

**LA IMPUTACIÓN DE RESULTADOS DE LESIÓN
Y/O PELIGRO A SUPUESTOS DE DELITOS DE OMISIÓN
EN MATERIA PENAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA
HIPÓTESIS DENOMINADA “DELITOS DE OMISIÓN
IMPROPIA”. UN ANÁLISIS A LA LUZ DE LA
LEGISLACIÓN PENAL COSTARRICENSE**

Prof. Alonso Salazar Rodríguez
Abogado costarricense

(Recibido 18/01/05; aceptado 13/06/05)

RESUMEN:

El Derecho Penal reconoce que la falta de acción puede ser sancionable cuando puede y debe actuar el sujeto. Se trata de la comisión por omisión.

Palabras clave: Derecho penal, tipicidad, delito, conducta.

ABSTRACT:

The Criminal Law recognizes that the lack of action can be punishable when a person can and should act. It is call commission by omission.

Key words: Criminal Law, tipify, crime, behavior.

SUMARIO:

- a) Planteamiento del problema
- b) Introducción
- c) Delitos de resultado
- d) Delitos de Peligro
- e) Delitos de Omisión
 - 1) Excurso: De la denominación de delitos de omisión propia e impropia
 - 2) De la posición de garante
- f) Imputación de resultados de lesión o peligro a falsos delitos de omisión
- g) Posición personal
- h) Conclusión
- i) Bibliografía

A) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El derecho penal de un estado democrático de derecho parte como una de sus premisas fundamentales del principio de igualdad ante la ley,⁽¹⁾ que es un principio derivado del principio de dignidad de la personal humana, el cual llega a prohibir todo tipo de discriminación;⁽²⁾ y del principio de derecho penal de hecho y no de autor. El principio de responsabilidad por el hecho que exige un “derecho penal del hecho”, se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser. Enlaza este principio con el de legalidad y su exigencia de “tipicidad” de los delitos: el “mandato de determinación” de la ley penal reclama una descripción diferenciada de cada conducta delictiva. Ello se negó por el “derecho penal de autor” y la teoría de los “tipos penales de autor” que propusieron los penalistas nacionalsocialistas: en lugar de castigar el homicidio, el hurto, las falsedades, etc. (tipos de conductas), el Derecho penal debía castigar al “homicida”, al “ladrón”, al “falsificador”, etc... (tipos de autor).⁽³⁾ En principio, los tipos penales que son consecuencia de una norma general no contienen ninguna referencia al autor, se limitan a establecer con una fórmula neutra que autor es todo aquel que realiza la acción.⁽⁴⁾ Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

La norma jurídica penal pretende la regulación de conductas humanas y tiene por base la conducta humana que se propone regular. Para ello tiene que partir de la conducta humana tal y como aparece en la realidad.⁽⁵⁾ A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito

(1) También contenido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que estipula: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

(2) Llobet Rodríguez, J. *Garantías y Sistema Penal*. Releyendo hoy a Cesare Beccaria, San José, 1999, p. 109.

(3) Así Mir Puig, *op. cit.*, pp. 3-130.

(4) Bacigalupo Zapater, E. *Manual de Derecho Penal*. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994, p. 91.

(5) Así Muñoz Conde, F. y García Arán, M. *Derecho Penal*. Parte General, 5ª ed., Valencia, 2002, p. 210.

o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley. Los anteriores son preceptos fundamentales contenidos en la Constitución Política de la República de Costa Rica como parte del elenco de Derechos y Garantías Individuales, enunciados en los artículos 33, 39 y 28.

Esos dos baluartes o pilares fundamentales, como tesis de principio son pacíficamente aceptados e incluso, en primera instancia, muy pocos estarían de acuerdo en tener como cierta la afirmación de que hoy en día la doctrina y la legislación aceptan premisas jurídicas en las que, de manera abierta, se violan ambos principios. Desde una perspectiva naturalista se ha dicho que la omisión, como puro no hacer, no puede originar por sí ninguna consecuencia adicional. *“Ex nihilo nihil fit”*: de la nada que, desde el punto de vista óptico, es la omisión, no puede derivarse resultado ulterior alguno.⁽⁶⁾ Pues bien, pretendo demostrar en este trabajo, que los principios de igualdad ante la ley y de derecho penal de hecho y no de autor, encuentran una importante excepción cuando nos encontramos ante hipótesis de falta de acción u omisión y más propiamente, cuando nos encontramos ante la hipótesis de comisión por omisión.

B) INTRODUCCIÓN

En derecho penal podría afirmarse como tesis de principio, que los tribunales de justicia hacen una valoración *ex post* de un fenómeno acaecido previamente, el cual reviste como característica fundamental, la afectación a un determinado valor de relevancia jurídica, afectación que por demás le es imputable a un determinado sujeto a partir de un hacer, o bien, un no hacer, en el supuesto de que se encuentre legalmente vinculado a una obligación jurídica de actuar, ello con el propósito de evitar un resultado lesivo a ese valor jurídico o al menos la puesta en peligro de dicho valor.

(6) Así, Cobo/Vives, *op. cit.*, pp. 9-391.

La fórmula básica es por consiguiente la valoración de una acción humana, se presenta así el comportamiento humano como un rasgo característico del delito,⁽⁷⁾ que produce la afectación de un determinado bien jurídico o al menos su puesta en peligro. Se llama acción todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante y la voluntad implica siempre una finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin.⁽⁸⁾ La pregunta acerca de si concurre o no un comportamiento humano debe hacerse en relación con un determinado tipo penal. Sólo si importa decidir la concurrencia o ausencia de un determinado tipo penal tiene sentido preguntar si ha habido alguna conducta humana que lo haya podido realizar.⁽⁹⁾

No obstante lo anterior, el derecho penal reconoce trascendencia jurídica a supuestos en donde sin mediar una acción en sentido óntico, ontológicamente la falta de acción resulta ser sancionable, y en tales supuestos la falta consiste en la no realización de una acción por parte del sujeto pudiendo y debiendo realizarla.⁽¹⁰⁾ En otros casos la no acción es equiparable a la acción y por consiguiente la puesta en peligro del bien jurídico o su afectación, reviste de importancia para el ordenamiento jurídico y se imputa a un sujeto determinado, la puesta en peligro o afectación al bien jurídico, por su falta de acción, supuesto teórico que en doctrina se denomina “comisión por omisión”.⁽¹¹⁾

(7) Cfr. Mir Puig, S. *Derecho Penal*. Parte General, 6ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2002, p. 177.

(8) Muñoz Conde/García Arán, *op. cit.*, pp. 5-211.

(9) Así, Mir Puig, *op. cit.*, pp. 7-202.

(10) Cerezo Mir, J. *Curso de Derecho Penal Español*. Parte General, III Teoría Jurídica del delito/2, Tecnos, Madrid, 2003, p. 257.

(11) También se le ha denominado omisión impura o impropia, no obstante como veremos *infra*, prefiero no utilizar la denominación propia o impropia, pues de tal uso derivan algunos inconvenientes prácticos y conceptuales. Al respecto puede consultarse Cobo del Rosal, M/Vives Antón, T.S., *Derecho Penal Parte General*, 5ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 390. En adelante citado como Cobo/Vives, y número de página.

No parte el presente análisis, de la tendencia generalizada a considerar que el derecho penal y sus concepciones básicas se encuentran en crisis,⁽¹²⁾ sino que se plantea como tal, el cuestionamiento de ciertas categorías dogmáticas y pretende una reformulación de ellas, para una mejor comprensión de la mismas. En concreto, se pretende un cuestionamiento de la problemática de la denominación delitos propios e impropios de omisión, o delitos de omisión propia e impropia, como también se les conoce, así como la problemática de la imputación de omisiones en delitos de peligro o resultado, a categorías como la omisión.

