



universidad
de león



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2020/2021

**EL DELITO DE DENEGACIÓN DE
ASISTENCIA SANITARIA O ABANDONO
DE LOS SERVICIOS SANITARIOS**

**THE CRIME OF DENIAL OF HEALTH
CARE OR ABANDONMENT OF HEALTH
SERVICES**

GRADO EN DERECHO

AUTORA: MARÍA SUÁREZ NUEVO

TUTORA: DRA. MARÍA ANUNCIACIÓN TRAPERO BARREALES

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	4
RESUMEN	6
PALABRAS Y EXPRESIONES CLAVE:	6
ABSTRACT	6
KEY WORDS:	7
OBJETO DEL TRABAJO.....	8
METODOLOGÍA.....	10
<i>I. INTRODUCCIÓN</i>	12
<i>II. EL DELITO DE DENEGACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA: ¿DELITO AUTÓNOMO?</i>	14
<i>III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO</i>	17
1. <i>¿Delito de peligro concreto o de peligro abstracto?</i>	21
<i>IV. EL SUJETO PASIVO</i>	22
<i>V. EL SUJETO ACTIVO: EL PROFESIONAL SANITARIO Y LOS LÍMITES DE SU OBLIGACIÓN</i>	24
1. <i>La posición jurídica del profesional privado</i>	27
<i>VI. LA CONDUCTA TÍPICA</i>	30
1. <i>Denegación de asistencia sanitaria</i>	30
2. <i>Abandono de los servicios sanitarios</i>	33
<i>VIII. PARTE SUBJETIVA</i>	39
1. <i>Dolo</i>	39
2. <i>Error</i>	41
<i>IX. PARTE NEGATIVA: LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN</i>	43

X. PENALIDAD Y RELACIONES CONCURSALES	46
1. <i>Penalidad</i>	46
2. <i>Relaciones concursales</i>	46
2.1. <i>Art. 196 y art. 195 CP</i>	47
2.2. <i>Art. 196 y Art. 409 CP</i>	47
2.3. <i>Art. 196 y art. 412.3 CP</i>	48
2.4. <i>El art. 196 CP y los delitos de resultado de lesiones y homicidio</i>	48
CONCLUSIONES	50
BIBLIOGRAFÍA	53

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AP	Actualidad Penal (revista citada por número y año)
AFD	Anales de la Facultad de Derecho (revista citada por número y año)
Art./s.	Artículo/s
Coord./s.	Coordinador/es
CP	Código Penal
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
DP	Derecho Penal
Dir./s.	Director/es
LO	Ley Orgánica
NFP	Nuevo Foro Penal (revista citada por número y año)
PE	Parte Especial
PG	Parte General
PJ	Poder Judicial (revista citada por número y año)
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología (citada por número y año)
RFICP	Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (citada por número y año)
s., ss.	Siguiente/s.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional

TS	Tribunal Supremo
ULE	Universidad de León
Vol.	Volumen

RESUMEN

En este Trabajo de Fin de Grado se analiza del art. 196 CP, sobre denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios, su ámbito de aplicación y de su alcance en nuestro sistema jurídico, un delito que ha alcanzado cierto “protagonismo” en la declaración del estado de alarma por la crisis sanitaria provocada por el coronavirus.

Se aborda el estudio de este delito omisivo, partiendo de la definición del objeto de protección por el mismo, su naturaleza, como delito autónomo o como delito cualificado del de omisión del deber de socorro, y su construcción dogmática, indiscutiblemente como delito especial y de omisión, pero no resulta tan claro el alcance del concepto de profesional sanitario, término con el que se delimita el sujeto activo, y si es un delito de omisión pura de garante y/o de omisión y resultado.

PALABRAS Y EXPRESIONES CLAVE: Omisión del deber de socorro, denegación de asistencia sanitaria, abandono del servicio sanitario, profesional sanitario, riesgo grave, vida humana, salud humana, posición de garante.

ABSTRACT

In this Final Degree Paper, art is analyzed. 196 CP, on denial of health care or abandonment of health services, its scope and scope in our legal system, a crime that has reached a certain "prominence" in the declaration of the state of alarm for the health crisis caused by the coronavirus.

The study of this omission is addressed, starting from the definition of the object of protection by it, its nature, as an autonomous crime or as a qualified crime of omission of the duty of help, and its dogmatic construction, Indisputably as a special offence and an offence of omission, but the scope of the concept of a health professional, the term by which the active subject is defined, and whether it is an offence of pure omission of guarantor and/or of omission and result, is not so clear.

KEY WORDS: Omission of the duty of relief, denial of health care, abandonment of the health service, health profesional, patient, serious risk, human life, human health, position of guarantor.

OBJETO DEL TRABAJO

El objetivo principal de este trabajo es averiguar el alcance y ámbito aplicativo del delito de denegación de asistencia sanitaria o de abandono de servicios sanitarios, tipificado en el art. 196 CP. De esta manera se podrá dar respuesta a las noticias que han sido publicadas tras la declaración del estado de alarma sobre la posible denegación de asistencia sanitaria a enfermos de coronavirus, sobre todo personas de avanzada edad de residencias de ancianos.

Para alcanzar este objetivo principal, el estudio ha de centrarse en los siguientes objetivos específicos:

1. Analizar, tras una breve explicación sobre su encaje legal, la relación o conexión con el delito de omisión del deber de socorro. Este estudio resulta de vital importancia, pues tiene consecuencias en la forma de entender el bien jurídico, en la explicación sobre el alcance y significado de la conducta típica y, finalmente, sobre su construcción dogmática como delito de omisión.

2. Identificar el bien jurídico protegido, en particular, centrandolo la atención en si se trata de un delito que protege un bien jurídico individual o personal o, por el contrario, pretende proteger un bien jurídico colectivo o supraindividual, y si la técnica para su protección es la del delito de lesión o, por el contrario, se ha optado por la técnica de los delitos de peligro, adelantando así la barrera protectora del mismo.

3. Interpretar los distintos elementos que configuran el tipo objetivo del delito de denegación de asistencia sanitaria o de abandono de los servicios sanitarios: la identificación del sujeto activo como delito especial, abordando el significado de la expresión profesional sanitario, el alcance de las conductas debidas que se omiten, la denegación de la asistencia, el abandono del servicio, el significado del requisito grave riesgo para la salud, si es o no el resultado del tipo penal, y, finalmente, conectado con lo anterior, si es un delito de omisión pura o es un delito de omisión y resultado.

4. Explicar el tipo subjetivo de este delito omisivo, partiendo de la opción legislativa de incriminar solo la modalidad dolosa, y los efectos que se derivan de la aplicación de la regulación sobre el error de tipo a esta modalidad delictiva.

5. Averiguar la incidencia de la aplicación de las causas de justificación en el delito de denegación o abandono de la asistencia sanitaria, en especial (por su posible incidencia en los casos denunciados en los medios de comunicación), a través de la aplicación de la causa de justificación del estado de necesidad.

6. Examinar los casos más frecuentes de concurso, de leyes o de delitos, que se plantean en relación con el delito de denegación de asistencia sanitaria, En este apartado tiene especial relevancia el posible planteamiento concursal con los delitos en los que se materializa el grave riesgo para la salud: los delitos de lesiones y de homicidio.

METODOLOGÍA

En cuanto al método empleado para la elaboración de este trabajo, teniendo en cuenta la temática del mismo, este debe ser el que se corresponde con investigaciones de propias del área o disciplina jurídico-penal. En líneas generales, se ha de partir de la regulación positiva de una determinada modalidad delictiva y, a través de los diferentes métodos interpretativos, se ha de establecer su alcance y ámbito aplicativo, pero en esta labor exegética se ha de tener muy presente las consecuencias que se derivan del principio de legalidad, que afectan a la interpretación literal de las normas penales y, por otro lado, a la prohibición del recurso a la analogía como fuente del DP, desde luego cuando esta es *in malam partem*.

Se va a llevar a cabo un estudio dogmático del delito de denegación de asistencia sanitaria o de abandono de servicios sanitarios, analizando las categorías de la teoría jurídica del delito adaptadas a la formulación de un delito omisivo. Este estudio dogmático también se realizará teniendo presentes las consideraciones de política criminal, siempre y cuando estas no supongan una vulneración del principio de legalidad; se trata del método científico utilizado por el maestro alemán Claus Roxin, que ha sido asumido por un sector de la doctrina española, en especial por el Profesor Luzón Peña y su escuela científica (a esta escuela científica pertenecen los profesores de DP del área de DP de la Universidad de León).

Este trabajo se ha dividido en varias fases:

En primer lugar, se ha procedido a la elección de la tutora, la Dra. María Anunciación Trapero Barreales, Catedrática de DP de la ULE, y del tema del presente trabajo, de entre varios que fueron descartados. El tema seleccionado fue el del delito del art. 196 CP, de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios, por su particularidad, ya que no es un delito que se dé con mucha frecuencia. El interés por este delito también ha estado influido por las noticias de la prensa que relacionan este delito con la denegación de la asistencia sanitaria a enfermos de coronavirus, en particular a ancianos que han muerto en las residencias donde estaban alojados y no han sido derivados a los servicios hospitalarios durante la declaración del estado de alarma.

Seleccionada la temática del trabajo, y una vez realizado el seminario de metodología que ha sido impartido por los profesores del área de Derecho Penal, se ha procedido a la recopilación y selección de fuentes bibliográficas, consultando manuales, monografías, libros colectivos, comentarios del CP y artículos de revistas, así como selección y recopilación de jurisprudencia. La jurisprudencia utilizada ha sido principalmente la del TS, que ha ayudado a aclarar conceptos y límites relacionados con el art. 196 CP (qué bien jurídico protege el precepto, a qué se refiere con profesional, qué es la denegación de auxilio y el abandono de servicios sanitarios, cómo se valoran el error y la imprudencia en estos casos...). Para la recopilación del material bibliográfico se han tenido en cuenta los recursos disponibles en la Biblioteca Universitaria de la Universidad de León, además de los recursos electrónicos disponibles en abierto (accesibles a través de Dialnet, por ejemplo).

Tras recopilar y seleccionar la documentación necesaria para abarcar el tema, y tras la lectura de los principales manuales y comentarios al CP, se ha elaborado el esquema e índice provisional, sometido a supervisión y aceptación por la tutora del trabajo.

Aceptado el tema e índice provisional, se ha ampliado la búsqueda bibliográfica y jurisprudencial, ordenando y sistematizando toda la información para su lectura posterior y, a continuación, se ha procedido a la redacción del trabajo, adaptando el esquema inicialmente presentado para su acomodación al contenido que, finalmente, se ha incorporado a este.

Todo el proceso de elaboración del trabajo, desde la asignación de la tutora hasta la redacción final del mismo, ha sido supervisado por la tutora del trabajo, la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales.

Por último, en la redacción de las notas a pie de página se ha utilizado el sistema de citas que ha sido recomendado por la tutora del trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios se encuentra regulado en el art. 196 CP, que se encuadra dentro del Título IX “De la omisión del deber de socorro” del Libro II del citado texto punitivo. En ese mismo Título se regula otro delito más, en el art. 195 CP, el delito de omisión del deber de socorro, que va a plantear ciertos puntos de conexión o relación con aquel, tal como se explicará en varios apartados de este trabajo.

Tradicionalmente en el DP se ha tipificado un delito de omisión pura, el de omisión del deber de socorro; en este momento en este delito (art. 195 CP) se diferencian varios supuestos, por un lado, se castiga al sujeto que no presta el socorro a la persona desamparada y en peligro manifiesto y grave y, también, al sujeto que, impedido de prestar él mismo el auxilio, no solicita la ayuda necesaria para socorrer a la persona desamparada y en peligro manifiesto y grave. El último supuesto, y que es una modalidad agravada, se refiere a los supuestos de omisión del deber de socorro por parte del sujeto que, con su actuar precedente, fortuito o imprudente, ha generado la situación de peligro manifiesto y grave para la persona que necesita ser socorrida.

No es hasta la aprobación del vigente CP de 1995 que no aparece por primera vez el delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. Su previsión de manera expresa parece que es la forma como el legislador del momento ha dado respuesta a la creciente sensibilización de la ciudadanía sobre sus derechos en el acceso y la utilización de los servicios y prestaciones sanitarias¹.

Sin embargo, sí se pueden encontrar algunos precedentes de esta figura delictiva en el DP histórico.

La Ley IX del Título XV de la Séptima Partida de Alfonso X el Sabio, en la que se establecía que se castigará a “el físico, el cirujano o el veterinario comenzase a medicinar al hombre o a la bestia y después lo desamparase²”; se entendía que el

¹ Así lo afirma ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 2.

² Menciona este precedente ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 2, nota 3.

fundamento del castigo se debía a que, en estos casos, quedaba constatada la falta de pericia de estos profesionales. La previsión se completaba con el régimen sancionador aplicable: se podría imponer una pena, al arbitrio del juez, e, incluso podría ser objeto de sanción penal en caso de que afectara a un hombre libre³.

