

IN SPRAV DE ET PRO

# Revista

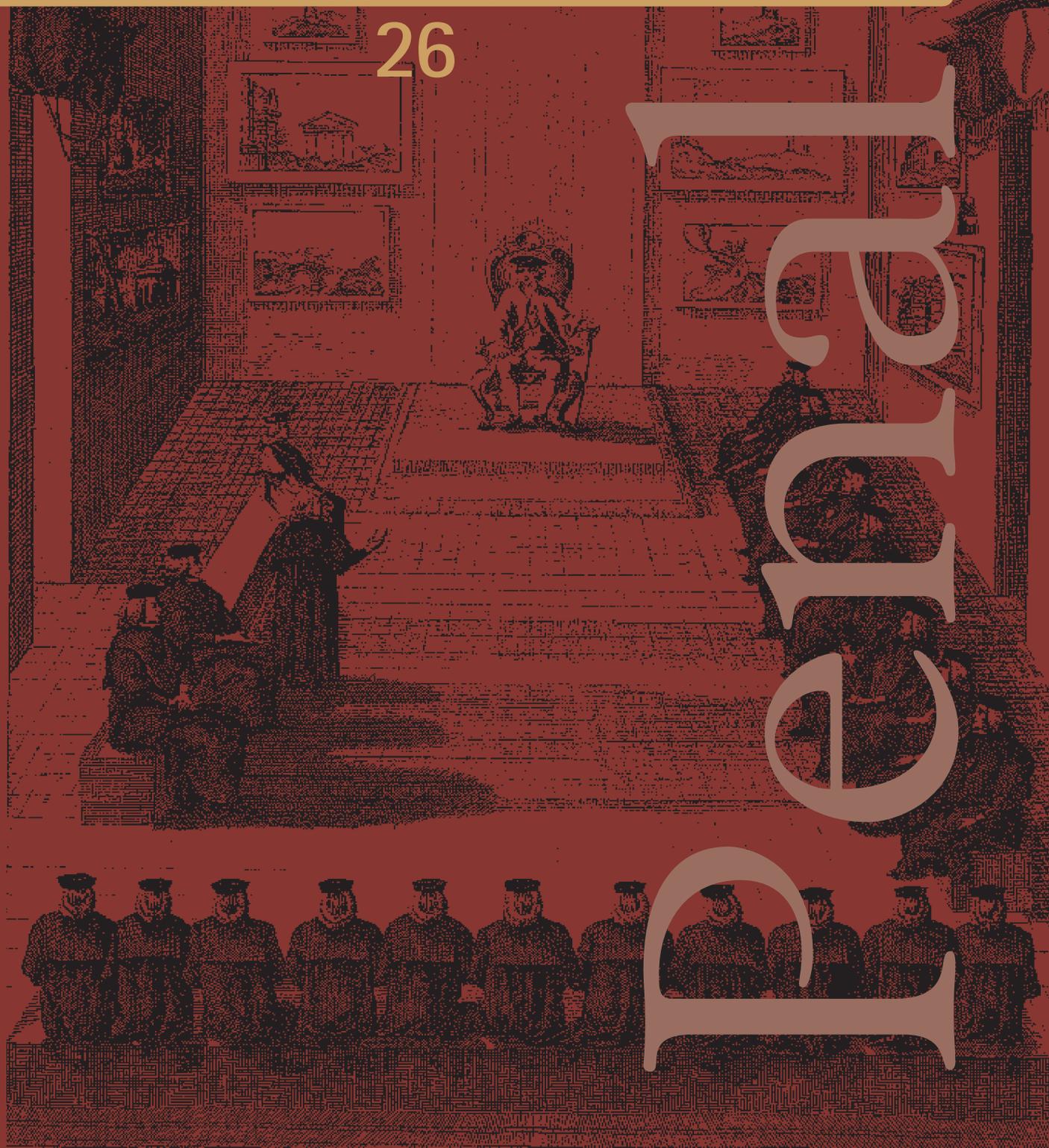
Julio 2010

26

Revista Penal

Julio 2010

# Penal



# Revista Penal

Número 26

## Sumario

---

### Doctrina

- Responsabilidad penal de los entes colectivos: una revisión crítica de las soluciones penales por *Manuel A. Abanto Vásquez* ..... 3
- ¿Qué significa «intención de destruir» en el delito de genocidio?, por *Kai Ambos* ..... 46
- Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la «intención de destruir» por *Kai Ambos* y *María Laura Böhm* ..... 65
- Derechos Humanos y Derecho Penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones por *Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* y *Ana Isabel Pérez Cepeda* ..... 79
- La corrección de los padres a los hijos: consecuencias jurídico-penales de la reforma del art. 154 del Código Civil por *Miguel Díaz y García Conlledo* ..... 101
- La reforma procesal penal francesa en curso. El informe de la Comisión Léger por *Iñaki Esparza Leibar* ..... 130
- Los orígenes ideológicos del Derecho penal del enemigo, por *Francisco Muñoz Conde* ..... 139
- Denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios (artículo 196 del C.P.): discusiones doctrinales y jurisprudenciales, por *Pedro Ángel Rubio Lara* ..... 151
- Deconstruyendo la culpabilidad, por *Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro* ..... 164
- La responsabilidad por actos riesgosos de gestión en las sociedades de capital: Un estudio de derecho comparado por *Stanisław Tosza* ..... 177
- **Sistemas penales comparados:** Principio de Justicia Universal ..... 187
- **Bibliografía:** Notas bibliográficas, por *Francisco Muñoz Conde* y *Juana del Carpio Delgado* ..... 235
- **Crónica**
- VII. Seminario Internacional del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, por *Salvador Herencia Carrasco* ..... 257
- **Fe de erratas** ..... 263



Universidad de Salamanca



Cátedra de Derechos Humanos  
Manuel de Lardizábal

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
ferreolive@terra.es

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen  
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha  
David Baigún. Univ. Buenos Aires  
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca  
Wilfried Bottke. Univ. Augsburg  
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg  
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra  
George P. Fletcher. Univ. Columbia  
Luigi Foffani. Univ. Módena  
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha  
Vicente Gimeno Sendra. UNED  
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense  
José Luis González Cussac – Univ. Jaume I<sup>º</sup>  
Winfried Hassemmer. Univ. Frankfurt

Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla  
Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III  
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide  
Enzo Musco. Univ. Roma  
Francesco Palazzo. Univ. Firenze  
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa  
Claus Roxin. Univ. München  
José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha  
Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg  
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz  
Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg  
John Vervaele. Univ. Utrecht  
Joachim Vogel. Univ. Tübingen  
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

### **Sistemas penales comparados**

Martin Paul Wassmer y Lars C. Berster (Alemania)  
Luis Fernando Niño (Argentina)  
William Terra de Oliveira y Alexis Couto de Brito (Brasil)  
Felipe Caballero Brun (Chile)  
Shizhou Wang (China)  
Alvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)  
Walter Antillón y Roberto Madrigal (Costa Rica)  
Adán Nieto Martín y (España)  
Dimitris Ziouvas (Grecia)  
Alejandro Rodríguez Barillas (Guatemala)  
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)  
Luigi Foffani (Italia)

Manuel Vidaurri Aréchiga (México)  
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)  
Carlos E. Muñoz Pope (Panamá)  
Victor Prado Saldarriaga (Perú)  
Barbara Kunicka- Michalska (Polonia)  
Federico de Lacerda Da Costa Pino (Portugal)  
Ana Cecilia Morún (República Dominicana)  
Svetlana Paramonova (Rusia)  
Baris Erman (Turquía)  
Wolodymyr Hulkevych (Ucrania)  
Pablo Galain Palermo (Uruguay)  
Jesús Rincón Rincón (Venezuela)

ISSN: 1138-9168

Dep. Legal: B-28.940-1997

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

Suscripciones: Marcial Pons  
Departamento Suscripciones  
[revistas@marcialpons.es](mailto:revistas@marcialpons.es)  
Tel: 0034 913043303  
Fax: 0034 913272367



## Denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios (artículo 196 del C.P.): discusiones doctrinales y jurisprudenciales

**Pedro Ángel Rubio Lara**

*Profesor C. Doctor Permanente  
Director de la Cátedra Internacional  
de Victimología  
Universidad de Murcia*

**Revista Penal, n.º 26.— Julio 2010**

**RESUMEN:** El presente trabajo analiza la perspectiva doctrinal y jurisprudencial sobre el delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios previsto en el artículo 196 del Código penal, que fue introducido por vez primera en nuestro Código penal de 1995. El delito prevé dos modalidades de conducta: la denegación de asistencia sanitaria y abandono de los servicios sanitarios. Ambas son cometidas por el profesional sanitario que tiene la obligación de prestar la asistencia sanitaria, cuando de la denegación o del abandono se deriva un grave riesgo para la vida o salud de las personas.