C) DELITOS DE RESULTADO. CONCEPTO

La característica fundamental de los delitos de resultado, es la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta que tiene trascendencia, desde un punto de vista práctico, para la exigencia o no de la relación de causalidad entre conducta y resultado y para la determinación del tiempo y lugar de comisión del delito.⁽¹³⁾ Estos delitos están integrados básicamente por la acción, la imputación objetiva y el resultado. El resultado consiste, ante todo, en la lesión de un determinado objeto el cual se denomina objeto de la acción y no se debe de confundir con el objeto de protección o bien jurídico que puede tener también una naturaleza ideal. En otras palabras, todos los delitos importan –en principio- una lesión inmaterial (la del bien jurídico), solo un número determinado de ellos requiere una lesión material (la del objeto de la acción).⁽¹⁴⁾

Señalan Muñoz Conde y García Arán que al realizarse en el mundo exterior, la acción siempre modifica algo, produciendo un resultado, pero este resultado ya no es parte integrante de la acción. Existe una tendencia doctrinal a considerar ya la acción misma manifestada como resultado, pero con ello se confunde la manifestación de la voluntad con las modificaciones que se producen en el mundo exterior a consecuencia de esa manifestación. No es lo mismo “el

(12) Cfr., Silva Sánchez J, M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1992, p. 13 ss.

(13) Cfr. Mir Puig. S., *op. cit.*, pp. 7-219.

(14) Cfr. Bacigalupo, *op. cit.*, pp. 4-5.

producir” que “lo producido”. La distinción entre acción, como simple manifestación de la voluntad, y resultado, como consecuencia externa derivada de la manifestación de la voluntad, tiene gran importancia para el Derecho penal.⁽¹⁵⁾ Nuestro Código Penal prevé delitos de mera actividad, por ejemplo el *falso testimonio*⁽¹⁶⁾ y delitos de resultado, vgr. las *lesiones*,⁽¹⁷⁾ que se consuman en diversos momentos, e incluso con-

(15) Así Muñoz Conde/García Arán, *op. cit.*, pp. 5-225.

(16) Artículo 316.- Falso testimonio.

Será reprimido con prisión de uno a cinco años, el testigo, perito, intérprete o traductor que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, interpretación o traducción, hecha ante autoridad competente.

Si el falso testimonio fuere cometido en una causa criminal, en perjuicio del inculpado, la pena será de dos a ocho años de prisión.

Las penas precedentes se aumentarán en un tercio cuando el falso testimonio sea cometido mediante soborno.

(17) Artículo 123.- Lesiones gravísimas. (*)

Se impondrá prisión de tres a diez años a quien produzca una lesión que cause una disfunción intelectual, sensorial o física o un trastorno emocional severo que produzca incapacidad permanente para el trabajo, pérdida de sentido, de un órgano, de un miembro, imposibilidad de usar un órgano o un miembro, pérdida de la palabra o pérdida de la capacidad de engendrar o concebir.

(*) El presente artículo ha sido modificado mediante Ley No. 7600 de 2 de mayo de 1996. LG N° 102 de 29 de mayo de 1996.

Artículo 124.- Lesiones graves.

Se impondrá prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación persistente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o de una función o si hubiere incapacitado al ofendido para dedicarse a sus ocupaciones habituales por más de un mes o le hubiere dejado una marca indeleble en el rostro.

Artículo 125.- Lesiones leves (*)

Se impondrá prisión de tres meses a un año a quien causare a otro un daño en el cuerpo o la salud, que determine incapacidad para sus ocupaciones habituales por más de cinco días y hasta por un mes.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 6726 de 10 de marzo de 1982.

templa delitos en los cuales es posible distinguir entre la consumación formal y la consumación material (p. ej. la *estafa*).⁽¹⁸⁾

Por su parte, Jakobs señala que en todo autor deben concurrir siempre, junto a los elementos generales de la autoría, los que caracterizan el tipo (v. gr. la causación dolosa del resultado en los delitos de

-
- (*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 8250 de 2 de mayo del 2002. Alcance No. 37, LG N° 89 de 10 de mayo del 2002

Artículo 128.- Lesiones culposas (*)

Se impondrá prisión de hasta un año, o hasta cien días multa, al que por culpa cause a otro lesiones de las definidas en los artículos 123, 124 y 125. Para la adecuación de la pena al responsable, el Tribunal deberá tener en cuenta el grado de culpa, el número de víctimas y la magnitud de los daños causados.

En todo caso, al autor de las lesiones se le impondrá también inhabilitación de seis meses a dos años para el ejercicio de la profesión, oficio, arte o actividad en que se produjo el hecho.

Al conductor reincidente se le impondrá, además, la cancelación de la licencia para conducir vehículos, por un período de uno a dos años.

Si el hecho fuere cometido bajo los efectos de bebidas alcohólicas o de drogas enervantes, la cancelación de la licencia será de dos a cinco años.

- (*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 6726 de 10 de marzo de 1982.

(18) Artículo 216.- Estafa. (*)

Quien induciendo a error a otra persona o manteniéndola en él, por medio de la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos, utilizándolos para obtener un beneficio patrimonial antijurídico para sí o para un tercero, lesione el patrimonio ajeno, será sancionado en la siguiente forma:

- 1) Con prisión de dos meses a tres años, si el monto de lo defraudado no excediere de diez veces el salario base.
- 2) Con prisión de seis meses a diez años, si el monto de lo defraudado excediere de diez veces el salario base.

Las penas precedentes se elevarán en un tercio cuando los hechos señalados los realice quien sea apoderado o administrador de una empresa que obtenga, total o parcialmente, sus recursos del ahorro del público, o por quien, personalmente o por medio de una entidad inscrita o no inscrita, de cualquier naturaleza, haya obtenido sus recursos, total o parcialmente, del ahorro del público. (*)

- (*) El párrafo segundo del presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 7107 de 4 de noviembre de 1988.

- (*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 7337 publicada en La Gaceta No. 92 del 14 de mayo de 1993.

resultado⁽¹⁹⁾ o la ejecución de un movimiento corporal) y concluye que deberán aparecer: “1. Los elementos de la autoría de los delitos especiales... 2. El dolo (propósito) fundamentador del tipo... 3. Ejecutar el hecho de propia mano en los delitos comisibles sólo de propia mano... 4. Tipificaciones de acción y del autor... 5. Todos los especiales elementos subjetivos del delito...”⁽²⁰⁾

La categoría de delitos de resultado, cobra especial relevancia jurídica en los supuestos de falta de acción u omisión, pues es a partir de la producción o no evitación de un resultado lesivo para el bien jurídico, que se fundamenta o pretende legitimar, la fundamentación de la imputación de ese resultado a un determinado sujeto.

D) DELITOS DE PELIGRO. CONCEPTO

Los delitos de peligro, a diferencia de los delitos de resultado, no requieren de la causación de un resultado concreto y separable espacio-temporalmente de la acción, sino que para tener por configurada la infracción, basta con la puesta en peligro del bien jurídico. Dogmáticamente se distingue entre delito de peligro abstracto y delitos de peligro concreto, dependiendo del grado de afectación del bien jurídico y más aún, de la naturaleza concreta o abstracta de la puesta en peligro del bien jurídico protegido en el tipo. En estos tipos penales no se requiere que la acción haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir una lesión que se quiere evitar. Cuando nos encontramos frente a una posibilidad real de lesión, decimos que estamos frente a un delito de peligro concreto y cuando el tipo se limita a describir una forma de comportamiento que según la experiencia general representa en sí misma un peligro para un objeto protegido, decimos que nos encontramos frente a un delito de peligro abstracto.⁽²¹⁾

(19) En los delitos de resultado o de consecuencias dañosas (homicidio, daños, lesiones, etc.), debe mediar una relación de causalidad entre la acción y el resultado, es decir, una relación que permita, ya en el ámbito mismo objetivo, la imputación del resultado producido al autor de la conducta que lo ha causado. Ello naturalmente sin perjuicio de exigir después la presencia de otros elementos a efectos de deducir la responsabilidad penal. Así Muñoz Conde/García Arán, *op. cit.*, pp. 5-226.

(20) Jakobs, G. *La autoría, en Estudios de Derecho Penal General*. Editorial Jurídica Bolivariana, 1997, pp. 31-32.