El primer CP que se redactó en España, el de 1822, en su art. 585⁴ se refería a “el médico, cirujano, comadrón, matrona, boticario sangrador o barbero que llamados y requeridos por la autoridad competente para hacer algún reconocimiento o curación para prestar la asistencia o auxilios propios de su arte, rehusaren desempeñar este servicio sin causa legítima que se lo impida”, lo que equivaldría a la figura actual de facultativo obligado; el precepto también preveía una modalidad agravada: “si cometieren este delito en el caso de no haber en el pueblo otro facultativo que pueda suplir sus veces, o en el que aun cuando lo haya no dé la urgencia lugar a la dilación, y resultare efectivamente de la desobediencia un perjuicio de consideración contra alguna persona, o contra la Administración de Justicia”. Esta última parte del precepto mencionado sería el auténtico precedente del delito de denegación de asistencia sanitaria, ya que hace referencia a un “perjuicio de consideración”, que podría equipararse al riesgo grave que exige el actual art. 196 CP. Además, se sancionaba esta omisión con la pena de suspensión del ejercicio de la profesión, lo que se asemeja a la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, que establece el art. 196 CP.

En el Proyecto de Código Criminal de 1834, en su art. 348, de nuevo estaba presente la pena de suspensión en el ejercicio de su profesión⁵ para “el cirujano o profesor

³ DOMÍNGUEZ LÓPEZ, *Acta historica et archaeologica mediaevalia* 26 (2005), 248.

⁴ Art. 585 CP de 1822: “El médico, cirujano, comadrón, matrona, boticario, sangrador o barbero que llamados y requeridos por autoridad competente para hacer algún reconocimiento o curación, o para prestar la asistencia o auxilios propios de su arte, rehusaren desempeñar este servicio sin causa legítima que lo impida, podrán ser arrestados en el acto por cuatro a quince días, pagarán una multa de dos a diez duros, y sin perjuicio de ser compelidos a obedecer lo que se les hubiere mandado, serán suspensos en el ejercicio de su profesión por uno a seis meses. Pero si cometieren este delito en el caso de no haber en el pueblo otro facultativo que pueda suplir sus veces, o en el caso de que, aun cuando lo haya, no dé la urgencia lugar a la dilación, y resultare efectivamente de la desobediencia un perjuicio de consideración contra alguna persona, o contra la administración de justicia, será la pena de dos meses a un año de reclusión, con la multa de diez a cincuenta duros, y suspensión del ejercicio de la profesión por un año más”.

⁵ Sobre este proyecto, LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española, Codificación Penal Vol. I*, 1970, 224.

que no socorra inmediatamente que es llamado a un herido, y no dé parte a la justicia después de haber ejecutado la primera curación⁶”.

Con las excepciones acabadas de reseñar, y una de ellas además no ha pasado de ser un proyecto, no será hasta la aprobación del vigente CP que no aparece tipificado de manera específica y diferenciada este delito. Hasta este momento la denegación de asistencia sanitaria por parte del profesional sanitario tenía que ser sancionada penalmente a través del delito de omisión del deber de socorro, un delito que, en el CP anterior además tenía otra ubicación sistemática diferente a la actual: aparecía recogido en el Título dedicado a los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas.

Como se ha afirmado anteriormente, el CP de 1995 ha introducido un cambio importante, en un doble sentido: en primer lugar, porque ha optado por la tipificación expresa del delito de denegación de asistencia sanitaria, diferenciando ya su campo aplicativo respecto del delito de omisión del deber de socorro; en segundo lugar, porque ha creado un Título nuevo, bajo la rúbrica de la omisión del deber de socorro, donde se han ubicado los delitos de omisión del deber de socorro y de denegación de asistencia sanitaria, quedando así reflejada la estrecha vinculación que plantean estas dos figuras delictivas⁷, hasta el punto de que se va a dudar de la verdadera autonomía del segundo, como se va a explicar en el apartado dedicado a la naturaleza.

A continuación se va a entrar a analizar la modalidad delictiva que ha alcanzado autonomía típica en el vigente CP: el delito de denegación de asistencia sanitaria.

II. EL DELITO DE DENEGACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA: ¿DELITO AUTÓNOMO?

Antes de entrar a analizar en mayor profundidad el delito tipificado en el art. 196 CP, es conveniente entrar a valorar la naturaleza jurídica de este delito, pues esta cuestión

⁶ También cita este Proyecto como antecedente del actual delito de denegación de asistencia sanitaria ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 3, nota 3.

⁷ Destaca la nueva ubicación sistemática, haciendo referencia al delito “tradicional”, el de omisión del deber de socorro, porque se ajusta mejor al bien jurídico que se pretende proteger, por todos, CARBONELL MATEU, en: GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *DP.PE*, 6ª, 2019, 723.

tiene repercusión o consecuencias en la decisión sobre el alcance y la aplicabilidad del delito que nos ocupa.

Tras la incorporación al CP de este delito, y en el Título que lleva por rúbrica “de la omisión del deber de socorro”, la primera cuestión que ha de ser objeto de comentario es si la denegación de asistencia sanitaria es un delito autónomo o, por el contrario, se trata de un delito cualificado o agravado respecto del delito de omisión del deber de socorro.

La discusión tiene su importancia, pues si se considera que es un delito cualificado o agravado, esto significa que el tipo penal está construido partiendo de los elementos típicos de la omisión del deber de socorro, y ahora se le añadirían los elementos que sirven para la cualificación o agravación de la pena: que esa omisión del deber de socorro a la persona desamparada y en peligro manifiesto y grave sea cometida por el profesional sanitario y que concurren los restantes elementos típicos que configuran este tipo penal derivado del anterior, y cualificado o agravado (porque con la incorporación de estos elementos se incrementa la pena prevista para el que sería el tipo penal básico). Además, si se trata de un delito cualificado o agravado, esto tiene también como consecuencia que su estructura ha de ser la misma que la del delito de omisión del deber de socorro, esto es, se tratará sin ningún género de duda de un delito de omisión pura, y, derivado de las particularidades del sujeto activo, se tendrá que afirmar que es un delito de omisión pura de garante. Más adelante, en la explicación de la conducta típica, se tendrá que entrar a analizar ante qué modalidad delictiva nos encontramos, baste aquí con señalar que dicha estructura sí guarda relación o conexión con la consideración como delito autónomo o delito o tipo agravado respecto del de omisión del deber de socorro.

Si, por el contrario, se considera que es un delito autónomo, entonces para su explicación se ha de prescindir de los elementos configuradores de la omisión del deber de socorro. Y, obviamente, esto tiene o puede tener también consecuencias en la explicación sobre la estructura típica del delito, si es un delito de omisión pura, omisión pura de garante o un delito de omisión y resultado.

En la discusión sobre la naturaleza jurídica del delito de denegación de asistencia sanitaria, si es un delito autónomo o es un delito cualificado, no existe acuerdo teórico,

existiendo argumentos de uno y otro signo para la defensa de cada una de las dos posturas doctrinales.

Para un sector doctrinal, opinión defendida, entre otros autores⁸, por DELGADO GIL⁹, el delito de denegación de la asistencia sanitaria es una modalidad cualificada del art. 195 CP. Las razones principales para considerar son esencialmente tres: la primera, la ubicación sistemática, pues ambos preceptos se encuentran en el mismo Título del CP; en segundo lugar, hay que señalar que las penas previstas para el delito tipificado en el art. 196 CP se derivan de las establecidas para el delito de omisión del deber de socorro; y por último, el delito de denegación de asistencia sanitaria respecto del delito de deber de socorro es simplemente un delito especial, es decir, cuyo autor ha de ser un sujeto con especiales condiciones, cualidades, relaciones o cualificaciones personales, por eso se establece un marco penal diferenciado, pero conectado con el delito de omisión del deber de socorro.

Otros autores, entre los que se cuentan JUANATEY DORADO/ANARTE BORRALLO¹⁰, consideran el delito de denegación de asistencia sanitaria como una modalidad autónoma respecto del delito descrito en el art. 195 CP. El argumento más común entre los partidarios de esta tesis¹¹, es que el sujeto pasivo no está en la misma situación en estos delitos, ya que el 195 CP se refiere a personas “en peligro manifiesto y

⁸ DEL ROSAL BLASCO, en: COBO DEL ROSAL (coord.), *DP Español, PE*, 2ª, 2005, 337-338; GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al CP español*, 7ª, 2016, 1422.

⁹ DELGADO GIL, *RDPC* 21 (2019), 191-194.

¹⁰ JUANATEY DORADO/ANARTE BORRALLO, en: BOIX REIG (dir.), *DP: PE I, La protección penal de los intereses jurídicos personales (adaptado a la reforma de 2015 del CP)*, 2ª, 2016, 467 y 483-484. En el mismo sentido, PORTILLA CONTRERAS, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *DP español PE*, 2ª, 2011, 744.

¹¹ Analiza este argumento DELGADO GIL, *RDPC* 21 (2019), 192-193: como se va a poner en el texto, el delito de denegación de asistencia sanitaria es delito autónomo porque el sujeto pasivo no se encuentra en la misma situación en uno y otro tipo penal: en el delito de omisión de socorro del artículo 195 se trata de una persona “que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave”, en este es necesario que de la denegación de asistencia sanitaria o del abandono del servicio sanitario “derive riesgo grave para la salud”. Se interpreta, entonces, que ese riesgo grave al que alude el art. 196 CP no puede ser preexistente a la omisión de la ayuda (como ocurre en el art. 195 CP) puesto que, de esa forma, no podría “derivarse” de ella. Frente a este argumento DELGADO GIL cree que podría objetarse que si de la denegación de asistencia o del abandono del servicio se deriva ese riesgo grave para la salud es porque ese riesgo ya existía previamente. Siendo así, las situaciones del sujeto pasivo en ambos preceptos son equiparables y, por tanto, rechaza que el delito tipificado en el art. 196 CP sea un delito autónomo.

grave”, mientras que en el art. 196 CP el sujeto ha de encontrarse bajo despliegue de asistencia o servicios médicos, y con la falta de estos, por la denegación o abandono, “se derive riesgo grave para la salud de las personas”, lo que quiere decir, que ese riesgo no puede existir de manera previa a la omisión de la asistencia sanitaria, este grave riesgo se ha de producir precisamente por la denegación de la asistencia por el profesional de la sanidad; por el contrario, en el art. 195 CP, el riesgo ya existe antes de provocarse la omisión de socorro, es más, sin ese riesgo previo el deber de socorro no surge, así que tampoco existe el deber de socorrer que, en ese caso, se pueda incumplir.

Es preciso aclarar algo más este argumento¹². En el art. 196 CP se emplea la expresión “riesgo grave”; este riesgo puede que se derive totalmente de la omisión de la asistencia sanitaria, tal y como exponen los partidarios de la autonomía de estos delitos, pero también puede que dicho riesgo se agrave a raíz de esta omisión y hubiera existido previamente, coincidiendo entonces con el riesgo previo que se presupone para el art. 195 CP y, desde esta perspectiva, se puede poner en entredicho la pretendida autonomía del primero respecto de este último delito omisivo.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es el objeto de protección por la norma jurídica, lo que significa que es la realidad o valor humano o social que se quiere proteger con cada norma. En palabras de MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, es “aquella cosa del mundo exterior sobre la que recae directamente la acción típica”¹³. Cada precepto normativo tiene un objeto de protección, un bien jurídico que proteger.

Para analizar el bien jurídico del art. 196 CP se ha de observar también el ámbito que protege el precepto inmediatamente anterior, ya que, como se ha visto en el apartado analizado previamente, la relación entre estos dos delitos es muy estrecha, sobre todo para

¹² DELGADO GIL, *RDPC* 21 (2019), 193.

¹³ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP. PG*, 10ª, 2019, 246. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal. PG*, 3ª, 2016, 169 ofrece el siguiente concepto amplio de bien jurídico: son las condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad, o más exactamente, para el desarrollo de la vida de la personas, como individuo en su esfera más íntima, cuanto en sus relaciones con la sociedad.

el sector doctrinal que considera que el delito tipificado en el art. 196 CP no es más que un delito cualificado del de omisión del deber de socorro.

Realizar una acción que suponga omitir el auxilio o socorro a una persona desamparada supone violar el deber de solidaridad humana, que para el TS¹⁴ y para gran parte de la doctrina¹⁵, sería el bien jurídico a proteger, fundamentalmente en el art. 195 CP, pero también de alguna manera en el art. 196 CP.

No atender a este deber de solidaridad también puede menoscabar otros bienes jurídicos inherentes a la persona; por esta privación de ayuda pueden verse dañados otros intereses jurídicos, como la integridad física, la salud o incluso la vida de las personas¹⁶, pero esto dependerá, en su caso, del resultado que se produzca derivado de la omisión, un resultado que, por otro lado, ya no es exigido que se produzca efectivamente para que haya delito de omisión (no se exige ni en el art. 195 ni tampoco en el art. 196), como se va a explicar en el apartado dedicado a la conducta típica. Si no resultan dañados estos bienes jurídicos, lo que sin duda sí va a exigirse es que la omisión de la asistencia sanitaria sí comporte peligro para la salud e, incluso, la vida, de las personas.

