, por lo que no requiere de autorización alguna, precisamente por lo apremiante de la situación.

No obstante, como lo señala Morales Fernández, si el obrar es por falta de pericia o diligencia del profesional médico, y él es el causante de ese estado de necesidad, sacrificando un bien jurídico menor, en salvaguarda de otro de mayor jerarquía, no puede ampararse en esta justificación para evitar su responsabilidad.⁷⁰

b) Legítima defensa

El *Código Penal* en su artículo 28, establece que: "No comete delito el que obra en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren las siguientes circunstancias: (...) Agresión ilegítima, y (...) Necesidad razonable de la

⁷⁰ Morales Fernández, *op. cit.*, p. 35

defensa empleada para repeler o impedir la agresión”. En consecuencia, concurre esta causal de justificación para aquel que ejecuta actos violentos contra el individuo extraño, que sin derecho alguno y con peligro para los habitantes u ocupantes de la edificación o sus dependencias, se halle dentro de ellas, cualquiera que sea el daño causado al intruso.

Actúa en legítima defensa la persona que, para evitar una lesión probable en su persona o derechos propios o ajenos, reacciona contra el agresor, de manera que, si en su actuación causa un daño al agresor, este daño no se considera injusto, y su conducta no será antijurídica.

El fundamento de la legítima defensa está en el derecho a defenderse de un injusto agresor, con base en el principio de conservación. Ninguna persona está obligado a soportar una agresión injusta.

Para que se configure la legítima defensa, ésta debe ser la respuesta a una agresión ilegítima, actual o inminente, y se haber utilizado un medio adecuado para repeler la agresión. Además, no debe existir provocación, por parte de quien se defiende.⁷¹

Como ya se mencionó oportunamente; en la relación médico – paciente es casi imposible que se configure esta causa de justificación.

c) Consentimiento del derechohabiente

El consentimiento puede adoptar las formas comunes: expreso –cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos.⁷²

En toda intervención médica se presupone la aceptación del paciente, éste consentimiento se otorga por medio de la mal llamada “hoja de exoneración de responsabilidad” que, como ya se explicó, es una simple autorización de intervención y no una exoneración de responsabilidad.

En los casos en que el paciente –capaz– se niegue a seguir un tratamiento, a someterse a una intervención quirúrgica o autorizar una transfusión, debe respetarse su

⁷¹ Solano Porras, **op. cit.**, p.p. 143-144

⁷² Código Civil, art. 1008

voluntad.

De cualquier manera, en el supuesto del tratamiento médico–quirúrgico, el consentimiento puede eliminar la ilicitud del acto, y convertir en legítima la intervención. Sin embargo, el consentimiento carecería de eficacia, si la causa de la operación fuese ilícita por ejemplo, el aborto. Una operación realizada contra la voluntad del paciente, con capacidad para oponerse; es un acto ilícito penal, sin perjuicio de las responsabilidades y sanciones de orden civil y administrativo.

La voluntad del paciente es decisiva en la realización de un tratamiento médico ya que es él, el que, en definitiva, se beneficiaría de los resultados, o en su caso, padecerá las posibles molestias y sufrimientos.

El consentimiento se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico en varias normas, para lo cual se remite a los lectores a lo ya señalado en lo referente al consentimiento informado.

Al respecto Solano Porras señala: “El consentimiento expreso o presunto del titular de un bien jurídico cuya tutela esta condicionada por el interés de quien tiene un derecho disposición sobre él, excluye la antijuridicidad. En síntesis, no hay conducta antijurídica y por lo tanto daño injusto, cuando el propio damnificado ha consentido la conducta que ocasionó el daño.

Se aplica aquí el principio ‘Volenti non fit injuria’ por el cual, la antijuridicidad queda excluida si el perjudicado consiente en el daño que se le causa, salvo que se trate de bienes o derechos atacados sobre los cuales carezca de disposición, ya por las cualidades personales del afectado (menor de edad o incapacidad, por ejemplo) o por la naturaleza del derecho o bien jurídico atacado.”⁷³

En principio, pues, lo que excluye la antijuridicidad en el tratamiento médico es el consentimiento del paciente.

d) Cumplimiento de la ley

⁷³ Solano Porras, **op cit**, pp. 149-150

La obediencia debida, como causa de justificación, no puede plantearse respecto del ‘hecho médico’, puesto que el superior jerárquico no tiene la dirección técnica acerca del quehacer profesional; no le puede impartir órdenes acerca de cómo atender al paciente y con qué método, técnica o tratamiento. Si el médico, pese a su jerarquía y autonomía científica o técnica, se somete a la orden, no puede justificar, después, el daño causado invocando la causal de obediencia debida.

El que actúa en cumplimiento de un deber jurídico, fundado en la obligación de obedecer a otra persona, no responde.

D) Culpabilidad

El tercer elemento del ilícito penal es la culpabilidad. Es un juicio de reproche que realiza el ordenamiento jurídico contra aquel, que pudiendo comportarse conforme al ordenamiento jurídico, no lo hace y opta por violar la ley.

1- Prolegómenos

Una persona responsable es aquella que pudo motivarse por la norma, de manera distinta de la forma en que lo hizo.

En este sentido Bacigalupo apunta: “La comprobación de la realización de un hecho ilícito (típico, antijurídico) y atribuible al autor no es todavía suficiente para determinar la responsabilidad penal de éste. La responsabilidad, es decir, la obligación de responder ante el ordenamiento jurídico requiere culpabilidad”⁷⁴

Actúa culpablemente el que, con arreglo al ordenamiento jurídico, pudo proceder de otra manera diferente de como lo hizo, es decir, el que pudo abstenerse de realizar la acción típicamente antijurídica.

Se define la culpabilidad como el juicio de reproche que hace el ordenamiento a aquel, que pudiendo haberse comportado conforme a derecho, no lo hizo.

“Culpable, en este sentido, es aquél que, pudiendo, no se ha motivado ni por el deber impuesto por la norma, ni por la amenaza penal dirigida contra la infracción de la

⁷⁴ Bacigalupo, **op. cit.**, p. 85

misma.”⁷⁵

El reproche se fundamenta en el hecho de que el sujeto, empleando el debido cuidado pudo –y en consecuencia debió– haber actuado conforme a derecho y, sin embargo, no lo hizo. El reproche de culpabilidad se compone, en consecuencia, de dos elementos: por un lado de la posibilidad del sujeto de haber actuado de otra manera, y por otro, del incumplimiento del mandato de comportarse con arreglo a derecho.

La determinación de que un sujeto es culpable se verifica con módulos jurídicos, es decir, un sujeto que ha realizado una acción típica antijurídica es culpable en tanto no concurra en él una causa de exclusión de la culpabilidad.

Se trata de un juicio de valor objetivo que hace el ordenamiento sobre la conducta de aquel, que pudo haber actuado conforme a Derecho y no lo hizo.”⁷⁶

La culpabilidad es una condición personalísima, nadie puede ser responsable, penalmente, por la acción de terceras personas; situación que no se presenta en materia civil por la existencia de la responsabilidad civil extracontractual subjetiva indirecta.

“Se ha definido la imputabilidad, como la capacidad de comprender el carácter antijurídico del hecho y posibilidad de determinarse conforme dicho conocimiento.”⁷⁷

“La reprochabilidad es en el fondo la constatación de dos presupuestos o estados subjetivos: la culpabilidad y la imputabilidad. Solo la conducta culpable e imputable es reprochable para el ordenamiento. Si faltara uno de los dos elementos no estaríamos ante la reprochabilidad. No obstante, hay que admitir que en la realidad encontramos conductas culpables pero no imputables o bien imputables pero no culpables.

Como todo juicio de valor, la reprochabilidad representa en el fondo la protección a un interés. En este caso la conducta se valora negativamente con la finalidad de calificarla como una conducta, que pone en peligro la convivencia social, sea es un disvalor que re cae sobre la conducta.”⁷⁸

⁷⁵ **Ibid.**, p. 85

⁷⁶ Solano Porras, **op. cit.**, p. 152

⁷⁷ **Ibid.**, p. 161

⁷⁸ **Ibid.**, p. 153

La reprochabilidad en el ejercicio de la Medicina es una valoración negativa, que el ordenamiento hace recaer sobre la conducta del médico, cuando éste, culpable e imputable, ha causado un daño al paciente en el ejercicio de su profesión. La reprochabilidad presupone así, la culpabilidad y la imputabilidad de la conducta.

2- Elementos

Dentro de los elementos presentes en el análisis de la culpabilidad se encuentran:

a) La exigibilidad de otra conducta

El agente puede actuar, como el derecho espera que lo haga cualquier persona, de acuerdo con las normas y la protección de bienes jurídicos.

La exigibilidad es el poder actuar conforme a derecho; en este estadio se analiza el estado de necesidad exculpante (bienes de la misma jerarquía)

Los casos de inexigibilidad corresponden a la capacidad de determinarse o controlarse, según la comprensión general de la ilicitud, pero en el caso concreto, en el contexto de los hechos, no puede exigirse que la persona haga lo que el derecho espera.

En los casos de inexigibilidad total, se excluye la culpabilidad y se absuelve; en caso de inexigibilidad parcial, se disminuye el reproche y se condena.

b) Conocimiento de la ilicitud:

El agente conoce la ilicitud del hecho concreto que se está realizando.

Dentro de este estadio corresponde el estudio del error de prohibición; por medio del cual se tiene la capacidad de entender el carácter ilícito de los actos que se realizan en general, pero en el caso concreto se desconoce que el hecho sea delito.

En cuanto al error de prohibición invencible, se excluye la culpabilidad y, por ende, se absuelve. En el caso del error de prohibición vencible, debe disminuirse la culpabilidad y, en consecuencia, la pena.

c) Imputabilidad

Es la capacidad de entender el carácter ilícito de los actos que se realizan; en los casos de inimputabilidad, no se tiene la capacidad de entender el carácter ilícito de los

actos que se realizan.

Se entiende, además, como la capacidad de determinarse para actuar conforme a derecho. En los casos de inimputabilidad se tiene la capacidad de entender el carácter ilícito de los actos que se realizan en general, pero no la de determinarse o controlarse de acuerdo con esa comprensión. Por tanto, imputable será el que tenga la capacidad de entender y determinarse.

Sección II Formas de comisión

Las normas penales establecen prohibiciones o mandatos, lo que permite que los tipos penales se distingan como tipos imperativos o prohibitivos, según corresponda.

Los tipos penales prohibitivos corresponden a un comportamiento activo, es decir delitos de comisión, pues se violan con una acción; mientras que los tipos penales imperativos, se realizan mediante un “no hacer” lo ordenado, es decir, delitos de omisión (tratados en el artículo 18 del *Código Penal* y objeto de la presente investigación).