(21) Cfr. Bacigalupo, *op. cit.*, pp. 4-85.

Moreno Alcázar define el peligro penalmente relevante como un resultado objetivo sobre el que, realizado un juicio de previsibilidad, se llega a la conclusión de que la posibilidad de lesionar el bien jurídico que se pretende proteger adquiere relevancia típica y justifica la naturaleza cuasimaterial de ese resultado objetivo que es el peligro y de ahí hace derivar el juicio de previsibilidad *ex post facto* que requiere efectuarse para la valoración de dichos delitos.⁽²²⁾

De la misma manera que como sucede en delitos de resultado, la puesta en peligro del bien jurídico por falta de acción u omisión, cuando existe un deber jurídico de evitar esa puesta en peligro –supuesto de imputabilidad–, hace que esa falta de acción se equipare con una acción, aunque ontológicamente nos encontremos frente a supuestos diametralmente opuestos y a partir de tal equiparación, fundamentar un desvalor de la no acción que acarrea una sanción jurídica penal.

E) DELITOS DE OMISIÓN. CONCEPTO

El comportamiento humano que interesa al derecho penal no se agota en el ejercicio activo de una finalidad, sino también en la omisión de conductas debidas, en la no realización de conductas mandadas por la norma.⁽²³⁾

Las normas penales no son sólo aquellas que incluyen prohibiciones, sino también aquellas que contienen deberes, es decir, aquellas a las que les interesa imponer un especial deber en relación con el bien jurídico penalmente tutelado.⁽²⁴⁾ Tratándose de delitos de omisión, el ordenamiento jurídico sanciona no una acción, sino precisamente lo contrario una falta de acción, la omisión es una especie del género, no hacer, especie que viene caracterizada por que, de entre todos los

(22) Vid. por todos, Moreno Alcázar, M.A. *El concepto penal de incendio desde la teoría del caos* (Una perspectiva sistémica de los bienes jurídicos colectivos, del peligro y de su causalidad), Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 418 ss, 425.

(23) Así Schöne, *op. cit.*, pp. 32-65 y ss).

(24) Zaffaroni, E. R. *Manual de Derecho Penal*. Parte General, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1992, pp. 481 y ss.

posibles comportamientos pasivos, se seleccionan (normativamente) sólo aquellos que merecen un juicio axiológico negativo: la omisión es un no hacer que se debería hacer, o con 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.⁽²⁵⁾ En el derecho penal costarricense existe el artículo 18 el cual establece:

Forma del hecho punible

ARTÍCULO 18.- 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.

Esta disposición contiene una especial vinculación con el resultado, pero en modo alguno faculta a interpretar que únicamente pueden considerarse como punibles aquellas omisiones especialmente tipificadas como tales, ya que dicho precepto contempla también la posibilidad de producción de un resultado a partir de la omisión de un deber establecido en la norma, pero no expresamente tipificado.⁽²⁶⁾ Es aquí en donde dogmáticamente confluyen los supuestos *ut supra* analizados de delitos de resultado y peligro, con el supuesto de la falta de acción penalmente relevante.

En otras legislaciones, como por ejemplo la española y la alemana, se establecen los supuestos en los cuales se definen los requisitos de la comisión por omisión:

“Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. Al efecto se equiparará la omisión a la acción:

(25) Así Gimbernat Ordeig, E. *Estudios de Derecho Penal*. Editorial Tecnos-Madrid, 3ª edición 1990, p. 182-183.

(26) Cfr. Bacigalupo Zapater, E. *Lineamientos de la Teoría del Delito*. San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1985, pp. 140-141.

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.⁽²⁷⁾

Se trata de una vinculación a partir de un resultado que se produce cuando un sujeto realiza una actividad distinta a la mandada o simplemente omita cualquier tipo de acción que no detiene la causalidad –que puede voluntariamente interrumpir– y que generará el resultado antijurídico.⁽²⁸⁾ La respuesta que da el artículo 11 del Código Penal español al problema de la equiparación entre acción y omisión, a los efectos de imputar a la omisión la producción de un determinado resultado, se basa, por un lado, en la equivalencia entre la omisión y la causación de un resultado, “según el sentido del texto de la ley”, y, por otro, en la existencia de un “especial deber jurídico del autor” de evitar el resultado, basado en la ley, el contrato o el riesgo para el bien jurídico protegido creado por el omitente.⁽²⁹⁾

En estos delitos lo que se castiga es la simple infracción de un deber de actuar, sin más. Estos delitos de omisión equivalen a delitos de simple actividad.⁽³⁰⁾ Un primer cuestionamiento que salta a la vista es ¿y por qué estoy obligado a la evitación de un resultado, cuál es el fundamento de dicha obligación, o bien, por qué los sujetos A, B o C, no se encuentran igualmente obligados a evitar un resultado, que me resulta obligatorio a mí?. Pareciera que existen diferencias importantes

(27) Art. 11 del Código Penal español. El texto del artículo 13 del StGB, Strafgesetzbuch, Código Penal alemán, reza: Wer es unterlässt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, ist nach diesem Gesetz nur dann strafbar, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht. Así Lackner, K, Kühl, K., Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, Deutschland, 1999, p. 92. Cfr. Cobo/Vives, *op. cit.*, pp. 11-393.

(28) Bacigalupo, *op. cit.*, pp. 26-141.

(29) Así Muñoz Conde/García Arán, *op. cit.*, pp. 5-243.

(30) Así Muñoz Conde/García Arán, *op. cit.*, pp. 5-240.

a partir del juicio de culpabilidad en relación con los delitos omisivos y comisivos, pues en la teoría prevalece el criterio de que la gravedad de la culpabilidad de una comisión por omisión es menor que la realización activa del tipo y esto tiene incidencia en la graduación de la pena.⁽³¹⁾

Schöne ubica la producción del resultado como una parte concreta del tipo omisivo.⁽³²⁾ Es por ello que la vinculación que hace el artículo 18 del Código Penal con el resultado es en el ámbito de la imputación, a fin de vincular la causación del resultado a partir del incumplimiento del deber, en este caso por la omisión de un comportamiento mandado por la norma penal. Es a esto a lo que se refiere este artículo de la ley represiva, cuando menciona la posibilidad “en consideración al resultado producido”, se trata ni más ni menos de la causación de un resultado en los casos en que una persona no impida (omita un hacer o haga distinto a lo mandado) un resultado, si tiene la posibilidad física de hacerlo, de acuerdo a las circunstancias y si tenía el deber jurídico de hacerlo.

El problema desde el punto de vista de la imputación de la conducta u omisión a un determinado sujeto, no debe ser analizado a partir de su exigencia normativa, pues es claro, que si una determinada norma vincula al sujeto con un hacer o no hacer, la inobservancia de esa obligación fundamenta la imposición de la sanción prevista en el tipo penal correspondiente, a partir de la inobservancia de dicha norma. El *quit* del asunto, pienso, radica en la legitimación de la imputación introducida por medio de la norma, esto es, en la validez de la norma misma, pues según lo aprecio, la norma es la que da un tratamiento desigual a ciertos sujetos a partir de condiciones personales que no confluyen en todas las personas por igual, y es aquí en donde sostengo, se da una atribución de conductas a personas por lo que son y no por lo que hacen –o bien omiten hacer–, es decir, se transgreden dos de los principios que sostienen el sistema jurídico sobre el cual operan nuestras sociedades: el principio de igualdad ante la ley y el principio del derecho penal de hecho y no de autor.

(31) Bacigalupo, *op. cit.*, pp. 4-235.

(32) Cfr. Schöne, W. *Acerca del Orden Jurídico Penal*. San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1992, p. 62.