Relacionado con esto, es conveniente avanzar que en el delito del art. 195 CP no se castiga el resultado efectivo de la omisión, sino que es un delito de omisión pura, se castiga al sujeto por el incumplimiento de una conducta que es debida, la conducta de socorrer, al margen o con independencia de lo que suceda posteriormente con el sujeto que está desamparado y en peligro manifiesto y grave y necesita del socorro del sujeto activo; en cambio en el delito de denegación de asistencia sanitaria del art. 196 sí se exige en el tipo penal que, como consecuencia de la omisión de la conducta debida, la asistencia sanitaria, se derive un ulterior resultado, el riesgo grave para la salud de las personas. Pero como se ve, literalmente se exige riesgo para la salud, no daño o lesión efectiva para este bien jurídico.

¹⁴ Así se afirma, entre otras, en la STS 56/2008, de 28 de enero.

¹⁵ Véase, por todos, MORENO-TORRES HERRERA, *El delito de desatención sanitaria*, 2013, 31.

¹⁶ ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 90.

Atendiendo a esta visión, se entiende que el delito del art. 196 CP exige un riesgo (grave) para otro bien jurídico, la salud, que también supone o implica a veces riesgo para la vida; no es necesario que se produzca efectivamente el daño a estos bienes jurídicos, pero a veces sí se llegará a producir, bien el delito de homicidio, bien el delito de lesiones, en cuyo caso se tendrá que entrar a analizar la relación concursal que se ha de plantear entre estos tipos penales concurrentes¹⁷. Así entonces, el bien jurídico protegido en este precepto no solo atenderá a la solidaridad humana, sino que también se relacionará con el resultado que se derive de la omisión por parte del profesional sanitario, en este caso con un resultado de peligro para un bien jurídico más inmediato, la salud. Es más, para un sector de la doctrina el verdadero bien jurídico protegido sería este, la salud de las personas¹⁸.

Se podría decir, en consecuencia con esto, que omitir el socorro a una persona desamparada tiene una dimensión abstracta, que se refleja en el incumplimiento del deber de solidaridad humana, y un ámbito concreto, ya que este desamparo se materializa mediante el riesgo o peligro para la la salud, la integridad física y la vida de las personas que no reciben el auxilio.

Esta doble perspectiva queda más clara siguiendo la doctrina jurisprudencial del TC, que ha señalado directamente el bien jurídico que protege el art. 195 CP: “el fundamento o interés jurídicamente protegido, pues en el delito de omisión del deber de socorro la mínima cooperación social exigible, la solidaridad humana, la vida o integridad física en peligro, la protección de los bienes primarios en desamparo, junto con el escaso riesgo en prestar socorro; por tanto, la perspectiva dominante es la del interés de la persona desamparada, y secundariamente, el interés social en el recto comportamiento cooperativo entre los hombres ¹⁹”.

Esta explicación se traslada también al delito de denegación de asistencia sanitaria, sobre todo para aquel sector doctrinal que tiene en cuenta la relación de

¹⁷ ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 91.

¹⁸ Esta es la opinión que defiende HAVA GARCÍA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/VENTURA PÜSCHEL (coord.), *Tratado de Derecho penal. Parte especial (I). Delitos contra las personas*, 3ª, 2021, 1386.

¹⁹ STC 180/2004, de 2 de noviembre de 2004.

cualificación con el delito de omisión del deber de socorro, que, según el sector doctrinal antes mencionado, sería el tipo básico.

En definitiva, tanto el art. 195 como el 196 CP, protegen el deber de solidaridad humana, y además el bien jurídico que se vea afectado por la propia omisión, como por ejemplo, la integridad de las personas o la salud, la vida o salud; la principal diferencia entre estos dos preceptos, al margen de la discusión de si hay o no autonomía entre ellos, es que en el primero de los preceptos mencionados no se tendrá en cuenta si se produce o no un resultado, de lesión o de peligro, por ser un delito de omisión propia, y en el segundo sí se va a exigir un resultado, de peligro para la salud personal, ya que se trata de una omisión impropia, o, dicho en otros términos, es un delito de omisión y de resultado, como se va a explicar más adelante.

Otro tema objeto de discusión, tomando en consideración que se protege la salud personal, es si se trata de un bien jurídico personal o individual, referido a la persona individualmente considerada que no recibe la asistencia sanitaria requerida, o es un bien jurídico colectivo o supraindividual, la salud pública. Esta discusión no es meramente teórica, por varias razones: la primera, porque si se plantea como un bien jurídico individual esto significará que si son varias las personas las afectadas por la denegación de la asistencia sanitaria, entonces se cometerán varios delitos omisivos, tantos como sujetos pasivos hayan sido afectados por la denegación de la asistencia. La segunda, porque esta cuestión puede ser la forma como se pueda determinar la responsabilidad penal por la denegación de la asistencia sanitaria en los hechos sucedidos durante la declaración del estado de alarma en marzo de 2020, si finalmente se comprueba que, efectivamente, ha habido una orden de rechazar los ingresos hospitalarios de los ancianos de residencias de ancianos en algunos hospitales madrileños y, como consecuencia de esta denegación de la asistencia sanitaria, muchos de ellos han fallecido en las residencias por coronavirus²⁰.

²⁰ Sobre la posible aplicación del delito de denegación de asistencia sanitaria en estos casos, si efectivamente las noticias que han sido publicadas en los medios de comunicación se comprueban, HAVA GARCÍA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/VENTURA PÚSCHEL (coord.), *Tratado de Derecho penal. Parte especial (I). Delitos contra las personas*, 3ª, 2021, 1386. Para que resulte aplicable este delito, esta autora considera fundamental establecer como bien jurídico protegido la salud colectiva; además, se tiene que entender que el art. 196 CP no exige poner en concreto peligro la salud de una persona determinada, sino que basta con la mera creación de un peligro general para el colectivo social (es decir, entiende que es un delito de peligro abstracto).

1. ¿Delito de peligro concreto o de peligro abstracto?

También hay una división doctrinal sobre si el delito del art. 196 CP es un delito de peligro concreto o de peligro abstracto. La discusión se plantea tomando como punto de discusión el peligro para la salud de las personas, exigido expresamente en el art. 196 CP.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN²¹ ofrecen las siguientes definiciones de estos tipos de delitos:

Un delito de peligro concreto es aquel “cuyo resultado típico consiste en una puesta en peligro del bien jurídico, (...) en ellos la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual”. En los delitos de peligro concreto, la acción ha de tener una relación de causalidad e imputación objetiva con la provocación de un resultado de peligro real.

Por otro lado, los delitos de peligro abstracto, son aquellos en los que “no se requiere la puesta en peligro concreto de un bien, (...) se presume que la situación es peligrosa en sí misma porque la experiencia ha demostrado que ese tipo de situaciones siempre lo son”, dicho de otra forma, el delito será castigado con el mero hecho de que la conducta realizada sea peligrosa para un bien jurídico, que exista un peligro aunque el daño del bien protegido no sea inmediato.

Por último, se puede establecer una tercera categoría dentro de los delitos de peligro, denominada de peligro abstracto-concreto o hipotético. En estos delitos la acción debe ser idónea para crear una situación peligrosa, aunque no lo haga efectivamente, es

²¹ MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP. PG*, 10ª, 2019, 287-289. Desde el punto de vista doctrinal la explicación de los delitos de peligro, concreto y abstracto, sobre todo de los segundos (la otra categoría que se mencionará en el texto, los delitos de peligro abstracto-concreto), no es pacífica, pero en este trabajo no se puede llevar a cabo un análisis de la discusión, pues ello superaría con creces el objetivo principal, el análisis del delito de denegación de asistencia sanitaria. Como prueba de que es un tema no pacífico, baste señalar la forma como explica la distinción entre delitos de peligro concreto y peligro abstracto otro autor como LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP. PG*, 3ª, 2016, 161 s.: los delitos de peligro concreto requieren que la acción produzca un resultado de concreto peligro de lesión inmediata o próxima del bien jurídico; en los delitos de peligro abstracto basta con que la conducta sea peligrosa en general para algún bien jurídico, aunque no llegue a ponerlo en peligro de lesión inmediata o próxima; en los delitos de peligro abstracto la peligrosidad puede ser expresa o tácita, en los primeros la peligrosidad es exigida expresamente en el tipo, en los segundos no se menciona de manea expresa, pero dicha peligrosidad es inherente a la conducta, o es la *ratio legis* de la tipificación, pero en todo caso no son delitos de peligro basados en presunciones *iuris et de iure*, por tanto, se puede probar que en el caso concreto no ha habido tal peligrosidad.

decir, que realizar la acción ha de poder provocar un peligro para el bien jurídico protegido, aunque ese peligro aun no sea efectivo y real (esto es, concreto). La diferencia con el delito de peligro abstracto entonces es que en este último grupo sí es preciso que la acción sea peligrosa en el caso concreto, no basta con la afirmación de que generalmente este tipo de acciones implican peligro o riesgo para el bien jurídico.

Tomando en consideración estas aclaraciones previas, la mayoría de la doctrina considera el delito de denegación de asistencia sanitaria como un delito de peligro concreto²², llegando a esta conclusión partiendo de la propia redacción del tipo penal, al exigir que se produzca un grave riesgo para la salud de las personas. Pero también hay autores que lo consideran de manera diferente; algunos como GARCÍA SANZ o ALMENA VICH²³ son partidarios de la tesis de que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto; GÓMEZ TOMILLO²⁴, que por el contrario, considera el tipo delictivo de peligro abstracto hipotético, o de peligro abstracto-concreto. Finalmente, otros autores, como es el caso de MUÑOZ CONDE²⁵ hace una distinción tomando en consideración las dos conductas omisivas que configuran este tipo penal: en el caso de denegación de asistencia sanitaria sí se exige la producción del resultado de peligro concreto para la salud, pero en el caso de abandono del servicio sanitario parece suficiente con que la conducta comporte o genere una situación de peligro, no exigiéndose, por tanto, que se produzca el resultado de peligro concreto para la salud de alguna persona.

IV. EL SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido por el precepto que ha sido incumplido; este término no se ha de confundir con el referido al sujeto pasivo de la

²² Véase, en este sentido, DEL ROSAL BLASCO, en: COBO DEL ROSAL (coord.), *DP Español, PE*, 2ª ed., 2005, 339; FLORES MENDOZA, en: ROMEO CASABONA/BOLDOVA PASAMAR/SOLA RECHE (coords.), *DP.PE*, 2016, 245; JUANATEY DORADO/ANARTE BORRALLA, en: BOIX REIG (dir.), *DP: PE I, La protección penal de los intereses jdcos. personales (adaptado a la reforma de 2015 del CP)*, 2ª, 2016, 483; CARBONELL MATEU, en: GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *DP. PE*, 6ª, 2019, 282.

²³ ALMENA VICH, *PJ* 48 (1997), 252; GARCÍA SANZ, en: *AFD* 18 (2001), 350; MORENO-TORRES HERRERA, *El delito de desatención sanitaria*, 2013, 48; HAVA GARCÍA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/VENTURA PÜSCHEL (coord.), *Tratado de Derecho penal. Parte especial (I). Delitos contra las personas*, 3ª, 2021, 1386.

²⁴ GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios. Art. 196 del CP*, 1999, 62-66.

²⁵ MUÑOZ CONDE, *DP. PE*, 22ª, 2019, 324.

acción, que a veces es la misma persona que el titular del bien jurídico, pero en otras ocasiones sí se va a diferenciar, pues no hay coincidencia entre la persona sobre la que recae la acción y el titular del bien jurídico²⁶. En el caso que nos ocupa, como se va a comprobar, sí hay coincidencia entre el titular del bien jurídico, si se hace referencia al riesgo grave para la salud, y se considera que se protege un bien jurídico individual, y sujeto pasivo de la acción: este será la persona que tiene que recibir la asistencia sanitaria por parte del profesional y que, derivada de la omisión o denegación de dicha asistencia, será en él en quien aparecerá o se derivará el grave riesgo para su salud.

El art. 196 CP emplea la expresión “riesgo grave para la salud de las personas”, término que se utiliza para identificar el bien jurídico protegido de manera inmediata, la salud; al utilizarse el sustantivo en plural, “personas”, se podría entender como referencia o alusión a una colectividad, ya que cualquiera podría necesitar asistencia sanitaria y que esta le fuera denegada, y podría inducir a creer que se estaría ante un bien jurídico colectivo o supraindividual, cuyo titular sería entonces la ciudadanía como conjunto o grupo social.

A pesar de esto, la mayoría de la doctrina²⁷, considera que el sujeto pasivo no es la comunidad, sino el paciente afectado por la acción en el momento de producirse esta, pues, como se ha explicado en el apartado anterior, el art. 196 CP pretende proteger los bienes individuales de las personas a las que no se les prestan servicios sanitarios.

Si se considera el delito como de peligro concreto, es más reconocible el sujeto pasivo como una persona individual, pues es ella la que se va a colocar en una situación de peligro para su salud derivada de la falta de la asistencia sanitaria; si el delito se observa como de peligro abstracto, podría ser menos evidente quién es el sujeto pasivo, pero aun así sí se puede seguir manteniendo que el sujeto pasivo del delito es una persona individualmente considerada, pues es la que necesita de la asistencia sanitaria y que, por no ser prestada la misma, es la que sufre, en una perspectiva *ex ante*, el riesgo para su salud.