**PALABRAS CLAVE:** Denegación de asistencia sanitaria. Delitos de omisión. Omisión pura. Abandono de servicios sanitarios. Responsabilidad del médico por omisión. Artículo 196 del C.P.

**ABSTRACT:** This paper analyzes the doctrinal and jurisprudential perspective on the crime of denial of care or neglect of health services provided for in Article 196 of the Penal Code which was first introduced in our criminal code of 1995. The offense provides two modes of behavior: the denial of health care and neglect of health services. Both are committed by a health professional who has the obligation to provide health care, brother of the refusal or neglect results in a serious risk to life or health of persons.

**KEYWORDS:** Denial of medical care. Crimes of omission. Pure omission. Neglect of health services. Physician responsibility by omission. Article 196 of C.P.

**SUMARIO:** I.-Consideraciones generales. II.-La omisión pura o propia en los delitos de omisión del deber de socorro personal y de denegación de auxilio sanitario o abandono de los servicios sanitarios. III.-Naturaleza jurídica del delito de denegación de asistencia sanitaria o de abandono de los servicios sanitarios. IV.-Dimensión objetiva del tipo. 1.-El bien jurídico protegido. 2.-Los profesionales sanitarios como sujetos activos del delito. 3.-La conducta típica: la denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. 3.1.-La denegación de asistencia sanitaria. 3.2.-Abandono de los servicios sanitarios. 3.3.-La cláusula típica «estando obligado a ello». 3.4.-La necesidad de un grave riesgo para la salud. IV.-Dimensión subjetiva del tipo. V.-Causas de justificación o de exculpación. VI.-Consumación y formas imperfectas de ejecución. VII.-Autoría y participación. VIII.-Penalidad. IX.-Relaciones concursales. 1.-Relaciones concursales entre el artículo 196 del C.P. y los tipos de resultado de muerte o lesiones. 2.-Concursos entre el delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios y el delito de denegación de auxilio de funcionario público ante requerimiento de particular previsto en el artículo 412, apartado tercero, del Código Penal. X.-Cuestiones más debatidas en relación al delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. Toma de posición.

### I. Consideraciones generales

El delito previsto en el artículo 196 del C.P. es cometido por el profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o del abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas. Por tanto, el artículo 196 del Código Penal no sanciona sin más al profesional que demanda la asistencia sanitaria, sino al profesional que está obligado a ello. Así, señala el precepto que al «*profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas*», se le castigará «*con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años*».

En consecuencia, en el precepto se plantean dos modalidades típicas alternativas, que son la de denegación de asistencia sanitaria o la de abandono de los servicios sanitarios, que a continuación pasamos a analizar.

### II. La omisión pura o propia en los delitos de omisión del deber de socorro personal y de denegación de auxilio sanitario o abandono de los servicios sanitarios

La mayoría de la doctrina científica estima que el delito de omisión del deber de socorro tiene carácter omisivo propio, participando de sus características y elementos. Son delitos de omisión pura o propia, porque el tipo legal describe la mera ausencia de ejecución de un acto impuesto por una norma imperativa de mandato. En efecto, estos delitos responden a la estructura típica de omisión pura: para la concreción del tipo basta la mera no realización de la conducta debida, sin que se requiera la imputación de resultado alguno. Además, su tipificación responde a la

técnica legislativa de describir específica y directamente en el texto legal la figura delictiva, sin que resulte necesaria la expresa vinculación a otro delito de naturaleza omisiva, como resulta ser el supuesto de los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión<sup>1</sup>. En los delitos de omisión pura<sup>2</sup>, se castiga, en consecuencia, la simple inactividad del sujeto, sin que se llegue a extender su responsabilidad a la evitación del resultado, porque dicha obligación está sometida a ciertos límites (poder intervenir, obligación de prestar socorro, no existencia de causa que justifique la abstención de intervenir, existencia de riesgo propio o ajeno...).

La forma del comportamiento típico que desarrolla el delito de omisión del deber de socorro, tanto en lo previsto en el artículo 195 como en el artículo 196 C.P., es la de omisión pura o propia<sup>3</sup>, de tal forma que la omisión sólo se refiere a aquellos comportamientos pasivos que producen consecuencias jurídicas, si bien en el artículo 196 se responde a una omisión pura de garante, cuya concreción se detallará en el apartado segundo del Capítulo V de este trabajo. Por eso, la omisión del auxilio a persona desamparada y en peligro manifiesto y grave no consistirá únicamente en un no hacer, sino que tal omisión de auxilio ha de ser relevante para el Derecho penal; para lo cual será preciso realizar un juicio normativo negativo<sup>4</sup>. Así, el delito supone la infracción de una norma de mandato o preceptiva. La norma preceptiva obliga al sujeto a la realización de un determinado comportamiento: la prestación del socorro eficaz. Al mismo tiempo, dicha omisión ha de valorarse como la no ejecución de un obrar esperado por el ordenamiento jurídico-penal, que se concretaría de la prestación de socorro (artículo 195 C.P.) o en la asistencia sanitaria o prestación del servicio sanitaria (artículo 196 C.P.)<sup>5</sup>.

La acción esperada todavía no resulta ser la acción debida, pues la configuración típica en estos delitos omisivos es la existencia de una lesión o puesta en peligro de los bienes

1 La doctrina científica mayoritaria atribuye al delito de omisión del deber de socorro el carácter omisivo propio. Se trata, pues, de delitos de omisión pura o propia, participando de las características y elementos propios de esta modalidad. Así, BLANCO LOZANO, 2005, p. 131; GÓMEZ BENÍTEZ, 1988, p. 578; POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL/ CARMONA SALGADO/ GONZÁLEZ RUS/MORILLAS CUEVA/ POLAINO NAVARRETE/ SEGRELLES DE ARENAZA, 1993, p. 578; SOLA RECHE, en Díez Ripollés/ ROMEU CASABONA, 2004, p. 617. Los delitos de omisión pura consisten en la no realización de una determinada conducta debida.

2 El artículo 195 del C.P. tiene naturaleza de delito de omisión pura. En este sentido, ver CANCIO MELIA, M., 1997, p. 1186; CÓRDOBA RODA, J., 1977, p. 1217-1218; HUERTA TOCILDO, 1987, p. 204, MUÑOZ CONDE, 1996, p. 822; GONZÁLEZ RUS, J.J. (1997), 468; POLAINO NAVARRETE, M., 1992, p. 1035; QUINTANO RIPOLLES, G. 1996, p. 1939; SILVA SÁNCHEZ, J.M., 1995, p. 19; VIVES ANTÓN, T.S., 1996, p. 292.

3 Se responde a un principio de solidaridad social o humana, en virtud del cual el sujeto que omite se ve obligado a realizar una determinada prestación conducente a evitar la lesión de los bienes jurídicos que se encuentran en juego. No obstante, en el delito de denegación de auxilio no se exigirá la evitación de un resultado típico estando obligado a ello.

4 Por ejemplo, el facultativo no omite una prestación de auxilio para un sujeto con el sólo hecho de haberse quedado sentado mirando la televisión, cuando es requerido por un familiar de éste último para evitarle un mal, sino porque no ha realizado la acción debida de acuerdo con el ejercicio de su cargo, que no será otro más que prestarle el auxilio requerido.

5 Lo expuesto ha de ser entendido en el sentido de que la omisión constituye una forma de comportamiento, SILVA SÁNCHEZ, 1998, p. 140. Según el artículo 10 del C.P. «*son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley*». El Código distingue, por tanto, entre delitos activos y omisivos. Los primeros consisten en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos mediante la infracción activa de normas prohibitivas. Los segundos, en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos mediante la infracción de deberes de solidaridad.

jurídicos afectados para los que se requiere su evitación o auxilio.

En los delitos de omisión de socorro común y el de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios, el peligro para el bien jurídico existe con carácter previo, creando el deber jurídico de actuar para su evitación, con independencia de que el peligro se materialice o no. Es el peligro previo el que origina, conforme al ordenamiento jurídico, el deber de actuar<sup>6</sup>. A diferencia del artículo 196 C.P., en el artículo 195 del C.P. (delito de omisión del deber de socorro común), se contiene expresamente una cláusula que limita el deber de intervención o conducta esperada, con la expresión «sin riesgo propio o ajeno».

El tipo de injusto del delito previsto en el artículo 195 C.P., se encuentra articulado en torno a la «espera» del ordenamiento, dentro de las posiciones de deber, donde si el sujeto no actúa en el sentido esperado, puede decirse que omite. Pero, también es necesario que se constituya además el deber, que puede concurrir o quedar excluido (tal como ocurriría en los supuestos en que concurra una causa de inimputabilidad o causas de no exigibilidad, por ejemplo). Así, será que la posición del deber determina el tipo de injusto, y el deber mismo corresponde al ámbito de la culpabilidad.