Gimbernat Ordeig citando a Armin Kauffman, señala que éste último tiene razón cuando afirma que la omisión exige conceptualmente la capacidad (posibilidad) de ejecutar una determinada acción; pero esto solo no basta: es necesario además, para que se pueda hablar de omisión –si es que no se quiere tergiversar el sentido de las palabras–, que esa acción que se podía realizar (aspecto ontológico) se hubiera debido también ejecutar (aspecto normativo de la omisión).⁽³³⁾ El juicio *ex-ante* de la posibilidad de realización de un determinado comportamiento, resulta al sujeto en ocasiones posible y conscientemente asume una determinada acción, a partir del conocimiento de la propia capacidad personal, *vg.* el médico, quien frente a un paciente que así lo requiere, realiza un procedimiento y le salva la vida; o bien, *ex-post* cuando el sujeto, quien actúa en principio en forma instintiva, como reacción a un peligro, frente a un estado de necesidad o en forma irreflexiva, cae en conciencia de la acción realizada y si el resultado de su accionar es conforme a derecho, su conducta ajusta a lo preceptuado por la norma jurídica. Mi cuestionamiento se centra no en este aspecto, sino más bien, en el fundamento dogmático de la obligación de actuar a la que se refiere Gimbernat. Esto es, ¿qué determina cuándo existe para un sujeto en particular una obligación de evitar un resultado o puesta en peligro del bien jurídico en supuestos de falta de acción?

El deber que las normas preceptivas imponen, y que se castiga mediante la omisión impropia o “comisión por omisión” –como también se le conoce en doctrina–, no es un deber que brota del devenir social o de las costumbres de un pueblo o de su moralidad, sino que es el deber legal, la acción mandada por el ordenamiento jurídico. En este tipo de delitos, el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, que sólo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo, pero la más elemental sensibilidad jurídica obliga a considerar equivalentes desde el punto de vista valorativo y a incluir, por tanto, en la descripción típica del comportamiento prohibido determinados comportamientos omisivos que también contribuyen a la producción del resultado prohibido.⁽³⁴⁾

La jurisprudencia costarricense, en relación con el fundamento de la imputación a supuestos de falta de acción, ha sostenido que no se

(33) Gimbernat Ordeig E., *op. cit.*, pp. 25-184.

(34) Así Muñoz Conde/García Arán, *op. cit.*, pp. 5-41-242.

trata de una analogía desfavorable al reo o de la imposición de una condena por una acción no tipificada, sino que la tipicidad omisiva impropia siempre implica el análisis de una tipicidad activa dolosa correlativa o paralela, la relación de antinormatividad de la conducta omitida o distinta al mandato, y, por supuesto, la producción reprochable (atribuible desde el punto de vista de la culpabilidad) de un resultado desaprobado.⁽³⁵⁾ El fundamento de la comisión por omisión es una equivalencia de significado con las conductas “prima facie” positivas,⁽³⁶⁾ descritas por los verbos típicos activos de la Parte Especial.⁽³⁷⁾ No obstante, dicho planteamiento –el de la tipicidad activa dolosa correlativa o paralela– no resiste el más mínimo análisis lógico. Veamos:

- a) No es la existencia de una tipicidad correlativa la que fundamenta la imputación de la conducta omisiva, pues en los delitos omisivos propiamente dichos, como se verá infra, la tipicidad omisiva se encuentra en el tipo mismo, por lo que no requiere de una correlación con tipo doloso alguno. Eso crea dos categorías distintas de delito omisivo, lo que sugeriría por consiguiente un tratamiento distinto a cada categoría o bien una adecuada diferenciación dogmática.
- b) Si el supuesto de imputación de la falta de acción es una correlación típica dolosa, ello haría desaparecer toda posibilidad de imputar por omisión todo comportamiento culposo. Tratándose de delitos dolosos, la producción culposa de un resultado lesivo o puesta en peligro del bien jurídico, resulta constitutiva de delito y por consiguiente, debería serlo en todos los casos la correlativa falta de acción.
- c) El fundamento de la tipicidad correlativa es la base de legitimación, como se analiza infra, de la justificación dogmática de

(35) Cfr. al respecto Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las diez horas cincuenta y cinco minutos del veinticinco de junio de mil novecientos noventa y nueve.

(36) Sin embargo, no siempre hay unanimidad a la hora de equiparar la omisión la acción respecto a un resultado prohibido, y, por eso mismo, sigue siendo una de las cuestiones más discutidas en la Dogmática jurídico-penal descubrir el fundamento de esta equiparación y los límites de la misma. Así Muñoz Conde/García Arán, *op. cit.*, pp. 5-242.

(37) Así, Cobo/Vives, *op. cit.*, pp. 11-391.

la existencia del supuesto de comisión por omisión únicamente, y técnicamente esta es una hipótesis que pretende equiparar un no actuar con un actuar, por lo que lejos de fundamentar la imputación de conductas omisivas, lo que sugiere es la equiparación de una falta de acción con una acción típica a partir de la afectación o puesta en peligro de un determinado bien jurídico, que como se indicó ut supra, no se cuestiona desde la perspectiva de la existencia de un tipo penal que sugiere la existencia de una norma jurídica que dota de protección a ese bien jurídico, sino que lo que se cuestiona aquí, es la legitimación de la existencia de dicha norma, sobre la base de la supuesta violación a principios como el de igualdad ante la ley y derecho penal de acto y no de actor.

De acuerdo a este orden de ideas, es posible distinguir al menos tres tipos de omisión que interesan al Derecho Penal:

- a) 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⁽³⁸⁾ del Código Penal, omisión de dar alimentos– artículo 185⁽³⁹⁾ ibídem).
- b) Otro caso de omisión relevante sería aquella que va ligada a un determinado resultado, como ocurre cuando el legislador castiga la producción de un específico resultado, producido por omisión,

(38) Artículo 144.- Omisión de auxilio. (*)

Quien encuentre perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o amenazada de un peligro cualquiera y omita prestarle el auxilio necesario según las circunstancias, cuando pueda hacerlo sin riesgo personal, será reprimido con una multa igual a la mitad del salario mínimo establecido por la Ley No. 7337, del 5 de mayo de 1993. El juez podrá aumentar esta sanción hasta en el doble, considerando las condiciones personales del autor, sus posibilidades económicas, los efectos y la gravedad de la acción.

(*) El presente artículo ha sido modificado mediante Ley No. 7600 de 2 de mayo de 1996. LG N° 102 de 29 de mayo de 1996.

(39) Artículo 185.- Incumplimiento del deber alimentario. (*)

Se impondrá prisión de un mes a dos años o una multa igual a la mitad del salario mínimo establecido por la Ley No. 7337, del 5 de mayo de 1993, al padre, adoptante, tutor o guardador de un menor de dieciocho

y que representa por sí una lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente tutelado.

- c) El tercer caso, es el de la 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. Un ejemplo de este caso ocurre cuando teniéndose el deber jurídico de evitar un resultado, se realiza una conducta que se desvía del mandato y se produce el resultado desaprobado. El salvavidas observa ahogarse a su enemigo en la piscina que tiene el deber de vigilar, y se dedica a contemplar su muerte sin realizar ningún esfuerzo para salvarle, sin haber peligro para su vida, y existiendo posibilidad física para 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 este resultado de muerte por omisión (comisión por omisión).

1) **Excurso: De la denominación de delitos de omisión propia e impropia**

En doctrina, los supuestos de delitos de comisión por omisión se conocen como delitos de omisión impropia. También se le ha denominado omisión impura,⁽⁴⁰⁾ a diferencia los supuestos *ut supra* citados

años o de una persona que no pueda valerse por sí misma, que deliberadamente, mediando o no sentencia civil, omite prestar los medios indispensables de subsistencia a los que está obligado.

El juez podrá aumentar esa pena hasta en el doble, considerando las condiciones personales del autor, sus posibilidades económicas, los efectos y gravedad de la acción.

La misma pena se les impondrá a los obligados a brindar alimentos. La responsabilidad del autor no queda excluida por el hecho de que otras personas hayan proveído medios de subsistencia.

Igual pena se impondrá al hijo respecto de los padres desvalidos y al cónyuge respecto del otro cónyuge, separado o no, o divorciado cuando esté obligado, y al hermano respecto del hermano incapaz.

(*) El presente artículo ha sido modificado mediante Ley No. 7600 de 2 de mayo de 1996. LG N° 102 de 29 de mayo de 1996.