Esto significa que, independientemente de la postura que se adopte respecto de si es un delito de peligro concreto o abstracto, sí hay cierto acuerdo en identificar al sujeto

²⁶ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP.PG*, 10ª, 2019, 246.

²⁷ Véase, por todos, GARCÍA SANZ, *AFD* 18 (2001), 353; MORENO-TORRES HERRERA, *El delito de desatención sanitaria*, 2013, 36 y 37.

pasivo de la acción y del delito de denegación o del abandono de servicios sanitarios: es la persona, afectada de manera efectiva y concreta por esta conducta omisiva, y no a la colectividad de personas, pues es su salud personal la que se pone en riesgo por no recibir la asistencia sanitaria por el profesional de la sanidad.

V. EL SUJETO ACTIVO: EL PROFESIONAL SANITARIO Y LOS LÍMITES DE SU OBLIGACIÓN

El sujeto activo es la persona, física o jurídica, que comete el hecho delictivo, es quien realiza la acción típica, en definitiva, es el autor del delito. La realización de un delito no necesariamente se da mediante una actuación positiva, sino que, en los delitos omisivos expresamente tipificados, la conducta omisiva también puede ser una acción típica, así que el autor o sujeto activo será aquel que omite o no lleve a cabo la conducta debida descrita en el precepto penal²⁸.

El art. 196 CP, es, a la vista de su tenor literal, un delito especial, por lo que solo puede ser cometido por sujetos concretos que reúnan determinadas características o condiciones.

A esta conclusión se ha de llegar atendiendo a la expresión “El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios”. Esto determina que solo podrán cometer este delito como autores los profesionales sanitarios que tienen un deber profesional de prestar atención sanitaria²⁹.

Dicho esto, es preciso averiguar qué personas tienen la obligación de prestar asistencia sanitaria. O dicho de otra manera, hay que delimitar qué profesional es el que

²⁸ De esta opinión, por todos, ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 97.

²⁹ Concluyen que el delito de denegación de asistencia sanitaria es un delito especial propio, entre otros muchos, FARALDO CABANA, en: BRANDARIZ GARCÍA/FARALDO CABANA (coords.), *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2002, 147; MORENO-TORRES HERRERA, *El delito de desatención sanitaria*, 2013, 48; FLORES MENDOZA, en: BOLDOVA PASAMAR/ROMEO CASABONA/SOLA RECHE (coords.), *DP.PE*, 2016, 249; MUÑOZ CONDE, *DP. PE*, 22ª, 2019, 325; HAVA GARCÍA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/VENTURA PÜSCHEL (coord.), *Tratado de Derecho penal. Parte especial (I). Delitos contra las personas*, 3ª, 2021, 1387. Además, así se ha reconocido también jurisprudencialmente. Véase, por ejemplo, STS 648/2015, de 22 de octubre.

tiene obligación de prestar asistencia sanitaria. Sobre esta cuestión existe una división doctrinal sobre qué se considera profesional sanitario.

Un sector doctrinal opina que han de integrarse todos los individuos que desarrollen una actividad dentro de este ámbito, aunque no desarrollen una actividad estrictamente sanitaria, lo que implica que se incluyen médicos, enfermeros, auxiliares de enfermería, etc. pero también personal de apoyo en el diagnóstico (biólogos, bioquímicos...), farmacéuticos, conductores de ambulancia, celadores, entre otros³⁰.

Por otra parte, otro sector doctrinal considera que solo ha de referirse como profesional sanitario a aquellos que efectivamente lo son, de manera estricta, por lo que solo se incluiría, médicos, A.T.S, enfermeros..., y quedarían excluidos los demás profesionales que, aun estando relacionados, no lleven a cabo una actividad sanitaria como tal³¹.

En la explicación del sujeto activo, el profesional sanitario, ESQUINAS VALVERDE³² centra el análisis en el término “profesional”, y manifiesta que la relación profesional, en la perspectiva del art. 196 CP, se basa en la comunicación entre dos partes, el paciente y el sanitario (médico, enfermero, auxiliar...); el paciente acude al sanitario en busca de conocimientos técnicos curativos, y a cambio de esos conocimientos y tratamientos que recibe el paciente, el primero recibe un sueldo, en el ámbito de la sanidad pública o empresarial, o unos honorarios, si es de la sanidad privada. También GÓMEZ TOMILLO expone que será profesional, en este ámbito sanitario, aquel que preste un servicio o prestación laboral relacionados con la sanidad y la curación, a cambio de una remuneración dineraria cuantificable³³.

³⁰ Defienden este concepto amplio de profesional sanitario ALMENA VICH, *PJ* 48 (1997), 252; GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios. Art. 196 del CP*, 1999, 31-36; MORENO-TORRES HERRERA, *El delito de desatención sanitaria*, 2013, 59; QUERALT JIMÉNEZ, *DP español. PE*, 7ª, 2015, 305.

³¹ Propone este concepto estricto GARCÍA SANZ, *AFD* 18 (2001), 353-355. De la misma opinión, entre otros, MOLINA FERNÁNDEZ, en: BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de DP. PE II*, 1998, 178-179; HAVA GARCÍA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/VENTURA PÜSCHEL (coord.), *Tratado de Derecho penal. Parte especial (I). Delitos contra las personas*, 3ª, 2021, 1387.

³² ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 97.

³³ GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios. Art. 196 del CP*, 1999, 29.

La relación entre el sanitario y el paciente se podría explicar como un contrato de arrendamiento de servicios; cabría incluso hablar de un contrato de obra cuando se espera un resultado concreto de la asistencia sanitaria objeto de la relación sanitario-paciente³⁴, aunque se ha de tener en cuenta que facultativo no es infalible y sus conocimientos pueden no ser suficientes ante la condición impredecible del desarrollo de enfermedades, de cada situación y del cuerpo humano³⁵, por lo que es más correcto considerarlo un contrato de arrendamiento de servicios³⁶.

En todo caso, como ha puesto de manifiesto HUERTA TOLCIDO³⁷, es indiferente si la profesión sanitaria del sujeto se desempeña en un ámbito privado o público, esto es, que se consideran sujetos activos de este delito del art. 196 CP, a los sanitarios que están obligados a prestar asistencia sanitaria por una relación laboral y profesional, tanto en la sanidad privada como en la pública. Más adelante se volverá sobre esta cuestión.

Esta obligación tiene unos límites, puesto que el profesional sanitario no tiene el deber de asistencia permanente; la posición de garante y la responsabilidad que se deriva de dicha posición solo serán efectivas en el momento en que se produzca la conducta omisiva³⁸, esto es, que el sanitario no tendrá esa posición de garante cuando esté fuera de servicio, esté ejerciendo su derecho a huelga o el tratamiento que le es solicitado exceda de sus competencias, conocimientos o funciones³⁹; la obligación de auxilio sanitario sí se limita por el reconocimiento de determinados derechos como es el de ejercer el derecho

³⁴ BLAS ORBÁN, *Responsabilidad profesional del médico: enfoque para el Siglo XXI*, 2003, 41.

³⁵ ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 148.

³⁶ FERNÁNDEZ COSTALES, *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, 1987, 42-44, diferencia entre el contrato de obligación de medios y el contrato de obligación de resultado. En concreto, este autor lo explica de la siguiente manera: la división contractual relativa al contrato de servicios y contrato de obra se enlaza a su vez con la distinción entre obligaciones de medios o de diligencia y obligaciones de resultado, identificándose la obligación de medios con el contrato de servicios y la obligación de resultado con el contrato de obra, aclarando así la distinción entre el contrato de arrendamiento de servicios y el de obra mencionados.

³⁷ HUERTA TOLCIDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el CP de 1995*, 1997, 79.

³⁸ HUERTA TOLCIDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el CP de 1995*, 1997, 79-80; MORENO-TORRES HERRERA, *El delito de desatención sanitaria*, 2013, 62.

³⁹ GÓMEZ RIVERO, en: CAMAS JIMENA (coord.), *Responsabilidad médica*, 2013, 110.

de huelga (y el profesional sanitario no tiene que cumplir con los servicios mínimos que han de estar garantizados en todo caso), o el derecho a descansar⁴⁰.

Esto significa que, cuando el sanitario no se encuentre trabajando y ejerciendo sus funciones laborales y profesionales, tendrá el mismo deber de socorro que el resto de ciudadanos; si realiza la conducta omisiva de no auxilio, no tendrá cualificación profesional y responderá por un delito de omisión de socorro del art. 195 CP.

Por otro lado, puede surgir una confrontación entre determinados derechos del sanitario, como el derecho a tener descanso, derecho a huelga, libertad de conciencia, y los derechos e intereses de las personas que reclaman la asistencia sanitaria. ESQUINAS VALVERDE⁴¹ propone la resolución de esta cuestión mediante el estado de necesidad, regulado en el art. 20.5º CP. Mediante esta propuesta, se habrá de elegir, atendiendo a las circunstancias de la situación, del facultativo y del paciente, dimanando de esta valoración una decisión que consistirá en decantarse por una de las partes, por fuerza a ser la menos perjudicada, en otras palabras, se elige a la parte que menos daños iba a sufrir en sus derechos si se daba prioridad a la otra.

1. La posición jurídica del profesional privado

En la explicación de este delito de denegación de asistencia sanitaria surge una problemática sobre la posición del profesional sanitario en la sanidad privada y sobre si su ámbito de actuación también está sometido al art. 196 CP.

Los profesionales de la sanidad privada, que han de contar con las instalaciones y el material adecuado para prestar servicios sanitarios, actúan de manera independiente mediante los denominados “actos médicos privados”⁴².

⁴⁰ ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 401.

⁴¹ ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 404-405.

⁴² CASAS SÁNCHEZ/RODRÍGUEZ ALBARÁN, *Manual de medicina legal y forense*, 2000, 93-94.

Por medio de estos actos, establecen un vínculo directo e inmediato con el paciente, mediante una relación contractual⁴³ que debe reunir una serie de requisitos⁴⁴; ha de ser personal, tiene que fundamentarse en la confianza del paciente en el facultativo, siendo esto resultado de la elección libre del paciente; además ha de ser consensual y bilateral; por último, por regla general, suele ser un contrato oneroso, aunque esto último no es necesario, ya que el profesional puede realizar su actividad de manera gratuita. Mediante este contrato, se obliga al profesional, que ofrece sus servicios, a utilizar todos los medios, tratamientos y conocimientos de los que disponga para intentar alcanzar la curación del enfermo⁴⁵.

Haciendo referencia a lo expuesto anteriormente en este trabajo, el contrato puede tener consideración de arrendamiento de servicios o de contrato de obra⁴⁶; aunque, por regla general, sea más correcto considerarlo como de arrendamiento de servicios, ya que el de obra busca un resultado concreto y esto en el ámbito de la medicina no siempre es posible, aun poniendo el facultativo todos sus medios y conocimientos en el tratamiento, ya que el ámbito de la medicina es complejo, así como cada caso particular, dado que cada persona y cada cuerpo es diferente así como el desarrollo de enfermedades en cada uno de ellos y los facultativos sanitarios no siempre pueden curar del todo o conseguir el resultado requerido por el paciente⁴⁷. Esto ha sido apoyado por el TS⁴⁸, que declaró al respecto “la obligación del personal médico con respecto al paciente no es de resultado

⁴³ ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 146-147, nota al pie de página número 99 introduce la siguiente aclaración: “El contrato entre el médico y el paciente, ya sea en el ámbito ambulatorio hospitalario o extrahospitalario, quedará sometido a los cauces del Derecho civil y a la competencia de los tribunales de este orden. Las únicas particularidades serán, en ese caso, que la prestación sanitaria deberá adaptarse al mandato de rentabilidad y que el facultativo carece de todo derecho a percibir honorarios de manos del paciente, puesto que su retribución corresponde, en exclusiva, a la citada Asociación de Médicos de la Seguridad Social”.

⁴⁴ ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 147.

⁴⁵ ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 147.

⁴⁶ FERNÁNDEZ COSTALES, *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, 1987, 43; BLAS ORBÁN, *Responsabilidad profesional del médico: enfoque para el Siglo XXI*, 2003, 41.

⁴⁷ ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 148.

⁴⁸ Véase, entre otras, STS 805/2017, de 11 de diciembre de 2017.

sino de medios, esto es, proporcionar todos los cuidados y tratamiento que sean precisos conforme a la *lex artis*".

No obstante, y a pesar de esta consideración general como de contrato de arrendamiento de servicios, existen ciertos casos, como por ejemplo los de cirugía estética o los de interrupción del embarazo, en los que se espera un resultado concreto del proceso médico, por lo que se consideraría un contrato de obra⁴⁹, y si dicho resultado no se produce habría lugar a reclamación por parte del paciente, con el consiguiente derecho a ser indemnizado⁵⁰.

Volviendo sobre la cuestión de si el delito de denegación de asistencia sanitaria del 196 CP incluye a los profesionales del ámbito sanitario privado, la doctrina mayoritaria considera que sí, que este precepto se aplica tanto a profesionales sanitarios del ámbito público como privado, a todo aquel que esté obligado, tanto si es de manera legal como contractual⁵¹. Pero también existe un sector minoritario⁵² que, aun considerando que pueden incurrir en este delito tanto facultativos del ámbito público como del privado, opina que, para que los profesionales del ámbito sanitario privado incurran en este delito, es preciso que hayan asumido de manera previa al ejercicio de su profesión formando vínculos concretos con los pacientes, no siendo suficiente con el compromiso genérico de asistir a las personas⁵³.

