

RESPONSABILIDAD PENAL POR DENEGACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA A EXTRANJEROS

Judit García Sanz

Profesora Asociada de Derecho Penal
Universidad de La Laguna

RESUMEN

La ley española reconoce el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros cuando concurren determinados requisitos. La denegación de asistencia puede originar responsabilidad no sólo administrativa y disciplinaria sino también penal. En este artículo se estudian los preceptos del Código Penal español aplicables en cada caso.

PALABRAS CLAVE: extranjeros; asistencia sanitaria; responsabilidad penal; omisión.

ABSTRACT

Spanish law recognices medical assistance of foreign people, if there are the required conditions. Because of that, when professionals denied that assistance appears not only administrative and disciplinary responsibility but also criminal. In this article, it's studied the specific rules, according to spanish criminal law, applied in these cases.

KEY WORDS: foreign, medical assistance, criminal responsibility, omission.

I. INTRODUCCIÓN

La asistencia sanitaria a inmigrantes de forma gratuita *es un derecho* reconocido legalmente y, por consiguiente, los centros sanitarios de la red pública o concertados deben prestar asistencia tanto en el ámbito de atención primaria como especializada a cualquier persona que la demande aunque no presente la documentación acreditativa de su inclusión en la Seguridad Social.

No obstante, hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000¹, la Administración, unas veces en cumplimiento de las previsiones de la legislación, otras a causa de la incorrecta aplicación de ésta, ha negado este derecho². Esta realidad ha sido puesta de manifiesto por diversas ONGs y por los medios informativos que recogen casos en los que se ha negado la asistencia a inmigrantes sin papeles incluso en los supuestos reconocidos por la ley, o se les ha intentado cobrar las urgencias a pesar de no contar con medios económicos.

En este trabajo pretendemos dilucidar la responsabilidad penal en que podrían incurrir determinados profesionales por no prestar asistencia sanitaria a inmigrantes, que puede ser incluso más gravosa que si de nacionales se tratara, por suponer en ocasiones un atentado no sólo a la salud y la vida sino también a la dignidad humana, si la negativa obedece a motivos racistas.

En primer lugar, se analizará el alcance de este derecho referido a extranjeros antes y tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000. En segundo lugar, se abordará el estudio de los posibles delitos en que puede incurrir el profesional que no presta asistencia sanitaria a un extranjero en los casos en que la Ley reconoce este derecho.

II. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

1. SITUACIÓN ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000

En materia de extranjería la normativa aplicable antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000 era La Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, de 1 de julio de 1985³. Esta Ley no se refería expresamente al derecho a la sanidad sino que éste se regulaba en la LGS⁴ y su normativa de desarrollo.

Con la LGS se origina la universalización de la atención sanitaria, puesto que esta Ley viene a reconocer en su artículo 1.2 la titularidad del derecho a la protección de la salud y la atención sanitaria en condiciones idénticas a los españoles a los ciudadanos *extranjeros que tengan establecida su residencia en territorio nacional*. Por otro lado, el artículo 1.3 de este mismo texto legal dispone que los *extran-*

¹ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. En lo sucesivo Ley Orgánica 4/2000.

² Este problema se ha planteado principalmente en el orden social. En ocasiones, para negar el derecho a las prestaciones sanitarias por no estar regularizada la situación del extranjero. Un ejemplo de ello es el caso discutido en la Sentencia de 3 de junio de 1998 (RA 2207/1998), de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que niega el derecho a la tarjeta sanitaria a unas extranjeras a pesar de encontrarse empadronadas y carecer de medios económicos. Otras veces, los Jueces y Tribunales han actuado con el objeto de corregir la actuación de la Administración sanitaria y reconocer el derecho a la prestación sanitaria en los casos previstos legalmente. El caso más frecuente era el de las extranjeras embarazadas a las que se les negaba la asistencia o se les intentaba cobrar los gastos del parto. Sobre ello, con más detalle v. núm. 7.

³ En su artículo 4 disponía: los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos.

⁴ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

jeros no residentes en España tienen garantizado dicho derecho en la forma que establezcan las leyes y Convenios internacionales⁵.

Este derecho genérico se ampliaba en el caso de extranjeros menores de 18 años⁶ y de extranjeras embarazadas⁷. Del mismo modo, se venía prestando asistencia sanitaria en casos de urgencia, si bien se repercutía el coste, sin que pudieran solicitar la tarjeta sanitaria a pesar de carecer de medios económicos⁸.

2. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA EN LA LEY ORGÁNICA 4/2000

Frente a esta situación la Ley Orgánica 4/2000 extiende el ámbito de la asistencia no sólo a los extranjeros con residencia legal, sino a los que se encuentren empadronados y, en algunos supuestos, a los que simplemente se encuentren en España.

En concreto, artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000 reconoce el derecho a la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que los españoles a los *extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón* del municipio en el que residan habitual-

⁵ Los residentes o nacionales comunitarios tienen garantizada la prestación sanitaria en igualdad de condiciones que los españoles. Asimismo, España ha firmado Convenios bilaterales de Seguridad Social que regulan la exportación de prestaciones sanitarias con países no comunitarios (entre otros: Brasil, Ecuador, Marruecos, Panamá, Paraguay, Perú, etc.). En los demás casos, hasta la Ley 4/2000 no existía un derecho a recibir asistencia sanitaria salvo en los supuestos excepcionales previstos legalmente.

⁶ El derecho a la asistencia sanitaria de los menores extranjeros estaba reconocido en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que viene a recoger las obligaciones establecidas en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ratificada por España por instrumento de 30 de noviembre de 1990. Dicha Convención en su artículo 24 establece el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud.

⁷ Las extranjeras embarazadas tienen derecho a la asistencia sanitaria continuada, antes y después del parto, ya que, aunque la Ley nacional recogía sólo el derecho a la atención en casos de urgencia, la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas reconocía el derecho a una asistencia sanitaria continuada de modo expreso. Sin embargo, se venían planteando casos en los que se negaba el derecho a la asistencia sanitaria a extranjeras con residencia no legal o se repercutía el coste del parto, todo ello a pesar de la normativa referida anteriormente. Con el objeto de frenar esta situación, el Insalud dictó en agosto de 1999 una circular que fue difundida en todos los centros, en ésta se les recordaba *el derecho de todas las mujeres gestante a recibir atención sanitaria durante el embarazo, parto y postparto, con independencia de su situación en España y sin que se exija ninguna acreditación ni identificación, salvo que sea necesaria para su seguimiento asistencial*.

⁸ Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/2000, el RD 1088/1989, de 8 de septiembre, que extiende la cobertura de la Seguridad Social a personas sin recursos económicos suficientes, no era aplicable a los extranjeros no residentes aunque estuvieran empadronados en el censo municipal. Así lo declara, entre otras, la Sentencia de 3 de junio de 1998 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (RA 2207/1998), que desestima el recurso de suplicación y confirma la sentencia de instancia que declara que, a pesar de encontrarse empadronados y no superar sus ingresos el salario mínimo interprofesional.



mente, y en su artículo 14.1, dispone: *Los extranjeros residentes tendrán derecho a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles.*

Por otra parte, esta Ley garantiza el derecho a la asistencia sanitaria a los inmigrantes sin residencia y sin que estén inscritos en el padrón por el simple hecho de encontrarse en España siempre que concurren determinadas circunstancias objetivas y subjetivas. En primer lugar, el párrafo 2 de este mismo artículo 12 reconoce a los extranjeros que se encuentren en España el derecho a la *asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes*, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica. En segundo lugar, el párrafo 3 del artículo 12 declara el derecho a la asistencia sanitaria a los *menores de dieciocho años* en las mismas condiciones que los españoles. Por último, el párrafo 4 dispone que las extranjeras *embarazadas* tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto.

Dado todo ello, se sustituye el requisito de la residencia en territorio nacional que establecía la Ley General de Sanidad por la *inscripción en el padrón municipal*⁹. En definitiva, se asimila la situación de los extranjeros empadronados con la de los nacionales o residentes legales y se extiende el ámbito de la asistencia también a los que se encuentren en España sin estar empadronados en los casos previstos en los párrafos 3 y 4, en las mismas condiciones que los españoles, con ello se supera cualquier diferencia al respecto¹⁰.

No obstante, si hubiera algún tercero obligado al pago se estaría a lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad en igualdad de condiciones que los españoles y si la persona carece de recursos se seguirá el procedimiento establecido en el RD 1088/1989, de 8 de septiembre, que extiende la cobertura de la Seguridad Social a personas sin recursos económicos suficientes y su normativa de desarrollo prevista en la Orden de 13 de noviembre de 1989 y la Resolución de la Secretaría de Asistencia Sanitaria de 29 de diciembre de 1989¹¹.

⁹ La Ley 4/1996, de 10 de enero, modificó la regulación anterior del Padrón municipal (contenida en el artículo 12 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local y en los artículos 12 y siguientes del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril).

¹⁰ Las prestaciones a que tiene derecho en igualdad de condiciones se encuentran definidas en la legislación en materia de Sanidad y Seguridad Social con la extensión que determina el RD 63/1995, sobre ordenación de prestaciones del Sistema Nacional de Salud.

¹¹ Los requisitos para acceder al derecho a la asistencia sanitaria contemplados en la normativa referida, por lo que respecta a los extranjeros, se deben entender modificados por lo dispuesto en las Instrucciones de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 28 de enero de 2000. Además, las Comunidades Autónomas tienen competencias en materia de sanidad tanto en la regulación como en la ejecución (el artículo 149.1.16^a atribuye al Estado la competencia en materia de bases y coordinación general de la sanidad, de modo que compete al Estado fijar ciertos requisitos mínimos dejando un amplio margen a las Comunidades Autónomas). En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, el Director del Servicio Canario de Salud ha dictado la Instrucción núm. 1/2000, para hacer efectivo el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros que se encuentren en la Comunidad Autónoma de Canarias, en aplicación de la Ley Orgánica 4/2000.

En definitiva, la denegación de la prestación sanitaria pública (y en algunos casos la privada) es contraria a la normativa y puede ser objeto de sanción administrativa, disciplinaria o penal.