El derecho penal distingue los tipos penales, según que se expresen en la forma de infracción de una prohibición de hacer o en forma de desobediencia a un mandato de acción. En el primer caso se trata de delitos de comisión; en el segundo, de delitos de omisión.⁷⁹

Así, por ejemplo, en los delitos de comisión dolosa, la norma penal es prohibitiva, en cambio, en los delitos de omisión dolosa, las normas son de carácter imperativo.

De lo anterior se puede colegir que el derecho penal no solo contiene normas prohibitivas sino también imperativas, es decir acciones cuya omisión puede producir resultados socialmente nocivos.⁸⁰

⁷⁹ Bacigalupo, Enrique (1999) **Derecho Penal Parte General**, Madrid, Editorial Hammurabi, p. 533.

⁸⁰ Muñoz Conde p 251 citado por Dall Anesse, Francisco (2001) **La omisión impropia**, San José, Editorial Jurídica Continental, p. 25

A) Los delitos activos

La constatación de la diferente estructura de los delitos de omisión llevó a Kaufmann a formular el llamado principio de inversión, según el cual todas las reglas aplicables en los delitos de acción, deben plantearse en forma inversa en la omisión.

La doctrina dominante mantiene que entre una omisión y un resultado no puede existir relación de causalidad, por la correlación entre la omisión –condición negativa- y el resultado producido.

En la actualidad, prácticamente con la aceptación de la función fundamental del derecho penal en la protección de bienes jurídicos, toda la discusión que pudo haberse producido sobre la existencia de una u otra forma de comportamiento, ha quedado definitivamente superada. Si de lo que se trata es de proteger bienes jurídicos, en la medida en que su afectación puede provenir tanto de una acción como de una omisión de una acción, que estaba obligado a realizar, se debe admitir que, tanto una como la otra, son fuente de responsabilidad penal.

Ahora bien, la característica básica de la omisión es que es un concepto de referencia. No existe una omisión en sí, sino siempre con respecto a una acción. Por eso detrás de la estructura típica de la omisión, hay siempre una norma de mandato que obliga a una determinada acción, que no es realizada por el sujeto. Entonces no podrá darse un mandato genérico de actuación, ya que, en este sentido, siempre se está omitiendo.

La omisión se define siempre en referencia a una determinada acción, pues de otro modo, vulneraría el principio de legalidad.

En los delitos de acción, la referencia normativa no es una norma de mandato, sino una norma prohibitiva, esto es, una norma cuya infracción presupone la vulneración de una prohibición que sí está determinada; verbigracia no matar, no robar etc.

La omisión presupone siempre la existencia de un determinado sistema de relaciones sociales del cual surge la exigencia a alguien de que, en determinadas condiciones, lleve a cabo una acción precisa.

La acción es todo comportamiento dependiente de la voluntad humana y solo el acto voluntario resulta penalmente relevante, ya que no es concebible una voluntad sin finalidad.

Hay ciertos comportamientos del ser humano, que no son acciones, porque son producto de una fuerza irresistible o un estado de inconciencia absoluta.

En cuanto a la acción, existen discusiones doctrinarias entre los causalistas y los finalistas. Para los primeros la acción es una mera enervación muscular, la voluntad es ciega porque carece de fines, y para los finalistas, la acción es una actividad dirigida a un fin “por tanto la acción penal, por ser acción, posee también finalidad. Esta declaración supone, por consiguiente, que el dolo va a ser trasladado de la culpabilidad, donde la estudia la teoría clásica del delito, a la acción y concretamente, a la acción típica”⁸¹

Para Gimbernat, la omisión es “... una especie del género, no hacer, especie que viene caracterizada porque dentro de todos los posibles comportamientos pasivos, se seleccionan (normativamente) solo aquellos que merecen un juicio axiológico negativo: la omisión es un no-hacer que se debería hacer, o en otras palabras, la diferencia específica de la omisión frente al género no hacer, al que pertenece, es la de que consiste en un no hacer desvalorado”.⁸²

B) Los delitos omisivos

La doctrina distingue entre dos clases de delitos de omisión: los propios e impropios. De dicha distinción no se derivan consecuencias prácticas importantes.

1- Omisión

En cuanto a la estructura, el tipo omisivo suele subdividirse en aspecto objetivo y subjetivo. La costarricense Cecilia Sánchez afirma que a ellos pertenecen los siguientes elementos:

- 1) Siempre es un tipo circunstanciado, define una situación típica.
- 2) Ante esta concreta situación típica debe darse la exteriorización de una voluntad, distinta de la voluntad realizadora de la conducta debida.
- 3) La conducta debida debe ser físicamente posible.

⁸¹ González Castro, José Arnoldo; Campos Zuñiga, Mayra y Vargas Rojas, Omar. (1999) **Teoría del Delito a la luz de la jurisprudencia**, San José, Investigaciones Jurídicas, p. 14-15

⁸² Gimbernat Ordeig, Enrique (1990) **Estudios de derecho Penal**, Editorial Tecnos-Madrid, 3º Edición, , p. 182-183, citado por la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, resolución 000789-99 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del veinticinco de junio de mil novecientos noventa y nueve

- 4) No se requiere un nexo de causación entre la conducta distinta de la debida y el resultado, sino un NEXO DE EVITACIÓN (probabilidad de que la conducta debida hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó el resultado.

Aspecto Subjetivo:

- 1) En el aspecto cognoscitivo, el dolo requiere del efectivo conocimiento de la situación típica y la previsión de la causalidad.
- 2) El sujeto debe tener el conocimiento de que le es posible impedir la producción del resultado
- 3) Si se trata de una omisión impropia se requiere además de que el sujeto conozca la calidad o condición que lo pone en posición de garante

El dolo no se monta sobre una causa, sino que es la finalidad típica en el sentido de que dirige la causalidad, pero teniendo como base la previsión de ella misma (al realizarse la conducta no debida, se incorpora la finalidad y aquí hay un verdadero dominio causal, porque hay una efectiva previsión de la casualidad)⁸³

De acuerdo con esta misma línea de pensamiento Gimbernat afirma que Armin Kauffman tiene razón cuando manifiesta: "... que la omisión exige, conceptualmente, la capacidad (posibilidad) de ejecutar una determinada acción; pero esto no-solo basta, es necesario además, para que se pueda hablar de omisión, que esa acción que se podía (aspecto ontológico) se hubiera debido también ejecutar (aspecto normativo de la omisión)".⁸⁴

La acción puede consistir en una comisión (forma positiva a través de la cual el sujeto actúa integrando el espectro causal que se requiere para la "causación" de un resultado, de conformidad con lo que los conocimientos que posee le ordenan); o en una omisión (simple omisión cuando no realiza lo que le ordena un precepto legal; o comisión por omisión cuando el individuo, para producir un resultado, se niega a introducir ciertos componentes causales, sabiendo que esto es necesario para

⁸³ Sánchez Romero, Cecilia (2000) **Derecho Penal Parte General**, San José, Editorial Jurídica Continental, , pp. 193-194

⁸⁴ Gimbernat Ordeig, **citado por** SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, resolución 000789-99 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del veinticinco de junio de mil novecientos noventa y nueve.

producirlo). Y es que tal y como la señala la *Sala Tercera*: “... El comportamiento humano que interesa al derecho penal no se agota en el ejercicio activo de una finalidad, sino que contempla la omisión de conductas debidas, esto es la no – realización de conductas mandadas por la norma.”⁸⁵

Como se expresó antes, las normas penales no son sólo aquellas que incluyen prohibiciones, sino también las que contienen deberes, aquellas a las que interesa imponer un especial deber en relación con el bien jurídico penalmente tutelado.⁸⁶ Pertenecen a este rango de normas preceptivas, las que imponen y que se castigan mediante la omisión impropia “comisión por omisión” como también se le conoce en doctrina. Es importante recalcar que no es un deber que surge del devenir social o de las costumbres o de la moralidad, sino un deber legal, la acción mandada por el ordenamiento jurídico.

De acuerdo con lo anterior, es posible distinguir al menos tres tipos de omisión que interesan al Derecho Penal: por un lado la **omisión pura o propia**, que se produce cuando la ley penal castiga la simple infracción del deber de actuar, es decir, por el incumplimiento de determinado mandato de acción; una segunda forma -como lo sería la establecida en el artículo 144 del *Código Penal Costarricense* en cuanto a la omisión al deber de auxilio, omisión de dar alimentos establecido en el artículo 185 ídem-, llamada **omisión relevante**, o porque bajo una misma amenaza penal, se establezca la realización de una acción positiva y omisión de una acción determinada, es decir, donde una disposición legal se consagra, tanto una acción generadora de parte del sujeto activo como de la omisión de evitarlo; ejemplo claro de lo anterior es el favorecimiento de evasión 327 Código Penal Costarricense⁸⁷. El tercer caso, es el de la **omisión impropia**; en donde se establece una relación entre el tipo penal activo doloso, que no contempla directamente en su descripción típica su realización a nivel omisivo, pero que se vincula a la realización de

⁸⁵ Ver en igual sentido Shone, Wolfgang (1992) **Acerca del orden jurídico**, San José, Editorial Juricentro, p. 62 citado por la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, resolución 000789-99 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del veinticinco de junio de mil novecientos noventa y nueve.

⁸⁶ Ver en igual sentido Zaffaroni, Raúl (1992) **Manual de Derecho Penal, Parte General**, Buenos Aires, Editorial Ediar, pp. 481 y ss. citado por la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, resolución 000789-99 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del veinticinco de junio de mil novecientos noventa y nueve.

⁸⁷ Aquí se está en presencia de una constelación en la que los mandatos no son sancionados expresamente por la ley, cuya transgresión se castiga acorde con el marco penal de los tipos de comisión por omisión u omisión impropia, en los cuales la omisión se conecta con un determinado resultado prohibido.

una omisión, cuando esta produce el resultado que el tipo activo doloso contempla. Corresponden a supuestos en los que se establece que existen supuestos que mediante una CLÁUSULA GENERAL determinan que, bajo ciertas circunstancias NO EVITAR un resultado que se estaba obligado a evitar es EQUIVALENTE a la realización activa del tipo penal, que prohíbe la realización activa del mismo resultado –este tipo de delitos son especial, porque el autor debe tener, también, una condición especial.