⁴⁹ ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 150.

⁵⁰ ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 151.

⁵¹ Véase, en este sentido, GARCÍA SANZ, *AFD* 18 (2001), 357; CARBONELL MATEU, en: GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *DP. PE*, 6ª, 2019, 281; HAVA GARCÍA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/VENTURA PÜSCHEL (coord.), *Tratado de Derecho penal. Parte especial (I). Delitos contra las personas*, 3ª, 2021, 1387.

⁵² En este sentido, véase, entre otros, HUERTA TOCILDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el CP de 1995*, 1997, 80; MOLINA FERNÁNDEZ, en: BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de DP. PE II*, 1998, 178-179.

⁵³ GARCÍA SANZ, *AFD* 18 (2001), 357-358 y nota al pie de página número 62.

VI. LA CONDUCTA TÍPICA

El art. 196 CP distingue dos acciones diferentes dentro de la conducta típica⁵⁴, cualquiera de las dos puede implicar la comisión del delito: por un lado, la denegación de asistencia sanitaria; y por otro, el abandono de los servicios sanitarios⁵⁵.

1. *Denegación de asistencia sanitaria*

Para que se produzca la denegación de la asistencia sanitaria, es necesario que previamente se dé la situación de riesgo o peligro y, además, que la ayuda o asistencia haya sido requerida. En palabras de HUERTA TOCILDO⁵⁶ para que surja la obligación de asistir sanitariamente por parte del profesional de este ámbito es preciso que se cumplan estos dos elementos objetivos:

- Exige que se dé “la situación típica preexistente a la omisión de asistencia o al abandono de los servicios sanitarios”, esto es, que el paciente, aunque no sea grave, se tiene que encontrar en una situación de cierto peligro para su salud.

- Y además es necesario que, previo a la conducta omisiva, exista un requerimiento previo, por parte del paciente o de un tercero, de ayuda o apoyo sanitario.

Algunos autores determinan que la asistencia puede ser solicitada por la persona necesitada o alguien en su lugar, incluso se llega a estimar que el sanitario debe intervenir siempre que conozca el riesgo de la persona, aun no mediando previo requerimiento de la asistencia, es decir, que el sanitario ha de actuar siempre que conozca el riesgo grave, independientemente del modo mediante el que lo conozca⁵⁷.

Pero existe otra posición en la que se considera que la solicitud de atención sanitaria tiene que realizada por la propia persona en peligro, excepto que esta sea un

⁵⁴ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP. PG*, 10ª, 2019, 192-193.

⁵⁵ Se refiere a estas dos acciones típicas, alternativas, STS de 29 de noviembre de 2001.

⁵⁶ HUERTA TOCILDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el CP de 1995*, 1997, 87-90.

⁵⁷ Algunos autores de acuerdo con la posición que no requiere solicitud expresa de asistencia sanitaria son: PORTILLA CONTRERAS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de DP Español. PE I*, 1996, 389; ESCOBAR JIMÉNEZ, en: MORAL GARCÍA/SERRANO BUTRAGUEÑO (coords.) *CP de 1995. Comentarios y jurisprudencia II*, 2002, 1514-1515.

menor de edad o esté inconsciente, situaciones en las que sí se admite que la solicitud ya puede ser realizada por un tercero⁵⁸.

El TS se ha pronunciado sobre esta cuestión⁵⁹, pero en relación con el art. 371.3 de denegación de auxilio del antiguo CP⁶⁰. En esta se expresaba lo siguiente: "se comete cuando se produce una negativa consciente a responder a un requerimiento, sin que puedan incluirse aquí aquellas situaciones en las que, sin requerimiento expreso del particular, el funcionario tenga conocimiento indirecto de que ha sido solicitada su intervención".

La primera acción típica, "denegar", se refiere a "no conceder lo que se pide o solicita", es decir, a no conceder la asistencia sanitaria requerida.

Se plantea la cuestión de si caben en esta primera modalidad comisiva los supuestos de insuficiencia de asistencia o atención errónea. Algunas voces de la doctrina, como por ejemplo GÓMEZ RIVERO⁶¹, consideran la asistencia insuficiente y errónea ajena a la acción de denegación, que quedarían en el ámbito de aplicación de los delitos contra la vida y la salud. Sin embargo, GARCÍA SANZ⁶² considera que estas situaciones sí estarían incluidas, ya que prestar una asistencia insuficiente e incorrecta, de manera dolosa, es incumplir la norma, y, por lo tanto, denegar la asistencia sanitaria adecuada y diligente.

⁵⁸ Algunos autores de acuerdo con la posición que requiere solicitud expresa de asistencia sanitaria por parte de la persona en riesgo: GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, 1997, 305; HUERTA TOCILDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el CP de 1995*, 1997, 89; MOLINA FERNÁNDEZ, en: BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de DP. PE II*, 1998, 179; GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios. Art. 196 del CP*, 1999, 37-38.

⁵⁹ STS 993/1996, de 16 de febrero de 1996.

⁶⁰ Art. 371 del CP 1944/1973: "El funcionario público que, requerido por Autoridad competente, no prestare la debida cooperación para la administración de justicia u otro servicio público, incurrirá en las penas de suspensión y multa de 5.000 a 25.000 pesetas"./ Si de su omisión resultare grave daño para la causa pública o para un tercero, las penas serán de inhabilitación especial y multa de 5.000 a 25.000 pesetas./En iguales penas incurrirá, respectivamente, el funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que esté obligado por razón de su cargo para evitar un delito u otro mal, se abstuviere de prestarlo sin causa justificada".

⁶¹ GÓMEZ RIVERO, en: CAMAS JIMENA (coord.), *Responsabilidad médica*, 2013, 109.

⁶² GARCÍA SANZ, *AFD* 18 (2001), 361.

Cuando el paciente rechaza la ayuda de los sanitarios por motivos religiosos, el sanitario no incurre en el delito del 196 CP, ya que es el paciente quien se niega a recibir el tratamiento que su salud requiere y el facultativo no incumple su deber de atención por voluntad propia⁶³. Sin embargo, si lo que se rechaza es un tratamiento en concreto, el sanitario ha de ofrecerle otras opciones, si es que son posibles, para llevar a cabo la curación, y además deberá practicar los demás procedimientos para evitar el riesgo del paciente, si no lo hace podría incumplir su deber de asistencia sanitaria e incurrir en el tipo delictivo del art. 196 CP⁶⁴.

En relación con esto, también se plantea la cuestión sobre si deben emplearse todos los medios de los que el facultativo dispone y aplicarse todos los conocimientos que este tiene, o si bastará con una actuación habitual, o sea, lo que se suele hacer para tratar los casos similares al atendido.

Sobre este particular, ESQUINAS VALVERDE⁶⁵ opina que el facultativo ha de emplear todo lo que tenga a su alcance y hacer todo lo posible para curar al paciente y evitar ese riesgo grave, y si este no aplica, de manera voluntaria y consciente, dolosamente por tanto, todos los conocimientos y medios, incurrirá en el delito de denegación de asistencia sanitaria. En definitiva, estaríamos ante una asistencia sanitaria insuficiente, llevada a cabo de manera dolosa por parte del profesional, por lo que sí puede dar lugar a responsabilidad penal por este delito omisivo, si se cumplen los restantes elementos típicos.

También se plantea la cuestión de si se ha de plantear o no esta modalidad delictiva cuando el sanitario no puede ofrecer más tratamientos pero no acude a otro profesional para que continúe con el tratamiento⁶⁶. Tomando en consideración el código deontológico de la profesión médica, en caso de que el profesional que no puede continuar tratando al

⁶³ HUERTA TOCILDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el CP de 1995, 1997*, 90; GARCÍA SANZ, *AFD* 18 (2001), 361.

⁶⁴ ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 220.

⁶⁵ ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 235.

⁶⁶ Se plantea este supuesto ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 220.

paciente, por la razón que sea, si no pide ayuda a otro facultativo o le recomienda al paciente que solicite ayuda a otro profesional, puede estar colocándole en una situación de desamparo⁶⁷. Se podría hablar entonces de denegación de asistencia sanitaria tácita si simplemente no acude a otro compañero o no avisa al paciente de lo que puede ocurrir si no busca otro profesional que siga tratándole, y de denegación de asistencia sanitaria expresa cuando el sanitario se niega de manera expresa a realizar la actuación que debe, en este caso, debe pedir auxilio a un compañero⁶⁸.

En resumen, si el profesional no pide auxilio, tácita o expresamente, a un compañero profesional de la sanidad, incurre en este delito de denegación de asistencia sanitaria si con su actuación genera la situación de desamparo del paciente.

2. *Abandono de los servicios sanitarios*

Esta es la otra conducta alternativa del delito de denegación de asistencia sanitaria.

Para que se produzca el abandono de servicios sanitarios es necesario que exista un abandono físico efectivo del centro donde se prestan dichos servicios, y que de este desplazamiento físico se derive un riesgo grave para el paciente⁶⁹.

No obstante, algunos autores consideran el abandono de los servicios sanitarios como una conducta que afecta a un ámbito más extenso que la denegación de asistencia sanitaria, ya que consideran que engloba tanto los casos en los que el sanitario abandona el centro sanitario, pero también los supuestos en los que se abandona el servicio o tratamiento en sí, es decir, según este punto de vista, bajo el abandono de servicios sanitarios se subsume el abandono físico del centro, conducta que se observa como una

⁶⁷ Art. 22.1 del Código de Deontología médica, octubre de 2018: “El médico debe abstenerse de las actuaciones que sobrepasen su competencia y capacidad. En este caso, debe proponer al paciente que recurra a otro compañero” (disponible en: https://www.cgcom.es/sites/default/files/codigo_deontologia_medica.pdf).

⁶⁸ ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 230-231.

⁶⁹ ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 322; MORENO-TORRES HERRERA, *El delito de desatención sanitaria*, 2013, 75.

omisión activa o de acción⁷⁰, y los supuestos en los que no se atiende al paciente desde un inicio y/o el cese de un tratamiento que ya había comenzado⁷¹.

Son objeto de controversia los casos en los que el sanitario, de manera injustificada, se retrasa en su llegada, incumple horarios o directamente no acude a su trabajo, ocasionando por esto un riesgo grave al enfermo. Hay varios puntos de vista sobre esta cuestión.

Para un sector de la doctrina⁷² estos casos han de ser objeto de una sanción disciplinaria; para que pueda entrar en aplicación el delito es necesario o requiere que el sujeto activo se haya incorporado previamente a su puesto de trabajo, por tanto estos casos quedan fuera del ámbito de aplicación del 196 CP.

Por otro lado, algunos autores⁷³, consideran que estas conductas sí se subsumen bajo la conducta de abandono de servicios sanitarios, argumentando que si el profesional, de manera injustificada, omite acudir a su puesto o incumple su horario laboral, abandona la prestación que por contrato está obligado a prestar, y por lo tanto abandona los servicios sanitarios.

Para que entre en aplicación este delito de abandono del servicio sanitario es necesario que se constate que el profesional sanitario hubiera podido evitar la producción del riesgo grave para la salud del paciente⁷⁴, esto es, que si el riesgo para la salud del paciente se hubiera producido igualmente pese a la intervención del facultativo, este no

⁷⁰ ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 324.

⁷¹ MOLINA FERNÁNDEZ, en: BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de DP. PE II*, 1998, 181; GARCÍA SANZ, *AFD* 18 (2001), 362; MORENO-TORRES HERRERA, *El delito de desatención sanitaria*, 2013, 75.

⁷² GARCÍA SANZ, en: *AP*, N° 30, 2001, 683.

⁷³ MORENO-TORRES HERRERA, *El delito de desatención sanitaria*, 2013,76.

⁷⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, en: BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de DP. PE II*, 1998, 181; FARALDO CABANA, en: BRANDARIZ GARCÍA/FARALDO CABANA (coords.), *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2002, 148, nota a pie de página número 132; QUERALT JIMÉNEZ, *DP español. PE*, 7ª, 2015, 306.

le sería imputable, aun habiendo este realizado la conducta de abandono de los servicios sanitarios⁷⁵ y, en tal caso, no se habrá cometido este delito.

VII. GRAVE RIESGO PARA LA SALUD DEL PACIENTE. ¿DELITO DE OMISIÓN PURA?

Es necesario analizar el concepto de “riesgo grave para la salud del paciente”, para entender el alcance de la regulación que ofrece el CP sobre el delito de denegación de asistencia sanitaria.

Con carácter previo, sin embargo, conviene aclarar las siguientes categorías sobre los delitos de omisión: qué se entiende por delito de omisión pura, por delito de comisión por omisión o por delito de omisión y resultado.