La conducta al ser puramente omisiva, consiste en no prestar auxilio, ya sea por negativa del obligado a socorrer, como por la interposición de dificultades o en el silencio prolongado. Siendo esto así, podríamos pensar que la omisión de prestar el socorro se realiza sin que se exija la evitación del resultado lesivo. El precepto recoge como conducta típica la abstención de una actuación de auxilio para la evitar que se produzca la lesión de los bienes jurídicos vida e integridad física o salud. Por ello el tipo penal corresponde a un delito de omisión<sup>7</sup>, cuya estructura responde a los patrones de ese tipo de delitos: existencia de una situación típica, en la que se establece el presupuesto

de hecho que da lugar al deber de actuar, ausencia de una conducta determinada o de realizar la acción mandada y capacidad personal de realizar esa acción, para lo que requieren determinadas condiciones externas<sup>8</sup>, y personales. Aplicada esta estructura a los delitos recogidos en los artículos 195 y 196 del Código Penal, supone, además de lo señalado para los delitos de omisión, lo siguiente:<sup>9</sup>

1. Que una persona se encuentre desamparada y en peligro manifiesto y grave.
2. Que el sujeto activo no realice la acción impuesta en el tipo.
3. Que el sujeto activo tenga capacidad para realizar la acción debida «sin riesgo propio ni de terceros».
4. Como elemento subjetivo, que el sujeto activo tenga conocimiento de la situación de desamparo y peligro manifiesto y grave de la víctima.

La conducta constitutiva del delito definido en el tipo consiste en abstenerse de realizar la prestación que se solicita. Sin embargo, la gravedad del resultado no evitado, en función de la importancia del bien jurídico vulnerado, habrá de ser tenida en cuenta únicamente para graduar la pena. Además, la conducta típica se compone de elementos normativos ya valorizados, esto es, que requieren por parte del juez una confirmación valorativa, y otros elementos del juicio, cognitivos, que son los que se determinan a través de la experiencia y conocimientos que ésta proporciona<sup>10</sup>. El deber de actuar surgiría cuando se den los requisitos de existencia de una situación de peligro para un determinado bien jurídico y cuando se tenga capacidad para socorrer<sup>11</sup>. Esta capacidad la concreta el tipo penal exigiendo que la acción consista en una intervención dirigida a socorrer a quien se encuentre desamparado y en peligro manifiesto y grave y que dicha actuación pueda ser ejecutada sin que exista causa que justifique la abstención<sup>12</sup>. La acción obligada sólo está determinada por su eficacia auxiliadora y se puede configurar de modos muy distintos. El delito consiste en una abstención voluntaria (omisión pura o propia),

6 Una cosa es «esperar» la realización de una conducta de auxilio y otra distinta que dicha conducta sea debida, pues cabe esperar que llegue a realizarse incluso lo que no podría ser exigido.

7 El concepto de omisión del que hay que partir en el delito de omisión de socorro es el normativo, donde lo importante es determinar aquel criterio que permita seleccionar de entre todos los comportamientos pasivos o potencialmente finales, aquellos que son relevantes penalmente. En consecuencia, no se tendrá en cuenta el concepto natural de omisión, que lo hace depender de las propiedades del comportamiento humano, o, dicho de otro modo, de la pasividad o el no hacer la acción finalmente posible.

8 Como por ejemplo, que se dispongan de medios suficientes para la evitación del peligro, que exista una proximidad temporal y de lugar, etc.

9 Conforme a lo establecido en el artículo 195 del C.P., los cuatro elementos fundamentales del tipo son tres elementos objetivos y uno subjetivo. Los objetivos son los siguientes: que una persona se encuentre desamparada y en peligro manifiesto y grave; que el sujeto activo no realice la acción impuesta por el tipo; y, por último, que el sujeto activo tenga capacidad para realizar la acción debida «sin riesgo propio ni de terceros». El elemento subjetivo se refiere a que el sujeto activo tenga conocimiento de la situación de desamparo y peligro manifiesto y grave de la víctima. En este mismo sentido, encontramos la STS, de 4 de febrero de 1999.

10 RODRÍGUEZ MOURULLO, G., 1966, p. 363.

11 Ha de ser objetivamente previsible que la intervención del sujeto tenga capacidad impeditiva. Así, SILVA SÁNCHEZ, 1986, p. 289.

12 El sujeto habrá infringido el mandato siempre que, conforme a un juicio de previsibilidad objetiva, se pruebe que tenía capacidad impeditiva y no intervino aun cuando esta capacidad no fuese conocida *ex ante*. En este sentido SILVA SÁNCHEZ, 1986, p. 294-295.

donde el injusto se encuentra en el peligro que supone la realización de la acción esperada y no tanto en el resultado producido, de donde se sitúa la posición del deber<sup>13</sup>. En consecuencia, el tipo está constituido por la omisión de llevar a cabo una actuación de socorrer, de tal forma que si se realiza dicha conducta sin que se logre evitar el resultado, no cabría el tipo del artículo 195 del C.P. y, al contrario, si a pesar de abstenerse de evitar el resultado, éste deja de producirse por el auxilio de otra persona, deberá aplicarse el artículo 195 del C.P.<sup>14</sup>, pues no se exige la evitación real del resultado lesivo; sino sólo que se produzca una actuación dirigida a impedirlo, a pesar de que este resultado lesivo se produzca.

### III. Naturaleza jurídica del delito de denegación de asistencia sanitaria o de abandono de los servicios sanitarios

Sobre la naturaleza jurídica del precepto, existe una disparidad de tesis doctrinales, de las que procederemos a tratar las más significativas. Así, un amplio sector doctrinal considera que, teniendo en cuenta la remisión expresa que el artículo 196 C.P. realiza hacia el artículo 195 C.P. respecto de la aplicación de la pena, el delito de denegación de asistencia o abandono de los servicios sanitarios es un subtipo agravado respecto del artículo 195 del C.P., fundamentándose la mayor penalidad en la especial cualificación del omitente. Según estos autores, existirá una equiparación en cuanto a la naturaleza de ambos delitos, siendo figuras común y especial, en cada caso, de la omisión del deber de socorro. El delito sería de omisión propia, de simple actividad y de peligro concreto, que se consuma desde el mismo instante en que el facultativo no presta la ayuda esperada o abandona indebidamente el servicio sanitario. De esta omisión deberá derivarse como requisito del tipo un riesgo grave para la salud de las personas<sup>15</sup>.

Para otros autores, el artículo 196 C.P. sería un delito de omisión propia y de peligro hipotético, donde se condicionará la aplicación de la pena cuando se produzca riesgo

para la salud de las personas, entendida ésta como condición objetiva de punibilidad<sup>16</sup>.

En opinión de otros autores, se trataría de un delito de omisión impropia en sentido amplio. Serían aquellas omisiones realizadas por personas que tengan una especial relación de garantía con el bien jurídico amenazado, con independencia de que dicha conducta pueda ser incluida dentro del artículo 11 del C.P. Señalan estos autores que es posible fundamentar una posición de garante, pues al profesional de la medicina que deniega la asistencia sanitaria o abandona un servicio sanitario no le compete un deber general de ayuda sino una obligación jurídica que le atañe específicamente, teniendo en cuenta también que en la omisión impropia es posible no sólo la producción efectiva de un resultado de lesión, sino que comprende el supuesto de un peligro concreto de lesión que es, precisamente, el resultado requerido por el tipo del artículo 196 C.P.

Fuera de los casos en que el profesional sanitario se encuentre en posición de garante, la omisión de asistencia daría lugar a lo previsto en el delito del artículo 195 del C.P. y, como resultado, su condición de facultativo serviría para valorar la gravedad del hecho. Igualmente, estos autores distinguen, de una parte, omisiones impropias de lesión; y de otra, omisiones impropias de peligro, tratándose el artículo 196 del C.P. de una omisión impropia de peligro expresamente prevista en la Ley<sup>17</sup>.

Para finalizar, hay quienes afirman también que el delito es de omisión pura cualificada, agravada, u omisión pura de garante, tipificándose una categoría intermedia entre las omisiones puras «*standar*» y la comisión por omisión, que resultaría más grave que aquella y no alcanzaría el desvalor propio de la comisión activa<sup>18</sup>.

### IV. Dimensión objetiva del tipo

Podemos considerar que, dada la redacción del precepto, son elementos objetivos del tipo los siguientes:

- a) que un profesional sanitario,
- b) incumpliendo sus obligaciones específicas,

13 Los delitos de omisión pura son aquellos que castigan la no realización de una determinada acción mandada o exigida por el tipo penal cuando podría haberse realizado, atendidas las circunstancias del caso y de la capacidad del autor. En estos delitos el resultado no tiene ninguna trascendencia, aun cuando ello no significa que la conducta requerida por el tipo (socorrer) no esté dirigida a este fin.

14 En este sentido, la existencia y la consumación del delito no dependen de la producción del resultado que se intenta evitar. Así, HUERTA TOCILDO, 1987, p. 230; JESCHECK, 2003, p. 605. Lo importante en el delito no es la evitación de un resultado, sino que la acción esté dirigida a la evitación del mismo. También NAVARRETE URIETA, 1959, p. 424 y ss.