(40) Cfr. Cobo del Rosal, M/Vives Antón, *op. cit.*, pp. 11-390.

en los apartes a y b del epígrafe anterior, que se conocen como delitos de omisión propia.⁽⁴¹⁾ De la misma forma que los tipos penales de acción se dividen en tipos de mera actividad y de resultado, los de omisión pueden contentarse con el solo hecho de no hacer algo determinado, o requerir además la no evitación de un resultado. Los primeros, contrapartida de los delitos de mera actividad en la omisión, constituyen tipos de omisión pura, en tanto que los segundos, equivalentes a los delitos de resultado, reciben el nombre de comisión por omisión. Esta terminología, explica Mir Puig, es preferible a la de delitos de omisión propia e impropia pues indica, que aunque un importante sector doctrinal la considera equivalente, otra dirección reserva el nombre de omisión impropia para los casos que no se hallan expresamente previstos por la ley, incluyendo en la omisión propia las figuras legales, sean de pura omisión, sean de comisión por omisión.⁽⁴²⁾

En realidad, se trata de una mala traducción del alemán al castellano, pues en la lengua germana, tales supuestos se conocen como verdaderos o falsos delitos de omisión, *echte Unterlassungsdelikte* y *unechte Unterlassungsdelikte*. Una simple traducción literal de los términos del idioma alemán al castellano, permite una mayor y mejor comprensión del concepto pues *echt* es un adjetivo que significa “verdadero”, *un* es un prefijo de negación por lo que *unecht* significa “falso”, *Unterlassung* es un sustantivo que significa “omisión”, y finalmente *Delikt* es otro sustantivo que significa “delito”, que hace plural con la “e” final y la “s” intermedia entre *Unterlassung* y *Delikt* es un elemento de unión entre las dos palabras, es lo a lo que se denomina un infijo sin significado semántico alguno. De tal manera, que *echte Unterlassungsdelikte* no es otra cosa más que “verdaderos delitos de omisión”, en contraposición a *unechte Unterlassungsdelikte*, “falsos delitos de omisión”.

Esta problemática en torno a la denominación en castellano de los delitos de omisión, hace que en cierta medida se confunda a menudo lo que se quiere identificar con término, pues en castellano “propio” puede cumplir varias funciones gramaticales, a saber: a) adjetivo de refuerzo de posesivo vgr. yo tengo mis propios problemas,

(41) Cfr. Castillo González, F. *Tentativa y desistimiento voluntario*. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2003, p. 67.

(42) Cfr. Mir Puig, *op. cit.*, pp. 7-306.

b) adjetivo de pertenencia como propio de suyo, vgr. se le concede licencia por asuntos propios, c) adjetivo calificativo, equivalente a adecuado, conveniente, vgr. su comportamiento es el propio de un loco, d) como adjetivo demostrativo de identidad, calidad, con valor enfático o de refuerzo, vgr. el propio Andrés se llevó una sorpresa, y e) como construcción gramatical, vgr. propio para el caso, propio para convencer.⁽⁴³⁾

Con base en lo expuesto, en castellano la denominación adecuada de este tipo de delitos sería la sugerida: verdaderos y/o falsos delitos de omisión, o bien, gramaticalmente correcta aunque no del todo apropiada a mi saber y entender, la forma adverbial del adjetivo propio en su acepción de adjetivo calificativo y en tal caso diríamos los “propiamente denominados delitos de omisión” y los “impropiamente denominados delitos de omisión” o bien, delitos omisivos. No obstante, tal y como se indica, me inclino por simplicidad y por ser la forma más correcta, con la denominación verdaderos y/o falsos delitos de omisión.

Ahora bien, ¿cuándo estamos frente a un verdadero delito omisivo, cuando el legislador sanciona la simple omisión de la conducta y esta omisión es un elemento constitutivo de la infracción penal vgr. la omisión de auxilio, en tal caso los verdaderos delitos de omisión son un *numerus clausus*. Estaríamos frente a un falso delito omisivo, cuando lo que se sanciona no es la omisión por la omisión misma y por consiguiente la omisión no es un elemento constitutivo de la infracción, sino que por el contrario, la conducta omisiva o falta de acción se equipara a una acción en los supuestos en que el sujeto se encuentre en una posición de garante del bien jurídico y la afectación de aquel, le pueda ser atribuida en equivalencia con una acción atentatoria en contra de ese bien jurídico, aun y cuando no ha realizado conducta alguna, sino que por el contrario se abstiene de realizar la conducta esperada, por consiguiente, estaríamos frente a un *numerus apertus*. Esta hipótesis no se encuentra reservada a supuestos dolosos, sino que por el contrario, resulta aplicable a aquellos delitos en donde la base de la imputación culposa, encuentra fundamento en un no actuar del sujeto obligado a observar el deber de cuidado contemplado en la norma, con respecto

(43) Cfr. Seco, M. *Diccionario de dudas de Manuel Seco de la Real Academia Española*. Espasa, Madrid, España, 1999. Voz: propio, p. 308. Die Grammatik. Unentbehrlich für richtiges Deutsch, DUDEN, Mannheim, 1998, p. 411.

al bien jurídico tutelado, por ejemplo, el controlador de vías que se presenta al trabajo sin haber descansado lo suficiente lo cual hace que se duerma durante el trabajo y al no cambiar las líneas en forma oportuna provoca un accidente ferroviario.

2) De la posición de garante

El fundamento de la imputación de conductas omisivas a determinados sujetos, a partir de la correlación de la conducta omisiva con una equivalente conducta activa, tipificada como delito y transgresora de una norma jurídica, que adquiere relevancia ante la afectación y puesta en peligro de un bien jurídico tutelado, se basa en la denominada posición de garante, de tal manera que nuestro Código Penal contempla la posibilidad de construir una así llamada “situación típica” cuando alguien se encuentra en 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.⁽⁴⁴⁾ La principal dificultad con que tropezamos a la hora de establecer la posición de garante, es la no mención expresa de los deberes que la fundamentan en el tipo legal del delito comisivo, que sólo describe expresamente una acción positiva. De ahí que se formulen reparos de orden constitucional (infracción del principio de legalidad de los delitos) contra la figura de los delitos de comisión por omisión.⁽⁴⁵⁾

La omisión impropia, tal y como está contemplada en el artículo 18 del Código Penal, puede llamar a confusión, ya que no es necesario que haya una expresa tipicidad de la omisión impropia para que pueda ser castigada. Este numeral de nuestro Código Penal lo único que hace es establecer algunos requisitos de legalidad para considerar la relevancia de aquellas conductas que interesan a nivel normativo como productoras del resultado, y eliminar del ámbito de relevancia aquellas que no deben ser consideradas a efectos del injusto. Esta tipicidad, acorde con el artículo 18 del Código Penal, se genera a partir de la constatación de que una conducta negativa (no hacer, o hacer distinto) produce un resultado que coincide con un tipo activo doloso.

(44) Cfr. Bacigalupo, *op. cit.*, pp. 26-147.

(45) Así Muñoz Conde/García Arán, *op. cit.*, pp. 5-240.

Esta posición de garante del bien jurídico, que es a su vez un complemento adicional delimitador de la tipicidad omisiva impropia,⁽⁴⁶⁾ se produce, a partir de diversos supuestos:

- a) En 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 con el deber de protección.⁽⁴⁷⁾
- b) La posición de garante también surge cuando uno de los sujetos de la relación o situación típica tiene un especial deber de control o vigilancia de una fuente de peligro.
- c) Un contrato o relación jurídica entre las partes también puede generar obligaciones de actuar y de vigilar que no produzcan los resultados desaprobados por la norma.⁽⁴⁸⁾

La omisión impropia que se genera al encontrarse alguien en posición de garante, obliga, entonces, a que el análisis judicial se concentre en detectar primero si existe un deber de actuar conforme a la norma preceptiva en juego.