La omisión pura es una modalidad delictiva que tiene su paralelismo o correspondencia con los delitos de mera actividad; para su realización solo se requiere que el sujeto activo no lleve a cabo la conducta debida descrita en el correspondiente tipo penal, bien porque permanece completamente pasivo, bien porque realiza otra conducta completamente diferente a la exigida en el tipo penal correspondiente (esto segundo será lo más habitual). La consumación se produce en el instante en el que el sujeto activo, pudiendo llevarla a cabo, no realiza la conducta debida, infringiendo así la norma imperativa que está implícita en el correspondiente tipo penal, al margen o con independencia de si se produce o no un resultado⁷⁶.

La comisión por omisión se plantea en relación con los delitos de resultado (y, en especial, con los delitos puramente resultativos), y consiste en la comisión o realización de este delito de resultado a través de la omisión de una conducta debida que, de haber sido realizada, concurriendo determinadas circunstancias, hubiera evitado o impedido que se produjera aquel. Es decir, bajo determinadas circunstancias y requisitos, al sujeto se le

⁷⁵ GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, 1997, 309-311; FARALDO CABANA, en: BRANDARIZ GARCÍA/FARALDO CABANA (coords.), *Responsabilidad penal del personal sanitario*, 2002, 148.

⁷⁶ Sobre el concepto de delitos de omisión pura, véase, entre otros muchos, LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP. PG*, 3ª, 2016, 157; DELGADO GIL, *RDPC* 21 (2019), 194.

hace responsable por el resultado producido, que generalmente supone la lesión del bien jurídico protegido en el tipo penal, porque estaba en condiciones de evitar su producción a través de la conducta debida y, sin embargo, no ha impedido su producción⁷⁷. Para que el sujeto responda del delito de resultado en comisión por omisión el art. 11 CP exige que aquel ocupe una posición de garante o, dicho de otra manera, tiene que ser una persona que tenga la obligación de proteger ese bien jurídico, razón por la que es obligado a evitar que se produzca el resultado lesivo del mismo, y, además, la omisión de esta conducta por parte del sujeto obligado-garante tiene que equivaler normativamente a la causación activa de ese resultado⁷⁸.

Los delitos de omisión y resultado son aquellos en los que la omisión se relaciona estrecha y directamente con un resultado mediante la imputación objetiva; son delitos de resultado, pues el tipo penal en cuestión exige para su consumación que se produzca este, pero están específicamente tipificados, y tal resultado tiene que derivarse de la omisión de una conducta impuesta o debida por la norma imperativa⁷⁹.

Hechas estas aclaraciones previas, existe una discusión doctrinal, que deriva en tres puntos de vista diferentes, sobre el tipo de omisión que contiene el precepto del 196 CP, lo que repercute en la forma de explicar el requisito exigido en este precepto para su aplicación, “el riesgo grave para la salud” de las personas⁸⁰:

A. Para un primer sector doctrinal⁸¹ el delito de denegación de asistencia sanitaria es un delito de omisión propia o pura, esto es, que considera consumado el delito con la omisión o no realización de la conducta debida, en este caso es la denegación de la asistencia sanitaria por parte del profesional de la sanidad o, en la

⁷⁷ Sobre los delitos de resultado cometidos en comisión por omisión, véase, entre otros, DEMETRIO CRESPO, *Curso de DP: PG*, 2016, 332-333; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP. PG*, 3ª, 2016, 158; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP. PG*, 10ª, 2019, 224.

⁷⁸ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP. PG*, 3ª, 2016, 158, y más ampliamente 587 ss.; *Libertas. RFICP* 6 (2017), 149-150.

⁷⁹ DEMETRIO CRESPO, *Curso de DP: PG*, 2016, 333; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP. PG*, 10ª, 2019, 228.

⁸⁰ Alude a esta cuestión MORENO-TORRES HERRERA, *El delito de desatención sanitaria*, 2013, 49.

⁸¹ PORTILLA CONTRERAS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de DP Español. PE I*, 1996, 388; CARBONELL MATEU, en: GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *DP. PE*, 6ª, 2019, 280-281.

otra modalidad, el abandono del servicio. Desde esta perspectiva, conserva la misma estructura y naturaleza que el delito de omisión del deber de socorro, pues este también sería un delito de omisión pura. Con esta explicación se puede deducir entonces que el delito de denegación de asistencia sanitaria sí puede ser un delito agravado o cualificado respecto del genérico o básico de omisión del deber de socorro.

B. Otro sector de la doctrina⁸² considera que estamos ante un delito de omisión pura de garante; la diferencia con el primer punto de vista se establece en el sujeto activo del delito, en este caso solo puede ser un profesional sanitario, y se entiende que este profesional tiene una posición de garante frente al paciente, deber que se incumple al omitir la asistencia sanitaria que es necesaria en la situación descrita en el tipo penal. No es necesario o no es exigible que de esta omisión, se derive un resultado lesivo o de peligro para la vida o la integridad y salud del paciente. Dicho con otras palabras, que la simple omisión en sí sería suficiente para que se cometiese el tipo delictivo, pero tal omisión ha de atribuirse al sujeto que ocupa una posición de garante.

SILVA SÁNCHEZ⁸³ ha sido el defensor de esta construcción de los delitos de omisión pura de garante, como categoría intermedia entre los delitos de omisión pura y los delitos de comisión por omisión, antes de la aparición de este delito en el CP; este autor considera que no es suficiente por sí sola la condición de garante del sujeto activo, sino que además es necesario que exista una relación de garantía cualificada. Esta construcción es compartida por otros autores, como DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO⁸⁴.

Esta explicación, trasladada al delito que se está analizando aquí, significaría que para la aplicación del delito que se está comentando no bastaría con comprobar que el sujeto activo es un profesional sanitario, deberá concurrir la relación o posición de garante “específica” con el paciente.

⁸² HERRERO HERRERO, *Introducción al nuevo CP. PG y PE*, 1996, 232-233; QUERALT JIMÉNEZ, *DP español. PE*, 7ª, 2015, 305; MAQUEDA ABREU/LAURENZO COPELLO, *El DP en casos. PG*, 5ª, 2017, 164; DELGADO GIL, *RDPC* 21 (2019), 194.

⁸³ SILVA SÁNCHEZ, en: *Problemas específicos de la aplicación del CP*, 1999, 154.

⁸⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *PJ* 24 (1991), 209-210; GRACIA MARTÍN, *NFP* 61 (1999), 127-132.

C. Por último, se ha planteado un tercer punto de vista, defendido entre otros por HUERTA TOLCIDO⁸⁵, que consiste en que el delito de denegación de asistencia sanitaria sería una variante de la comisión por omisión. En primer lugar, el profesional sanitario ocupa una posición de garante respecto de la vida e integridad y salud del paciente; en segundo lugar, el tipo penal requiere que el profesional sanitario omita la asistencia sanitaria, de ahí que nos encontremos ante un delito de omisión; de esta omisión se ha de producir la situación de grave riesgo para la salud o vida del paciente, por eso es también un delito de resultado, y en esto se constataría que se trata de una variante de la comisión por omisión. Se correspondería, entonces, con la estructura típica antes comentada referida al delito de omisión y resultado.

Desde esta última tesis explicada el riesgo grave para la salud del paciente sería el resultado requerido para la configuración de este delito; y la producción de este resultado marcará la consumación del delito.

En este sentido, para ESQUINAS VALVERDE⁸⁶, el riesgo grave es un elemento típico que se derivaría de una manera casi automática por la situación de desamparo que ha provocado el sanitario con posición de garante obligado a prestar asistencia y que no la ha prestado. Esto supondría que el peligro en sí no sería el resultado imputable al profesional sanitario, pues el sujeto pasivo ya tiene que presentar una situación que entraña peligro o riesgo para su salud; la desatención por parte del profesional sanitario sería realmente el resultado de la acción típica, entendido como efecto o consecuencia de la acción; ahora bien, como el sujeto pasivo ya se encuentra en una situación de riesgo o peligro, la falta de asistencia sanitaria.

Pero esta no es la interpretación unánime de la doctrina. Al contrario, se ha defendido que el riesgo grave para la salud del paciente en realidad es una condición

⁸⁵ HUERTA TOLCIDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el CP de 1995, 1997*, 70-73. Esta explicación ha sido planteada inicialmente, pero refiriéndose al delito de omisión del deber de socorro, por RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el CP*, 1966, 72-78.

⁸⁶ ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 434.

objetiva de punibilidad⁸⁷, es decir, es un requisito objetivo requerido para que se castigue penalmente la denegación de la asistencia sanitaria, pero, al tratarse de un elemento que afecta a la punibilidad, el mismo no tiene que ser abarcado por el dolo del sujeto activo. sí ha de suponer un empeoramiento o agravamiento de la dolencia que padece aquel.

VIII. PARTE SUBJETIVA

1. *Dolo*

En el tipo subjetivo el legislador ha decidido tipificar solo la modalidad dolosa del delito de denegación del servicio sanitario, lo que supone que el sujeto activo ha de conocer y querer realizar todos los elementos del tipo objetivo⁸⁸. No se ha regulado una modalidad imprudente de estas conductas de desatención sanitaria, por lo que si se realizan los hechos de manera imprudente, por ejemplo, por una valoración de diagnóstico erróneo, es decir, si se incurre en algún error de tipo, estaríamos ante una conducta atípica y no sería punible⁸⁹.

Esto supone que el sujeto activo ha de ser consciente de que concurre la situación típica generadora del deber de actuación, que está denegando la asistencia sanitaria a la que está obligado por su profesión, o que abandona el servicio que tiene obligación de prestar, y que de esta omisión se va a derivar el riesgo grave para la salud de una persona. Si el profesional sanitario conociere que su intervención no iba a tener el efecto curativo idóneo para el paciente, es decir, si fuese consciente de que su actuación no mejoraría la

⁸⁷ Defiende esta interpretación GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios*. Art. 196 del CP, 1999, 26-27.

⁸⁸ HUERTA TOCILDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el CP de 1995*, 1997, 94; GARCÍA SANZ, *AFD* 18 (2001), 352; ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios*. El art. 196 del CP, 2006, 535; PALOMO DEL ARCO, en: ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/FERRÉ OLIVÉ/GARCÍA RIVAS/SERRANO PIEDECASAS/TERRADILLOS BASOCO (dirs.), *Comentarios al CP*, 2007, 469; PORTILLA CONTRERAS, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), MANJÓN-CABEZA OLMEDA/ VENTURA PÜSCHEL (coords.), *DP español PE*, 2ª, 2011, 748; FLORES MENDOZA, en: BOLDOVA PASAMAR/ROMEO CASABONA/SOLA RECHE (coords.), *DP.PE*, 2016, 249; DELGADO GIL, en: *RDPC* 21 (2019), 194; GÓMEZ RIVERO, en: GÓMEZ RIVERO (dir.), *Nociones fundamentales de DP*. *PE I*, 4ª, 2020, 409.

⁸⁹ GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, 1997, 314-315; MORENO-TORRES HERRERA, *El delito de desatención sanitaria*, 2013, 94; FLORES MENDOZA, en: BOLDOVA PASAMAR/ ROMEO CASABONA/ SOLA RECHE (coords.), *DP. PE*, 2016, 249.

situación del paciente, y por ello omite la conducta debida, no incurriría en el delito del 196 CP, pero si no está seguro sobre que no va a poder curar al paciente o tiene dudas sobre ello, no debe omitir su intervención, ya que este debe realizar su deber profesional adecuadamente y debe cumplir con esta obligación siempre que exista la posibilidad de ayudar a mejorar al paciente o de mitigar su sufrimiento; en estos casos el planteamiento del dolo eventual servirá para constatar que sí concurre el tipo subjetivo de esta modalidad delictiva⁹⁰.

Si el sanitario conoce que su intervención no va a mejorar el estado del paciente y decide no actuar, no incurriría en el delito, no está denegando asistencia sanitaria, pues el eventual riesgo para la salud del paciente que se ve incrementado no se debe a la denegación del tratamiento, no es imputable a esta omisión⁹¹.

Para que el profesional que omite la adecuada atención sanitaria sea castigado, no solo ha debido de omitir su conducta debida, sino que ha de poner en riesgo la salud del paciente; este es el resultado imputable a la omisión típica, y este resultado también tiene que ser abarcado por el dolo del sujeto activo, desde luego si, primero, se considera que, efectivamente se trata de un delito de omisión y resultado, y, en segundo lugar, que es efectivamente el resultado y no es mera condición objetiva de punibilidad⁹².

Es decir, en la explicación del tipo subjetivo se tiene que tener en cuenta que nos encontramos ante un delito de peligro; para el sector doctrinal que considera que este es un delito de peligro concreto recurrirá a las explicaciones teóricas del dolo de peligro concreto; para el sector doctrinal que entiende que este es un delito de peligro abstracto, o de peligro concreto-abstracto, utilizará el concepto de dolo de peligro abstracto. En todo caso, el dolo se tiene que plantear y formular respecto del peligro, concreto o abstracto, para el bien jurídico, la salud de la persona. Es decir, no tiene que implicar que el profesional sanitario acepte o asuma también el eventual resultado lesivo para la vida o la integridad y salud del paciente; en el hipotético caso de que este resultado acabe

⁹⁰ MORENO-TORRES HERRERA, *El delito de desatención sanitaria*, 2013, 93.

⁹¹ MORENO-TORRES HERRERA, *El delito de desatención sanitaria*, 2013, 94.