15 Según estos autores el artículo 196 del C.P. quedaría configurado, al igual que el delito de omisión del deber de socorro común, como un delito de omisión propia, aun cuando en este supuesto se trataría específicamente de una omisión propia de garante, derivada del carácter del sujeto activo del delito. Así, HUERTA TOCILDO, 1997, p. 102 y ss.; PORTILLA CONTRERAS, 2001, p. 388; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, 1997, p. 926; CARBONELL MATEU/ GONZÁLEZ CUSSAC, 2004, p. 313-315; LAMARCA PÉREZ, 2004, p. 170-171; CONDE-PUMPIDO FERREIRO/ ESCOBAR JIMÉNEZ, 2004, p. 613-614. También la STS de 28 de enero de 2008.

16 Así, GÓMEZ TOMILLO, 1999, p. 26-27; GARCÍA SANZ, 2002, p. 205. La consecuencia que se derivaría de esta opción es que no es preciso que las condiciones objetivas de punibilidad sean abarcadas por el dolo ni imputables a imprudencia, pero si que pertenecen al tipo porque condicionan su efectiva relevancia penal.

17 Por todos, GIMBERNAT ORDEIG, 2002, p. 685-709.

18 Así, SILVA SÁNCHEZ, 1997, p. 648-649; GÓMEZ PAVÓN, 1995, p. 293-295; REBOLLO VARGAS, 2001, p. 641-552.

- c) deniegue asistencia sanitaria o abandone los servicios sanitarios,
- d) generando así un riesgo grave para la salud de las personas.

### 1. El bien jurídico protegido

La doctrina científica ha discutido acerca de cual debe ser el bien jurídico protegido en el precepto. De entre las diferentes posturas doctrinales, la mayoritaria entiende que lo esencialmente protegido será la vida y la salud de las personas<sup>19</sup>.

Se trata de un delito que no supone una simple infracción del deber de asistencia del médico, sino de una omisión a la que le sigue el resultado de riesgo grave para la salud; entendiendo por salud la ausencia de enfermedad o de alteración física o psíquica. Así, el tipo limita los casos de incumplimiento que alcanzarían relevancia penal. Dicha limitación indica que lo protegido va a ser la salud y la vida, como bienes jurídicos individuales<sup>20</sup>.

En consecuencia, se ha negado la posibilidad de considerar la obligación de asistencia sanitaria como bien jurídico en este delito, pues al exigir el tipo un resultado de peligro para los bienes jurídicos personales y materiales de la vida y salud individual, éstos quedarían directamente protegidos por el delito<sup>21</sup>.

### 2. Los profesionales sanitarios como sujetos activos del delito

Por su parte, los requisitos legales del sujeto activo deben ser los siguientes:

- a) El sujeto activo ha de ser un profesional sanitario.
- b) El profesional tiene que denegar asistencia sanitaria o abandonar los servicios sanitarios.
- c) El profesional ha de estar obligado a ello, esto es, debe encontrarse de servicio y tener la obligación de socorrer a quien lo necesita; obligación que vendrá dada por la reglamentación general o contractual.

Por ello, sujeto activo será la persona que es profesional de la sanidad<sup>22</sup>. De acuerdo con lo dicho, sólo puede ser sujeto activo quien se encuentre en ejercicio del cargo en el momento en que se requiere la asistencia. En una concepción amplia de profesional sanitario, no sólo incluiríamos al médico, sino también al personal con funciones auxiliares de aquél. Ello nos permitiría, según un sector doctrinal, incluir a otros profesionales sanitarios como los celadores, conductores de ambulancia, así como a otros facultativos ayudantes del médico en cuanto al diagnóstico (bioquímicos, físicos) o en cuanto al tratamiento (farmacéuticos, protésicos) o bien a los operadores de ciertas máquinas, etc., pues todos ellos tienen un deber jurídico de intervenir<sup>23</sup>. Desde dicho enfoque, tan sólo el personal administrativo de los servicios de salud y el personal de limpieza quedarían fuera de la definición típica de «profesional». Sin embargo, según otros autores —siguiendo una interpretación restrictiva— consideran que la asistencia sanitaria ha de definirse como «aquellas funciones de tratamiento y diagnóstico»<sup>24</sup>. En todo caso, no se discute la inclusión en el término de los médicos, enfermeros o ATS y auxiliares de enfermería o «de clínica».

Podemos concluir, basándonos en la doctrina mayoritaria, que el sujeto activo del delito del artículo 196 del C.P. es «aquella persona garante de la evitación del riesgo para la salud de otro que es capaz —por sus especiales características— de soslayar ese peligro, recurriendo en particular al ejercicio o prestación de algún tipo de asistencia sanitaria<sup>25</sup>».

Existe duda en determinar la forma de ejercicio de la profesión sanitaria o asistencial, pues algunos autores incluyen desde la ejercida en la Administración pública de salud, hasta las adscripciones a un equipo o compañía de asistencia sanitaria de carácter privado; y otros niegan como sujeto activo del delito al médico que lleva a cabo un ejercicio libre de la profesión<sup>26</sup>.

Estimamos que no existirá problema para apreciar el delito en los supuestos de suicidio o de autolesiones ajenas. Efectivamente, podría imputarse objetivamente la omisión

19 De esta opinión participan autores como HUERTA TOCILDO, 1997, p. 78; CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 141 y 143; GÓMEZ TOMILLO, 1999, p. 15-16; ROMEO CASABONA, 2004, p. 658-659; QUERALT JIMÉNEZ, 2007, p. 154; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ PÉREZ DEL VALLE, 2007, p. 2311-2312. Sin embargo, buena parte de la jurisprudencia del T.S. recogió desde su inicio la idea de que «el médico viene obligado, en conciencia y por deberes de solidaridad social, a poner sus conocimientos científicos y su habilidad técnica al servicio de los pacientes que lo precisen y requieran», como un auténtico deber de asistencia del médico como un deber cualificado de ayuda. Así, SSTS de 25 de enero de 1958, 28 de enero de 1961, 20 de abril de 1964 y 7 de diciembre de 1973, por ser algunos ejemplos significativos.

20 Por todos, ROMEO CASABONA, 2004, p. 2311 y 2312. Sujeto activo sólo puede ser el personal sanitario, de ahí que se trate de un delito especial.

21 En este sentido, GRACIA MARTÍN, 2001, p. 469.

22 Delito especial impropio, así GARCÍA ALBERO, 2005, p. 936.

23 Ampliamente, GÓMEZ TOMILLO, 1999, p. 49-51; QUERALT JIMÉNEZ, 2007, p. 154.

24 En este concreto sentido, GARCÍA SANZ, 2002, p. 209-210.

25 Es la opción mantenida por autores como CARBONELL MATEU/ GONZÁLEZ CUSSAC, 2004, p. 314; SERRANO GÓMEZ, 2003, p. 255; PORTILLA CONTRERAS, 2001, p. 1690-1691; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, 1997, p. 923-924; LAMARCA PÉREZ, 2004, p. 171.

26 Ver las aportaciones realizadas por autores como RODRÍGUEZ MOURULLO, 1997, p.560; RODRÍGUEZ DEVESA/ SERRANO GÓMEZ, 1995, p. 123.

a quien, pudiendo hacerlo, se abstuvo de actuar para evitar un mal, aun cuando no constituya un comportamiento anti-jurídico (por ejemplo, huelga de hambre).

El sujeto pasivo del delito se identifica también con quien se encuentre en peligro, si bien este no tiene por qué ser grave, pero si lo ha de ser manifiesto y dirigido a la vulneración o menoscabo de un bien jurídico protegido.

3. La conducta típica: la denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios

### 3.1. La denegación de asistencia sanitaria

El delito se comete cuando el sujeto activo deniega la asistencia o abandona los servicios sanitarios estando obligado a ello, y como consecuencia de la denegación o del abandono se deriva un riesgo grave para la salud de las personas<sup>27</sup>. Sin embargo, no podemos apreciar omisión de asistencia sanitaria en el hecho de aplicar una técnica médica inadecuada por la que se produce el resultado muerte de una persona, pues podría tratarse de homicidio o lesiones por imprudencia profesional<sup>28</sup>. La denegación presupone una solicitud o petición previa de asistencia sanitaria, cualquiera que sea el modo en que se formule<sup>29</sup>. Así contemplado, por omisión de asistencia sanitaria debemos entender no atender a la solicitud o petición previa de asistencia sanitaria.

En nuestra opinión, el profesional debe intervenir siempre que tenga conocimiento del peligro para la salud del enfermo y se encuentre en el ejercicio de su cargo; no siendo necesario —por tanto— un requerimiento, por no contemplarlo el tipo penal (a diferencia del artículo 412.3 C.P., que exige que el particular realice un requerimiento de auxilio al funcionario público). No obstante, se ha defendido la tesis contraria, según la cual la denegación será acusable tras la práctica de un requerimiento concreto<sup>30</sup> motivado por la detectación del riesgo grave fundamentalmente entrevisto o, dicho de otro modo, por la aparición de un peligro concreto. El legislador no hace objeto de especial valoración o cualificación a toda denegación, sino a la que representa una estimable o relevante contingencia para la salud.