Un ejemplo de esto caso ocurre cuando, teniéndose el deber jurídico de evitar el resultado se realiza una conducta que se desvía del mandato y se produce el resultado desaprobado. Así ocurre cuando un salvavidas observa a su enemigo ahogarse en la piscina que tiene el deber de vigilar, y se dedica a contemplar su muerte sin realizar ningún esfuerzo por salvarlo, sin peligro para su vida y existiendo la posibilidad física de realizar el rescate. La conducta, del salvavidas sería entonces EQUIVALENTE a la conducta activa dolosa de homicidio simple. Pero en el caso del ejemplo se produce como resultado la muerte por omisión (comisión por omisión).⁸⁸

De esta manera, tanto la acción como la omisión, son técnicas diferentes para prohibir conductas humanas.

Lo anteriormente expuesto permite establecer criterios generales para distinguir entre acciones y omisiones y, consecuentemente diferenciar los planos ontológicos: por un lado la acción, entendida como el comportamiento activo o efectivamente realizado; y por otro, la omisión que permite establecer distinciones, según se trate de la realización de tipo prohibitivo en el que resulta adecuada solo la acción, que coincide con la descrita en el tipo, y la del tipo imperativo en el que es adecuada TODA acción, que no coincida con la ordenada por la norma.

⁸⁸ Ver en igual sentido la postura de la **Sala Tercera resolución 000789-99** de las diez horas cincuenta y cinco minutos del veinticinco de junio de mil novecientos noventa y nueve cuando afirmó “...De acuerdo a este orden de ideas, es posible distinguir al menos tres tipos de omisión que interesan al Derecho Penal: por un lado la **omisión pura o propia** que se produce cuando la Ley Penal castiga la simple infracción del deber de actuar (verbigracia: omisión de auxilio – artículo 144 del Código Penal, omisión de dar alimentos – artículo 185 ibídem-); otro caso de **omisión relevante** sería aquella que va ligada a un determinado resultado, como ocurre cuando el legislador castiga la producción de un determinado resultado, producido por omisión, y que representa por sí una lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente tutelado y el tercer caso **omisión impropia**, en donde se establece una relación entre un tipo penal activo doloso, que no contempla directamente en su descripción típica su realización a nivel omisivo, pero que se vincula a la realización de una omisión cuando ésta produzca el resultado que el tipo activo doloso contempla”

Estos delitos deben estar tipificados, expresamente, en el *Código Penal* y se agotan en el INCUMPLIMIENTO DEL MANDATO DE ACCIÓN.

La comprobación de la tipicidad de una conducta, respecto del tipo de un delito propio de omisión, requiere la verificación de tres elementos:

- a) situación típica generadora del deber,
- b) no-realización de la acción mandada y
- c) poder de hecho de ejecutar la acción mandada.⁸⁹

La doctrina es coincidente en este aspecto.

La situación generadora del deber de actuar, está descrita en la ley como presupuesto del deber de actuar y es, por lo tanto, el primer elemento del tipo, en los delitos de omisión. En ella, el obligado no cumple esa obligación a pesar de haber tenido capacidad de hecho para hacerlo. Situación típica: art. 144 CP “encontrar perdido o desamparado” la comprobación de esta situación es el primer paso, para verificar la tipicidad de una omisión.

La no-realización de la acción mandada, consiste en que, el obligado a actuar ha incumplido el mandato, es decir, no ha realizado la acción. En este apartado, debe compararse la acción realizada por el obligado, con la que se le exigía. El segundo paso es la comprobación de que el obligado ha incumplido el mandato (no ha realizado la acción).

En cuanto al tercer ámbito, consiste en comprobar si el omitente de la acción requerida había tenido la capacidad de realización de la acción impuesta. En caso de que el omitente hubiera carecido de esa capacidad, no incurriría en la acción típica de omisión.

La capacidad de realización presupone el conocimiento de la situación generadora del deber y la cognoscibilidad de los medios para llevar a cabo la acción, así como el conocimiento de la finalidad de la acción. Aquí, la tipicidad depende de que el omitente haya tenido capacidad para realizar la acción mandada.

⁸⁹ Bacigalupo Zapater, op cit, p. 538.

La omisión impropia, tal y como está contemplada en el artículo 18 del *Código Penal*, ha dicho la Sala Tercera, puede llevar a confusión, ya que “...no es necesario que haya una expresa tipicidad de la omisión impropia para que esta pueda castigarse”⁹⁰. Nuestro numeral 18 lo que hace es establecer algunos requisitos de legalidad para considerar la relevancia de aquellas conductas que interesan normativamente como productoras del resultado y eliminar del ámbito de relevancia aquellas que no pueden considerarse a efectos del injusto.

De acuerdo con el artículo 18 del Código Penal, esta tipicidad se genera a partir de la constatación de una conducta negativa (no hacer, o hacer algo distinto) produce un resultado que coincide con un tipo activo doloso.

De tal manera que nuestro Código Penal contempla la posibilidad de construir una así llamada “situación típica” cuando alguien se encuentra en una posición de garante de los bienes jurídicos de otro, es decir, cuando por alguna circunstancia que pertenece al ámbito del mandato de la norma deba esta persona actuar para proteger este bien jurídico de otro y no lo hace generando el resultado antijurídico”.⁹¹

Esta posición de garante del bien jurídico, que a su vez es un complemento adicional de la tipicidad omisiva impropia,⁹² se produce, de acuerdo con una primera hipótesis, en aquellos casos que surgen a partir de una situación anterior entre las partes, de donde puede deducirse que uno de los sujetos asume el deber de protección y el otro actúa confiado en la expectativa de que el otro cumplirá el deber de protección.⁹³

La posición de garante también se presenta cuando uno de los sujetos de la relación o de la situación típica tiene un especial deber de control o vigilancia de la

⁹⁰ **SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, resolución 000789-99 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del veinticinco de junio de mil novecientos noventa y nueve

⁹¹ Cfr. Bacigalupo, op cit, p. 147, citado por **SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, resolución 000789-99 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del veinticinco de junio de mil novecientos noventa y nueve.

⁹² Ver Zaffaroni, op cit, pp. 485 y ss citado por la **SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, resolución 000789-99 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del veinticinco de junio de mil novecientos noventa y nueve.

⁹³ En cuanto al deber de actuar conforme a la expectativa, Cfr. Sánchez, Vera y Gómez Trilles, Javier (1995) **Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, centro de Investigaciones de derecho Penal y Filosofía del derecho, pp. 23-25; 30 ss.

fFuente de peligro⁹⁴

Un contrato o relación jurídica entre las partes puede generar obligaciones de actuar y de vigilar, que no produzcan los resultados desaprobados por la norma.⁹⁵

La omisión impropia, que se genera cuando alguna persona se encuentra en posición de garante, obliga, entonces a que el análisis judicial se concentre en la detección de un deber de actuar conforme a la norma preceptiva en juego.

2- Comisión por omisión:

Tal y como lo hemos venido desarrollando, la doctrina establece que un sujeto puede adquirir posición de garante según tres formas o fuentes que son: la ley, el contrato y la injerencia, definida ésta como un actuar precedente y antijurídico, que crea la posibilidad de la producción de un resultado.

El artículo 18 del *Código Penal* establece

“El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión. Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo.”⁹⁶

En lo que se refiere a la posición de garante, el sujeto se constituye en garantía de que el resultado dañoso no se va a producir, por ostentar un especial deber jurídico de actuar y de evitar el resultado delictivo, ya sea, en cumplimiento de una obligación legal, de una obligación de carácter contractual, o bien por haber creado una situación de riesgo previamente; contrato, ley o injerencia.

De dicha regulación, puede extraerse la existencia de dos elementos o

⁹⁴ Sobre la posición de garante derivada de la satisfacción de expectativas, Cfr, Sánchez, y Gómez Trilles, **op cit**, pp. 68 y ss citado por la **SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, resolución 000789-99 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del veinticinco de junio de mil novecientos noventa y nueve.

⁹⁵ Véase ejemplos sobre estas hipótesis en BACIGALUPO, Lineamientos, p. 147; tales como madre que no da de comer a su hijo y salvavidas citado por la **SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, resolución 000789-99 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del veinticinco de junio de mil novecientos noventa y nueve.

⁹⁶ Artículo 18 del Código Penal

presupuestos básicos en los delitos de omisión impropia: por un lado, la posición de garante que debe ocupar el sujeto; y, por otro, la relación de equivalencia, que debe existir entre la acción y la omisión, según el sentido de la ley.

En cuanto a la equivalencia que debe existir entre la acción y la omisión, según el sentido de la ley, se establecen los supuestos del nacimiento de la posición de garante, es decir, cuando no se actúa, a pesar de que existe una obligación de hacerlo (legal o contractualmente) o cuando el “omitente” hubiera creado, previamente, la ocasión de peligro para el bien jurídico después vulnerado.

Por su parte, en relación con la posición de garante, que dimana de la creación previa de una situación de riesgo, la relación de equivalencia exigida, sólo concurrirá cuando la situación de peligro para el bien jurídico se haya creado de forma dolosa.

La doctrina ha dicho que la estructura de estos delitos se configura como:

Requisitos o presupuestos que deben concurrir para el castigo de tales conductas:

- a) *un elemento objetivo*, que viene constituido por la omisión, esto es, la conducta de *no hacer*, la inactividad, siempre que sea eficaz en orden a la consecución de un resultado;
- b) *un elemento subjetivo*, conocimiento y voluntad de realización del hecho.
- c) *un elemento normativo*, integrado por un especial deber de actuar, que puede surgir de una disposición legal, de la previa aceptación o conducta anterior que crea un peligro o es fuente de riesgos para otros, colocando al “omitente” en posición de garante en cuanto le obliga a asegurar la no producción del resultado; de ello se deduce, que el “no impedir”, característico de la comisión omisiva, puede reconducirse, como especie del mismo género, al “causar” entendido en sentido amplio.

Sin embargo, desde mi punto de vista, la comisión por omisión se integra por tres elementos que comparte con la omisión pura o propia, como lo son:

- a) una situación típica;

- b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y
- c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo.

Para que pueda hablarse de comisión por omisión, desde nuestro punto de vista, se requiere: una producción de un resultado dañoso, una creación de una previa situación de riesgo y una posición de garante.

b) Tipo objetivo

Los elementos integrantes del tipo objetivo serían los siguientes: a) la relación de equivalencia entre la no evitación del resultado y su provocación; b) el resultado producido ha de ser obviamente típico; y c) la infracción de un deber jurídico especial de actuar que era exigible por su posición de garante, la cual a su vez puede venir determinada por una obligación de carácter legal o contractual, o bien por la creación de una situación de peligro o riesgo para el bien jurídico vulnerado mediante una acción o una omisión precedente.

c) Tipo subjetivo

Constituye un requisito esencial para entender punible una conducta de comisión “omisiva”, que comparte con los delitos puros de omisión: la capacidad de acción del “omitente”. En efecto, no basta con que el sujeto omita la acción que le era exigida y que dicha omisión equivalga a la causa del resultado, sino que se requiere que el sujeto tenga conocimiento o posibilidad de conocimiento de la situación y de los medios o instrumentos a su alcance para actuar, así como la posibilidad física y real de utilizar tales medios con el propósito de evitar el resultado.