Constatado el deber de actuar, tiene el juez que proseguir en el análisis típico de la omisión impropia con el análisis de si existe un nexo de evitación. En este supuesto, tendrá el juez que observar si una conducta acorde con el precepto normativo evitaría que el resultado lesivo se genere. Es decir, es necesario concluir que un comportamiento debido hubiera evitado el resultado.⁽⁴⁹⁾

(46) Ver, Zaffaroni, *op. cit.*, pp. 24-485 y ss.

(47) En cuanto al deber de actuar conforme a la expectativa, cfr. Sánchez Vera y Gómez-Trelles, Javier. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*. Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho, Primera Edición, 1995, pp. 23-25; 30 y ss.

(48) Véanse los ejemplos sobre estas hipótesis en Bacigalupo, *op. cit.*, pp. 26-147 y ss.

(49) Cfr. Issa El Khoury Jacob, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo. *Metodología de la Resolución de Conflictos Jurídicos en materia Penal*. San José, Costa Rica, ILANUD, 1991, pasim. Cfr. al respecto Sala Tercera de la

Es por los anteriores razonamientos, que 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 (omisión impropia). Esta fórmula funciona como una cláusula general que permite realizar un juicio ex-post, en vía judicial, acerca de la existencia de un autor que está en el deber de protección de un bien jurídico, que está obligado por una norma a actuar dentro de los límites de la posibilidad física, para evitar la causalidad que va dirigida a producir un resultado antijurídico. Así también se debe proceder a establecer el nexo de evitación, es decir, observar si la persona que hubiera actuado de acuerdo al mandato de la norma, hubiera podido evitar el resultado que se produjo en la hipótesis en examen.

F) IMPUTACIÓN DE RESULTADOS DE LESIÓN O PELIGRO A FALSOS DELITOS DE OMISIÓN

Una vez precisado conceptualmente el término “verdaderos y falsos delitos de omisión”, pretendo ahora demostrar, que en la hipótesis del falso delito de omisión, existe un tratamiento desigual de la falta de acción del sujeto a quien se le atribuye la producción de un resultado lesivo o de puesta en peligro del bien jurídico, la cual no encuentra fundamento en su no actuar, sino que se pretende legitimar a partir de las especiales condiciones del agente, porque lo que toma en cuenta el legislador no es el hecho en sí –desde una perspectiva óptica–, sino el sujeto como tal y ontológicamente –la finalidad del sujeto actuante–, puede ser un elemento sujeto de valoración jurídica, para efectos de dosimetría penal, pero carece de importancia como punto de partida para la imputación del resultado de lesión o puesta en peligro el bien jurídico. La comisión por omisión sigue siendo en el plano del sustrato conductual, una omisión. Afirman Cobo y Vives, que la comisión por omisión, esa omisión –lo que no se hizo- comporta un significado de acción positivo (matar, lesionar, etc.) que se expresa en los distintos verbos activos conjugados por omisión y que por eso no puede compartirse la opinión mayoritaria que, apriorísticamente, considera que la subsunción de la comisión por omisión en los tipos activos de la Parte Especial infringe el principio de legalidad, pues la ley se expresa con palabras y los verbos activos incluyen en su sentido propio las referencia a ciertas omisiones.⁽⁵⁰⁾

Corte Suprema de Justicia. San José, a las diez horas cincuenta y cinco minutos del veinticinco de junio de mil novecientos noventa y nueve.

(50) Cfr. Cobo/Vives, *op. cit.*, pp. 11-390-391.

Analizados cada uno de los supuestos expuestos en el epígrafe anterior, que dan surgimiento a la denominada posición de garante, caemos en cuenta, que el fundamento de la imputación del resultado o puesta en peligro del bien jurídico, se encuentra fuera de la omisión misma que da sustento a esa imputación y que ésta se diferencia sustancialmente de los supuestos que dan fundamento a la supuesta “situación típica correlativa” de la cual se deriva aquella imputación. Veamos:

- a) 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 con el deber de protección.

En tal supuesto, previo a la “omisión de acción” en sentido estricto, existe una situación particular que obliga al sujeto a evitar un resultado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Dicha imputación opera independientemente de la “finalidad” del agente, esto es, que objetivamente se analiza ex-post, si el agente ha realizado la acción deseada para evitar la producción del resultado o la puesta en peligro del bien jurídico, independientemente de la voluntad o intención del agente.

Por ejemplo, el médico que frente a un paciente al que no le ve mayores expectativas de vida, en virtud de un mal crónico e incurable, y por lo tanto seguro de su inminente fallecimiento, deseando incluso su muerte para evitar mayores sufrimientos, aplica el procedimiento clínico adecuado y requerido por el paciente, para aliviar el dolor y la producción acelerada del inevitable resultado muerte.

En la hipótesis sub-exámene, nos encontramos frente a una posición de garante del médico frente a su paciente, en virtud de que el paciente ha confiado su salud física a ese médico. Es por consiguiente ese médico y no otro –incluso mejor calificado o en mejores condiciones de atender al paciente–, quien se encuentra vinculado jurídicamente con el bien jurídico y por tanto, el no actuar conforme a la expectativa del paciente, hace que el resultado muerte o puesta en peligro de la vida del paciente, más allá de lo previsto, por falta de acción, haga que el ordenamiento jurídico le impute una conducta a él –el médico–, con exclusión incluso de otros galenos que se encuentran en idéntica o incluso mayor capacidad de actuar frente al ataque al bien jurídico tutelado.

En estos casos, podría suceder incluso y sucede, que el paciente no reciba un adecuado tratamiento y esa sea la causa de la muerte, por cuanto el médico tratante omite prescribir el procedimiento adecuado, y que la prohibición de regreso no abarque a colegas que han estado en capacidad plena de actuar, toda vez que no reúnen la condición de médico tratante y por tanto no ha surgido en relación con el bien jurídico tutelado con respecto a dichos médicos –la posición de garante– y por consiguiente, no se funda un deber jurídico de actuar, que dé fundamento a la imputación del resultado muerte por su falta de acción.

Analizado el supuesto de marras, tenemos que la imputación del resultado muerte al médico tratante, encuentra fundamento no en el presupuesto de la falta de acción como tal, –pues todos los médicos próximos al paciente tampoco han actuado, además de que todos reúnen condiciones personales especiales que les obligarían en principio a actuar–, sino que por el contrario, la imputación del resultado muerte al médico tratante, encuentra fundamento en la condición de médico tratante en relación con ese paciente y por tanto le hace responsable del mismo, asumiendo la obligación jurídica de velar por el bien jurídico tutelado en la norma.

De lo expuesto se colige, que no es la condición personal del agente en sentido estricto, ni su conocimiento lo que da fundamento a la imputación del resultado como conducta antijurídica, sino la especial sujeción del agente en relación con el bien jurídico en un momento determinado. Piénsese por ejemplo que el médico tratante –ante la ausencia de monitores que den aviso de cualquier cambio repentino en los signos vitales del paciente–, pide a un familiar cercano que le de aviso inmediato en caso de notar algún cambio en la situación del paciente retirándose el médico a la sala contigua para dar atención a otros pacientes. Ante el cambio repentino y visible en los signos vitales del paciente, el familiar quien tiene especial interés en que su pariente fallezca, omite dar aviso al médico y el paciente fallece. Ya no será la conducta atribuible al médico a título de homicidio por comisión por omisión, sino que será el familiar quien omitió dar aviso al médico, el responsable de la muerte de su pariente por no realizar la acción deseada. De igual forma, en ese mismo ejemplo, habiendo incluso más parientes en la sala, pensemos hasta en la posibilidad de que se trate de parientes de grado más próximo a la víctima, la imputación del resultado muerte se hará a quien asumió el deber jurídico de actuar y no a ningún otro pariente, pues ellos no se encuentran en concreto frente a un deber jurídico de actuar en sentido estricto, aunque se pretenda por el nexo de parentesco dar fundamento a tal obligación, ya

que en estos supuestos deben de tomarse en cuenta las especiales condiciones de sujeto, para poder legitimar una imputación por falta de acción lo que me lleva a concluir, como lo hago, que no es el hecho en sí, o más bien, la falta de acción en sí la que da fundamento a esta imputación, sino las condiciones personales del agente las que toma en cuenta el juzgador para dar cabida a la atribución del resultado muerte a determinados sujetos en hipótesis de falta de acción. De suerte que resulta evidente que estamos frente a una discriminación negativa frente a la ley, en la cual el fundamento de la imputación de conductas desvaloradas jurídicamente, encuentra fundamento en las condiciones personales de la persona –derecho penal de autor– y no de hecho, pues precisamente nos encontramos frente a hipótesis de falta de acción.