Sin embargo, puede ocurrir que se produzca el requerimiento de un tercero en el momento en que el sujeto está atendiendo a un enfermo, por existir peligro grave para la salud de éste, sobre un supuesto de estado de necesidad, en

cuyo caso se aplicará la exigente de estado de necesidad entre bienes iguales.

### 3.2. Abandono de los servicios sanitarios

Respecto del abandono del servicio, la mayoría de los autores de la doctrina ha considerado que abandonar se refiere a la acción de desplazarse físicamente lejos de los servicios sanitarios, o bien, omitir una conducta positiva de acercamiento hacia esos servicios y de ocupación física y jurídica de los mismos durante el tiempo en que se esté obligado a ello<sup>31</sup>. No obstante, también podríamos entender por abandono de los servicios sanitarios, en general, aquella conducta por parte del facultativo consistente en dejar de prestar servicios a un enfermo cuando todavía fuese necesario<sup>32</sup>, por lo que sólo se convierte en ilícito penal cuando el abandono pone en peligro la salud del enfermo (por ejemplo, la omisión del seguimiento postoperatorio). Su esencia se encuentra en el deber jurídico que se intenta preservar a través del precepto, esto es, en el deber de asistencia sanitaria en los contextos de riesgo, y no en el acto en sí de autoincapacitación que puede generar el autor para eludir esa obligación. Por ello, el abandono no consistirá en un mero desplazamiento de los servicios sanitarios, pues la permanencia física en el puesto hospitalario no garantiza todavía por sí misma que se vaya a cumplimentar dicho mandato de intervención. Si quien se encuentra en el servicio no presta la ayuda incurrirá en denegación de auxilio.

Por otro lado, aquellos supuestos en que se asume el tratamiento y los comportamientos omisivos del facultativo, consistentes en omitir alguna medida terapéutica con resultado exclusivo de riesgo y realizados sólo bajo la conciencia de dicho peligro para la salud, indican que nos encontramos en el delito de abandono de los servicios sanitarios; mientras que los que se hubieran llevado a cabo a pesar de haber previsto el autor la misma posibilidad de una lesión efectiva, deberían incluirse en el marco de la tentativa doloso-eventual de homicidio o lesiones en comisión por omisión.

### 3.3. La cláusula típica «estando obligado a ello»

La cláusula «estando obligado a ello» obedece al principio de exigibilidad de la conducta como elemento del tipo objetivo, cuya concreción consiste en la exigencia de que no concurra un riesgo notable para la persona que necesite

27 STS de 28 de enero de 2008.

28 O, por falta de homicidio leve, como se falló en la STS de 21 de noviembre de 2001.

29 RODRÍGUEZ MOURULLO, 1997, p. 561.

30 Requisito básico del requerimiento que precisa de un sentido conminatorio, según indica la STS de 16 de febrero de 1996.

31 De esta opinión son, MOLINA FERNÁNDEZ, 1998, p. 181; CARBONELL MATEU/ GONZÁLEZ CUSSAC, 2004, p. 314; COBOS GÓMEZ DE LINARES, 1997, p. 24.

32 Por todos, GARCÍA BLÁZQUEZ/ MOLINOS COBO, 1995, p. 323.

el auxilio o para posibles derechos o intereses de terceros<sup>33</sup>. Así, la «obligación», funcionaría como mecanismo de elevación a elemento típico de las cualidades de exigibilidad y de necesidad de asistencia<sup>34</sup>.

El profesional sanitario debe estar obligado a prestar asistencia sanitaria o a permanecer en los servicios sanitarios; situación esta que sólo es aplicable a las omisiones cualificadas o de garante, como es el caso previsto en el artículo 196 del C.P. La referencia particular a esta cláusula en la descripción del delito supone que sea considerada como un elemento típico, e implica una restricción del alcance de la infracción.

Estar obligado a conceder la asistencia sanitaria implica el presupuesto de la exigibilidad de tal prestación y también de necesidad de ayuda, pues el delito se limitaría a aquellas omisiones donde la intervención del profesional sanitario requerido sea necesaria e imprescindible para la tutela del bien jurídico salud de las personas y que implican un peligro grave para la misma.

En principio, cualquier médico está obligado a atender a una persona que se encuentre desamparada y en peligro manifiesto y grave, siempre que esté capacitado para hacerlo, sin perjuicio de pedir su traslado al centro sanitario que corresponda. La obligación cesaría cuando estuviera atendiendo a otra persona o incluso en mayor peligro, encontrándose amparado por la causa de justificación de estado de necesidad del artículo 20.5º del C.P.<sup>35</sup>.

En relación con la obligación de prestar la asistencia sanitaria, tal como se avanzó, algún autor diferencia entre los profesionales sanitarios que pertenecen a la salud pública y los que ejercen a título particular su profesión, pues respecto de estos últimos se ha llegado a afirmar que habrá que examinar cuidadosamente dónde cesa la auténtica necesidad y comienza una elección arbitraria del facultativo a la que no tienen por qué prestarse, sobre todo cuando es posible acudir a los servicios sanitarios públicos<sup>36</sup>.

### 3.4. La necesidad de un grave riesgo para la salud

El delito exige que de la inasistencia o abandono se derive un grave riesgo. El verbo derivar no debe entenderse en el sentido de que con tal omisión se cree o incrementa el riesgo, sino que lo que se hace es no evitar o interrumpir que la enfermedad preexistente se agrave hasta esta consi-

deración. Se trataría de que dicha omisión no interrumpa que se genere o incremente el peligro hasta el punto de convertirse en un riesgo grave y que ese resultado pudiera haberse evitado si se hubiera prestado la asistencia debida<sup>37</sup>.

Hemos de entender por riesgo grave aquel que pusiera en peligro la salud o la vida de forma relevante, es decir, aquel que pueda suponer un empeoramiento del estado de salud general del enfermo, afectando al normal funcionamiento de órganos o miembros importantes. El riesgo, desde un planteamiento jurídico, se correspondería con la falta de ayuda o desamparo, con aquella situación donde el enfermo se encuentra sin la atención imprescindible, cuando el profesional garante debiera de encontrarse allí.

El término «derivar» ha de ser interpretado en el sentido de que con tal inactividad no se impide que la enfermedad y el peligro preexistentes continúen su curso, naciendo un riesgo efectivamente grave o incrementándose al anterior hasta alcanzar ese grado. Además resultaría imprescindible que el mismo peligro fuera evitable a través de la prestación sanitaria<sup>38</sup>.

En opinión de algunos autores, la valoración de riesgo grave admitiría diferentes grados de concreción según cada una de las modalidades típicas, de tal forma que no se puede equiparar absolutamente ambas modalidades de conducta. La situación de riesgo grave en el contexto del abandono no tendría el mismo nivel de actualización y concreción que cuando se trate de denegar la asistencia sanitaria<sup>39</sup>.

## IV. Dimensión subjetiva del tipo

El delito de omisión de asistencia sanitaria o de abandono de los servicios sanitarios sólo admite la modalidad dolosa, por no encontrarse prevista la modalidad imprudente. El dolo del sujeto deberá abarcar su comportamiento de «denegar» o «abandonar», cuando concorra una obligación jurídica de realizar lo contrario y tales conductas resulten *a priori* aptas para la causación de un grave riesgo para la salud de las personas.

El tipo requiere igualmente dolo respecto del resultado de peligro, admitiéndose el dolo eventual<sup>40</sup>. El dolo de peligro nacería cuando la omisión se realizase con conocimiento del riesgo concreto para el bien jurídico protegido

33 Estamos ante un delito doloso, pues el profesional sanitario, consciente de ello, deniega la asistencia o abandona el servicio, pese a conocer la situación de riesgo grave que ocasionaría tal denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. Es suficiente con el dolo eventual. En tal sentido, GARCÍA ALBERO, 2005, p. 381; PORTILLA CONTRERAS, 2001, p. 1672; SOLA RECHE, 2004, p. 632; RUBIO LARA, 2003, p. 136-160.

34 STS de 28 de enero de 2008.

35 Además resultará obligado el sujeto que en el momento tenga capacidad de actuar y necesidad de intervenir. Así, STS de 28 de enero de 2008.

36 Así, RODRIGUEZ DEVESA, p. 1243.

37 HUERTA TOCILDO, 1997, p. 67 y 93.

38 GARCIA SANZ, 2002, p. 219-220. También GÓMEZ RIVERO, 2003, p. 608 y 609.

39 En este sentido, MUÑOZ CONDE, 2004, p. 338, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, 1997, p. 926.

40 STS de 10 de septiembre de 2003.

y, a pesar de ello, el sujeto se comportase en contra de lo esperado por el Ordenamiento Jurídico, no pudiendo confiar fundadamente en que hubiera podido evitarlo, puesto que escaparía a sus posibilidades y capacidades, teniendo que conformarse necesariamente con dicho riesgo<sup>41</sup>.