III. RESPONSABILIDAD PENAL POR DENEGACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA A EXTRANJEROS

1. INTRODUCCIÓN

La vulneración del derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes puede originar responsabilidad no sólo disciplinaria y administrativa sino también penal. En este trabajo, se acomete el estudio de los posibles ilícitos penales en que puede incurrir el profesional sanitario u otras personas por no prestar asistencia sanitaria a los extranjeros. No se aborda el problema de la responsabilidad por un actuar negligente, es decir, los casos de imprudencia, puesto que no son supuestos de denegación sino de prestación sanitaria sin la diligencia debida.

La situación existente con anterioridad al Código Penal de 1995 era la siguiente: si el médico pertenecía a la sanidad pública y en el ejercicio de su cargo denegaba el auxilio a un extranjero teniendo éste derecho a ello, el facultativo podía ser castigado por el delito de denegación de auxilio a un particular en concurso con el delito de omisión del deber de socorro, siempre que concurriesen los requisitos típicos de éste¹². En cambio, si el médico no estaba integrado en la sanidad pública, respondía únicamente por el delito de omisión del deber de socorro salvo que ostentara una posición de garante, en cuyo caso se le imputaban en comisión por omisión los resultados efectivamente producidos.

En este estado de cosas, se castigaba por igual al médico que actuando como un particular no socorría a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave (por ejemplo, al médico que encontrándose fuera de servicio hallaba a una persona herida) y, por otro lado, al médico que, sin haber asumido el compromiso previo de tratamiento de un paciente concreto, no asistía a una persona cuando estaba prestando sus servicios profesionales en un centro sanitario (por ejemplo, está en un servicio de guardia y no asiste a un inmigrante necesitado de asistencia sanitaria). Como se verá, en el segundo de los ejemplos se añade un plus al desvalor de la conducta, ya que no sólo se vulnera el deber de solidaridad que afecta a la generalidad de las personas, sino que también se infringe el deber profesional que incumbe

¹² En la vigencia del CP de 1973, la mayoría de la doctrina estimaba que entre estos delitos existía un concurso de leyes y no de delitos: entre otros FERNÁNDEZ ALBOR, A.: *Asistencia médica y omisión del deber de socorro*, Estudios Penales y Criminológicos VII, Santiago de Compostela, 1982, pp. 158-9.



a todo profesional de la sanidad tanto pública como privada, además de la posible lesión de la dignidad humana en aquellos casos en que la denegación obedezca a motivos racistas.

2. LA SITUACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL 1995

El CP de 1995 introduce diversas figuras delictivas que pretenden dar una respuesta penal satisfactoria a este problema. Estas figuras delictivas son reconducibles tanto a la categoría de delitos de comisión por omisión como de omisión pura u omisión pura de garante¹³.

El único precepto que se refiere a este problema de forma específica es el artículo 196 que introduce el delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios¹⁴. Aunque no se refieren expresamente al ámbito sanitario, pueden ser aplicables en este campo otros preceptos de carácter general como el delito de denegación de auxilio por parte de un funcionario público (artículo 412.3 CP) cuando el profesional ostente la condición de funcionario público¹⁵, para evitar que junto al daño a bienes personales se entorpezca el correcto funcionamiento de la Administración¹⁶.

Por su parte, el delito de omisión del deber de socorro recogido en el artículo 195 CP y las faltas por denegación de auxilio a personas desvalidas de los artículos 618 y 619 CP serán aplicables en aquellos casos en que no concurren todos los requisitos típicos de los artículos 412.3 y 196 CP, pero se deniegue el auxilio necesario a una persona desamparada o desvalida. También se castiga como delito la denegación de un servicio por motivos racistas (artículos 511 y 512 CP), con el fin de evitar el ataque a la dignidad humana que conllevan estas conductas discriminatorias.

¹³ Nos ofrece una clasificación tripartita de los delitos de omisión: SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, pp. 344 y 369.

¹⁴ El artículo 196 ha sido introducido de forma novedosa en el vigente C.P. Este precepto dispone: *El 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, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años.*

¹⁵ Como señala, ROMEO CASABONA, C.M.: *El médico ante el Derecho*, Madrid, 1985, p. 45, son funcionarios los médicos titulares de la asistencia pública y los que prestan sus servicios profesionales en instituciones públicas. Sobre el concepto de funcionario a efectos penales v. artículo 24 CP.

¹⁶ Este precepto posee un alcance más amplio que los artículos 195 y 196 CP, ya que permite castigar la denegación de asistencia sanitaria por parte de los profesionales en que concorra la condición de funcionario público o autoridad aunque no se derive riesgo grave para la salud de las personas o no se halle en un estado de desamparo y peligro manifiesto y grave. Sobre la relación concursal entre el artículo 412.3 y el artículo 196 v. infra apdo. 3.5.

Del mismo modo, cabe la posibilidad de que el profesional de la sanidad responda en comisión por omisión ante resultados de muerte o lesiones efectivamente producidos (artículo 11 CP¹⁷) cuando concurra el requisito de la *equivalencia estructural y material en el plano normativo* con la acción¹⁸. No obstante, si se adopta la tesis restrictiva de la comisión por omisión en la interpretación del artículo 11 CP¹⁹, estos supuestos serán muy escasos en el campo de la inmigración por la inexistencia en la mayoría de los casos de una relación médico-paciente previa entre el facultativo y el inmigrante que requiere la asistencia²⁰.

En definitiva, la discusión se centra en determinar en qué situaciones cabe apreciar una posición de garantía en la figura del médico. Desde la interpretación restrictiva aquí propuesta, la posición de garante se reducirá a aquellos casos en que se ha asumido efectivamente el tratamiento del paciente²¹.

No obstante, algún autor desde posiciones extensivas hace responsable en comisión por omisión por el resultado de muerte o lesiones a todo médico (por

¹⁷ Sobre el alcance y las diversas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales de la cláusula introducida en el artículo 11 CP v. GIMBERNAT ORDEIG, E. en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Madrid, 1999, pp. 409-39; SILVA SÁNCHEZ, J.M. en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Madrid, 1999, pp. 441-88.

¹⁸ Con anterioridad a la introducción de la cláusula recogida en el artículo 11 del CP, nos ofrecía esta propuesta terminológica SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *El delito de omisión*, ob. cit., parte tercera, cap. 2º, este autor basa la identidad estructural en posiciones cualificadas de garantía construidas a partir del compromiso específico del garante que establece una auténtica barrera de contención de riesgos determinados.

¹⁹ Una primera lectura del artículo 11 del CP denota que el legislador se ha decantado por las teorías formales de la posición de garante. No obstante, un sector doctrinal y jurisprudencial, al que nos adherimos, viene defendiendo que a pesar de la confusa redacción de la cláusula del artículo 11, los criterios de equivalencia entre la acción y la omisión no se agotan en la posición de garante del omitente (infracción del deber) sino que es preciso un juicio adicional de equivalencia estructural y normativa con la acción. En este sentido: SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *El nuevo Código Penal. Cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, pp. 66-7; EL MISMO: *Comentarios*, ob. cit., pp. 441-88; CEREZO MIR, J.: *Derecho Penal. Parte General, Lecciones 26-40*, UNED, 2ª ed., 2000, p. 229.

²⁰ Esta situación podría originarse en aquellos casos en que, en un primer momento, se presta la asistencia sanitaria al inmigrante pero, con posterioridad, se le niega por no haber satisfecho éste los requerimientos de pago de las consultas anteriores.

²¹ La mayoría de la doctrina se inclina por tesis restrictivas diferenciando claramente el plano deontológico y jurídico. Entre otros: ALAMILLO CANILLAS, F.: *La solidaridad humana en la ley penal*, Madrid, 1962, pp. 206-7; CASADO GONZÁLEZ, M.: *Ética, Derecho y deontología profesional*, Derecho y Salud, vol. 6, núm. 1, 1998, p. 34; GÓMEZ TOMILLO, M.: *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios*, Valladolid, 1999, pp. 71.; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La responsabilidad del médico*, ob. cit., p. 126. En la doctrina alemana, citado por todos: BOCKELMANN, *Das Strafrecht des Arztes*, Stuttgart, 1967, pp. 1-47, que plantea la insuficiencia de los deberes deontológicos para fundamentar una obligación jurídica; LAUFS, A.: *Arztrecht*, 3ª ed., Munich, 1984, p. 39; SCHÜNEMANN, B.: *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971, pp. 35; STREE, W. en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25ª ed., § 13, marg. núm. 28.



ejemplo, por las lesiones o muertes de los inmigrantes a los que se deniega la asistencia aunque no exista una relación médico-paciente), puesto que aprecian un *deber profesional* que sitúa al médico en una permanente posición de garantía aunque no haya asumido el compromiso efectivo o se halle fuera de servicio²².

Esta óptica debe rechazarse, ya que conlleva un excesivo sobrecargo de responsabilidad y sitúa a los médicos en un estado de guardia permanente. Además, es necesario deslindar el plano deontológico y el jurídico, frente a las posturas extensivas que estiman que el médico tiene en todo caso un deber jurídico que deriva del Código deontológico y que sólo hallaría límites en la idea de exigibilidad.

Tampoco compartimos la opinión de aquellos que consideran más intenso el deber de socorro del médico aunque actúe fuera de servicio como un miembro más de la Comunidad, ya que estiman que al médico le asiste un deber más intenso que a la generalidad de las personas y está obligado en mayor medida que cualquier otra persona a prestar el socorro. En nuestra opinión, el médico que no atiende a un inmigrante cuando actúa como particular responde como un miembro más de la comunidad por el delito de omisión del deber de socorro general.

En conclusión, sólo cabe derivar una responsabilidad en comisión por omisión ante resultados de muerte o lesiones efectivamente producidos cuando se aprecie la *identidad estructural y material*, que concurrirá en los casos de posiciones cualificadas construidas a partir del compromiso específico del garante que se erige en barrera de contención de riesgos determinados²³.