En cuanto a si es posible la comisión por omisión en delitos culposos, esta debe descartarse, ya que en los delitos culposos el efecto acontece por deficiente utilización de los medios que hubiesen permitido evitarlo.

En este caso, la resolución del hecho culposo se rige por las reglas comunes.

d) Dolo

El conocimiento de las circunstancias que fundan el deber de actuar pertenece al dolo, y el error en que recaiga el sujeto será un error de tipo. Existe dolo cuando el “omitente”, en forma voluntaria, no procura impedir el resultado, aunque sepa que está en situación de garantizar que no se produzca.

El dolo en la comisión por omisión, consiste en el conocimiento de las circunstancias que originan el peligro de producción del resultado, su aceptación y el conocimiento de su capacidad de acción. En estos casos, la omisión debe resultar equivalente a la realización activa del tipo.

El dolo suele ser definido por la doctrina como integrado básicamente por dos elementos: el conocimiento y la voluntad, de esta forma, actúa dolosamente el que sabe lo que hace y quiere hacerlo.

Ahora bien, parece evidente que esa estructura del dolo no encaja, por completo, en los delitos de omisión, por cuanto la voluntariedad no es un elemento necesario o esencial de ella, como tampoco lo es la finalidad. En estos casos, se castiga un *no hacer*, sin que con ello tenga que perseguirse un determinado fin. En consecuencia, el concepto del dolo, en los delitos de omisión, debe necesariamente, ser distinto al concepto que se maneja en los delitos de acción.

De esta forma en la omisión impropia dolosa deben presentarse una serie de circunstancias: capacidad de acción, posibilidad física y real de actuar, posición de garante y relación de equivalencia entre omisión y acción, y debe añadirse el conocimiento de la situación, de su obligación de actuar y del modo de evitar la producción del resultado.

El dolo, en los delitos de comisión por omisión, se da cuando el “omitente” ha tenido conocimiento de las circunstancias que generan el peligro de producción del resultado y de su propia capacidad de acción; el “animus necandi” del “omitente” se pone de manifiesto, cuando éste deja transcurrir los hechos sin actuar, a pesar de conocer las circunstancias que fundamentan el peligro de producción del resultado y su posibilidad de evitarlo. En el delito de omisión la característica básica del dolo, es la falta de decisión de emprender la acción jurídicamente impuesta al omitente.

El dolo en los delitos de omisión está constituido por el conocimiento de las circunstancias que condicionan el surgimiento del deber de actuar propio de la posición de garante que ocupa el omitente, así su capacidad de realizar la acción consistente en no impedir el resultado; mientras que la culpa, respecto de la omisión, se da cuando el omitente, omitiendo el deber, no tuvo conocimiento de la situación generadora del deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción jurídicamente debida, o cuando el obligado a realizar la acción para impedir el resultado no alcanza esta meta por la forma descuidada en la que ejecuta dicha acción.

El dolo en los delitos de omisión deberá apreciarse cuando el omitente, teniendo conocimiento del hecho generador de su deber de actuar y de su capacidad de acción, no interviene; y específicamente en los delitos de comisión por omisión, ese conocimiento debe también venir referido a las circunstancias que fundamentan su obligación de impedir la producción del resultado.

El dolo en los delitos de comisión omisiva debe tener: conocimiento de la situación generadora del deber de actuar, conocimiento de las circunstancias que fundamentan la posición de garante y de las que fundamentan la posibilidad de actuar.

A continuación se desarrollarán las teorías correspondientes a la posición de garante.

e) Teorías

e.1 Teoría de la fuentes formales

Conforme lo señala Llobet Rodríguez la doctrina tradicional (teoría formal) ha determinado que las fuentes de la posición de garante son la ley, el contrato y la conducta precedente. Según el autor, algunos han añadido como fuente la estrecha relación vital.⁹⁷

Solo las omisiones que implican la infracción de un determinado deber de actuar deberían ser típicas, Bacigalupo afirma que "...de esta forma de ver el problema surge

⁹⁷ Llobet Rodríguez, Javier (1989) **Comentarios al Código Penal**, San José, Editorial Juricentro, 414 p., p. 3-5

la teoría formal de las fuentes del deber, para lo cual una omisión de impedir el resultado debía equivale a causarlo cuando impedir el resultado provenía de una ley, un contrato (que es también ley entre partes), o cuando el peligro de producción del resultado fuera consecuencia de un hecho anterior del omitente (estos últimos llamados casos de injerencia)”.

Ante esto, surge la TEORÍA FORMAL DE LAS FUENTES DEL DEBER, para la cual la omisión de impedir un resultado, debería considerarse equivalente a causarlo, cuando impedir un resultado provenía de una ley o un contrato o el peligro de producción del resultado fuera consecuencia del hecho anterior del omitente – injerencia.

El origen de esta teoría se encuentra en Feuerbach y en la concepción liberal del derecho, y en lo que respecta a la injerencia, en Luden, que afirmaba que la acción positiva realizada en lugar de la impuesta por el orden jurídico era la causa del resultado (teoría del aliud agere). La tesis de Luden generalmente fue rechazada: resultaba evidente que si la otra acción era suprimida mentalmente; según la fórmula de la teoría de la condición, el resultado se hubiera producido de todos modos. A partir de entonces, los casos de injerencia no encontraron ninguna solución posible en el marco de la teoría formal de las fuentes del deber. Según criterio de Gimbernat Ordeig la única fuente del deber que podía fundamentar la comisión por omisión, de un delito imprudente, es la injerencia.

Al no considerar los casos de injerencia, la teoría formal tuvo que ser ampliada y se extendió a deberes de solidaridad a las “estrechas comunidades de vida”. Sin embargo, ninguna de las fuentes del deber de actuar provenían, exclusivamente, de una ley formal, pues nada decía ésta sobre las relaciones de “estrecha convivencia”, la “libre aceptación” o el “hecho anterior”.

El nuevo punto de apoyo para la equivalencia entre la “causación” del resultado y la omisión de la acción, que lo hubiera evitado, fue la estrecha relación del “omitente” con el bien jurídico, es decir, su *posición de garante ante el orden jurídico* de la no producción del resultado. La posición de garante contiene el elemento decisivo de la autoría, que convierte a aquellos, que omiten impedir un resultado, en autores de la omisión en el sentido del tipo de un mandato de garantía equivalente al delito comisivo; es decir, la posición de garante es el fundamento del deber cuya infracción

determina la equivalencia entre el comportamiento típico activo y la no evitación del resultado. De esta manera tuvieron entrada en la posición de garante los deberes ético-sociales (pero no los meramente morales).

e.2 Teoría fuente funcional

Según refiere el autor, esta teoría pronto fue abandonada y relevada por la teoría funcional de las posiciones de garante que procura explicar los fundamentos de la posición de garante. Desde esta perspectiva, la infracción a un mandato para la defensa de lesiones o peligros a un bien jurídico es constitutiva de delitos impropios de omisión, pero no toda lesión de tal mandato realiza el tipo de estos delitos, sino solo la infracción de un garante.

En consecuencia la determinación del delito impropio de omisión dependerá de tres consideraciones axiológicas: a) la existencia de un tipo comisivo que penalice la realización de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, b) la existencia de un mandato que tenga por contenido la evitación o lesión del bien jurídico y c) la lesión de este mandato tiene que igualar, por lo menos aproximadamente, en contenido de ilicitud y magnitud del reproche de culpabilidad y, por lo tanto, en un merecimiento de pena, al delito de comisión.

La posición de garante se caracteriza en la moderna teoría funcional según la función defensiva o protectora del omitente respecto del bien jurídico. Por un lado, el sujeto omitente debe ocupar una posición de protección de un bien jurídico contra todos los ataques (función de la protección del bien jurídico) que pudiera sufrir, cualquiera que sea el origen de estos. Por otra parte, la posición de garante puede consistir en la vigilancia de una determinada fuente de peligro con relación a cualquier bien jurídico que pueda ser amenazado por ella (función de vigilancia de una fuente de peligro).

“La doctrina más moderna señala que acudir a la ley, el contrato o la conducta precedente es insuficiente para precisar la posición de garante, ya que no fija el contenido del bien jurídico, proponen como criterio que el sujeto se encuentre en una posición estrecha con el bien jurídico, que puede surgir como cuando el sujeto tiene a su cargo el cuidado de una fuente de peligro frente a una generalidad de bienes jurídicos y cuando tiene a su cargo el cuidado de una fuente de peligro frente a una

generalidad de bienes jurídicos que puedan amenazarlo (teoría material o de las funciones)

1) Cuando el sujeto tiene a su cargo el cuidado de una fuente de peligro que afecta a bienes jurídicos indeterminados. Se señalan tres subgrupos

a) el deber de garante que surge por un hacer precedente peligroso. Por ejemplo el que embriaga a otro, de modo que este deja de actuar responsablemente, debe conjurar los peligros que de puedan derivarse para él mismo y para terceras personas;

b) el deber de garante para el control de las fuentes de peligro, que se hayan situadas en el interior de su propio ámbito de dominio;

c) el deber de garante con relación a la actuación de terceras personas, surgido en vista de posiciones de autoridad o vigilancia.

2) Cuando el omitente tiene a su cargo el cuidado de un bien jurídico frente a los peligros que puedan amenazarlo. Dentro de estas se encuentran:

a) Los deberes que tiene por objeto el cuidado de personas necesitadas. Ej: enfermos, paralíticos, niños etc., también los deberes de protección de personas que están expuestas a alto riesgo, ejemplo clásico el alpinista con el guía de montaña.

b) deberes de cuidado y protección de personas emanados de una estrecha relación de vida, matrimonio, vida común y los deberes de cuidado y protección de funcionarios en el marco de su competencia.-

Zaffaroni señala que el deber de garante es un deber jurídico, pero no todo deber jurídico implica una posición de garante, de ahí que no basta el deber legal, contractual o surgido a través de la conducta precedente, para que pueda imputarse una comisión por omisión, sino que requiere, que el autor, esté obligado, por su situación, a conservar, cuidar, vigilar o defender el bien jurídico de manera especial, (no debe confundirse la posición de garante de aquellos deberes que surgen del simple hecho de vivir en comunidad, que implican la obligación de conducirse de manera de no lesionar bienes jurídicos, y el deber de solidaridad social que impone ciertas conductas humanitarias, que podrían dar lugar a un delito de omisión de auxilio)⁹⁸

⁹⁸Llobet Rodríguez, op cit, p. 4-5.