El error sobre los elementos del tipo objetivo excluirá el dolo, conforme a lo establecido en el artículo 14.1 C.P., refiriéndose a las circunstancias que fundamentan la posición de garante. En tales casos, el error de tipo, tanto vencible como invencible, supondrá la impunidad de la conducta.

El error de tipo sobre el riesgo, cuando no se logre probar la concurrencia de dolo eventual respecto del resultado de peligro, se encontrarán castigados por el delito de denegación de auxilio del funcionario público cuando sea requerido por particular (artículo 412.3 del C.P.).

Finalmente, existirá error de prohibición para aquellos supuestos en los que el desconocimiento se encuentre sobre el contenido o extensión del deber de garante.

### V. Causas de justificación o de exculpación

Es posible la concurrencia del estado de necesidad ante situaciones en las que son varias las personas que precisan auxilio, y siendo insuficiente el número de médicos, sólo pueden atender a parte de ellos. La denegación o abandono podrá estar justificada cuando concorra una causa de justificación. Podrá apreciarse el estado de necesidad por conflicto de deberes cuando la denegación o abandono responda a la necesidad de atender otros casos de mayor gravedad<sup>42</sup>. No obstante, en los supuestos donde la denegación de asistencia sea por evitar un mal para el propio profesional, no le será aplicable la limitación recogida en el apartado tercero del artículo 20.5 C.P., pues la especial obligación del profesional le obligará a afrontar riesgos mayores que los exigibles a la generalidad de las personas.

También resultará aplicable el ejercicio legítimo de un derecho como, por ejemplo, en los supuestos de ejercicio del derecho de huelga y el cumplimiento de un deber de obediencia.

Finalmente, podría apreciarse el miedo insuperable, como causa de exclusión de la culpabilidad fundamentada en la no exigibilidad de otra conducta al sujeto, en los supuestos donde exista riesgo para su persona<sup>43</sup>.

### VI. Consumación y formas imperfectas de ejecución

En cuanto delito de peligro abstracto, la consumación se producirá al realizarse, respectivamente, la denegación de

la asistencia sanitaria o el abandono de los servicios sanitarios y concurren otros dos requisitos, ambos de naturaleza normativa: el primero es que la conducta comporte un riesgo grave para la salud y el segundo que el sujeto activo sea un profesional, obligado por normas extrapenales<sup>44</sup>.

En opinión de los que estiman que se trata de un delito de peligro concreto, cabría apreciar supuestos de tentativa<sup>45</sup>.

### VII. Autoría y participación

La autoría y participación no ofrecen especiales particularidades en el delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios, siempre que los sujetos reúnan los requisitos requeridos para ser sujetos activos del delito.

En el supuesto en que sean varias las personas que dejan de prestar la asistencia sanitaria responderán todas ellas por este delito sin que quepa alegar que la asistencia de uno hubiera sido suficiente<sup>46</sup>.

### VIII. Penalidad

Señala el artículo 196 que el profesional que, estando obligado a ello, denegare la asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive un riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior, añadida la inhabilitación especial para el empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años. Entendemos que la remisión al artículo precedente se refiere al tipo básico previsto en el artículo 195 y no tanto al tipo agravado que se prevé en el apartado tercero de este mismo artículo<sup>47</sup>.

### IX. Relaciones concursales

1. Relaciones concursales entre el artículo 196 del C.P. y los tipos de resultado de muerte o lesiones

La cuestión a decidir es si en caso de un eventual resultado de lesiones o muerte, nos encontramos ante el delito de denegación de asistencia sanitaria o, por el contrario, en un supuesto de comisión por omisión. En la resolución de este supuesto la doctrina científica no es unánime. Así, al tiempo que aquel sector doctrinal defendía la atribución al facultativo omitente de una posición jurídica cualificada,

41 Partidarios de esta postura son GARCÍA ALBERO, 2005, p. 412; HUERTA TOCILDO, 1997, p. 94-98; GÓMEZ PAVÓN, 1995, p. 297-298; PORTILLA CONTRERAS, 2001, p. 1692-1693.

42 En este sentido, la AP de Navarra de 1 de septiembre de 1997, que justifica la conducta cuando existan demandas de asistencia simultánea y con parecida gravedad.

43 En contra, ROMEO CASABONA, 1993, p.32.

44 Así, por todos, CARBONELL MATEU/ GONZÁLEZ CUSSAC, 1996, p. 988. También la STS 29 de noviembre de 2001.

45 FARALDO CABANA, 1999, p. 59, GÓMEZ PAVÓN, 2004, p. 315-318.

46 Por todos, GARCÍA SANZ, 2002, p. 24.

47 A favor de esta opinión, HUERTA TOCILDO, 1997, p. 104, GÓMEZ TOMILLO, 1999, p. 50. En contra GÓMEZ RIVERO, 1996, p. 1387.

se le atribuirá también la comisión por omisión del eventual resultado lesivo que se produzca, quedando el artículo 196 como una especie de «tipo subsidiario» del delito de homicidio o de lesiones por omisión<sup>48</sup>.

Para otro sector doctrinal, cuando en la actuación del facultativo se detecte la presencia de dolo —aun cuando sea eventual— en referencia al resultado de muerte o perjuicio grave para la salud, aquel deberá responder únicamente por un delito doloso de homicidio o lesiones en comisión por omisión, conforme al criterio de subsidiariedad. En el supuesto en que sólo concurriera imprudencia en el autor, se aplicará un concurso ideal de delitos entre el tipo de peligro doloso del artículo 196 C.P. y el homicidio o las lesiones a título de comisión por omisión imprudente<sup>49</sup>. También se ha propuesto su resolución en la aplicación del principio de alternatividad, a favor del precepto con mayor pena<sup>50</sup>.

Por último, en opinión de otros autores, existirá un concurso de delitos entre los tipos de resultado en comisión por omisión y el delito omisivo del artículo 196 del C.P.<sup>51</sup>.

2. Concursos entre el delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios y el delito de denegación de auxilio de funcionario público ante requerimiento de particular previsto en el artículo 412, apartado tercero, del Código Penal

Cuando el profesional sanitario que omite la asistencia debida ostente la cualidad de funcionario público y haya sido requerido por particular, existirá un concurso de normas con respecto al delito, previsto en el artículo 412.3 del C.P., que prevé la denegación de auxilio. Concurso de normas que deberá resolverse —en aplicación del principio de especialidad— a favor del artículo 196 del C.P., por ser ésta última la norma especial. Dicha especialidad se fundamenta en las características singulares del sujeto activo —en este caso, un profesional que deniega la asistencia sanitaria o abandona los servicios sanitarios—, en la mayor correspondencia con el bien jurídico protegido, que se concreta en la protección del derecho a la asistencia sanitaria en situaciones de riesgo grave para la salud de las personas, así como en la mayor gravedad de la sanción<sup>52</sup>.

## X. Cuestiones más debatidas en relación al delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. Toma de posición

En primer lugar, el precepto ofrece dudas sobre su naturaleza jurídica a la luz de las relaciones que guarda con el artículo precedente. Así, se ha discutido si ha de contemplarse al delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios como un delito especial respecto de la omisión del deber de socorro, o bien, cualificado o agravado en función de la cualidad del sujeto activo y de la exigencia de grave riesgo en que se ha de poner la salud personal, o, por el contrario, si nos encontramos con tipos delictivos autónomos o independientes. Sobre todo, cuando el delito se encuentra cercano a una tentativa de homicidio o lesiones en comisión por omisión; siendo necesaria su clara distinción.

En nuestra opinión, se trataría de omisiones puras de garante, donde se produce una agravación no equivalente a la causación activa del resultado y donde no se imputa a su autor el posible resultado lesivo. No se trataría de una simple omisión propia, similar a la que recoge el artículo 195, en sus apartados 1º y 2º, sino que contiene una cualificación o mayor gravedad que se deriva del requisito de causar un «grave riesgo para la salud de las personas». Este requisito típico funciona como un verdadero resultado típico, si bien en una omisión referida a resultado sin equivalencia comisiva. También se trata de una omisión de sujeto especial, donde el facultativo ostenta un status formal de garante que lo compromete a la salvaguarda de la salud de las personas; ello sin perjuicio de que dicho deber de garante no lo sea de evitación de resultados, sino solamente de puesta en marcha de todos los medios necesarios y posibles para conjurar el peligro<sup>53</sup>.