3. EL DELITO DE DENEGACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA DEL ARTÍCULO 196 CP

Como se ha señalado, el artículo 196 CP se refiere de forma específica al ámbito sanitario y de ahí que debamos estudiarlo con mayor detenimiento²⁴. En nuestra opinión, este precepto debe ser acogido con gran agrado, pues permite castigar de forma adecuada determinadas omisiones de gravedad intermedia y protege en mayor medida bienes jurídicos fundamentales como la vida y la salud.

²² Se muestran partidarios de la posición extensiva y defienden la vinculación jurídica de las normas deontológicas: FERNÁNDEZ COSTALES, J.: *La responsabilidad civil sanitaria médica y de enfermería*, Burgos, 1995, p. 43 y ss.; PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A.: *La intervención jurídica de la actividad médica*, Madrid, 1997, p. 35 y ss. En la doctrina alemana: HERZBERG, R.: *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, 1972, p. 357.

²³ El acto de asunción debe ser actual y preciso en su dimensión y límites. Sobre la discusión del alcance del término asunción y el debate suscitado al respecto, v. SILVA SÁNCHEZ, *La responsabilidad*, *ob. cit.*, pp. 128-29 y 130.

²⁴ En el Derecho comparado, algunos Códigos aluden expresamente a la responsabilidad del personal sanitario. No obstante, la gran mayoría de los Códigos penales de los países de nuestro entorno no prevén una figura específica sino que se acude al delito de omisión de socorro general o a la comisión por omisión.

El carácter novedoso y la confusa ubicación y redacción de este delito ha generado una polémica. En este trabajo aludiremos a aquellas cuestiones más discutidas como su naturaleza, bien jurídico-penal protegido²⁵, sujeto activo y al alcance de la conducta, así como a su delimitación con otras figuras delictivas.

3.1. *La consideración del artículo 196 como delito de omisión pura de garante y de peligro abstracto*

La *naturaleza* de esta figura delictiva es uno de los puntos más discutidos en el artículo 196 CP. La polémica se centra en determinar si esta figura es reconducible a la categoría de delitos de omisión pura, de omisión pura de garante, de omisión con resultado pero sin equivalencia o, por el contrario, se trata de un delito de comisión por omisión.

La introducción de este delito en el Título IX del Código bajo la rúbrica «*De la omisión del deber de socorro*» ha llevado a algunos autores a entender que nos encontramos ante un delito de omisión pura; en concreto, estiman que es un tipo agravado del delito de omisión del deber de socorro del artículo 195.1 CP²⁶. No obstante, si analizamos con detenimiento la estructura típica del artículo 196 CP llegamos a la conclusión de que es una figura autónoma, diseñada con elementos típicos sustancialmente diferentes a los del artículo 195 CP²⁷.

El siguiente paso es determinar qué naturaleza tiene este tipo autónomo, puesto que su ubicación sistemática en la parte especial no es un criterio determinante para su consideración como delito de omisión pura²⁸ ni tampoco la existencia de una posición de garante, sino que el criterio determinante de la delimitación de estas conductas es la concurrencia de la equivalencia de la omisión con la acción a efectos de la imputación del resultado.

²⁵ Acogemos este término por estimarlo más preciso que el de *bien jurídico*. En este sentido: MIR PUIG, S.: *PG, ob. cit.*, p. 134, núm. 27; JAKOBS, G.: *PG, Fundamentos y Teoría de la imputación*, Madrid, 1997, p. 44 y ss.; LUZÓN PEÑA, *Curso, ob. cit.*, p. 328.

²⁶ V. en este sentido: PORTILLA CONTRERAS, G. en: VARIOS, *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*, dirigido por Cobo del Rosal, vol. I, Madrid, 1996, pp. 385-6. Esta tesis es la planteada en la Sentencia de la A.P. de Granada, de 16 octubre de 1999, núm. 689/1999 (ARP 1999/3944), en la que se declara (refiriéndose al artículo 196) que se trata de un *tipo específico de omisión del deber de socorro*.

²⁷ La mayoría de la doctrina estima que estamos ante un tipo autónomo y se muestran críticos con su ubicación sistemática. En este sentido: GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos, ob. cit.*, p. 303. Esta autora entiende que el lugar correcto sería entre los delitos contra la vida y salud.

²⁸ Aunque algún autor tradicionalmente ha aludido a este criterio como delimitador de ambas categorías, hoy ha sido abandonada dicha postura sobre todo por la presencia de numerosos delitos de comisión por omisión en la parte especial de nuestro Código.



El artículo 196 CP aparece como un delito especial, ya que no puede cometerlo cualquiera sino sólo aquéllos que tengan la condición de profesional²⁹. Además, requiere una *posición de garante*, pues no se encuentra vinculado a este mandato todo profesional, sino sólo aquél que esté obligado a ello por haber asumido un compromiso previo por vía legal o contractual³⁰ (sin que sea suficiente la obligación que impone el código deontológico³¹) de atender a las personas que acudan a él aunque sea en virtud de un compromiso genérico.

La alusión a una posición de garante nos aleja de los delitos de omisión propia en sentido estricto, que se presentan como delitos comunes dirigidos a la generalidad de las personas³², y nos aproxima a lo que la doctrina viene denominando delitos de omisión pura de garante³³.

Además, para poder afirmar que no estamos ante un delito de comisión por omisión, aún nos queda por superar otro obstáculo, ya que el artículo 196 añade otro requisito que parece acercarnos a esta categoría cuando exige que *se derive riesgo grave para la salud de las personas*.

Este inciso ha sido interpretado por la doctrina de formas muy dispares. Se trata de dilucidar si el legislador exige como elemento del tipo la verificación de un resultado de peligro concreto, basta un peligro abstracto o su introducción se debe a motivaciones político-criminales, es decir, no es un elemento del tipo que deba ser abarcado por el dolo del autor, sino que se introduce una condición objetiva de punibilidad.

Un sector minoritario de la doctrina admite que esta exigencia está integrada en el tipo pero se refiere a un peligro abstracto. Por tanto, incluyen este delito en la categoría de delitos de omisión pura (de garante), pues no se le imputa al sujeto ningún resultado material externo ni tampoco de peligro concreto³⁴.

²⁹ En este sentido: GÓMEZ TOMILLO, M.: *Responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., p. 29. La cuestión de qué profesionales pueden cometer este delito se abordará en el estudio de los sujetos del delito.

³⁰ En nuestra opinión, la posición de garante a efectos del artículo 196 vendrá impuesta por vía legal o contractual y no por injerencia. Adoptan este punto de vista: ALMENA VICH, C.: *La responsabilidad penal*, ob. cit., p. 253; FARALDO CABANA, *El delito de denegación de asistencia*, ob. cit., p. 54; GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos*, ob. cit., p. 305; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Comentarios*, ob. cit., p. 469.

³¹ El artículo 9 del Código de Deontología Médica del Consejo General de los Colegios Oficiales de Médicos establece la obligación de todo médico que se encuentre en presencia de un enfermo o un herido de prestarle la ayuda o asegurarse que recibe los cuidados necesarios. Según se ha señalado supra, en nuestra opinión las disposiciones de una organización colegial profesional no vinculan jurídicamente hasta el punto de afirmar que el profesional está obligado a ello en los términos del artículo 196 CP o incluso a efectos de apreciar una posición de garante cualificada e imputar los resultados lesivos en comisión por omisión.

³² En este sentido, por ejemplo, el artículo 412.3 C.P.

³³ V. sobre esta clasificación: SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *El delito de omisión*, cit., p. 344 y 369.

³⁴ Entienden que el peligro al que se refiere el artículo 196 es abstracto: ALMENA VICH, C.: *La responsabilidad penal del médico y del cirujano*, Poder Judicial núm. 48, p. 252, para quien el artículo 196 introduce un delito de omisión pura de garante; MUÑOZ CONDE, PE, ob. cit., p. 321;

En cambio, la mayoría de la doctrina considera que la alusión a un peligro grave para la salud introduce un resultado típico de peligro concreto³⁵. La consideración de este delito como de resultado les lleva a la conclusión de que el artículo 196 no es un delito de omisión pura (y, en consecuencia, tampoco de omisión pura de garante) sino de comisión por omisión, ya que, en su opinión, el tipo prevé un resultado típico (de peligro concreto) que, unido a la existencia de la posición de garante, les permite extraer los elementos necesarios para reconducir esta figura a la categoría de comisión por omisión.

Otros autores, aunque consideran que se trata de un delito de comisión por omisión, rechazan que haya una relación de subsidiariedad entre éste y el artículo 11 CP. En opinión de este sector doctrinal, el artículo 196 introduce un *tertium genus* entre la omisión propia y la comisión por omisión³⁶. Por último, algunos autores, pese a admitir que el artículo 196 se refiere a un resultado de peligro, opinan que se trata de una omisión referida a resultado pero sin equivalencia, y consideran que se trata de una omisión de gravedad intermedia entre los delitos de omisión pura y los de comisión por omisión³⁷.

Este último planteamiento nos parece el más acertado si considerásemos que la necesidad de que se verifique el riesgo grave es un elemento del tipo. Sin embargo, la solución a que nos conduce no es la más adecuada desde un punto de vista político-criminal, puesto que, aunque es elogiable que el legislador haya introducido esta exigencia de riesgo grave para evitar ampliar excesivamente el ámbito de aplicación de éste a situaciones en las que concurra únicamente un peligro abstracto para la salud de las personas, ese peligro no debe ser necesariamente un elemento del tipo ni debe estar abarcado por el dolo, ya que se restringiría demasiado el campo de aplicación de este delito.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M.: *La omisión de socorro del profesional sanitario*, AP 41, 1997, p. 926, que lo califica de omisión pura de garante.

³⁵ Consideran que el tipo recoge un resultado de peligro concreto: COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A.: *Derecho Penal. Parte Especial II*, Madrid, 1997, p. 23; ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: *Código Penal de 1995. Comentario y Jurisprudencia* (coord. I. SERRANO BUTRAGUEÑO, I.), Granada, 1998, p. 1095; FARALDO CABANA, *El delito de denegación de asistencia*, ob. cit., p. 54; GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos*, ob. cit., p. 308; HUERTA TOSILDO, S.: *Principales novedades*, pp. 69-73 y 91; MOLINA FERNÁNDEZ, F. en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.): *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) vol. II*, 1998, p. 181.