- b) La posición de garante también surge cuando uno de los sujetos de la relación o situación típica tiene un especial deber de control o vigilancia de una fuente de peligro.

En otros supuestos, el sujeto asume en abstracto una obligación jurídica de actuar, ante eventuales fuentes de peligro del bien jurídico. Aquí, como en el caso analizado anteriormente, lo interesante es que podemos encontrarnos frente a supuestos en donde, el ordenamiento jurídico discrimina en forma negativa frente a un sujeto determinado, dando cabida a la atribución de una conducta delictiva por su no accionar, en el caso de que el bien jurídico frente al que asumió una posición de garante, corra al menos peligro y sufra alguna lesión y el fundamento de la imputación como tal, más que su falta de acción o evitación del peligro, lo constituye la asunción de vigilante frente a posibles fuentes de peligro y no tanto su falta de acción.

El ejemplo aquí es el del salvavidas en una piscina pública. Quien asume este rol, es responsable de estar alerta y actuar, en caso de que acontezca una emergencia de algún bañista. Pensemos en el caso del salvavidas que se encuentra en su día libre y no se percató de que alguien sufre una congestión estomacal mientras se baña y muere de asfixia por inmersión.

Si se trata del salvavidas en su día libre, que en lugar de estar atento a lo que sucede en el agua, se encuentra casualmente en los alrededores de la piscina flirteando con alguna que otra dama, no le será imputado el resultado muerte, pues a pesar de contar con la capacidad de actuar, conocer los procedimientos estar en proximidad

con el bien jurídico tutelado, no se encuentra en posición de garante de dicho bien. Lo mismo acontece con el nadador profesional que casualmente se encontraba en la piscina en ese momento. Sin embargo, el ordenamiento jurídico obliga al salvavidas de turno a actuar frente a la fuente de peligro y por tanto, debía estar atento a lo que acontecía en la piscina para determinar la existencia de fuentes de peligro para los bañistas. En este caso, si se determina que el salvavidas no actuó pues consideró que su compañero “el casanova” se encontraba más próximo a la emergencia y estaba en capacidad de eliminar la fuente de peligro, esa no acción hace que se le impute el resultado muerte a título de culpa, por falta de acción cuando tenía el deber jurídico de actuar. De lo expuesto tenemos que en este caso, no es la situación personal del agente y/o sus capacidades físicas, las que dan cabida a la imputación del resultado, ni tampoco en sentido estricto su condición de salvavidas, sino que por el contrario, lo que da cabida a la atribución del resultado a él y a nadie más, es el hecho de encontrarse de turno y por consiguiente estar obligado eliminar las fuentes de peligro del bien jurídico, a diferencia del “salvavidas casanova” o “el nadador profesional”, quienes igualmente pudieron actuar sin riesgo alguno y no lo hicieron al igual que quien sí tenía una obligación jurídica de actuar y no actuó conforme se esperaba.

- c) Un contrato o relación jurídica entre las partes también puede generar obligaciones de actuar y de vigilar que no se produzcan los resultados desaprobados por la norma.

Cuando se está frente a un contrato o bien, frente a una relación jurídica de actuar y de vigilar que no se produzcan ciertos resultados, al igual que en los dos supuestos anteriores, no se imputa el resultado no deseado o valorado negativamente en la norma a un sujeto “no actuante” por la no actuación, sino por el contenido del contrato suscrito con la otra parte o bien por la relación que lo vincula con la obligación de evitar el resultado desfavorable. En tales supuestos, la obligación de terceros llega a tener un contenido diferente del que tiene frente a aquel que se encuentra en posición de garante del bien jurídico.

Ejemplo, es la madre que omite dar alimentos a su hijo y este muere por inanición.⁽⁵¹⁾

(51) La muerte del niño se atribuye a su conducta, cual si fuese un resultado de ella, aunque desde el punto de vista naturalístico, evidentemente ello no es así. Cfr. Cobo/Vives, op, cit. n.p. 11, p. 390.

En tal caso, a la madre se le atribuye una conducta de homicidio por comisión por omisión, al producir la muerte de su hijo omitiendo alimentarlo conforme se espera de ella. Si otra madre, incluso en capacidad de alimentar al bebé de aquella, no lo hace, a tal mujer no se le imputará la conducta homicida, pues frente a un tercero, no tiene un deber jurídico de actuar. En este caso, reúne jurídica y físicamente las mismas condiciones de aquella madre a la que se le imputa el resultado, no obstante, a esta mujer el ordenamiento jurídico, a pesar de que objetivamente se trata de dos personas en idénticas condiciones, le exige nada más dar parte a la Autoridad, de que la madre biológica del niño no lo alimenta conforme se espera de ella y con esto habrá cumplido con la obligación jurídica de procurar el auxilio debido al niño. Esto mientras éste se encuentre bajo la tutela de su madre biológica, pues el ordenamiento jurídico no espera de aquella mujer, que despoje a la madre biológica del menor y lo alimente. Distinto es el caso, si el menor es hallado en desamparo en cuyo caso, surge la obligación jurídica de quien lo encontró, de brindarle ayuda y eso incluye en su caso, la obligación de alimentarlo, independientemente de que quien lo halló se trate de un hombre o una mujer.

Como puede apreciarse, la posición de garante y el contenido de la obligación jurídica de actuar, no surge aquí de esa no actuación, sino más bien de un acto previo, sea este un contrato o una especial situación del sujeto con el bien jurídico tutelado. En virtud del contrato y su contenido o del contenido de la relación, se le imputa a un sujeto determinado la producción del resultado y por ello, es ese sujeto y no otro, el obligado. Resulta interesante que la nulidad del contrato o bien, la inexistencia de la relación, no hace desaparecer la obligación jurídica de actuar, sino que lo que interesa, es que el agente en el momento de surgir el peligro para el bien jurídico, se considere vinculado con el bien jurídico y tenga conciencia de su posición de garante, vgr. que una mujer crea que al que tiene en sus brazos es a su hijo recién nacido, y luego descubra que es otro bebé y no el suyo, pues aquí lo que interesa es que la mujer asumió frente a ese bebé en particular el rol de madre con las obligaciones del caso y no que en verdad lo sea.

Con base en lo expuesto, resulta claro que no es el no actuar el que da fundamento a la imputación, pues en realidad, lo que existe es una obligación específica de actuar de determinados sujetos, frente a ciertos bienes jurídicos tutelados y no frente a todos los bienes jurídicos en general. Por ello, el ordenamiento jurídico discrimina en forma negativa, cuando un sujeto con un vínculo jurídico particular frente a un

determinado bien jurídico, no hace lo que de él se espera, sea porque naturalmente, voluntariamente o bien jurídicamente, asumió la obligación jurídica de actuar.

G) POSICIÓN PERSONAL

Al analizar la hipótesis de atribución de supuestos de falta de acción en general, debemos diferenciar por una parte los verdaderos delitos omisivos, en donde el legislador típicamente contempla la omisión como un elemento constitutivo de la infracción y por tanto el supuesto omisivo típico, al igual que la conducta activa, encuentra fundamento en el tipo mismo y es de aplicación general a todos aquellos individuos que realicen la conducta prevista en el tipo penal y sancionada por la norma.

Por otra parte, el supuesto de un falso delito de omisión, tal y como ha quedado expuesto, lo que sanciona no es el acto omisivo en sentido estricto, sino más bien, imputa la denominada situación típica correlativa, a quien por su falta de acción, no evita la producción de un resultado lesivo al bien jurídico o al menos la puesta en peligro de ese bien jurídico.