Por lo anteriormente expuesto, es posible concluir que el artículo 18 del *Código Penal* contiene una fórmula, que incorpora en el ordenamiento jurídico costarricense, los delitos de comisión por omisión. Esta fórmula funciona como CLÁUSULA GENERAL que permite realizar el juicio *expost*, en vía judicial, acerca de la existencia de un autor que está en el deber de proteger un bien jurídico, que está obligado, por una norma, a proteger dentro de los límites de la posibilidad física, para evitar la causalidad que va dirigida a producir un resultado antijurídico.

El estudio de la omisión impropia lleva al estudio de autores circunscritos a un determinado estadio, cuales son los que realizan delitos especiales propios, ya que su mandato les vendrá dado por ley, por contrato, por el obrar precedente, o por el deber de vigilancia de las fuentes de peligro para evitar el resultado lesivo para el bien jurídico protegido por la norma; en otras palabras, tienen el deber de evitación por la esfera de relación que los vincula a una protección especial dentro de la esfera de su rol, de aquí que lo prohibido fuere no realizar la conducta que les es posible hacer a fin de no incursionar en una conducta típica.

Se puede concluir que los delitos impropios de omisión son delitos especiales, ya que solo pueden ser responsabilizados por ellos, las personas que se encuentren en posición de garantes, esto es, que tengan una estrecha relación con el bien jurídico.

En la posición de garante se presenta una estrecha relación entre el omitente y el bien jurídico, característico de la posición de garante cuando: a) El omitente tiene a su cargo el cuidado de una fuente de peligro frente a la generalidad de bienes jurídicos y b) cuando quien tiene a su cargo el cuidado de un bien jurídico frente a los peligros que pueden amenazarlo.⁹⁹

De acuerdo con la naturaleza de la fuente de peligro, la posición de garante se establece en: a-) posiciones de supervigilancia de una fuente de peligro, que está dentro del ámbito de dominio material; a esta categoría pertenecen, por ejemplo, los dueños de animales peligrosos, de las industrias, de los almacenes de explosivos, aquí sin duda el propietario o administrador tiene un deber de vigilancia y debe tomar en cada caso, las

⁹⁹ Bacigalupo citado por Sánchez Romero op cit, p. 207.

medidas de precaución. b-) posiciones de garante que surgen de supervigilancias que ha de ejercerse sobre la actuación de terceros, que están bajo nuestro cuidado: a esta segunda categoría se le atribuye la responsabilidad por la actuación de inimputables. Tienen posición de garante y, en consecuencia, obligación de actuar los padres, tutores, profesores etc. Pero también podría darse la responsabilidad por actos antijurídicos de personas capaces de culpabilidad en razón de la existencia de un estricto ordenamiento jerárquico que impone al superior cuidar de los actos de los inferiores, tal sería el caso de masacres durante la guerra o delitos contra la humanidad. Con esta teoría, se amplió, peligrosamente, el ámbito de aplicación del derecho penal.

Esta enumeración genérica constituye solo un intento de clasificación, pues lo que realmente importa es que debe existir una estrecha relación entre el obligado y el bien jurídico que este debe proteger, de manera tal que en sus manos esté el control de la situación.

La teoría de funciones distingue dos situaciones por definir al garante: la posición de protección frente a un bien jurídico y la vigilancia de las fuentes de peligro.

La Sala señaló: “(...)para el caso la función de garante, las circunstancias propias del caso y la producción del resultado, sirven de marco suficiente para cerrar el contenido del tipo amplificado, supuesto restringido a quienes en razón de su obligación de impedir el resultado, tenían el deber de realizar la acción que omitieron, la que logra establecer, la acción omitida, por medio de la fórmula de la causalidad hipotética que conlleva a equiparar la omisión a la acción, cuando de realizarse la acción esperada, el resultado no se hubiera producido. Desde luego que el deber actuar (posición de garante), le debe ser impuesta al responsable por el ordenamiento jurídico, por un acto del que devenga la obligación de actuar (salvavidas) o por haber producido el riesgo del resultado (quema de rastrojos)”¹⁰⁰.

Pese a la deficiente precisión terminológica, debe entenderse que cuando señala que la obligación de actuar le debe de ser impuesta al sujeto del ordenamiento jurídico, se refiere a la LEY, que cuando alude a “un acto del que devenga la obligación de

¹⁰⁰ **Sala Constitucional** resolución 2728-98 de las 8:30 horas del 24 de abril de 1998.

actuar”, se trata de un CONTRATO, y cuando señala acerca de “haber producido el riesgo del resultado” se refiere a la INJERENCIA, o un comportamiento precedente peligroso para el bien jurídico tutelado.

El principio general de los delitos de comisión por omisión es el de CORRESPONDENCIA, mediante el cual la omisión debe corresponder a la realización del tipo penal por acción.

Las clasificaciones no son importantes, lo que realmente importa es que debe existir una estrecha relación entre el obligado y el bien jurídico que debe proteger, de manera tal que en sus manos esté el control de la situación.

Acerca de la imputación objetiva en la posición de garante, quienes analizan el tema de la omisión desde la óptica causal utilizan la teoría de la acción esperada para resolver el problema del nexo causal y, con él, el de la autoría. ¿Cuándo una omisión es causal del resultado producido? Cuando ella es esperada por el ordenamiento jurídico. El análisis se desplaza a la determinación de cuáles son los deberes jurídicos que pueden aceptarse como obligaciones de impedir un resultado y qué alcance tienen. Se produce así una mezcla de cuestiones causales con otras valorativas, sin que se pueda hallar una vía lógica incuestionable.

En la actualidad, se tiende a superar este tipo de dificultades y se reconoce en general que la imputación objetiva se formula a quien tiene el dominio del riesgo. La correspondencia de la omisión con el comportamiento activo se establece invirtiendo las exigencias: no es la ejecución, sino el no evitar el resultado, lo que fundamenta la imputación objetiva. Además, el resultado debe ser la concretización del deber de garante específico del sujeto.

Los delitos de omisión impropia nos lleva irremediablemente a un círculo determinado de autores (delitos especiales propios) esto es personas que tienen ya sea por ley, por contrato, por obrar precedente, o por el deber de vigilancia de las fuentes de peligro evitar el resultado lesivo para el bien jurídico protegido por la norma, en otras palabras tienen el deber de evitación por la esfera de relación que los vincula a una protección especial dentro de la esfera del rol, de aquí que lo prohibido fuere no

realizar la conducta que le es posible hacer a fin de no incursionar en una conducta típica.

El profesor Silva Sánchez reafirma este pensamiento al manifestar “fijada la posición de garante abra que determinar si el sujeto defraudó las expectativas que nacen de su rol, es decir, si creó un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en la producción del resultado. El ejemplo clásico es el de la madre para con su deber alimentaria al recién nacido, aquí lo que nos interesa es determinar si cumplió con el rol en que este caso particular tiene como fuente de ley, señala el autor antes citado que en función del nuevo auge de la renormativización de la teoría del tipo penal se está construyendo sobre los fundamentos del delito de omisión es decir que la posición de garante pasa ahora a ser un elemento del delito de acción y del delito imprudente”.

Actualmente la imputación objetiva es aceptada en el sentido de que una conducta solo puede ser atribuida a un sujeto, cuando este ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado por la norma penal, y este se concreta en el resultado que el derecho desvalora. Asimismo, se sostiene que la imputación objetiva se carga a quien tiene el dominio del riesgo.

f) En cuanto a la legalidad del instituto

Con la finalidad de cubrir el tema de la legalidad en este instituto, se subdividirá el análisis con base en las generalidades del tema y luego se procederá a la determinación de su constitucionalidad en el ordenamiento jurídico costarricense.

f.1 En cuanto al principio de legalidad en general

El principio de legalidad pretende garantizar seguridad jurídica a los administrados, de modo que éstos tengan la certeza de que solamente es punible lo que ha sido establecido previamente como delictivo.

El artículo 39 de la Constitución Política consagra, entre otros, este principio que en materia penal significa que la ley es la única fuente creadora de delitos y penas. A nivel legal es desarrollado por los artículos 1 y 2 del *Código Penal*.

*Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquella no haya establecido previamente.*¹⁰¹

El principio de legalidad tiene su origen en la Revolución Francesa y su origen ideológico en el pensamiento de la Ilustración. Vino a suponer el deseo de sustituir el gobierno caprichoso de los hombres por la voluntad general, expresada a través de la ley. En un principio se pretende que la ley sea la única fuente del derecho, pero pronto se comprueba que ello no es posible porque la complejidad de la vida resulta superior a las posibilidades del Poder Legislativo, sustituyéndose el monopolio de la ley, por la primacía de la ley, quedando por su especial importancia, algunas zonas del ordenamiento jurídico sometidas a una *reserva de ley*. Que significa que sólo mediante una declaración del legislativo, es posible regular determinadas materias, entre las que se encuentra tradicionalmente el Derecho Penal.

En virtud del principio de legalidad, la potestad punitiva del Estado, queda enmarcada dentro de los límites precisos y los derechos individuales garantizados frente a cualquier intervención arbitraria de los poderes públicos. Todos los ciudadanos pueden conocer con certeza antes de emprender su acción, si esta cae o no dentro de lo que la ley declara punible, y en ningún caso podrán ser sorprendidos a posteriori con una pena no establecida previamente.

García Morillo señala que la Constitución reconoce el principio de legalidad como exigencia previa de toda condena o sanción que pueda imponerse por los poderes públicos.¹⁰²

El principio de legalidad resulta, de este modo, consustancial al Estado de Derecho.

¹⁰¹ Código Penal, artículo 1

¹⁰² García Morillo, Joaquín, (2002) Derecho Constitucional, Valencia, Tirant lo Blanch, volumen I, quinta edición, p. 265. 510 p.

Esto explica por un lado, que suele aparecer consagrado, en el ámbito constitucional, como principio político jurídico fundamental y básico, y, por otro, que sea repudiado o, de hecho, quebrantado por los regímenes totalitarios.