³⁶ GÓMEZ PAVÓN, *La responsabilidad del médico*, ob. cit., p. 309, considera que este precepto introduce un delito de comisión por omisión con resultado de peligro concreto, pero que constituye un *tertium genus* que habría que enmarcar entre la omisión propia y la comisión por omisión.

³⁷ Adopta este enfoque: FARALDO CABANA, *El delito de denegación de asistencia*, ob. cit., pp. 52-3, que estima que el artículo 196 introduce una omisión referida a resultado sin equivalencia comisiva; GRACIA MARTÍN, L.: *Política criminal y dogmática*, ob. cit., pp. 345 y 365. Este autor concibe este inciso como integrador de un resultado de peligro concreto, pero rechaza su inclusión entre los delitos de comisión por omisión puesto que no cabe apreciar la equivalencia estructural con la acción. Este autor propone una nueva categoría que denomina *delitos de omisión con resultado y sin equivalencia*.



A nuestro juicio, la exigencia del peligro grave no es un elemento del tipo sino que introduce una condición objetiva de punibilidad propia³⁸. Desde esta óptica, es suficiente que el dolo del sujeto abarque el peligro abstracto para la salud de las personas. En definitiva, creemos que son motivaciones político criminales las que han llevado a insertar este inciso y castigar sólo los casos en que se genere ese grave riesgo aunque en el momento de la denegación de asistencia el dolo del profesional no abarque dicho resultado³⁹.

Como consecuencia necesaria de la postura defendida, este delito es de *omisión pura de garante* y de *peligro abstracto* respecto a la salud de las personas, debiendo estar abarcado por el dolo del autor esta potencialidad lesiva de su denegación, puesto que, para tener la consideración de delito en sentido material, debería figurar como elemento del tipo una lesión o puesta en peligro concreto o abstracto de un bien jurídico-penal⁴⁰.

3.2. La salud y la vida como bien jurídico-penal protegido

El artículo 196 se refiere expresamente sólo a la salud; no obstante, estimamos que debe interpretarse el término en sentido amplio⁴¹. Desde esta perspectiva, junto a la salud quedan incluidos también los riesgos para la integridad de las personas y, dado su mayor importancia, también la vida, teniendo la consideración de bienes jurídicos de carácter personal e individual⁴².

³⁸ Sobre la distinción entre condición objetiva de punibilidad propia e impropia y otras cuestiones, nos remitimos a la obra de GARCÍA PÉREZ, O.: *La punibilidad en el Derecho Penal*, Pamplona, 1997.

³⁹ Considera que en el artículo 196 se introduce una condición objetiva de punibilidad: GÓMEZ TOMILLO, *La responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., pp. 26-7 y 63-5.

⁴⁰ No compartimos las objeciones que plantea GÓMEZ TOMILLO, M.: *Responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., p. 26, a los delitos de peligro abstracto. Este autor critica dicha categoría y acoge la clasificación tripartita y, en consecuencia, encuadra este supuesto entre los denominados delitos de peligro hipotético. Crítico con esta clasificación tripartita, CEREZO MIR, J.: *Curso*, ob. cit. p. 112.

⁴¹ Nos ofrece un concepto de salud entendida en sentido amplio, es decir, como ausencia de enfermedad o de alteración corporal: GÓMEZ DE LA TORRE, B.: *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982, p. 24. Por su parte, ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos contra la integridad corporal y la salud*, en el Libro Homenaje al profesor doctor don Ángel Torío López, Granada, 1999, pp. 925-6.

⁴² En este sentido, GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos*, ob. cit., p. 311; LA MISMA, *Comentarios*, pp. 929-30; GÓMEZ TOMILLO, M.: *Responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., pp. 15-6; HUERTA TOCILDO, S.: *Principales novedades*, ob. cit., pp. 77-8; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: *PE*, ob. cit., pp. 178 y 180. No lo considera como bien jurídico personal e individual, QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, ob. cit., pp. 166-7, quien estima que el bien jurídico lo integra *el interés de la comunidad en una indemnidad de sus miembros* y, por consiguiente, califica este delito como de peligro abstracto. Sin embargo, es criticable el tratamiento indiferenciado de pena en ambos supuestos, puesto que, al igual que se hace en otros delitos de omisión (por ejemplo, artículo 412 y artículo 450 CP), debería ser más grave la pena en

El objeto de protección de este delito no es la solidaridad humana como deber genérico⁴³, sino que se fundamenta en el deber específico de los profesionales sanitarios frente a un grupo indeterminado de personas (y, en concreto, extranjeros) que tienen derecho a recibir dicha asistencia en aras del mantenimiento de su salud.

Tampoco es la salud pública como bien jurídico-penal colectivo el objeto de protección de este delito, pues a pesar de la utilización del término *personas* en plural, el sujeto pasivo de este delito no es otro que la persona individual necesitada de asistencia, y el objeto de protección su vida o salud⁴⁴.

Aunque el precepto lleva implícito un deber no impuesto con carácter general, sino un deber específico impuesto a los miembros de una profesión, tampoco puede ser el objeto de protección en estos delitos el deber profesional que tienen las personas que desempeñan una actividad sanitaria, ya que el incumplimiento de ese deber por sí sólo es insuficiente para ser objeto de reproche penal⁴⁵.

En consecuencia, no cabrá apreciar este delito en aquellos supuestos en que *ex ante* la denegación no aparezca como objetivamente peligrosa para la salud o la vida de los inmigrantes o las personas en general aunque con ello se atente a la solidaridad o se incumplan los deberes profesionales.

3.3. Los profesionales sanitarios como sujetos activos del delito

Tiene gran relevancia la determinación de quién puede ser *sujeto activo* del delito que estudiamos. El artículo 196 utiliza el término *profesional* sin adjetivarlo, lo único que exige es que aquél esté obligado a prestar asistencia sanitaria o adscrito

aquellos supuestos en que el riesgo sea para la vida. En este sentido, GÓMEZ TOMILLO, M.: *Responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., p. 68; HUERTA TOCILDO, S.: *Principales novedades*, ob. cit., p. 93.

⁴³ Un sector de la doctrina considera que el objeto de protección en este delito es la solidaridad humana. En esta línea, PORTILLAS CONTRERAS, G.: *Curso ob. cit.*, pp. 385-6. En nuestra opinión, la solidaridad humana no reúne los requisitos necesarios para ser considerado bien jurídico-penal ni en este delito ni tampoco en el delito de omisión del deber de socorro.

⁴⁴ Considera que en el artículo 196 se protege la *salud pública*: QUERALT JIMÉNEZ, PE, p. 176 y ss. Esta idea se deriva de la interpretación gramatical que hace este autor del término *personas*, pues entiende que al ser utilizado en plural hace alusión a la comunidad como colectividad y no a la persona individual.

⁴⁵ Con matices adopta esta postura: ALMENA VICH, C.: *La responsabilidad penal del médico*, ob. cit., p. 252. Este autor estima que el bien jurídico protegido es, en primer lugar, el deber del profesional y, en segundo lugar, la salud de las personas. En nuestra opinión, estas conductas deberían ser merecedoras únicamente de una sanción administrativa y no penal, y, todo ello, en virtud de el principio de intervención mínima, que determina que el Derecho Penal debe intervenir con carácter subsidiario y fragmentario; y, además, como exigencia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos que impide castigar conductas que no supongan la lesión de un bien jurídico-penal, y, en nuestra opinión, el mero cumplimiento del deber profesional no tendría por sí solo entidad suficiente para ser considerado como tal. Además, la exigencia de un grave riesgo para la salud hace inviable esta postura. En sentido similar, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, ob. cit., p. 560.



a un servicio sanitario⁴⁶. Como se ha señalado *supra*, este precepto introduce un delito especial y de omisión pura de garante, así pues, sólo pueden realizar este delito aquellos profesionales que hayan asumido un compromiso genérico de atender a un determinado grupo de personas y no todo profesional que ejerce la medicina privada, pues, según se ha señalado, supondría confundir el plano deontológico y jurídico.

En este punto, se pretende dar solución a otras cuestiones que se plantean en la interpretación de este elemento del tipo. En primer lugar, es necesario delimitar el alcance de la expresión profesional y determinar qué profesionales pueden ser potenciales sujetos activos de este delito. Del mismo modo, se discute si dentro de esos profesionales sanitarios se integran sólo los que prestan sus servicios en la sanidad pública o también los profesionales de ejercicio libre. Por último, analizaremos las repercusiones del inciso *estando obligado a ello*. El posicionamiento que se adopte al respecto tendrá una amplia repercusión, pues determinará que la conducta sea impune, se responda por otros delitos de omisión pura (artículos 195, 412.3, etc.) o incluso se imputen los resultados de muerte o lesiones producidas a título de comisión por omisión (artículo 11 CP)⁴⁷.

En cuanto a la primera de las cuestiones, el tipo exige que el sujeto activo ostente la cualidad de *profesional*. La doctrina viene interpretando este requisito de forma dispar, ya que el tipo utiliza el término *profesional* y renuncia a cualquier ulterior precisión con lo que surge la cuestión de si sólo los profesionales sanitarios pueden ser sujetos activos de este delito o si, por el contrario, cualquier profesional que desarrolle su actividad en el ámbito sanitario puede realizarlo. Además, a diferencia de lo que ocurre en otros preceptos del Código penal, el artículo 196 no define qué deba entenderse por profesional⁴⁸. En consecuencia, es tarea de la legislación administrativa dotar de contenido a este elemento normativo del tipo. Sin embargo, la normativa administrativa, si bien nos sirve de guía para determinar quiénes tienen atribuidas competencias específicamente sanitarias, no define qué deba entenderse por profesional en el ámbito sanitario⁴⁹.

⁴⁶ El diccionario de la Real Academia de la Lengua define la palabra *profesional* como *persona que ejerce la profesión*, que, a su vez, define como *todo empleo facultad u oficio que una persona tiene y ejerce con derecho a retribución*.