En segundo lugar, se plantea por la doctrina científica cual debe ser el bien jurídico protegido, cuya determinación ha de centrarse no únicamente en la solidaridad humana por su relación con el artículo 195 del C.P., sino también en la exigencia de un resultado concreto para la salud personal, lo que nos llevaría a aceptar al propio deber profesional de asistencia del facultativo como posible bien jurídico protegido junto con los que de manera inmediata

48 Si la conducta es dolosa el caso se resuelve mediante un concurso de normas entre el delito de homicidio o lesiones y el delito de omisión del deber de socorro a la propia víctima, siendo este un tipo subsidiario de aquel. Cuando dichas lesiones traigan causa de una conducción bajo los efectos del alcohol o de una conducción temeraria, el juez no castigará al sujeto por ambos delitos, sino sólo por el más grave en aplicación del artículo 383.1 del C.P. En esta línea de argumentación, HUERTA TOCILDO, 1997, p. 81-86; PORTILLA CONTRERAS, 2001, p. 391; CARBONELL MATEU/ GONZÁLEZ CUSSAC, 2004, p. 315; CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 142-144.

49 Así, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ PÉREZ DEL VALLE, 2007, p. 2311.

50 Por todos, HAVA GARCÍA, 2001, 149-150.

51 Ver las apreciaciones realizadas por autores como, QUERALT JIMÉNEZ, 2002, p. 155; MUÑOZ CONDE, 2007, p. 339; GÓMEZ RIVERO, 2007, p. 616-620.

52 En este sentido, RUBIO LARA, 2006, p. 35 y 36.

53 De esta opinión, ROMEO CASBONA, 2004, p. 655-656; FARALDO CABANA, 1999, p.52-53; GRACIA MARTON, 2001, p. 469.

se protegen, como resultan ser la vida y la integridad de las personas<sup>54</sup>. En opinión de algún autor, que personalmente comparto, lo protegido será directamente la vida o integridad personal no debido a una supuesta solidaridad institucional, sino más bien debido a la posición de deber especial<sup>55</sup>.

Otra cuestión debatida es la referente a la posición jurídica que los sujetos activos ocupan en cuanto «profesionales»: aquellos que resultan estar obligados a prestar asistencia sanitaria en contextos y lugares concretos y que, además, son garantes de la evitación de riesgos graves para la salud de las personas, pues son los responsables de la creación de dichos riesgos cuando omiten. Dicha condición en el sujeto activo hace necesario contemplar a este como un sujeto especial y concreto, pues solo el habilitado jurídico y materialmente a prestar la asistencia sanitaria podrá serlo. Esto supone definir a quienes desempeñan una función de carácter específicamente sanitario y quienes no y, de esta manera, desvincular de sujeto activo a quienes no estén cualificados para prestarla<sup>56</sup>.

Una vez concretado quien debe ser tenido como sujeto activo del delito también debe perfilarse su posición de garante que surgirá del deber de asistencia con origen en un vínculo legal o contractual de auxilio a las víctimas que se encuentren en riesgo grave o peligro concreto para su salud, que bien podría concretarse en «una grave enfermedad somática o física o lesiones agravadas del artículo 149 del C.P.<sup>57</sup>».

En otro orden de cosas, la conducta típica requiere un examen exhaustivo de los verbos típicos «denegar» y «abandonar», junto con la expresión típica «servicios sanitarios». Por denegación de auxilio sanitario ha de entenderse fundamentalmente dos cosas:

- a) No atender la solicitud o petición previa de asistencia sanitaria.
- b) La denegación admite cualquier modo y no solamente la petición expresa.

Por «abandono de los servicios sanitarios» debemos entender aquel desplazamiento físico del servicio sanitario que suponga un incumplimiento del deber jurídico de asistencia sanitaria o la omisión de una conducta positiva de acercamiento hacia ese servicio, donde existe una ausencia física o jurídica del obligado a ello.

Por último, por «servicio sanitario» ha de entenderse, en un sentido amplio, prestación sanitaria o el tratamiento de un paciente individual en los contextos de riesgo grave para la salud de las personas<sup>58</sup>.

### Bibliografía

- ALAMILLO CANILLAS, La Solidaridad humana en la Ley penal (Ley de 17 de julio de 1951), Madrid, 1962.
- ARAUZ ULLOA, El delito de omisión del deber de socorro, Aspectos fundamentales, Madrid, 2006.
- BAJO FERNÁNDEZ, «Omisión del deber de socorro», en BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, Manual de Derecho penal, Parte Especial (delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil), Madrid, 1995.
- BALDÓ LAVILLA, Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las situaciones de necesidad», Barcelona, 1994.
- BALESTRINO, Sul contenuto del dovere di soccorso, en RIDPP, 1981.
- BELLAVISTA, «Il problema de la colperolezza», en Anali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo, 1946.
- BERTOZZI, «Questioni in tema di omissione di soccorsi alle vittime di incidente stradali», Mon Trib, 1973.
- BLANCO LOZANO, Tratado de derecho penal español, T. I., El sistema de la Parte general, Vol. 2, La estructura del delito, Barcelona, 2005.
- BUSTOS RAMÍREZ, Manual de Derecho penal, Parte especial, 1991.
- CARBONELL MATEU/ GONZÁLEZ CUSSAC, «Comentario a los artículos 195 y 196 CP 1995», en VIVES ANTÓN (coord.), Comentarios al Código penal de 1995, Valencia, 1996.
- CARBONELL MATEU/ GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN/ ORTS BERENGUER/ CARBONELL MATEU/ GONZÁLEZ CUSSAC/ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho Penal. Parte Especial, Valencia, 2004.
- CADOPPI, Il reato di omissione di soccorso, 1993.
- COBO DEL ROSAL/ CARMONA SALGADO/ GONZÁLEZ RUS/ MORILLAS CUEVA/ POLAINO NAVARRETE/ PORTILLA CONTRERAS/ SEGRELLES DE ARENAZA/ Curso de Derecho penal español, Parte Especial, t. II, 1997.
- CHOCLAN MONTALVO, Derecho penal, Parte Especial, Tomo II, Barcelona, 2001.
- COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, Derecho penal, Parte general 1999.
- COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN/ BOIX REIG/ ORTS BERENGUER/ CARBONELL MATEU, Derecho penal, parte especial, Madrid, 1990.

54 HUERTA TOCILDO, 1997, p. 73; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1997, p. 559-562; GÓMEZ PAVÓN, 1995, p.287.

55 En concreto, ROMEO CASABONA, 2004, p. 659. También GÓMEZ PAVÓN, 1995, p. 307.

56 Por ello serán posibles autores los médicos, enfermeros o auxiliares sanitarios y quedarán excluidos quienes no desempeñen una función específicamente sanitaria o personal no cualificado como pueden ser los conductores de ambulancia o los celadores. Por todos, BARJA DE QUIROGA/PÉREZ DEL VALLE, 1997, p. 2285-2313; DEL ROSAL BLASCO, 2005, p. 338.