El principio de legalidad, en general, es el que define la investidura, competencia y atribuciones de las autoridades públicas y las circunscribe a un marco de constitucionalidad y legalidad, fuera del cual se convertirían en ilegítimas y arbitrarias. Este principio junto con el derecho general a la justicia, constituyen presupuestos esenciales del debido proceso, cuya ausencia o violación comporta transgresiones de orden constitucional. Dentro de sus más importantes corolarios se cuenta el principio de reserva de ley, que en materia penal, adquiere caracteres específicos por la necesaria definición previa y clara de las acciones que constituyen delito, con el objeto de salvaguardar la seguridad jurídica de los ciudadanos.

El principio de legalidad criminal, es expresado mediante la fórmula latina *nullun crimen nulla poena sien previa lege* de la cual se desprenden los siguientes postulados:

- No puede tenerse por delito aquella conducta que previamente la ley no describa y
- No puede imponerse sanción o pena que la ley previamente no haya establecido.

El principio de legalidad en materia penal (artículo 39 de la Constitución), se traduce en la reserva absoluta de ley, de manera que la predeterminación de las conductas ilícitas y de las sanciones aplicables debe emanar de normas con rango de ley, la cual debe ser anterior a la comisión del hecho delictuoso, satisfacer plenamente el principio de tipicidad, que excluye la aplicación de la analogía desfavorable al acusado, así como la interdicción de la costumbre como fuente de derecho sancionador.

Tratándose de la potestad *ius puniendi*, ésta orientación se traduce en que si bien los órganos ostentadores del poder público están facultados para sancionar o castigar a

las personas, mediante la supresión o restricción de derechos y libertades, ésta potestad no puede ser ejercida discrecionalmente ni estar exenta de control.¹⁰³

De esta forma, el principio de legalidad en el ámbito del derecho penal sancionador estatal implica, por lo menos, tres exigencias¹⁰⁴:

1) *Lex scripta*: Se refiere a la exigencia de una ley escrita. De acuerdo con Hernández Valle, este consagra el monopolio de la ley penal como fuente válida de creación de los delitos y las penas (incluidas las medidas de seguridad), de manera que una persona sólo puede ser castigada en la vía represiva por un hecho sancionado en la ley. Lógicamente su fundamento es la seguridad jurídica, a fin de evitar la arbitrariedad del juzgador, pues solo se pueden sancionar los delitos y aplicar las penas previamente establecidas en la ley penal.¹⁰⁵ De este requisito se deriva el principio de reserva de ley, analizado supra.

2) *Lex praevia*: la ley debe ser anterior al hecho sancionado. Acerca de este principio, Hernández Valle, establece que la ley que tipifique el hecho punible y establezca la sanción, sea previa a la comisión de la acción u omisión que se pretenda sancionar.¹⁰⁶ De este requisito se deriva la prohibición de irretroactividad de la ley penal.

3) *Lex certa*: la ley describe un supuesto de hecho estrictamente determinado. Dado que el principio de legalidad penal pretende darle seguridad jurídica al ciudadano, evitándole la arbitrariedad, es necesario que se complemente con el requisito adicional de tipicidad, mediante el cual se exige que la enunciación de la conducta constitutiva del delito se realice mediante un tipo, en el que se establezcan las circunstancias necesarias para que el destinatario de la ley pueda, sin mayores complicaciones, establecer si una determinada acción resulta o no subsumible en un tipo penal y, por lo tanto, debe tenerse como constitutiva de delito.¹⁰⁷

4) *Lex stricta*: esta categoría es agregada por Bacigalupo, e indica que una consecuencia del principio de legalidad es la prohibición de analogía¹⁰⁸, sin embargo este tema será desarrollado más adelante. De este requisito se deriva la prohibición de analogía.

¹⁰³ **Sala Constitucional** resolución 1386-90 de las 16:42 horas del 24 de octubre de 1990 sobre la naturaleza jurídica de los colegios profesionales.

¹⁰⁴ García Morillo, op.cit., p. 266 510 p.

¹⁰⁵ Hernández Valle, Rubén (1994) **Derecho de la Constitución**, San José, Editorial Juricentro, Volumen II, p. 425, 728 p.

¹⁰⁶ **Ibid**, p. 425.

¹⁰⁷ **Ibid**.

¹⁰⁸ BACIGALUPO (Enrique) **Derecho Penal, parte general**, Madrid, editorial Hammurabi, segunda edición, 691 p., p. 134.

Al principio de legalidad en la moderna doctrina se le atribuyen las siguientes cuatro garantías fundamentales¹⁰⁹.

De igual modo la Sala Constitucional señaló:

“...tanto en su dimensión política como técnica se constituye en una garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado. Se expresa en cuatro principios básicos: no hay delito sin una ley previa -legalidad criminal- no hay pena sin ley -legalidad penal- la pena debe ser impuesta en virtud de un juicio justo y de acuerdo a lo dispuesto en la ley -legalidad procesal- y la ejecución de la pena debe ajustarse a lo previsto en la ley y en los reglamentos -legalidad de ejecución.”¹¹⁰

1) Garantía criminal: Nullum crime sine lege: Ningún hecho humano puede ser considerado delito sin que una ley anterior lo haya calificado como tal.

*Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquella no haya establecido previamente*¹¹¹

Ninguna conducta, por muy antisocial o inmoral que parezca, puede ser calificada como delito si no viene definida de esta forma por una ley previa a su comisión.

También podría manifestarse por medio nullum crime sine lege scripta, de modo que en ningún caso el derecho penal puede recurrir a la costumbre como fuente directa, inmediata y formal de la creación de sus presupuestos (el delito) o de sus consecuencias jurídicas (la pena o la medida de seguridad).

2) Garantía penal: Nulla poena sine lege: No podrá imponerse pena alguna que no haya sido previamente establecida por ley.

¹⁰⁹ BORJA JIMENEZ (Emiliano) **Ensayos de derecho penal y política criminal**, San José, Editorial Jurídica Continental, 2001, p. 150 y ss. 290 p.

¹¹⁰ **Sala Constitucional**, resolución 01738-99 de las dieciséis horas doce minutos del nueve de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

¹¹¹ **Código Penal**, artículo 1

*Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquella no haya establecido previamente*¹¹²

Este subprincipio, aún cuando la conducta punible este previamente descrita por ley, nadie puede imponer una sanción distinta de la que legalmente se haya establecido para ese supuesto.

Las leyes penales deben mantener un equilibrio entre la exigencia de una cierta determinación de la sanción atendiendo al injusto cometido y el grado de culpabilidad del autor, de un lado, y por otro la necesidad de que el juez pueda valorar en el supuesto concreto las específicas circunstancias que distingue, dentro de la misma figura delictiva, unos hechos de otros en el plano de la realidad.

Según este postulado, el elenco de las conductas y de las penas correspondientes a las mismas está determinado exclusivamente por la ley. Esto significa que el juzgador o el intérprete no pueden recurrir a la analogía para extraer una consecuencia desfavorable al sujeto no contemplada expresamente en el conjunto normativo penal.

Desde el clásico Feuerbach se hablaba de la necesidad de que las leyes fueren claras, concisas y accesibles. Técnicamente, esta exigencia se plasma en el principio de taxatividad, según el cual el legislador debe, acudir al empleo de términos típicos claros, precisos, descriptivos y sencillos en la elaboración legal de las figuras delictivas. Con esto, la necesidad de determinación precisa de los comportamientos a sancionar y de la propia pena, es un requisito lógico de la propia esencia del principio de legalidad.

3) Garantía Jurisdiccional: *Nemo damnetur nisi per legale iudicium*: Nadie puede ser condenado sino en virtud de sentencia firme, pronunciada por tribunal competente.

Nadie podrá ser condenado a una pena ni sometido a una medida de seguridad, sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a este Código y con observancia estricta de las garantías, las facultades y los derechos previstos para las personas. La inobservancia

¹¹² **Código Penal** Artículo 1

de una regla de garantía establecida en favor del imputado no podrá hacerse valer en su perjuicio¹¹³.

Según el cual nadie puede ser castigado sino en virtud del correspondiente proceso penal y ante el juez natural que venga previamente establecido por la ley, nos encontramos pues ante el principio de legalidad procesal o garantía jurisdiccional.

4) Garantía de Ejecución: Nulla executio sine lege: No podrá ejecutarse pena alguna en forma distinta a la prescrita por la ley y los reglamentos respectivos.

La doctrina suele hacer referencia a la garantía dimanada de la legalidad de la ejecución, en virtud de la cual no podrá ejecutarse pena alguna sino en la forma establecida en la ley y el correspondiente reglamento que la desarrolle.

En cuanto a este principio es importante recalcar los problemas legales establecidos en nuestro país, debido a la ausencia de una ley de ejecución de la pena.

Considera Llobet Rodríguez que la ausencia de una ley de ejecución de la pena ha llevado a que exista inseguridad jurídica respecto a los derechos que tienen los que cumplen una pena privativa de libertad. Agrega, “los vacíos legales se intentaron llenar a través de una serie de resoluciones de la *Sala Constitucional*, la cual ha ejercido funciones de control constitucional de la ejecución de la pena privativa de libertad. Sin embargo, debe reconocerse que la *Sala Constitucional*, en forma extraña, desde la entrada en vigencia del C.p.p. se ha retirado en general del control de la ejecución de la pena, indicando que a quien le corresponde es el al mismo juez de ejecución de la pena.¹¹⁴

Dentro de las principales prohibiciones derivadas del principio de legalidad tenemos:

En cuanto a la prohibición de indeterminación diremos que: en principio la legalidad impone al legislador la prohibición de dictar leyes penales de contenido

¹¹³ Código Procesal Penal, Artículo 1

¹¹⁴ Llobet Rodríguez, Javier (2003) **Proceso penal comentado**, San José, editorial Jurídica Continental, Segunda Edición, p., 416.

indeterminado. El legislador no puede usar la conocida técnica de reenvío, es decir, procedimiento mediante el cual el legislador remite a decisión del Poder Judicial o del Poder Ejecutivo los límites de lo punible.

En ocasiones los tipos de delito solo pueden ser legalmente determinados en parte, debiendo ser completados por una valoración del juez o integrados por una disposición administrativa.

En materia criminal, la ley penal debe ser clara y exhaustiva en la descripción del presupuesto (delito o estado peligroso) y ser precisa al señalar la consecuencia.

La existencia de un principio de legalidad criminal en un derecho penal republicano y democrático, requiere que de una tipicidad (descripción clara, precisa y delimitada) de la conducta y el conocimiento de un orden sancionador basado en bienes jurídicos.

Esto significa que todas y cada una de las prohibiciones de conducta penalmente conminadas, están montadas sobre una base razonable: la protección de zonas de fundamental importancia para la convivencia del grupo social. De lo expuesto se desprende el indudable valor constitucional del bien jurídico (la necesidad de que el tipo penal sea jurídicamente válido) y sus implicaciones en la consolidación de un Estado de Derecho, mismo que será desarrollado posteriormente.