⁴⁷ La jurisprudencia y los medios informativos recogen supuestos en que no es un sanitario el que no atiende un requerimiento de asistencia, sino que son celadores los que no comunican al facultativo la situación (Sentencia AP de Navarra, de 1-9-1997, núm. 155/1997, ARP 1997/1317 y, recientemente, *El País*, 3 de mayo de 2000, núm. 1461) o los conductores de ambulancias (Sentencia de la AP de Guadalajara, de 24-6-96, núm. 55/1996, ARP 1996/442; Sentencia de la AP de Ávila, de 16-3-95, núm. 35/1995, ARP 1995/1152).

⁴⁸ Por ejemplo, el artículo 222 CP dispone en su párrafo 2: *a los efectos de este artículo, el término facultativo comprende los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria*.

⁴⁹ La LGS en su artículo 82 habla de personal sanitario de la Seguridad Social y médico de ejercicio libre. Por otra parte, dispone el artículo 2 de la Orden ministerial de 26 de abril de 1973,

Un sector doctrinal integra en el círculo de posibles sujetos activos de este delito a toda persona que desarrolle su actividad dentro del campo de la sanidad, ya sea facultativo o no. Desde esta óptica, podrían ser sujetos activos de este delito: los médicos, personal de enfermería, ATS; pero también los celadores, conductores de ambulancias u otras personas que desempeñan funciones en este sector aunque no sean específicamente sanitarias⁵⁰.

Otros restringen el alcance a aquellas personas que desarrollan sus funciones en el ámbito de la sanidad y, además, tengan atribuidas competencias específicamente sanitarias de diagnóstico y tratamiento de enfermedades (médicos, ATS y personal de enfermería)⁵¹.

En nuestra opinión, la solución reside en vincular la expresión profesional con la conducta típica y con el principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales⁵², que impide castigar conductas de personas incardinadas en el servicio sanitario, pero que realizan actividades que no influyen directamente en la salud de las personas (por ejemplo: tareas administrativas y de limpieza). En consecuencia, sólo deben estar incluidas en el tipo las conductas que puedan repercutir de forma negativa e inmediata⁵³ en la salud de las personas.

Dado todo ello, la primera de las conductas (la denegación de asistencia sanitaria) sólo puede ser realizada por las personas capacitadas para prestar dicha

por la que se aprueba el régimen estatutario del personal sanitario no facultativo ejerciente en el ámbito del Servicio Público de Salud, que constituyen esta categoría los Diplomados en Enfermería, los ATS, los practicantes, las matronas, las enfermeras, las fisioterapeutas, los técnicos especialistas, los auxiliares de enfermería y los terapeutas ocupacionales.

⁵⁰ En este sentido, ALMENA VICH, C.: *La responsabilidad penal del médico*, ob. cit., p. 252; GÓMEZ TOMILLO, M.: *Responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., pp. 31-6; QUERALT JIMÉNEZ, PE, ob. cit., p. 178. Este autor excluye expresamente el personal administrativo y de limpieza. Parece contradecir esta línea doctrinal la jurisprudencia, pues ya antes de la entrada en vigor NCP se castigaba al conductor de ambulancias que se negaba a trasladar a un enfermo por el delito de omisión del deber de socorro (Sentencia de la AP de Ávila, de 16-3-95, núm. 35/1995, ARP 1995/1152). En la vigencia del nuevo CP se sigue aplicando el delito de omisión del deber de socorro o el de denegación de auxilio por parte de un funcionario y no el artículo 196 para los casos de negativa de los conductores de ambulancia (Sentencia de la AP de Guadalajara, de 24-6-1996, núm. 55/1996, ARP 1996/442).

⁵¹ Este enfoque es el adoptado ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: *Código Penal de 1995*, ob. cit., p. 1.093; FARALDO CABANA, *El delito de denegación de asistencia*, ob. cit., p. 60; COBOS GÓMEZ DE LINARES, PE, ob. cit., p. 23; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: *Compendio*, ob. cit., pp. 178-9, que incluye, además, a los farmacéuticos; SERRANO GÓMEZ, PE, ob. cit., p. 222.

⁵² Sobre el alcance de este principio y su operatividad orientadora en la aplicación y no sólo del legislador v. PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale*, en Pizzorusso-Varano, *L'Influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, tomo 1, Milán, 1985, p. 581. Este autor sostiene que el principio de ofensividad opera a dos niveles: a nivel legislativo y a nivel jurisdiccional-aplicativo.

⁵³ Añadimos este adjetivo, pues la dejación en las tareas de limpieza en un hospital también podría repercutir negativamente en la salud de las personas al generarse virus, etc., pero faltaría la inmediatez de la repercusión.

asistencia. Por *asistencia sanitaria* cabe entender aquellas funciones de tratamiento y diagnóstico⁵⁴. La determinación de qué personas tienen asignadas funciones sanitarias compete a la legislación administrativa. En definitiva, podrán realizar el tipo aquellos profesionales que ejerzan funciones de tratamiento y diagnóstico (médicos, personal de enfermería y demás personas obligadas a prestar asistencia sanitaria.)

En cambio, la conducta de abandono de los servicios, en principio, parece ser más amplia y cabría incluir, junto a los profesionales destinados a prestar asistencia sanitaria en el sentido expuesto, a aquellos profesionales incardinados en un servicio *sanitario* y cuyo abandono pueda generar un peligro grave para la salud de las personas aunque no presten asistencia sanitaria (por ejemplo: celadores, conductores de ambulancias, etc.)⁵⁵. No obstante, a pesar de que la interpretación gramatical daría cabida a estos supuestos, una interpretación teleológica del precepto así como razones político-criminales hacen que los excluyamos.

En consecuencia, aquellas personas incardinadas en un servicio sanitario pero que no tienen capacidad para interrumpir o frenar el riesgo para la salud de las personas no responderían por el artículo 196 sino que incurrirían en un delito de omisión del deber de socorro; en un delito de lesiones o muerte por imprudencia si fue la inobservancia del cuidado objetivamente debido lo que originó la falta de asistencia (por ejemplo: se duerme u olvida avisar al médico); o incluso podrían

⁵⁴ Si se hace una interpretación amplia del término asistencia sanitaria, también quedarían incluidos en el tipo el personal obligado a realizar unos primeros auxilios aunque no sean profesionales sanitarios (por ejemplo: socorristas), pues si el legislador hubiera querido integrar en el tipo sólo a los que realizan su actividad en el ámbito sanitario, lo hubiera expresado así como se hace en el artículo 222 antes referido. Además, desde la óptica del principio de lesividad, estas conductas son igualmente lesivas del bien jurídico-penal que se pretende proteger. Otorga la consideración de asistencia sanitaria a unos primeros auxilios: GÓMEZ TOMILLO, M.: *Responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., pp. 31-3. Se muestran contrarios a la aplicación del artículo 196 a personas ajenas a la sanidad: CARBONELL MATEU, *Comentarios*, ob. cit. p. 988; PORTILLA CONTRERAS, G.: *Curso*, ob. cit., pp. 387-8; ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: *Código Penal de 1995*, ob. cit., p. 1.093. Algunos autores, desde esta interpretación amplia del término asistencia, integran también a personas que, aunque no actúan directamente sobre el enfermo, auxilian a los médicos en su diagnóstico (biólogos, bioquímicos, físicos) u operan como dispensadores de sus tratamientos (farmacéuticos, protésicos...), en cuanto también pueden coadyuvar a mejorar y conservar la salud. En este sentido: GÓMEZ TOMILLO, M.: *La responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., pp. 35-6. A nuestro juicio, no cabe integrar en el tipo estos últimos supuestos porque faltaría la inmediatez en el sentido antes expuesto y, además, resulta difícil imaginar casos en que la negativa de estos profesionales pueda originar un grave riesgo para la salud de las personas.

⁵⁵ El artículo 196 alude expresamente a servicios *sanitarios* con lo que queda fuera de su campo de aplicación los casos en que determinados agentes de la autoridad que tienen la obligación de asistir en primera instancia (por ejemplo: bomberos), pues estos profesionales no están adscritos a un servicio sanitario. No obstante, si su labor no se limita al traslado a un centro hospitalario sino que existe una obligación de prestar unos primeros auxilios, cabría integrarlos en la conducta de denegación basándonos para ello en la interpretación amplia del término asistencia sanitaria.

responder por los resultados efectivamente producidos en comisión por omisión dolosa si su conducta supone una interrupción de cursos salvadores ajenos (por ejemplo, los casos en que el celador impida que el enfermo sea asistido por el médico)⁵⁶.

En segundo lugar, se discute si este delito puede ser cometido sólo por profesionales integrados en la sanidad pública o también por *profesionales de ejercicio libre*. La doctrina mayoritaria estima que afecta tanto a los profesionales que desarrollan su actividad en la sanidad pública como en la privada, siempre que se hallen obligados legal o contractualmente.

En nuestra opinión, la conducta prevista en el artículo 196 no debe restringirse a los profesionales integrados en la sanidad pública, sino que también es susceptible de ser cometida por los médicos de ejercicio privado⁵⁷. No obstante, no incurrirá en responsabilidad por este delito cualquier profesional que se encuentre desarrollando su actividad en su consulta o clínica privada, sino sólo aquellos que hayan asumido previamente un compromiso genérico de asistir a un grupo de personas⁵⁸ sin que se haya concretado aún la relación médico paciente⁵⁹. Desde esta óptica, la mayoría de los casos de denegación de asistencia a inmigrantes se realizarán por parte de médicos integrados en la sanidad pública salvo aquellos casos en que existan servicios privados concertados.

En tercer lugar, el tipo exige que el profesional de la *sanidad* «esté obligado a ello» que debe entenderse, a pesar de la confusa redacción, como estar obligado a prestar la asistencia o a no abandonar los servicios sanitarios. Esta expresión se introdujo para salvar el ejercicio del derecho de huelga⁶⁰, pero también cabe inferir de este inciso la necesidad de que el inmigrante tenga reconocido legalmente este derecho⁶¹ y que en el momento de ser requeridos los profesionales ostenten una *posición de garante genérica*. Todo ello implica una serie de consecuencias que a continuación pasamos a analizar.

Por un lado, de la existencia de una posición de garante genérica cabe inferir que sólo se imputará este delito cuando ejerzan su profesión. Dado todo ello, si está fuera de servicio y actúa como un particular (por ejemplo, se encuentra a un

⁵⁶ Sobre esta categoría v. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *El delito de omisión*, ob. cit., p. 216 y ss.