⁹² ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 547.

produciéndose este será imputable, bien a dolo, bien a imprudencia del profesional sanitario. El dolo sí ha de ir referido a la puesta en peligro de la salud del paciente, y este peligro se tiene que derivar o imputar a la omisión de la conducta debida, sabiéndolo y queriéndolo el sujeto activo. En cuanto a la clase de dolo que puede plantearse, bastará con que se esté ante un supuesto de dolo eventual⁹³.

2. Error

El error que ha de ser explicado en el tipo subjetivo es en sentido estricto el error de tipo. Este significa o supone el desconocimiento o ignorancia por parte del sujeto activo que está realizando los elementos constitutivos de un tipo penal. Falta por tanto uno de los elementos o componentes del dolo: el conocimiento⁹⁴.

El error puede ir referido a cualquiera de los elementos constitutivos del tipo penal: bien sobre la situación de garante del profesional sanitario, bien sobre la situación fáctica del paciente que obliga a la atención sanitaria, bien respecto de las posibilidades de actuación para atender al paciente, evitando el peligro para su salud. El error de tipo, al afectar al conocimiento respecto de la concurrencia de los elementos típicos, supone la exclusión del dolo. Cuando la omisión se produzca mediando el error de tipo, aun cuando este sea vencible, se estará ante una omisión de la asistencia sanitaria imprudente, pero que no es punible porque no está tipificado el delito imprudente⁹⁵.

A la teoría del error de tipo se puede reconducir el supuesto en el que el profesional se equivoca en el diagnóstico y no presta la atención sanitaria en el momento adecuado, denegando así la asistencia requerida, y provocando un aumento del riesgo para el paciente; ese error en el diagnóstico, aunque sea atribuible a una imprudencia por parte del profesional, va a quedar impune, no puede ser objeto de castigo ni de los artículos del

⁹³ ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 547-550.

⁹⁴ Sobre el error de tipo en general, véase, por todos, LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3ª, 2016, 249 ss.

⁹⁵ Sobre el error de tipo, véase, más ampliamente, GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, 1997, 298-300; ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 540; PORTILLA CONTRERAS, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *DP español PE*, 2ª, 2011, 748.

Título IX de la omisión del deber de socorro del CP, ni tampoco del 412. 3º CP⁹⁶, que trata sobre la denegación de auxilio por parte del funcionario⁹⁷.

Por el contrario, otro sector doctrinal⁹⁸, da una visión diferente a esta cuestión: exponen que el profesional sanitario omite la asistencia de manera consciente, es decir, dolosa, y que, aun incurriendo en un error vencible sobre el verdadero estado del paciente, el facultativo actúa por su propia voluntad, y por lo tanto consciente y dolosamente. Añaden, además, que cuando dicho error produzca riesgo grave para el enfermo y su salud y el profesional omitente alegue falta de conocimientos, esto no sería lo suficientemente creíble, pues en realidad el sujeto habría actuado por la indiferencia hacia la salud y la curación del paciente, lo que se traduciría en una situación en la que media dolo eventual respecto del peligro no evitado⁹⁹.

Esto significa que, para este sector doctrinal, cuando el error sea injustificable, ninguna persona, y menos un experto en la sanidad, pensaría que no se produciría ningún riesgo o peligro al no actuar diligentemente, y por esto mismo incurriría en una conducta dolosa, tanto si valora ese peligro que objetivamente se iba a producir, como si no¹⁰⁰.

MORENO-TORRES HERRERA¹⁰¹, sin embargo, opina que si se considera el punto de vista anterior, se estaría forzando a los sanitarios a no poder equivocarse y a

⁹⁶ Art. 412.3 CP: “La autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito contra la vida de las personas, se abstuviera de prestarlo, será castigado con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años./Si se tratase de un delito contra la integridad, libertad sexual, salud o libertad de las personas, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público de uno a tres años./ En el caso de que tal requerimiento lo fuera para evitar cualquier otro delito u otro mal, se castigará con la pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”.

⁹⁷ PORTILLA CONTRERAS, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de DP Español. PE I*, 1996, 390; GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, 1997, 318.

⁹⁸ Esta idea se extiende en otros países de nuestro entorno, donde no se acepta el error sobre la urgencia de tratar a un paciente, como por ejemplo Francia, con teorías como la de RASSAT (RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, 8ª ed., 2018, 348-349).

⁹⁹ ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 541.

¹⁰⁰ HUERTA TOCILDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el CP de 1995*, 1997, 94-95; ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 541-542.

¹⁰¹ MORENO-TORRES HERRERA, *El delito de desatención sanitaria*, 2013, 95-96.

tener que acertar siempre en el diagnóstico, lo cual es humanamente imposible. El TS¹⁰², conforme a esto, estableció lo siguiente: "sin producirse una negativa deliberada, la falta de respuesta se deba a la valoración profesional del funcionario, estimando razonablemente que, bien por el tiempo transcurrido, bien por la naturaleza del motivo que generaba el aviso, bien por haberse producido cuando existían otras posibilidades de atención alternativas, o bien por el conjunto de dichas circunstancias u otras razonablemente atendibles, ya no se hacía necesaria o urgente su intervención. En estos supuestos podría hablarse de una infracción del deber objetivo de cuidado [...] si la valoración del médico pudiese ser tachada de negligente", afirmando que de cometer un error negligente, se incurrirá en infracción del deber objetivo del cuidado, y no en un delito del art. 196 CP¹⁰³.

IX. PARTE NEGATIVA: LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Las causas de justificación son aquellas eximentes que, por razones políticas, sociales y jurídicas, convierten un hecho típico en lícito y que impiden que el autor de ese hecho sea castigado por incumplir una norma penal; esto es, que las causas de justificación permiten a un individuo realizar una conducta en principio prohibida, excluyendo o anulando la prohibición y, consecuentemente, excluyen la responsabilidad penal (entre otros efectos)¹⁰⁴.

En el actual CP existen varias causas de justificación: en el art. 20. 4º se regula la legítima defensa; en el art. 20.5º el estado de necesidad; y en el apartado 7º de este art. 20, se encuentra la circunstancia de cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo.

¹⁰² STS 993/1996, de 16 de febrero.

¹⁰³ MORENO-TORRES HERRERA, *El delito de desatención sanitaria*, 2013, 95-96.

¹⁰⁴ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP. PG*, 10ª, 2019, 293.

La doctrina mayoritaria¹⁰⁵ basa la existencia de estas causas de justificación en la concurrencia del principio de “*interés preponderante*”, por el que se justifica la comisión del hecho típico porque dañar un bien jurídico significaría salvar otro superior o de mayor valor. Además, también puede tomarse en consideración el principio de “*ausencia de interés*”¹⁰⁶, que supondría que el hecho que sería típico en otro caso no lo es “porque el titular del bien jurídico afectado por la conducta típica renuncia a la protección jurídica en el caso concreto”, lo que sucede cuando el sujeto afectado consiente la infracción penal.

Aunque esta teoría no es general, en el sentido de que resulte aplicable a todas las causas de justificación (de hecho el principio de ausencia de interés, de ser uno de los fundamentos de las eximentes, operaría solo en el consentimiento) y ha de atenderse a las circunstancias de cada caso concreto y a otros conceptos importantes en la explicación de las causas de justificación como son los principios de “*proporcionalidad*”, la “*prevalencia del Derecho*”, la “*necesidad*”... entre otros¹⁰⁷.

En el caso de que el sanitario deniegue la asistencia sanitaria requerida por un paciente o abandone los servicios sanitarios con el fin de atender a otro enfermo en un estado más grave, la omisión de su deber profesional estará justificada; procede plantear en este caso el estado de necesidad como causa justificante¹⁰⁸.

También se justifica el supuesto en que el facultativo se encuentre ejerciendo su derecho a huelga, en este caso el profesional sanitario que no asiste a un paciente no incurrirá en el delito del art. 196 CP¹⁰⁹.

El estado de necesidad como causa de justificación es la eximente que habrá de ser tomada en consideración para analizar los casos que, durante la pandemia, resulten

¹⁰⁵ MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP. P.G.*, 10ª ed., 2019, 296-297.

¹⁰⁶ MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP. P.G.*, 10ª ed., 2019, 296-297.

¹⁰⁷ MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP. P.G.*, 10ª ed., 2019, 297.

¹⁰⁸ PORTILLA CONTRERAS, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *DP español PE*, 2ª, 2011, 749; HAVA GARCÍA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/VENTURA PÜSCHEL (coord.), *Tratado de DP, PE*, 3ª, 2021, 1393.

¹⁰⁹ HAVA GARCÍA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ VENTURA PÜSCHEL (coord.), *Tratado de DP, P.E.*, 3ª., 2021, 1394.

típicos por cumplirse todos los elementos, objetivos y subjetivos, del delito de denegación de asistencia sanitaria (o de abandono de servicios sanitarios): la escasez de medios, materiales y humanos (sobre todo en las primeras fases de la enfermedad no había respiradores para todos los enfermos que los necesitaban) para atender a todos los enfermos contagiados por el coronavirus tiene que ser tomada en consideración para justificar la actuación del profesional sanitario, prestando asistencia a unos enfermos/denegando la asistencia a otros enfermos, eso sí, si se cumplen todos los requisitos, esenciales e inesenciales, de esta causa de justificación. Pero previamente es necesario que la conducta del sanitario sea calificada de típica, es decir, sea efectivamente una omisión de la asistencia sanitaria debida¹¹⁰.

Aunque este apartado está dedicado al tipo negativo, es decir, a las eximentes que afectan a la antijuridicidad, también merece ser objeto de mención la posibilidad de plantear la eximente que afecta a la culpabilidad, la de miedo insuperable del art. 20.6º CP; esta eximente se podrá plantear cuando el sujeto actúe de cierta manera por evitar un riesgo a su persona o por un miedo a sufrirlo, pero en el caso del sanitario, es prácticamente imposible de que se plantee, ya que este tiene mayores obligaciones que el resto de la población a la hora de auxiliar a las personas¹¹¹, y además se ha de entender que el sanitario conoce los riesgos que implica la realización de su deber profesional.

Además, solo podrá apreciarse miedo insuperable cuando exista una situación inminentemente gravosa que perturbe de manera real y efectiva el ánimo invencible del sanitario, lo que se daría mediante alguna fobia diagnosticada patológicamente, lo cual inhabilitaría al facultativo para realizar su labor y ostentar su condición de profesional sanitario como tal¹¹².

¹¹⁰ Para más detalles sobre esta causa de justificación, LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal*. PG, 3ª, 2016, 405 ss., y, en particular, analizando el conflicto de deberes como modalidad del estado de necesidad, 410 ss.

¹¹¹ HAVA GARCÍA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/VENTURA PÜSCHEL (coord.), *Tratado de DP, PE*, 3ª, 2021, 1393.

¹¹² GARCÍA SANZ, en: AP 30 (2001), 687.

X. PENALIDAD Y RELACIONES CONCURSALES

1. *Penalidad*

El art. 196 CP castiga la denegación de asistencia sanitaria y el abandono de los servicios sanitarios remitiéndose al art. 195 CP de la siguiente manera: “será castigado 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”.

Esta remisión, aporta, en primer lugar, un argumento a aquellos autores que opinan que el art. 196 CP es una modalidad dependiente y agravada del art. 195, ya que interrelaciona ambos preceptos, tal como ha sido explicado anteriormente.

Además, esto plantea una cuestión relevante: surge la duda sobre cuál es exactamente el apartado con el que se ha de hacer la remisión a efectos penológicos¹¹³.

Autores como GÓMEZ TOMILLO¹¹⁴, consideran que es indiferente si el art. 196 se refiere y remite a la pena de cualquiera de los apartados del art. 195, ya que con que se aplique cualquiera de ellos, significaría la comisión de desatención sanitaria, pero defiende la remisión del 196 al 195.3, por recoger este último la pena más grave; sin embargo, MORENO-TORRES HERRERA, opina que el 196 no podría remitirse al art.195.3 CP¹¹⁵, ya supondría castigar la imprudencia del sanitario, y, como se explica anteriormente, al analizar el error y el dolo, en este delito la imprudencia no es punible.

2. *Relaciones concursales*

El último aspecto que merece ser objeto de atención en este trabajo es el relativo a las relaciones concursales que pueden plantearse entre el delito de denegación de

¹¹³ Plantea esta duda general, MORENO-TORRES HERRERA, *El delito de desatención sanitaria*, 2013, 97.

¹¹⁴ GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios. Art. 196 del CP*, 1999, 49-50. De la misma opinión: HUERTA TOCILDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el CP de 1995*, 1997, 103- 105, quien considera que si cabría la remisión al art. 195.3 CP.

¹¹⁵ MORENO-TORRES HERRERA, *El delito de desatención sanitaria*, 2013, 99-100.

asistencia sanitaria y otras figuras delictivas, bien otros delitos omisivos, bien con los delitos de resultado más importantes, los de homicidio y lesiones.

2.1. *Art. 196 y art. 195 CP*

El primer delito omisivo que puede entrar en concurso con el delito de denegación de asistencia sanitaria es el delito de omisión del deber de socorro. La explicación de esta relación concursal no se ve afectada por la discusión en torno a la naturaleza del primero de los delitos omisivos, recuérdese, si se trata de un delito cualificado o un delito autónomo respecto del delito de omisión del deber de socorro.