La Sala Constitucional ha manifestado:

"Los tipos penales deben estar estructurados básicamente como una proposición condicional, que consta de un presupuesto (descripción de la conducta) y una consecuencia pena, en la primera debe necesariamente indicarse, al menos, quien es el sujeto activo, pues en los delitos propios reúne determinadas condiciones (carácter de nacional, de empleado público, etc.) y cuál es la acción constitutiva de la infracción (verbo activo), sin estos dos elementos básicos (existen otros accesorios que pueden o no estar presentes en el descripción típica del hecho) puede asegurarse que no existe tipo penal. De todo lo anterior puede concluirse en la existencia de una obligación legislativa, a efecto de que la tipicidad se constituya en verdadera garantía ciudadana, propia de un Estado democrático de derecho, de utilizar técnicas legislativas que

permitan tipificar correctamente las conductas que pretende reprimir como delito, pues la eficacia absoluta del principio de reserva, que como se indicó se encuentra establecido en el artículo 39 de la Constitución, sólo se da en los casos en que se logra vincular la actividad del juez a la ley, y es claro que ello se encuentra a su vez enteramente relacionado con el mayor o menor grado de concreción y claridad que logre el legislador. La necesaria utilización del idioma y sus restricciones obliga a que en algunos casos no pueda lograrse el mismo nivel de precisión, no por ello puede estimarse que la descripción presente problemas constitucionales en relación con la tipicidad, el establecer el límite de generalización o concreción que exige el principio de legalidad, debe hacerse en cada caso particular."¹¹⁵

Así, este principio, consistente en la descripción normativa concreta y precisa de la conducta sancionable, es también de necesaria aplicación a las infracciones administrativas -sin perjuicio del desarrollo que el reglamento pueda hacer de las disposiciones de la ley- por lo que, aún cuando la definición del tipo utilice conceptos cuya delimitación permita un cierto margen de apreciación, son inadmisibles las cláusulas generales o indeterminadas de infracción que habilitan a la Administración para actuar con excesivo arbitrio.

Esta exigencia de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, debe proyectarse sobre la tipificación de las conductas como tales, y también respecto de su graduación y escala de sanciones, de modo que el conjunto de normas aplicables permita predecir, con suficiente certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta al administrado. Todo lo anterior resulta de capital importancia para efectos de esta acción, en razón de que las consideraciones expuestas obligan a tener por inconstitucionales las cláusulas generales o indeterminadas de infracción.

“...Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que la vaguedad de algunos tipos penales abiertos, concepto que no debe confundirse con la llamada norma penal en blanco, sí podría producir quebranto del principio de ley previa, pero únicamente cuando tal vaguedad rebasa los límites de racionalidad, dejando al juzgador

¹¹⁵ **Sala Constitucional** resolución 3625-93 de las quince horas veintiún minutos del veintiocho de julio de mil novecientos noventa y tres

demasiado margen de interpretación a la hora de pronunciar el derecho. La apertura del tipo, entonces, no significa, por sí misma, una vulneración al principio de legalidad y sus demás derivados, sino que así ocurrirá cuando la imprecisión conceptual y el sinnúmero de variables que pueden ser introducidas genéricamente, resten claridad, determinación y precisión a la norma, haciéndole perder su función de garantía, al no individualizarse la conducta constitutiva de la infracción. Al contrario, cuando el tipo abierto permite sin mayores dificultades al juzgador, individualizar esa conducta acudiendo a pautas o reglas que aunque están fuera del tipo penal, se tienen elementos suficientes en éste para orientar válidamente la interpretación del juzgador (como ocurre al establecer el elemento generador de la falta al deber de cuidado en el homicidio culposo o cometido por culpa según lo expresa el artículo 117 de nuestro Código Penal) o facultando a aquél para que en el cerramiento del tipo siga una pauta legal de cuantía o de magnitud, normalmente señalada por la vía de ejemplo (que sería otra forma de apertura típica), ciertamente no se incurre en los defectos mencionados.¹¹⁶

Esta garantía se relaciona directamente con la tipicidad que es presupuesto esencial para tener como legítima la actividad represiva del Estado y a su vez determina que las conductas penalmente relevantes sean individualizadas como prohibidas por una norma o tipo penal. La tipicidad garantiza que ninguna acción humana pueda constituir delito, sino la define como tal una ley anterior que dicte el órgano competente.”¹¹⁷

Ya la Sala, analizó el tema de la tipicidad, diciendo que:

" ... Para que una conducta sea constitutiva de delito no es suficiente que sea antijurídica contraria a derecho, es necesario que esté tipificada, sea que se encuentre plenamente descrita en una norma, esto obedece a exigencias insuprimibles de seguridad jurídica, pues siendo la materia represiva la de mayor intervención en bienes jurídicos importantes de los ciudadanos, para garantizar a estos frente al Estado, es necesario que puedan tener cabal conocimiento de cuáles son las acciones que debe abstenerse de cometer, so pena de incurrir en responsabilidad criminal."

Se añade en la misma resolución que:

¹¹⁶ **Sala Constitucional**, resolución 0178-95

¹¹⁷ **Sala Constitucional**, resolución 3625-93 de las quince horas veintiún minutos del veintiocho de julio de mil novecientos noventa y tres.

"La tipicidad exige, como quedó dicho, que las conductas delictivas sean acuñadas en tipos, estos a su vez tienen una estructura básica, con sujeto y verbo activo, estructura que puede lograrse con la relación de uno o varios artículos de la ley o reglamento, pero es necesario que esté presente para que exista tipo." (sentencia número 1877 de las dieciséis horas dos minutos del diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa).

Resulta constitucional la utilización legislativa y judicial de las leyes penales en blanco, sea de aquellas normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentra exhaustivamente previstas en ellas, debiendo, en consecuencia, acudir para su integración a otra norma distinta. Para ello, se exige que el reenvío normativo sea expreso y este justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal y que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, es decir, dándose la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a que la ley penal se remite.

Distinto es el caso del tipo penal abierto, el cual resulta inconstitucional cuando no pueda lograrse el nivel de precisión en cuanto a la descripción del tipo, es decir, cuando la descripción de la conducta no contiene los elementos descriptivos de la conducta no contiene los elementos descriptivos del comportamiento tipificado por el legislador.

Según se concluye de lo transcrito, para que una figura penal cumpla con el requisito de tipicidad a fin de no contrariar lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución debe, como mínimo, identificar el sujeto activo, la conducta que se considere delictiva y la sanción que se aplicará al infractor. Hay casos en que no todos los elementos del tipo se encuentran en la misma norma, que es lo que en doctrina se conoce como "leyes penales en blanco"; sea cuando se necesita recurrir a otra norma de igual, superior o inferior rango, para lograr el tipo totalmente integrado.

Desde nuestro punto de vista la exigencia de *lex certa* no resulta vulnerada en el caso de la posición de garante del artículo 18 del Código Penal, ya que cuando el legislador regula los supuestos ilícitos mediante la construcción del tipo lo hace a través de elementos normativos (... de acuerdo con las circunstancias), siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan

prever con suficiente seguridad, la naturaleza y características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada, es decir mediante normas penales en blanco las cuales deberán ser llenadas por la autoridad jurisdiccional en el caso concreto.

De acuerdo con la doctrina dominante, el principio de legalidad se basa en que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el pronunciamiento previsto en la Constitución para la emisión de leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales, todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables si bien existe una potestad o competencia del Estado para regular las acciones privadas que sí dañen la moral o el orden público, o perjudiquen los derechos iguales o superiores de terceros; no lo es en razón de cualquier tipo de disposición estatal la que puede limitar estas acciones privadas dentro de las excepciones previstas en el artículo 28 constitucional, sino únicamente las normativas con rango de ley, excluyéndose así, expresamente los decretos o reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo, y los reglamentos autónomos, dictados por el mismo Poder Ejecutivo o por las entidades descentralizadas, lo mismo que cualquier norma de igual o inferior jerarquía.¹¹⁸

Del principio de legalidad se derivan los siguientes postulados: reserva de ley y non bis in ídem.

En cuanto al principio de reserva de ley

“Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley”¹¹⁹

La regla *nullum crimen nulla poena sine lege* implica una doble garantía: la material que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes; y la formal, relativa al rango de las normas tipificadoras de las conductas ilícitas y desreguladoras de las sanciones; por ello se ha

¹¹⁸ **Sala Constitucional** resolución número 6519-96.

¹¹⁹ **Constitución Política**, artículo 28

afirmado en forma reiterada que el principio de legalidad en materia penal, se traduce en reserva absoluta de ley; la pregerminación de conductas ilícitas y de las sanciones aplicables debe, por tanto, realizarse por norma con rango de ley, no siendo posible que la punibilidad de una acción u omisión esté basada en normas distintas o de rango inferior a las legislativas.¹²⁰

Tal y como lo afirmamos en su momento, los tipos penales deben ser estructurados como un conjunto de ilicitudes limitadas y cerradas, por lo que no pueden contener en forma alguna vagas definiciones genéricas.

Esta función descriptiva del tipo resulta de capital importancia para el individuo: para respetar el principio de reserva de ley, para determinar el grado de participación en los delitos y para diferenciar la conducta del individuo de otras acciones que podría realizar, con el fin de garantizar la seguridad jurídica.

En este sentido, el "principio de reserva de ley" constituye un instrumento jurídico que garantiza a las personas que la potestad de sancionar no será ejercida arbitraria o abusivamente. Esto debido a que sólo mediante el procedimiento de formación de las leyes -establecido expresamente en la Constitución- se podrán imponer sanciones o cargas a los administrados, por supuesto, en la medida en que la naturaleza de los derechos y libertades así lo permitan.

Esto implica que los reglamentos ejecutivos podrán válidamente desarrollar los preceptos contenidos en las leyes, únicamente si este desarrollo no implica la creación de restricciones no establecidas en la ley, ni tampoco el incremento de las restricciones así establecidas¹²¹

En cuanto a este principio Mora Mora indica: “el principio de legalidad en sentido general se desprende del artículo 11 de la Constitución Política y la reserva de ley del artículo 28, cuyos alcances fueron establecidos por la Sala Constitucional en el voto 3550-92 de las dieciséis horas del veinticuatro de noviembre de 1992.

¹²⁰ García Morillo *op cit*, p. 267

¹²¹ **Sala Constitucional**, resolución 06290-11 de las diecisiete horas treinta y tres minutos del once de agosto de mil novecientos noventa y nueve.