⁵⁷ Se separa de la tesis mayoritaria, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, ob. cit., p. 560, que excluye a los profesionales de ejercicio libre.

⁵⁸ Por ejemplo, conciertos con determinados seguros, pues, con ello, se están obligando a atender a todas las personas que hayan suscrito ese seguro de salud; o aquellos casos de concierto de la Administración con clínicas privadas.

⁵⁹ Si se ha concretado y continúa vigente la relación médico-paciente, el profesional responderá en comisión por omisión en virtud del artículo 11 a) CP.

⁶⁰ Esta referencia fue introducida en la Comisión del Congreso a través de una enmienda *in voce* del Grupo IU-IC e iba destinada a evitar que el precepto, en su redacción dada en el Proyecto, pudiera entrar en colisión con el derecho de huelga del personal sanitario.

⁶¹ Sobre el alcance del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España v. apartado. II.2.



inmigrante herido en una playa) responderá como un particular en virtud del artículo 195 CP, y no será aplicable el artículo 196 CP⁶².

En segundo lugar, tampoco cabe hacer extensiva la obligación a los profesionales que ejercen libremente la medicina si no han adquirido un compromiso genérico, ya que, aunque deontológicamente estén obligados a ello, jurídicamente no, sino que éstos responden como la generalidad de las personas por un delito de omisión del deber de socorro.

Por último, se discute si pueden realizar este delito aquellas personas que ejercen dicha actividad de forma voluntaria (por ejemplo: voluntarios de la cruz roja que desempeñan funciones sanitarias, colaboradores de ONG como médicos del mundo...). Algunos autores excluyen a los voluntarios en general del campo de aplicación del artículo 196 CP, pues entienden que en ningún caso puede ostentar la consideración de profesionales dado que no existe remuneración. En consecuencia sostienen que sólo cabrá imputarles un delito de omisión del deber de socorro siempre que concurren los requisitos exigidos en el artículo 195 CP⁶³.

A nuestro juicio, hay que diferenciar varios grupos de casos. En primer lugar, aquellos voluntarios que desarrollan tareas que se corresponden con su profesión (así por ejemplo: en Médicos del Mundo es un requisito esencial que algunos voluntarios ostenten la consideración de profesional de la medicina incluso con alguna especialidad), tendrían la consideración de profesional y, además, estarían obligados a prestar la asistencia en el sentido requerido en el artículo 196 CP, pues la asunción del compromiso de asistir a aquellas personas que acudan a dicha organización, en nuestra opinión, hace que nazca una posición de garante genérica que determina la obligación no sólo moral sino jurídica de prestar asistencia.

En segundo lugar, aquellos voluntarios que ejercen tareas pero que no son profesionales de la sanidad sólo responderían por un delito de omisión del deber de socorro, pues les faltaría dicha cualificación para poder ser sujetos activos del delito previsto en el artículo 196 CP.

⁶² Como pone de manifiesto la doctrina, estos ciudadanos no están permanentemente de servicio y, por consiguiente, es preciso que en el momento de la denegación o abandono exista una obligación de prestar asistencia del tipo requerido, a nuestro entender, posición de garantía genérica del profesional respecto del bien jurídico-penal protegido. En sentido similar: CARBONELL MATEU, *PE, ob. cit.*, p. 250; GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos, ob. cit.*, pp. 305-6; GÓMEZ TOMILLO, M.: *La responsabilidad penal de los profesionales, ob. cit.*, p. 79; HUERTA TOCILDO, S.: *Principales novedades, ob. cit.*, p. 80; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: *PE, ob. cit.*, pp. 178-9; PORTILLAS CONTRERAS, G.: *Curso, ob. cit.*, p. 388.

⁶³ En este sentido, GÓMEZ TOMILLO, M.: *La responsabilidad penal de los profesionales, ob. cit.*, p. 29, pues considera como profesional sólo a aquél que realiza un servicio o prestación laboral en sentido amplio a cambio de una remuneración crematística. Sin embargo, pese a la definición que realiza el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, no creemos que sea la ausencia de remuneración el criterio determinante, ya que no es un requisito esencial para la consideración de profesional (por ejemplo: Médicos del Mundo se integra por médicos que ejercen voluntariamente su profesión).

Por último, hay que aludir a aquellos sujetos que aunque no son voluntarios (por ejemplo: los objetores de conciencia que prestan un servicio social que implica asistencia sanitaria en el sentido aludido o aquellos supuestos en los que las autoridades administrativas competentes requieren la colaboración obligatoria de personas no vinculadas con la Administración para casos de necesidad), realizan tareas aunque sean actividades escasamente o no remuneradas. En nuestra opinión, si están facultados para la actividad para la que se les requiere (es decir, son profesionales que puedan prestar asistencia sanitaria), debe aplicarse el artículo 196 CP, pues están obligados legalmente a ello y, por lo tanto, ostentan una posición de garante⁶⁴.

Sin perjuicio de aludir a ello con posterioridad, en el análisis de la cuestión de la posición de garante surge el problema de la delimitación de este precepto con el artículo 11 CP. Como se ha señalado supra, cabe distinguir diversas posiciones de garantía en función de los sujetos implicados. En el caso del profesional que ha asumido previamente el tratamiento del enfermo existe una posición de garante cualificada frente a la que surge en virtud del deber profesional, que podríamos denominar posición de garante genérica del profesional⁶⁵. Por ello, en el primer caso, el sujeto responde en comisión por omisión (en su caso en grado de tentativa) en aplicación del artículo 11 CP por la existencia de una equivalencia estructural y normativa con el actuar positivo en el sentido antes expuesto. En cambio, los profesionales sanitarios que no han asumido ese compromiso previo específico sino genérico (por ejemplo, médico integrado en un servicio de guardia o de urgencias) responden por el delito de denegación de asistencia sanitaria previsto en el artículo 196 CP⁶⁶.

Según se ha señalado, el médico que no está prestando su servicio, sino que actúa como particular o aun estando en su consulta no ha asumido un compromiso genérico (médicos privados que no tienen concierto con entidades públicas o segu-

⁶⁴ En contra, GÓMEZ TOMILLO, M.: *La responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., p. 29, que excluye expresamente estos supuestos.

⁶⁵ En este sentido, GÓMEZ TOMILLO, M.: *La responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., pp. 22-3; FARALDO CABANA, *El delito de denegación de asistencia*, ob. cit., p. 52; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Comentarios*, ob. cit., p. 467. En la doctrina alemana: ARZT, *Zur Garantenstellung*, ob. cit., p. 556. Este autor plantea la existencia de posiciones de garante *más fuertes y más débiles* y estima que estas últimas no son equivalentes a la comisión activa.

⁶⁶ Algunos autores consideran que tanto el compromiso específico como genérico determinan una posición de garante a efectos de imputar el resultado en comisión por omisión. En este sentido, HUERTA TOCILDO, S.: *Principales novedades*, p. 86, si bien, esta autora alude al principio de no exigibilidad de conducta distinta para poder excluir determinados supuestos. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: *PE*, ob. cit., p. 183. En contra, ya antes de la introducción del artículo 196, SILVA SÁNCHEZ, *Responsabilidad penal del médico*, ob. cit., p. 130-1; FARALDO CABANA, *El delito de denegación de asistencia*, ob. cit., p. 61; GARCÍA ALBERO, R.R.: *Comentarios al Nuevo Código Penal* (dir. G. QUINTERO OLIVARES), Pamplona, 1999, 2ª ed., p. 322; GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos*, ob. cit., p. 307; GÓMEZ TOMILLO, M.: *La responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., pp. 87-9.



ros privados) responde como cualquier otra persona por el delito de omisión del deber de socorro conforme al artículo 195.1 CP.

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

La conducta típica se presenta de modo alternativo, pues se castiga tanto la denegación de asistencia sanitaria como el abandono de los servicios sanitarios. No obstante, centraremos nuestro estudio en los casos de denegación por ser los más frecuentes en el campo de la inmigración y haremos una breve alusión a los supuestos de abandono.

En cuanto a la primera de las conductas, la denegación, presupone la necesidad de un requerimiento previo por parte de la persona. Dicho requerimiento puede ser tanto de la persona necesitada de asistencia como de cualquier otra persona⁶⁷, ya sea directamente o por vía telefónica⁶⁸ (piénsese, por ejemplo, en los casos en que el inmigrante está privado de conciencia en una playa o está incapacitado para demandar la asistencia). Además, puede ser tanto expresa como tácita, ya que si se interpreta dicha exigencia de forma restrictiva quedarían fuera aquellos supuestos de desatención más graves en los que no han ido precedidos de un requerimiento por la imposibilidad de manifestarlo expresamente, pues el sujeto se encuentra incapacitado para ello a causa del mal que sufre⁶⁹.

También estarían incluidos los casos de asistencia insuficiente, pues denegar según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua* es *no conceder lo que se pide o solicita* y si el profesional dolosamente presta una asistencia insuficiente no estará actuando en el sentido requerido por la norma.

⁶⁷ No compartimos la limitación expuesta por HUERTA TOCILDO, S.: *Principales novedades*, ob. cit., p. 90, que determina que el requerimiento debe ser realizado por la propia persona en peligro, salvo que se trate de un menor o la persona se encuentre inconsciente.

⁶⁸ En este sentido, MOLINA FERNÁNDEZ, F.: *PE*, ob. cit., p. 179; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, ob. cit., p. 561. Esta postura es la adoptada en la Sentencia de la AP de Granada, de 16 de octubre de 1999, núm. 689/1999, ARP 1999/3944, en el caso planteado en la sentencia es un familiar el que requiere por vía telefónica la asistencia necesaria.