El problema en cuestión por tanto, no se centra en la no acción del sujeto, que en principio no debiera dar fundamento a una imputación de ningún resultado, a partir del principio de que se juzgan hechos o acciones humanas, sino que por el contrario, al centrar el fundamento de la imputación en la producción de resultados desvalorados, el ordenamiento jurídico abandona –en los supuestos omisivos–, el principio del derecho penal de acto, para centrarse en el resultado o puesta en peligro del bien jurídico y a partir de ahí, atribuir ese resultado o puesta en peligro a un determinado sujeto –imputación–, por vía de la determinación de una obligación jurídica de evitar ese resultado o su puesta en peligro.

Por otra parte, he evidenciado que la imputación del resultado o puesta en peligro del bien jurídico, no se hace en términos generales frente a todos los sujetos en idéntica forma, sino frente a determinados sujetos en particular, considerando sus especiales condiciones, su sujeción frente al bien jurídico, o relaciones jurídicas con respecto a ese bien jurídico, imputación que incluso discrimina frente a sujetos que en principio se encuentran objetivamente en idéntica condición –en

abstracto-, frente al bien jurídico, pero que en concreto el vínculo del uno con respecto al otro, resulta desplazar la obligación de éste, dejando subsistente por consiguiente la de aquel y por tanto, dando pie a la imputación del resultado o puesta en peligro del bien jurídico.

Ahora bien, la posición de garante surge de una acción y no de una omisión. Es un hecho que da cabida al fundamento de la imputación, pero siempre es un hecho que precede a la relación existente entre el resultado o puesta en peligro del bien jurídico y la falta de acción del sujeto, por lo que podría afirmarse que estamos frente a una acción mediata del sujeto a quien se le imputa el resultado y por tanto, no es cierto que la imputación discrimine en forma negativa a ciertos sujetos con respecto a otros, ante la producción de un determinado resultado o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Sin embargo, si se parte del hecho de que la situación previa es un acto conforme a derecho –pues los actos contrarios a derecho no pueden fundar relaciones jurídicas válidas–, no podremos fundamentar la imputación de un resultado valorado desfavorablemente, retrotrayendo los efectos de esa imputación, a un hecho realizado conforme a un acto jurídico valorado favorablemente, pues ello implicaría desconocer como tal, la posición de garante del bien jurídico ya que el acto que da origen a la misma, no sería un acto conforme a derecho y por tanto, debería imputarse una responsabilidad jurídica a tal acto independientemente de la producción de un resultado desfavorable posterior o puesta en peligro de un determinado bien jurídico.

Me declaro partidario de discriminar negativamente y atribuir la producción de ciertos resultados lesivos del bien jurídico o al menos su puesta en peligro, a partir del hecho de que si bien no se puede pedir peras al olmo, lo cierto es que todos los sujetos somos diferentes y por consiguiente, debemos responder de acuerdo con nuestra situación personal frente a determinados hechos en concreto. Lo expuesto no es ningún descubrimiento sino más bien la puesta en evidencia de un hecho cierto. De ahí que si aceptamos como tal, que en algunos supuestos resulta imperativo que determinados sujetos eviten resultados lesivos a bienes jurídicos fundamentales, para posibilitar la vida en sociedad, y que se les impone un deber jurídico de actuar en procura de eliminar los peligros al bien jurídico, no veo mayor problema en ello, incluso cuando lo que sanciona no es un actuar, sino más bien un no actuar conforme a derecho. En lo que si hallo un problema, es en sostener a ultranza que en el derecho penal moderno, hemos superado el principio del derecho penal de sujeto por el derecho penal de acto y de que todos somos iguales ante la ley.

H) CONCLUSIÓN

Al llegar al final de estas notas, estoy convencido de que independientemente se comparta o no mi punto de vista, el análisis formulado invita a la reflexión sobre la vigencia de ciertos paradigmas jurídicos. Creo firmemente que se puede estar equivocado o tener la razón y ello no resulta tan determinante ni significativo como la parálisis paradigmática que obstruye el desarrollo del pensamiento y si en alguna medida he contribuido a la reflexión, con ello me doy por satisfecho. Con una anécdota explico lo que entiendo por parálisis paradigmática.

Un día una señora, que para ese entonces rondaba los ochenta años, salió como siempre a dar una paseo por la campiña en su viejo automóvil, un Ford, modelo 48. De igual forma, ese día, un joven de la ciudad, decidió irse al pueblo, para probar su nuevo auto de carreras, convertible, último modelo. Al salir de una curva, el joven se topó de frente con la señora, quien manejaba un tanto descontrolada, en zigzag... El joven de inmediato aplicó los frenos y pensó.. qué le pasa a esta vieja, manejando en forma tan alocada y por el carril contrario... Al encontrarse ambos vehículos, la señora aún descontrolada pero de nuevo en su carril, le grita al joven: cerdo!!, y él a como puede pregunta ¿qué dijo?...la señora responde: cerdo!!!.. Ante tal insulto, el joven molesto sintiéndose ofendido, acelera al fondo su vehículo, levanta una polvareda y piensa...quien iba a imaginar que en un pueblo, me vengán a insultar de esa manera, manejan como les da la gana, no respetan la ley y además me llaman cerdo...! Continúa el joven su viaje a gran velocidad, toma la siguiente curva topándose con un gran cerdo en la vía, el cual por el exceso de velocidad no logra esquivar y cae al barranco perdiendo la vida.

Por lo general, el ser humano ve las cosas que le rodean desde su propia perspectiva y olvida que a veces, la prudencia indica que debe tratar de analizar el mundo que le rodea desde la perspectiva de los demás.

BIBLIOGRAFÍA

- Arboleda Vallejo, M. y Ruiz Salazar, J.A. *Manual de Derecho Penal*. Partes General y Especial, 4ª ed., Bogotá, 2002.
- Así Lackner, K, Kühl, K., *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, Deutschland, 1999.
- Bacigalupo Zapater, E. *Lineamientos de la Teoría del Delito*. San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1985.
- Bacigalupo Zapater, E. *Manual de Derecho Penal*. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994.
- Carbonell Mateu, J.C. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3ª ed., Valencia, 1999.
- Cerezo Mir, J. *Curso de derecho penal español*. Parte General, I, 5ª ed., Madrid, 2003.
- Cobo del Rosal, M/Vives Antón, T.S. *Derecho Penal*. Parte General, 5ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- Die Grammatik. *Unentbehrlich für richtiges Deutsch*. DUDEN, Mannheim, 1998.
- Gimbernat Ordeig, E. *Estudios de Derecho Penal*. Editorial Tecnos- Madrid, 3ª edición, 1990.
- Issa El Khoury Jacob, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo. *Metodología de la Resolución de Conflictos Jurídicos en materia Penal*. San José, Costa Rica, ILANUD, 1991.
- Jakobs, G. *La autoría, en Estudios de Derecho Penal General*. Editorial Jurídica Bolivariana, 1997.
- León Mendoza, V. *Derecho Penal General*. 4ª ed., Cartagena, 2001.
- Llobet Rodríguez, J. *Garantías y Sistema Penal*. Releyendo hoy a Cesare Beccaria, San José, 1999.
- Mir Puig, S. *Derecho Penal*. Parte General, 6ª ed., Editorial Reppertor, Bcelona, 2002.
- Moreno Alcázar, M.A. *El concepto penal de incendio desde la teoría del caos (Una perspectiva sistémica de los bienes jurídicos colectivos, del peligro y de su causalidad)*. Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. *Derecho Penal*. Parte General. 5ª ed., Valencia, 2002.
- Sánchez, Vera y Gómez-Trelles, Javier. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*. Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho, Primera Edición, 1995.
- Schöne, W. *Acerca del Orden Jurídico Penal*. San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1992.
- Seco, M. *Diccionario de dudas de Manuel Seco de la Real Academia Española*. Espasa, Madrid, España, 1999.
- Silva Sánchez J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1992.
- Zaffaroni, E. R. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1992.