- a) En primer lugar, el principio mismo de "reserva de ley", del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales -todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-;
- b) En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su "contenido esencial"; y
- c) En tercero, que ni aun en los reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer; de donde resulta una nueva consecuencia esencial
- d) Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley.¹²²

En resumen solo el Poder Legislativo, mediante ley formal, puede emitir leyes. Los reglamentos ejecutivos no pueden estar por encima de la ley.

f.2 En cuanto a la constitucionalidad de la comisión por omisión

Conviene a estas alturas de la discusión plantear el tema la constitucionalidad de la comisión por omisión, por medio de la valoración del principio de legalidad.

La Sala resolvió que los dispositivos amplificadores del tipo permiten cubrir o extender la punición a tales manifestaciones del quehacer humano, sin violentar el principio de tipicidad ni de legalidad, pues las conductas si se encuentran descritas en la Ley

“...considera que en el caso del delito imposible, no se está ante un caso de

¹²² Sala Constitucional, resolución 3550-92 de las dieciséis horas del veinticuatro de noviembre de 1992.

atipicidad, por cuanto, el delito imposible o error de tipo al revés constituye, al igual que la tentativa idónea, un dispositivo amplificador del tipo que a juicio de este Tribunal no resulta inconstitucional. De hecho, figuras como la participación, la tentativa, la acción por omisión, son comportamientos que no están comprendidos en los tipos penales de la parte especial del Código; sino, que el legislador las prevé en la parte general, refiriéndolas a todas las hipótesis delictivas, introduciendo así un mecanismo o dispositivo que permite ampliar el radio de acción o el alcance de los diversos supuestos de hecho”¹²³

En consecuencia, el hecho de que el tratamiento que le da el legislador sea el de contemplar una parte en la sección general del Código, y otra en la parte especial, no significa una vulneración al principio de legalidad.¹²⁴

En lo que respecta a nuestro país, señala la Sala Constitucional que se presentan problemas muy graves por no estar expresamente tipificados. Sin embargo nuestra jurisprudencia ha señalado que no es necesario que exista una expresa tipicidad de la omisión impropia para que esta pueda castigarse dado que está facultada en aplicación del mencionado artículo 18 del Código Penal”.¹²⁵

Se cuestiona este tipo de incriminaciones de la posición de garante por contravenir el principio de legalidad, ya que, mediante el mecanismo de castigar al que omitió proteger el bien jurídico lesionado, se coloca en crisis este principio; esto debido a que la norma es indeterminada y se requiere, para castigar, una norma jurídica que obligue a garantizar que no solo no se produzca el resultado, y que haga equiparable, por ejemplo, la conducta de matar y la de no impedir la muerte. Se considera que se deja en manos de los jueces la definición de los presupuestos de la equivalencia de la omisión con la acción, con lo cual existe el peligro de que se viole la prohibición constitucional de acudir a la analogía.

Desde nuestro punto de vista no existe tal violación al principio de legalidad (en

¹²³ **Sala Constitucional**, resolución 1588-98

¹²⁴ **Sala Constitucional** resolución 02728-98, de las ocho horas treinta minutos del veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y ocho, en igual sentido Sala Constitucional 1588-98

¹²⁵ **Ver en igual sentido** SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA N° 789 de las 10:55 del 25 de junio.

especial al de *lex certa*) ya que la construcción del artículo 18 del Código penal es a través de una norma penal en blanco, la cual deberá ser completada por el juez en el caso en concreto, la cual deberá hacerse conforme a las reglas de la experiencia, la lógica y la psicología (sana crítica).

Los delitos de comisión por omisión el problema se centra en establecer si, la omisión puede equiparse a la acción respecto al resultado atribuido, lo que para satisfacer el principio de legalidad, obligó a nuestro legislador a incluir en el artículo 18 del Código Penal (...), que si bien es cierto presenta un alto grado de apertura al referirse a “de acuerdo con las circunstancias”, ello por sí solo no le hace inconstitucional, pues (...) nuestra Constitución no exige que todos los tipos penales sean absolutamente cerrados, a contrario, un cierto grado de apertura no lesiona la función de garantía que debe cumplir el tipo penal.¹²⁶ (lo resaltado no es del original)

La anterior resolución, desde nuestro punto de vista la Sala Tercera se equivoca en cuanto señala que los delitos de comisión por omisión deban de construirse con “cierto grado de apertura” ya que los mismos resultarían contrarios a la Constitución y a las leyes por su indeterminación. De este modo consideramos que la construcción normativa de la figura debe realizarse por medio de leyes penales en blanco (las cuales si son constitucionalmente admisibles) de modo que sea la autoridad jurisdiccional quien en el caso específico la llene conforme a las reglas de la sana crítica.

“Para que se de este tipo de omisión impropia es necesario que el agente no impida el resultado si podía hacerlo de acuerdo con las circunstancias y además, sabía que jurídicamente debía evitarlo (art 18 C.P). Dos elementos son indispensables para que la acción por omisión se cumpla: por un lado, que el agente no impida el resultado de acuerdo con las circunstancias, es decir, que exista lo que en doctrina se llama el *nexo de evitación*. En otras palabras, hay que detectar el deber de actuar, lo que implica que el juez debe hacer un ejercicio intelectual para determinarlo”¹²⁷

Acerca de la autoría de este tipo de delito, cuando el hecho se materializa por la omisión en que incurre el sujeto responsable de la indemnidad del bien jurídico, para

¹²⁶ **Sala Constitucional** resolución 02728-98, de las ocho horas treinta minutos del veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y ocho

¹²⁷ **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia** resolución 580-F-94

considerarlo penalmente autor se requiere acudir a las pautas valorativa las cuales realiza el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en el caso en concreto. Es de recalcar que para ser considerado autor el sujeto activo de encontrarse en la obligación de actuar sea por contrato, ley o injerencia. De esta forma, únicamente a quien reúne los requisitos especiales es posible formularle la imputación objetiva (posición de garante). Esto convierte en sujeto activo del delito de omisión impropia del hecho al que tiene la responsabilidad jurídicamente impuesta, de hacer lo posible para evitar la consecuencia.

Se presentan dificultades cuando se trata de establecer de qué manera se constituye jurídicamente la obligación de asegurar la indemnidad del bien.

Con respecto a si debe ser la ley la que consigne cuáles son las fuentes, la doctrina no es concordante. Algunos opinan que es conveniente hacerlo en aras de la precisión y otros creen que una casuística semejante oscurece el tema, por los problemas de interpretación que así pueden multiplicarse.

Si la ley no menciona específicamente en cuáles casos surge el deber de obrar, ¿cómo pueden indicarse las fuentes? En algunos casos opta por una caracterización genérica, que alude a la confianza que generó la persona, quien luego deja de actuar en salvaguarda del bien. Así se dice que tiene la obligación jurídica de obrar para impedir la lesión a bienes jurídicos ajenos quien haya asumido una posición especial que le impone su defensa, o quien haya creado una fuente de peligros para ellos o aumentado los riesgos ya existentes; todo ello con el fin de evitar que pueda producirse una lesión, teniendo en cuenta que los afectados están imposibilitados de protegerse a sí mismos, o disminuyeron o eliminaron sus precauciones, o suprimieron un aparato de seguridad ya existente, o renunciaron a otras medidas de resguardo, confiados en que aquel sobre quien ahora recae la obligación intervendría activamente para impedir la lesión.

Para otra corriente, no importa tanto la determinación de la fuente sino la existencia de una relación lo suficientemente estrecha entre el omitente y el bien jurídico amenazado, como para obligarlo a actuar como guarda.

A criterio de la Sala Tercera, para el caso la función de garante, las circunstancias propias del caso y la producción del resultado, sirven de marco suficiente para cerrar el contenido del tipo amplificado, supuesto restringido a quienes en razón de su obligación

de impedir el resultado, tenían el deber de realizar la acción que omitieron, la que se logra establecer -acción omitida- por medio de la fórmula de la causalidad hipotética que conlleva a equiparar la omisión con la acción, cuando de realizarse la acción esperada, el resultado no se hubiere producido. Desde luego que el deber de actuar (función de garante), le debe estar impuesta al responsable por el ordenamiento jurídico, por un acto del que devenga la obligación de actuar (salvavidas) o por haber producido el riesgo del resultado (quema de rastrojos). (...) el artículo 18 del Código Penal no es violatorio de la Constitución Política, en cuanto, se trata de un dispositivo amplificador del tipo penal, que si bien requiere de una interpretación por parte del juez al momento de aplicarlo a cada caso concreto, otorga parámetros objetivos que delimitan esa labor.

Como ya hemos referido, consideramos al igual que la Sala que no resulta inconstitucional, sin embargo, difiero en cuanto afirman que se trata de un dispositivo amplificador, ya que desde mi punto de vista se trata de un tipo penal independiente (sería como caer en el absurdo de considerar que la tentativa fuera un tipo amplificador).

Por último se reitera que el artículo 18 se trata de una norma penal en blanco la cual debe ser llenada por la autoridad jurisdiccional a través de las reglas de la sana crítica y de valoración para el caso en concreto. En cuanto a la posibilidad de la realización del resultado esperado, el mismo debe darse siempre y cuando exista una posibilidad muy cercana a la certeza, ya que resulta prácticamente imposible exigir la misma.

El proyecto de Código Penal brindado por la Corte Suprema de Justicia en el año 2002 respecto a la figura en cuestión presentó la siguiente propuesta:

ARTICULO 16: Forma de la conducta punible. *La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. Además de los casos expresamente previstos, el delito se realiza por omisión cuando no se impida un resultado que, de acuerdo con las circunstancias, se debía y podía evitar.*

El deber de actuar le incumbe:

- a) a quien le corresponda un especial deber de cuidado, protección o vigilancia;*
- b) a quien haya aceptado ese deber;*
- c) a quien con su comportamiento precedente generó el riesgo que se debe evitar o*

indujo o compartió la responsabilidad de afrontar ese riesgo.

Sin embargo, y pese a las discusiones sostenidas al particular se mocionó y quedó el siguiente apartado respecto de la conducta punible

“La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. Además de los casos expresamente previstos, el delito se realiza por omisión cuando no se impida un resultado que, de acuerdo con las circunstancias se debía y podía evitar. A tal efecto se tendrá por equiparada la omisión a la acción” (artículo 16 con la moción 39).

Desde nuestra consideración la propuesta brindada por la Corte Suprema de Justicia en el Proyecto resultaba acorde con las críticas hasta ahora formuladas, ya que delimita las circunstancias en las cuales surge el deber de actuar del garante, por medio de un tipo penal abierto que exige de la juez su cierre de acuerdo con el caso concreto.