⁶⁹ Incluyen los supuestos de requerimiento tácito: ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: *Código Penal de 1995*, ob. cit., p. 1.094; GÓMEZ PAVÓN, *La responsabilidad del médico*, ob. cit., p. 313, para quien basta con que la asistencia sea necesaria; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M.: *La omisión de socorro del profesional sanitario*, ob. cit., pp. 917-8; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: *PE*, ob. cit., p. 179; PORTILLAS CONTRERAS, G.: *Curso*, ob. cit., p. 389. Se separa de esta postura: FARALDO CABANA, *El delito de denegación de asistencia*, ob. cit., p. 58, para quien el requerimiento debe ser expreso; GÓMEZ TOMILLO, M.: *La responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., pp. 37-8, que interpreta en sentido estricto este término y entiende que los casos de desatención sin requerimiento previo serían encuadrables en el abandono entendido como desasistencia. En esta línea también: HUERTA TOCILDO, S.: *Principales novedades*, ob. cit., pp. 89-90, para quien *mal puede denegarse lo que no ha sido solicitado*.

Del mismo modo, se discute si es suficiente una actuación estándar o, por el contrario, debe utilizar todas las técnicas y conocimientos que posea. En nuestra opinión, el profesional estará obligado a desplegar todos sus conocimientos y utilizar todas las técnicas a su alcance⁷⁰. No obstante, en el sector de la medicina privada se estará obligado dentro de los límites del compromiso (genérico) asumido; y de las posibilidades de la sanidad pública, si es asistencia pública⁷¹.

El tipo abarca también la conducta del profesional sanitario que, impedido de prestar personalmente el auxilio necesario, no demanda o no deriva el enfermo a otro profesional competente, pues la interpretación amplia del término asistencia sanitaria incluye también la derivación del enfermo a otros servicios especializados⁷². Dicha necesidad se determinaría tras un diagnóstico inicial del profesional que aprecia la necesidad de que sea otro especialista el que trate al enfermo. En consecuencia, si no se deriva al enfermo sería un supuesto de prestación insuficiente y resultaría aplicable el artículo 196 y no el artículo 195.2 CP⁷³.

En cambio, no serían supuestos de negativa de asistencia los casos de rechazo al tratamiento, ya que no puede hablarse de la existencia de un deber de asistencia sanitaria cuando el paciente se niega a recibirla (testigos de Jehová, suicidios libres, etc.)⁷⁴. Tampoco cabría castigar por los resultados producidos o por tentativa en comisión por omisión cuando existiera una relación previa médico-paciente, pues el rechazo del tratamiento interrumpe esa relación y, por consiguiente, decae la posición de garante⁷⁵.

⁷⁰ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La responsabilidad penal del médico*, ob. cit., p. 145, que entiende que la acción susceptible de ser desplegada debe ser la más eficaz posible.

⁷¹ En la sanidad pública no se reconoce un derecho a una medicina tecnológicamente avanzada. Sobre ello, VILLAR ROJAS, F.J.: *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias. Fundamento y límites*, Barcelona, 1996, p. 78 y ss.

⁷² Admite esta posibilidad MOLINA FERNÁNDEZ, F.: *PE*, ob. cit., p. 180, pues entiende que el deber de asistencia incluye el deber de derivación del enfermo a otros servicios especializados.

⁷³ Consideran que el precepto aplicable en estos supuestos sería el artículo 195.2 CP o, en su caso, el artículo 412 del CP: ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: *Código Penal de 1995*, ob. cit., p. 1.094; GÓMEZ TOMILLO, M.: *La responsabilidad del profesional*, ob. cit., pp. 48-50. No obstante, este último, aunque rechaza que sea un supuesto de denegación y estima aplicable el artículo 195.2 ó 412 CP, plantea la posibilidad de englobar la hipótesis de ausencia de demanda de auxilio ajeno por parte de un profesional (ante la imposibilidad personal de prestación de asistencia sanitaria) en el artículo 196 como supuesto de abandono.

⁷⁴ En este sentido, FARALDO CABANA, *El delito de denegación de asistencia*, ob. cit., p. 59; HUERTA TOCILDO, S.: *Principales novedades*, ob. cit., p. 90. Por su parte, el artículo 10.6 c) Ley General de Sanidad otorga al paciente la posibilidad de elegir entre las alternativas que le presente el responsable médico. Si se omite un posible tratamiento alternativo que sí sería aceptado podría ser aplicable el artículo 196 CP o podría ser responsable en comisión por omisión de los resultados efectivamente producidos si no cesó la relación médico-paciente. En este sentido, GÓMEZ TOMILLO, M.: *La responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., p. 91-2; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: *PE*, ob. cit., p. 180.

⁷⁵ En este sentido: ROMEO CASABONA, C.M.: *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, 1994, p. 450; EL MISMO: *¿Límites a la posición de garante de los padres respecto al hijo menor?*, RDPCr, núm.2, 1998, pp. 343-47; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: *PE*, ob. cit., p. 179.



Algunos autores excluyen del tipo aquellos casos en que la prestación denegada consiste en facilitar medios que sólo son susceptibles de mitigar el dolor sin que sea posible una mejora o conservación del estado de salud⁷⁶. En nuestra opinión, sí se da una denegación de asistencia en los supuestos en que sólo cabe aplicar tratamientos paliativos. No obstante, no se podrían castigar estos supuestos por el artículo 196, pues aunque típica la conducta no será punible, pues no concurre la condición objetiva de punibilidad antes expuesta, es decir, la derivación de un riesgo grave.

Por otra parte, el artículo 196 recoge como conducta alternativa el *abandono de los servicios sanitarios* siempre que *ex ante* sea previsible la posterior situación de peligro grave. No obstante, en estos casos el dolo no abarcará como posibles sujetos activos a los inmigrantes, ya que en su ausencia pueden acudir tanto nacionales como extranjeros, si bien, dicha probabilidad será mayor en aquellos centros en que acude un alto porcentaje de extranjeros como es el caso del hospital comarcal de Melilla⁷⁷.

En estos supuestos la exigencia de responsabilidad se fija en un acto previo (el abandono) que coloca al profesional en una situación de incapacidad, estaríamos ante lo que la doctrina viene denominado *omissio libera in causa*⁷⁸.

No son supuestos de abandono aquellos casos en que el profesional inicia una actividad terapéutica y con posterioridad abandona al paciente dejándolo desasistido. En estos supuestos, la asunción del tratamiento hace nacer la relación médico-paciente y si como consecuencia de su abandono se produce la muerte o lesiones, el profesional podrá responder de los mismos en comisión por omisión. No obstante, si no había surgido una posición de garantía específica, sino que sólo se produjeron unas medidas que no implicaban la asunción del tratamiento, sólo podrá aplicarse el artículo 196 ó 195 CP, según exista o no una posición de garantía genérica.

3.5. Relación concursal con otras figuras delictivas. Especial referencia a los delitos de discriminación

En los casos de denegación de asistencia sanitaria, además del artículo 196, existen otros delitos que podrían entrar en *concurso* con éste, como la denegación

⁷⁶ Excluyen la responsabilidad penal en los casos en que la situación del enfermo no es susceptible de agravación o mejora: GÓMEZ TOMILLO, M.: *La responsabilidad de los profesionales*, ob. cit., p. 41. En contra, ALMENA VICH, C.: *La responsabilidad penal del médico*, ob. cit., p. 254, para quien es indiferente que la persona hubiese fallecido o quedado con graves secuelas pese a ser asistido.

⁷⁷ En el caso del bebé marroquí, que murió tras una larga espera, acaecido en el hospital Comarcal de Melilla (*El País*, 2, 3 y 4 de septiembre de 2000) podría ser un supuesto de abandono si, como se ha puesto de manifiesto por algunos medios informativos (*ABC*, de 6 de septiembre de 2000), fuentes del propio hospital declararon que los dos médicos de urgencias habían abandonado el servicio durante casi una hora, dentro de la cual ingresó la pequeña.

⁷⁸ En este sentido, MOLINA FERNÁNDEZ, F.: *PE*, ob. cit., p. 181. Sobre esta categoría v. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *El delito de omisión*, ob. cit. p. 260 y ss.

de auxilio por parte del funcionario público, la no prestación de un servicio por motivos racistas, la omisión del deber de socorro, el abandono de un servicio público, etc.

Dado la importancia que ofrece la discriminación en el problema objeto de estudio, es necesario hacer referencia a la posibilidad de que la denegación de asistencia sanitaria obedezca a móviles racistas o xenófobos. En estos casos, se plantea la posible aplicación del artículo 511 CP que tipifica como delito la *denegación de un servicio público por motivos racistas* o del artículo 512 CP que castiga la *negativa por parte de un profesional o empresario a ofrecer una determinada prestación*.

En nuestra opinión, la relación del artículo 196 con estos preceptos es de concurso ideal de delitos, pues se protegen diferentes bienes jurídicos: la vida y salud en el artículo 196 frente a los delitos de discriminación aludidos que se orientan a proteger la dignidad humana.

No obstante, consideramos que estos delitos no debería castigarse como ilícitos penales, pues no se respeta los principios imperantes en este sector (principio de intervención mínima, proporcionalidad, etc.), sino que debería ser objeto únicamente de sanción administrativa⁷⁹. En este punto, la Ley Orgánica 4/2000 castiga como infracción administrativa muy grave la realización de conductas de discriminación.

Además, muchas de estas conductas pueden ser constitutivas de otro tipo de delitos (delitos contra el honor, denegación de asistencia sanitaria u omisión del deber de socorro, etc.) En estos casos, a nuestro juicio, quedaría abarcado el desvalor de la conducta discriminatoria con el castigo el delito de denegación de asistencia sanitaria, etc., aplicando además la agravante genérica recogida en el artículo 22.4 CP.

En segundo lugar, cuando el profesional sanitario desempeñe sus funciones dentro de la sanidad pública debe establecerse la relación entre el artículo 196 y el delito de *denegación de auxilio por parte de un funcionario público*, ya que si ejerce en el sector privado no podrá ser sujeto activo de este delito. La mayoría de la doctrina estima que entre ambos preceptos cabe apreciar un concurso de normas a resolver en favor de la aplicación del artículo 196, por ser dicho precepto ley especial frente

⁷⁹ V. BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista*, ob. cit., pp. 316 y 345 y ss. El GRUPO ESPAÑOL DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Propuesta alternativa al tratamiento de la discriminación en el Código penal*. San Sebastián, 1996/ Salamanca, 1997, ponen de manifiesto la necesidad de que la tutela penal específica debe respetar en todo caso las garantías y principios propios del Derecho penal (en especial, el principio de intervención mínima), y no debe darse una utilización meramente simbólica del Derecho Penal. En cambio, BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, ob. cit. 100, considera que este precepto está en consonancia con los principios de fragmentariedad y subsidiariedad, y que debe castigarse esta conducta como delito. No obstante, este autor considera que la pena prevista es excesiva e infringe el principio de proporcionalidad y propone como más adecuada la pena única de inhabilitación (ob. ult. cit., p. 110).



al artículo 412.3 CP⁸⁰. Otros autores resuelven dicho concurso de leyes por el principio de alternatividad⁸¹.