57 Como, por ejemplo, opina SILVA SÁNCHEZ, 2000, p. 153-172.

58 Por todos, GÓMEZ TOMILLO, 1999, p. 55. También ESQUINAS VALVERDE, 2006, p. 367-380.

- COBOS GÓMEZ DE LINARES, Derecho penal, Parte Especial, en RODRÍGUEZ RAMOS/ SÁNCHEZ TOMÁS, Madrid, 1997.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO/ESCOBAR JIMÉNEZ, AAVV, Código penal comentado, Barcelona, 2004.
- CÓRDOBA RODA, Comentarios al Código penal, México, 1972 y Vol. III, 1977.
- CUELLO CALÓN, «La obligación de socorrer a las personas en peligro en la legislación penal española (El nuevo artículo 489 bis del Código penal. Ley de 17 de julio de 1951)», ADPCP, mayo-agosto de 1951.
- CUERDA RIEZU, La colisión de deberes en Derecho penal, Madrid, 1984.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Derecho penal de la circulación. Delitos de violencia vial. Barcelona, 2006.
- DEL ROSAL, «Meditación crítica sobre la modificación de los delitos de la circulación (Ley de 8n de abril de 1967)», en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1968.
- DEL ROSAL BLASCO, en COBO DEL ROSAL (coord.), Derecho penal español, PE, 2005.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDÓ, «La omisión de socorro a la propia víctima», en AAVV, Derecho de la Circulación (Aspectos civiles y penales), Madrid, 1993.
- ESQUINAS VALVERDE, El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El artículo 196 del Código penal, Granada, 2006.
- FARALDO CABANA, «El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios», Revista del Poder Judicial, nº 55, 1999.
- FERNÁNDEZ ALBOR, «La asistencia médica y omisión del deber de socorro», en Estudios penales y criminológicos, VII, Santiago de Compostela, 1984.
- GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.) y VALLE MUÑIZ (Coord.), Comentarios al nuevo Código penal, Pamplona, 2005.
- GARCÍA BLÁZQUEZ/ MOLINOS, Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica (aspectos jurídicos y médico-forenses), Granada, 1995.
- GARCÍA SANZ, «Responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria a extranjeros», en Inmigración y Derecho penal, Bases para un debate, AAVV, LAURENZO COPELLO, Valencia, 2002.
- GIESELER, Unterlassene Hilfeleistung, 1999.
- GIMBERNAT ORDEIG, «La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión)», en La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir, VVAA, Madrid, 2002.
- GÓMEZ BENÍTEZ, Teoría jurídica del delito, Derecho penal, Parte general, Madrid, 1988.
- GÓMEZ MARTÍN, Omisión del deber de socorro, comisión por omisión y seguridad en el tráfico, en CORCOY BIDASOLO (dir.), Seguridad Vial y Derecho penal, Valencia, 2008.
- GÓMEZ PAVÓN, en ÁLVAREZ GARCÍA, Código penal comentado, Madrid, 1990.
- GÓMEZ PAVÓN, «La responsabilidad del médico por omisión», Revista poder Judicial, nº 40, 1995.
- GÓMEZ PAVÓN, Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil, Barcelona, 2004.
- GÓMEZ RIVERO, «La regulación de los delitos de omisión del deber de socorro», La Ley, XVII, nº 4051, 1996.
- GÓMEZ RIVERO, La responsabilidad penal del médico, Valencia, 2003.
- GÓMEZ TOMILLO, El deber de socorro (artículo 195.1 del Código penal), Valencia 2003.
- GÓMEZ TOMILLO, Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios. Artículo 196 del Código penal, Valladolid, 1999.
- GRACIA MARTÍN, «Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», en Modernas tendencias de la Ciencia del Derecho penal y la Criminología», UNED, VVAA, Madrid, 2001.
- GUARNERI, «In tema di omissione di socorros», en RIDPP, 1936.
- HAVA GARCÍA, La imprudencia médica, Valencia, 2001.
- HASS, Notwehr und Nothilfe, 1978.
- HARZER, Die Tatbestandsmäßige Situation der unterlassenen Hilfeleistung, 1998.
- HUERTA TOCILDO, «Concepto ontológico o concepto normativo de omisión», CPC 17, 1982.
- HUERTA TOCILDO, «Injerencia y artículo 489 bis, párrafo 3º, del Código penal», en ADPCP, 1985.
- HUERTA TOCILDO, Problemas fundamentales de los delitos de omisión, 1987.
- HUERTA TOCILDO, Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995, Valencia, 1997.
- JAY SILVER, The Duty to Rescue: A Reexamination and proposal, 26 W.& M.Y.L.R. 423, 1985.
- JESCHECK, Tratado de Derecho penal, Parte general, (trad. De la 4º ed. Alemana por J.L. Manzanera Samaniego), 2º ed., española, Granada, 2003.
- KÜPPER, Recensión a HARZER, Die Tatbestandsmäßige Situation der unterlassenen Hilfeleistung, 1998, en GA, 2000.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/PÉREZ DEL VALLE, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), Código penal. Doctrina y jurisprudencia, t. II, Madrid, 2007.
- LAMARCA PÉREZ, VVAA, Derecho penal, Parte Especial, 2004.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía, Madrid, 2002.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/PÉREZ DEL VALLE, Código penal, Doctrina y Jurisprudencia, T.II, 1997.
- LÓPEZ GARRIDO/ GARCÍA ARÁN, El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario, Madrid, 1996.
- LUZÓN CUESTA, Compendio de derecho penal, Parte especial, Madrid, 2008.
- LUZÓN PEÑA, Derecho penal de la circulación, Madrid, 1990.
- MAGGIORE, Derecho penal, Vol. I, El delito, (traed. De la 4º ed. Italiana 1950 por J.J. Ortega torres, Bogotá, 1971.
- MAQUEDA ABREU, Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas, Granada, 1990; MIR PUIG, Derecho penal, 8º edición, 2007.

- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «La omisión de socorro del profesional sanitario», *Revista de Actualidad Penal*, nº 41, 1997.
- MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, Barcelona, 2004.
- MIR PUIG/ MUÑOZ CONDE, *Adiciones a JESCHECK*, H.H., *Tratado de Derecho penal*, traducción de la 3ª edición alemana por MIR PUIG/ MUÑOZ CONDE, vol. I, Barcelona, 1983.
- MOLINA FERNÁNDEZ, «Comentario al art. 185 y 196 del CP 1995», en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho penal, Parte Especial, Vol. II*, Madrid, 1998/ 2003.
- MORGENSTERN, *Unterlassene Hilfeleistung, Solidarität und Recht*, 1997.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, Valencia, 2007.
- MUSCO, *Omissione di soccorso*, en DI, 1978.
- NAVARRETE URIETA, «La omisión del deber de socorro, exégesis y comentario del artículo 489 bis del Código penal», en RFDUCM, 1959.
- PANNAIN, «Omissione di soccorsi», *NDI*, t. XI, 3º ed., 1957.
- POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL/BAJO FERNÁNDEZ, «Omisión de denuncia de indicio de delito por parte de facultativo», *Comentarios a la legislación penal*, XIV, 2º, 1992.
- POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dir.)/ CARMONA SALGADO/ GONZÁLEZ RUS/ MORILLAS CUEVA/ POLAINO NAVARRETE/ SEGRELLES DE ARENAZA, *Manual de Derecho penal, t.I, Delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad, y los derechos individuales*, 1993.
- POLAINO NAVARRETE, *Dolo y elementos subjetivos del injusto en los delitos de manifestación a la luz del Código penal de 1995*, en VVAA, *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, 1999.
- POLAINO NAVARRETE, *El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura*, Colombia, 2004.
- PORTILLA CONTRERAS, «De la omisión del deber de socorro», en COBO DEL ROSAL, (dir.), *Curso de derecho penal español, Parte Especial I*, Madrid, 1996.
- PORTILLA CONTRERAS, «La omisión del deber de socorro», en Quintero Olivares/ Morales Prats (Coords.), *El nuevo Derecho penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, 2001.
- QUINTANO RIPOLLES, *El delito de omisión del deber de socorro*, en Ij, 1959.
- QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, Parte Especial, Delitos contra los intereses individuales y colectivos*, Barcelona, 2007.
- RAINIERI, *Manual de Derecho penal, Parte Especial, t.V, De los delitos en particular*, (trad. De J. Guerrero), Bogotá, 1975.
- REBOLLO VARGAS, en CÓRDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código penal, P.E. I*, 2004.
- REBOLLO VERGAS, «Algunas reflexiones sobre los delitos de comisión por omisión en el Código penal español», en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en Memoria del profesor J.M. Valle Muñiz*, VVAA (coord., por QUINTERO OLIVARES/ MORALES PRATS), Madrid, 2001.
- REINOTTI, «Omissione di soccorso», *EDRir*, t. XXX, Milano, 1980.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, «Omisión del deber de socorro y auxilio al suicidio», en RFDUCM, 1961.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid, 1966.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, «El delito de omisión de auxilio a víctima y el pensamiento de la injerencia», *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ MOURULLO/ JORGE BARREIRO/ SUÁREZ GONZÁLEZ/ LASCURAÍN SÁNCHEZ/ CANCIO MELIÁ/ FEIJOO SÁNCHEZ, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho penal, Parte Especial*, Madrid, 1989.
- RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español, Parte Especial*, Madrid, 1995.
- ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código penal, Parte Especial, Vol. II, Títulos VII a XII y faltas correspondientes*, VVAA (coord. DÍEZ RIPOLLÉS/ ROMEO CASABONA), Valencia, 2004.
- ROMEO CASABONA, «Responsabilidad médico-sanitaria y sida», *AP* nº 32, 1993.
- RUBIO LARA, *Omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución*, Madrid, 2003.
- RUBIO LARA, *Denegación de auxilio por funcionario público (Código penal, artículo 412, párrafo tercero)*, Madrid, 2006.
- SAINZ CANTERO, «El delito de omisión del deber de socorro», en RGLJ, 1960.
- SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal*, P.G., Barcelona, 1990.
- SÁNCHEZ TOMÁS, *Comisión por omisión y omisión de socorro agravada*, Barcelona 2005.
- SCHLAIFER/ PRIBILLA, *Zur Problematik der «unterlassenen ärztlichen hilfeleistung» in SCHLESWIG-HOLSTEIN*, 1973.
- SCHLÜCHTER, *Irrtum über normative Tatbestandmerkmale mi Strafrecht*, 1983.
- SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal, Parte Especial*, Madrid, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los artículos 195.3 y 196 del Código penal», en *Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986.
- SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997.

SOLA RECHE, «De la omisión del deber de socorro», en Comentarios al Código penal. Parte Especial, Vol.II, Títulos VII a XII y faltas correspondientes, VVAA, DÍEZ RIPOLLÉS/ RÓMEO CASABONA (coord.), Valencia, 2004.

TORÍO LÓPEZ, «Aspectos de la omisión especial de socorro (art. 7, Ley 122-62), ADPCP, 1967.

TORIO LÓPEZ, «Límites político-criminales del delito de comisión por omisión», en ADPCP, 1984.

VARONA GÓMEZ, Derecho penal y solidaridad, Teoría y práctica del mandato penal de socorro, 2005.

ZULGALDIA ESPINAR, «Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3 del artículo 489 bis del Código penal», en CPC, 1984.