En nuestra opinión, entre ambos preceptos existe un concurso ideal de delitos, ya que el 196 CP no abarca el desvalor del ataque al correcto funcionamiento de la Administración pública que se pretende proteger en el delito de denegación de auxilio⁸². No obstante, si no fuera posible aplicar el artículo 196 por no concurrir todos sus requisitos (por ejemplo, no se produce el peligro grave para la salud), será de aplicación el artículo 412.3 siempre que concurren todos los elementos típicos de éste.

Como se ha señalado, el artículo 196 introduce una figura delictiva independiente del delito de *omisión del deber de socorro* al que tan sólo se remite a efectos de penalidad y, en nuestra opinión, sólo al artículo 195.1 CP. Por consiguiente, estimamos que no existe relación concursal entre ambas figuras, sino que responden a situaciones típicas totalmente diferentes.

Por lo que se refiere a la relación entre los delitos de *homicidio y lesiones en comisión por omisión* (artículo 11 CP) y el artículo 196 CP, la mayoría de la doctrina se inclina por la opción del concurso de normas a resolver por el principio de subsidiariedad a favor del artículo 11: el delito de lesión absorbería al de peligro⁸³.

En nuestra opinión, entre el artículo 196 y el artículo 11 existe una relación de concurso de normas a resolver, no por la regla 2º del artículo 8 (subsidiariedad), sino que están en relación de especialidad, siendo de preferente aplicación el artículo 11 en aquellos casos en que exista una relación médico-paciente⁸⁴.

4. SISTEMATIZACIÓN DE LAS POSIBLES SITUACIONES DE RESPONSABILIDAD PENAL POR DENEGACIÓN DE ASISTENCIA

Por último, pretendemos sistematizar las situaciones en las que un profesional puede incurrir en responsabilidad penal por no prestar la asistencia necesaria

⁸⁰ QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios, ob. cit.*, p. 1.199; GÓMEZ TOMILLO, M.: *La responsabilidad penal de los profesionales, ob. cit.*, pp. 93-4; HUERTA TOCILDO, S.: *Principales novedades, ob. cit.*, pp. 99-100; PORTILLA CONTRERAS, G.: *Curso, ob. cit.*, p. 381. Ésta parece ser la tesis seguida en la Sentencia de la AP de Granada, de 16-10-1999, núm. 689/1999, ARP 1999/3944, que aplica únicamente el artículo 196 en un caso de denegación de asistencia sanitaria por parte de un médico integrado en un centro de salud. De apreciar un concurso de leyes entre ambos preceptos, esta solución es la más satisfactoria, pues el artículo 196 prevé una pena más grave que el artículo 412.3 CP.

⁸¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios, ob. cit.*, pp. 559 y 562.

⁸² En este sentido, FARALDO CABANA, *El delito de denegación de asistencia, ob. cit.*, p. 67.

⁸³ En este sentido, CARBONELL MATEU, *Comentarios, ob. cit.*, p. 989; GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos, ob. cit.*, p. 319; GÓMEZ TOMILLO, M.: *La responsabilidad del profesional, ob. cit.*, pp. 66 y 93-4; HUERTA TOCILDO, S.: *Principales novedades, ob. cit.*, pp. 93 y 105; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: *PE, ob. cit.*, pp. 184 y 189; PORTILLA CONTRERAS, G.: *Curso, ob. cit.*, p. 391; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios, ob. cit.*, pp. 561-2, que, en cambio, aplica la regla de la absorción (artículo 8.3 CP).

⁸⁴ Parece ser esta la solución adoptada por FARALDO CABANA, *El delito de denegación de asistencia, ob. cit.*, pp. 63-5, cuando afirma que únicamente cabe imputar los resultados producidos

teniendo en cuenta las ideas expresadas en el presente estudio. Nos centraremos en la responsabilidad de los profesionales sanitarios por ser los que ofrecen mayor interés en el presente estudio.

A) Profesional sanitario *fuera de servicio*

Si hallase un inmigrante desamparado y en peligro manifiesto y grave incurriría en el delito de omisión del deber de socorro (artículo 195 CP) como cualquier otra persona sin que se vea agravada su responsabilidad por la condición de profesional sanitario u ostentar la calificación de funcionario, pues no se encuentra en el ejercicio de su cargo.

Del mismo modo, podrá incurrir en las faltas recogidas en los artículos 618 y 619 CP si concurren los requisitos típicos de éstas, cuando se trate de extranjeros menores de edad, incapacitados o de edad avanzada.

B) Profesional sanitario en el ejercicio de su profesión

I. Sanitario que haya *asumido previamente el tratamiento del extranjero enfermo*, manteniéndose la relación médico-paciente en el momento del requerimiento de prestación sanitaria.

En tales casos el profesional sanitario responderá en comisión por omisión del resultado lesivo que se origine para su paciente, ya que al crear la confianza en su paciente hace que éste renuncie a otras posibles vías salvadoras. De modo que se erige en barrera de contención de los posibles riesgos para la salud y cabría apreciar la equivalencia estructural y normativa con el actuar positivo a efectos de imputar los resultados producidos en comisión por omisión del artículo 11 a) CP.

No cabrá apreciar dicha responsabilidad cuando, aun existiendo una relación médico-paciente previa, ésta se haya interrumpido por rechazo del paciente al tratamiento o por otra causa que interrumpa esa posición de garante cualificada.

II. Profesional *en el ejercicio libre de la profesión* sin que exista una relación médico-paciente, ni un compromiso genérico de atender a un grupo de personas.

En estos casos que no existe una posición de garante ni siquiera genérica, el sanitario que se halle en la situación descrita deberá responder como la generalidad de las personas por un delito de omisión del deber de socorro

como delito de homicidio o lesiones en comisión por omisión cuando se haya asumido previamente el cuidado del paciente.



fundamentado en el deber de mutua asistencia en aras de la protección de la seguridad personal de aquellos sujetos en situación de desamparo y en peligro manifiesto y grave. También podrán resultar aplicables las faltas de denegación de auxilio de los artículos 618 y 619 CP.

III. Profesional en el ejercicio de su profesión que ha asumido una obligación previa por vía legal o contractual de asistir a un grupo de personas, pero sin que se haya concretado una relación médico-paciente por no haber adoptado aún dicho compromiso específico ni haber dado inicio al tratamiento. En tal caso cabe distinguir varias hipótesis:

1. En el supuesto de que una persona de nacionalidad extranjera, aquejada por un *mal que todavía no representa un grave riesgo para su salud*, solicite asistencia sanitaria y ésta le sea denegada. A su vez, cabe distinguir varias posibilidades:
 - 1.1. Que el profesional tenga la condición de *funcionario público*. En tal caso, podrán concurrir las siguientes variantes:
 - 1.1.1. Que, pese a no haber sido asistida a su debido tiempo, su estado se mantenga invariable o empeore, pero no hasta el punto de que su salud se vea amenazada por la presencia de un *grave riesgo* como exige el artículo 196 CP. En tal caso, el omitente habrá de responder por el delito de denegación de auxilio del artículo 412.3 CP.
 - 1.1.2. Que empeore hasta verse su salud amenazada por un *grave riesgo* a consecuencia de no haber sido detenida a tiempo la evolución de esa enfermedad, inicialmente no grave, mediante la prestación de la asistencia sanitaria requerida. En este supuesto el omitente responderá por el delito de denegación de asistencia sanitaria del artículo 196 CP en concurso de ideal de delitos con el delito de denegación de auxilio del artículo 412.3 CP.
 - 1.2. Que el sujeto activo sea un profesional de la sanidad privada. En esta tal caso debemos como en el caso anterior diferenciar varios supuestos:
 - 1.2.1. Si su estado se mantiene invariable o no empeora no responderá por el artículo 196, ya que no se deriva de su denegación el riesgo grave para la salud. Tampoco resultaría aplicable el delito de omisión del deber de socorro, puesto que no existe una situación previa de desamparo y peligro manifiesto y grave. Tan sólo podrían aplicarse las faltas de los artículos 618 y 619 CP si concurren todos sus elementos típicos.
 - 1.2.2. En el supuesto de creación de un grave riesgo para la salud, el profesional que desarrolla sus funciones en la sanidad privada responderá por el delito sancionado en el artículo 196 CP.
2. En el supuesto de denegación de asistencia sanitaria a una persona aquejada de un mal que ya representa un grave riesgo para la salud, cabe diferenciar varias situaciones:

- 2.1. Que sea posible un empeoramiento que agrave el peligro para la salud de la persona. En tal hipótesis tanto el profesional de la medicina privada como pública responderá por el artículo 196 CP.
- 2.2. En los casos que no empeore su situación o no sea posible ninguna mejoría sino sólo tratamientos paliativos, la solución varía según la condición del sujeto omitente.
 - 2.2.1. Si el profesional ostenta la condición de *funcionario público*, deberá responder por el delito de denegación de auxilio del artículo 412.3 CP.
 - 2.2.2. En cambio, si el sujeto activo es un profesional de la sanidad privada se plantean dos hipótesis. En el supuesto de no empeoramiento, y siempre que se den los requisitos típicos recogidos en el artículo 195.1, éste responderá por el delito de omisión del deber de socorro. Sin embargo, si *ex ante* el socorro aparece como ineficaz, tan sólo podría plantarse la existencia de un delito contra la integridad moral.

Además, en todos los casos expuestos, si la denegación responde a motivos racistas, debería aplicarse la agravante del artículo 22.5 CP.