Existe acuerdo doctrinal sobre el tratamiento de esta relación concursal a través de las reglas del concurso de leyes; tal concurrencia aparente ha de ser resuelta mediante la aplicación del principio de especialidad del art. 8.1ª CP, a favor del delito aquí comentado, pues el delito de denegación de la asistencia sanitaria es un delito especial (sea considerado además como autónomo o sea calificado como delito cualificado), porque el sujeto activo, como se ha explicado en este trabajo, está circunscrito a un círculo muy concreto de personas, el personal sanitario¹¹⁶.

2.2. *Art. 196 y Art. 409 CP*

El segundo delito omisivo que puede entrar en concurso con el aquí explicado es el tipificado en el art. 409 CP¹¹⁷, que castiga a los funcionarios que abandonen, o promuevan hacerlo, un servicio público.

En este caso sí se está ante un concurso de delitos, que habrá de ser resuelto a través de las reglas del concurso ideal, y esto es así porque en el art. 409 CP la acción se agota en el desvalor que de por sí supone la alteración del servicio como tal, pero sin valorar el resultado y la alteración que se producen en los bienes jurídicos protegidos, por lo que se tendrá que aplicar el delito de denegación de asistencia sanitaria si, como

¹¹⁶ Véase, por todos, MORENO-TORRES HERRERA, *El delito de desatención sanitaria*, 2013, 101.

¹¹⁷ Art. 409 CP: “A las autoridades o funcionarios públicos que promovieren, dirigieren u organizaren el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público, se les castigará con la pena de multa de ocho a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”.

consecuencia del abandono del servicio público, un paciente sufre un grave riesgo para su salud, este desvalor de resultado solo podrá ser castigado a través de la aplicación del art. 196 CP¹¹⁸.

2.3. *Art. 196 y art. 412.3 CP*

El tercer delito omisivo que puede entrar en concurso con el aquí comentado es el tipificado en el art. 412.3 CP, que castiga al funcionario que no preste auxilio a un particular estando obligado por su cargo; en este caso se está en presencia de un concurso de leyes que se resolverá en virtud del principio de especialidad (8.1ª CP). Tendrá preferencia el art. 196 CP sobre el art. 412.3 CP, ya que este más concreto al referirse al profesional sanitario, mientras que el otro delito omisivo se refiere al sujeto activo más amplio, la autoridad o funcionario público¹¹⁹.

2.4. *El art. 196 CP y los delitos de resultado de lesiones y homicidio*

Finalmente, en la explicación de las relaciones concursales el supuesto más complejo, y controvertido, es el referido al concurso entre el delito de denegación de asistencia sanitaria y los delitos de resultado en los que se puede materializar el riesgo grave que se deriva de aquella omisión: lesiones o incluso la muerte del sujeto pasivo al que se le ha negado dicha asistencia.

En la solución de este problema con carácter previo es necesario establecer si el profesional sanitario que deniega la asistencia sanitaria, la omisión de esta conducta debida equivale o no a la causación activa de lesiones o muerte, o dicho de otra manera, si la omisión de la asistencia sanitaria a la que está obligado por lo dispuesto en el art. 196 CP supone fundamentar la comisión por omisión de los delitos de lesiones y

¹¹⁸ Véase, para más detalles, GÓMEZ RIVERO, en: CAMAS JIMENA (coord.), *Responsabilidad médica*, 2013, 114.

¹¹⁹ HUERTA TOCILDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el CP de 1995, 1997*, 99; GÓMEZ RIVERO, en: CAMAS JIMENA (coord.), *Responsabilidad médica*, 2013, 115; MORENO-TORRES HERRERA, *El delito de desatención sanitaria*, 2013, 101-102.

homicidio. Para que el facultativo responda de las lesiones o muerte del paciente se ha de probar que su conducta puede equipararse a la causación activa de estos resultados, y para que tal fundamentación se pueda construir se ha de cumplir el primero de los requisitos que exige el art. 11 CP, que este sujeto ocupe una posición de garante por asumir *previamente* una obligación para con el paciente¹²⁰; lo que viene a significar que no siempre que se produzca resultado de muerte o lesión, el sanitario va a ser castigado porque no siempre existirá responsabilidad penal.

En el supuesto de que se cumplan todos los criterios o elementos que fundamentan la comisión por omisión (regulada con carácter general en el art. 11 CP para la autoría en los delitos de resultado), para la mayoría de la doctrina el concurso entre el delito de lesiones o de homicidio entra en concurso de normas con el delito de denegación de asistencia sanitaria, a resolver mediante el principio de subsidiariedad descrito en el art. 8.2ª CP, resuelto a favor del delito de resultado, y, de esta manera el delito de lesiones o de homicidio absorbe al delito del 196 CP. Concretan esta idea mediante el pensamiento de que la responsabilidad del sanitario por la omisión es subsidiaria, y que por tanto se producirá un concurso de leyes entre el 196 CP y la otra norma (delito de lesiones, homicidio...), siendo preferente el tipo penal en el que podría incurrir como comitente omisivo, es decir, primero es responsable de la muerte o lesión mediante el art. 11 CP, y luego de la omisión de su deber profesional, la cual queda subsumida bajo la imputación del delito de muerte o lesión¹²¹.

GARCÍA SANZ¹²² considera que esta situación debería resolverse en virtud del principio de especialidad, y no mediante el de subsidiariedad, siendo preferente el art. 11 CP al 196 CP en aquellos casos donde encontremos una relación entre el profesional sanitario y el paciente, esto es, que se han de cumplir los criterios que fundamentan la comisión por omisión para que responda por el delito de homicidio o de lesiones.

¹²⁰ ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 573.

¹²¹ SILVA SÁNCHEZ, en: *Problemas específicos de la aplicación del CP*, 1999, 154; DEL ROSAL BLASCO, en: COBO DEL ROSAL (coord.), *DP Español, PE*, 2ª, 2005, 338; ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El art. 196 del CP*, 2006, 565.

¹²² GARCÍA SANZ, en: *AFD* 18 (2001), 364.

CONCLUSIONES

Tras el estudio realizado sobre la interpretación, doctrinal y jurisprudencial, del delito de denegación de asistencia sanitaria y abandono de servicios sanitarios, cabe concluir que, en general, es difícil que se pueda aplicar esta modalidad delictiva para dar respuesta penal a los casos “denunciados” en la prensa de abandono de enfermos contagiados por el coronavirus durante el estado de alarma. Tal deducción se apoya en las siguientes conclusiones.

En primer lugar, el bien jurídico protegido por esta figura delictiva ha de caracterizarse, principalmente, como un bien jurídico de carácter individual o personal, que resulta puesto en peligro si el sujeto omite la conducta debida: la salud del sujeto que necesita la asistencia sanitaria o el sujeto que se ve afectado por el abandono del servicio sanitario. La solidaridad no sirve como caracterizador del objeto de protección, si se pretende que este elemento sirva para cumplir funciones de interpretación de la norma penal. Y es un bien jurídico individual, no de carácter colectivo o supraindividual, a pesar de que en la redacción literal del art. 196 CP se utilice el plural “las personas”. En cuanto a la técnica utilizada para la protección de este bien jurídico, se está ante un delito de peligro concreto, deducible del requisito “grave riesgo”, entendido como riesgo efectivo, concreto, por tanto, para la salud.

En segundo lugar, este es un delito autónomo, no es un delito cualificado o agravado respecto del delito de omisión del deber de socorro. A esta conclusión se ha de llegar porque entre ambas figuras delictivas hay muchos elementos diferenciadores, no solo en el sujeto activo, también en la situación típica, en las conductas debidas, y en la exigencia en el primero de un resultado derivado de la omisión de la conducta debida. El recurso a la remisión normativa para fijar la pena del delito de denegación de asistencia sanitaria, y su ubicación sistemática en el mismo título, no son argumentos sólidos para llegar a otra interpretación.

En tercer lugar, se trata de un delito especial; la expresión “profesional sanitario” ha de ser interpretada en sentido estricto, como referida a persona que tiene funciones específicas de asistencia o tratamiento sanitario, sea en el ámbito privado, sea en el ámbito público.

En cuarto lugar, es un delito de omisión pura de garante, y de resultado, con los efectos que de ello se deriva en la interpretación del alcance y extensión de la omisión de las conductas debidas. En primer lugar, para que surja el deber de asistencia el sujeto pasivo ha de haber requerido la asistencia (salvo situaciones excepcionales, por ejemplo, que esté inconsciente, en cuyo caso la asistencia puede ser requerida por un tercero) y, además, el profesional sanitario ha de encontrarse en la situación de la que se derive, normativamente, que, efectivamente, ha asumido el deber de asistencia que, posteriormente, no cumple. En esta conducta típica también se incluyen los supuestos de asistencia insuficiente o deficitaria, conscientemente realizada por el profesional sanitario. En cuanto a la modalidad de abandono del servicio, el profesional tiene que estar efectivamente en su puesto de trabajo para que proceda la aplicación de esta conducta omisiva, es decir, en general se va a tratar de un abandono físico; es también abandono la no aplicación del tratamiento que es requerido en el caso concreto.

En quinto lugar, como se ha indicado, es un delito de omisión de garante y de resultado: de la omisión de una de las conductas debidas se ha de producir el grave riesgo para la salud del sujeto pasivo. Este resultado se tiene que atribuir o imputar objetivamente a la falta de asistencia o al abandono; si la situación del sujeto pasivo es tal que cualquier atención es inútil, en una valoración ex ante, en ese caso no se habrá cometido este hecho delictivo. Es, además, un elemento típico, no es una condición objetiva de punibilidad. Este es claramente el elemento típico que faltará en los casos denunciados en los medios de comunicación: los enfermos contagiados por coronavirus que no han sido ingresados en centros hospitalarios (si para su tratamiento eran necesarios respiradores y este era el único tratamiento posible para tratar de salvar su vida).

En sexto lugar, en el tipo subjetivo del delito de denegación de asistencia sanitaria, es preciso que todos y cada uno de los elementos típicos, incluido el grave riesgo para la salud del paciente, sean abarcados por el dolo del sujeto activo. No hay ningún impedimento para que se apliquen todas las modalidades de dolo, incluido el dolo eventual; al tratarse de un delito de peligro concreto (y de resultado), también será preciso que el dolo del autor vaya referido solo a la puesta en peligro de la salud del paciente.

En séptimo lugar, el estado de necesidad, causa de justificación regulada en el art. 20.5 CP, es la eximente aplicable de manera específica en este delito. Su ámbito aplicativo

puede plantearse desde dos puntos de vista: primero, porque la situación de conflicto se plantea entre el deber de asistencia a una persona que lo necesita y el ejercicio de derechos, fundamentales algunos de ellos, por el profesional sanitario. Segundo, porque la situación de conflicto pone al profesional sanitario en la tesitura de tener que atender a un paciente denegando la asistencia a otro. Esta causa de justificación es la que ha de tenerse en cuenta para analizar los casos mediáticos denunciados sobre abandono de enfermos contagiados con coronavirus, claro está, una vez que se llegue a confirmar que la conducta del profesional sanitario sí ha sido típica (se han realizado los elementos del tipo indiciario o tipo positivo).

En octavo lugar, desde la consideración de que el delito tipificado en el art. 196 CP es un delito de omisión pura de garante y de resultado, para el caso de que se llegue a producir la lesión del bien jurídico en peligro, es decir, el sujeto pasivo sufre daño en su salud, o muere, el concurso entre el delito omisivo y el delito de homicidio o el delito de lesiones habrá de ser resuelto a favor de los segundos, en aplicación de las reglas del concurso real, concretamente, el principio de consunción.

BIBLIOGRAFÍA

ALMENA VICH, Carlos. *La responsabilidad penal del médico y del cirujano*, en: PJ 48 (1997), 235-266.

BLAS ORBÁN, Carmen. *Responsabilidad profesional del médico: enfoque para el Siglo XXI*, JMBosch, Barcelona, 2003.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Omisión del deber de socorro*, en: GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, 6ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 273-282.

CASAS SÁNCHEZ, Juan de Dios/RODRÍGUEZ ALBARÁN, Mª Soledad. *Manual de medicina legal y forense*, Colex, Madrid, 2000.

DELGADO GIL, Andrés. *Omisión del deber de socorro (nuevo delito de abandono del lugar del accidente) y denegación de asistencia sanitaria*, en: RDPC 21 (2019), 189-232.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Curso de Derecho Penal: Parte General*, 3ª, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2016.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo?*, en: PJ 24 (1991), 203-220.

DOMÍNGUEZ LÓPEZ, Esther. *La valoración del daño moral en Partidas 7, XV*, en: Acta Historica et Archaeologica Mediaevalia 26 (2005), 243-254.

ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael. Art. 196 CP, en: MORAL GARCÍA/SERRANO BUTRAGUEÑO (coords.) *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia. Volumen II*, 3ª, Comares, Granada, 2002, 1514-1516.

ESQUINAS VALVERDE, Patricia. *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El artículo 196 del Código Penal*, Comares, Granada, 2006.

FARALDO CABANA, Patricia. *La omisión del profesional sanitario: Los delitos de omisión del deber de socorro y denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios*, en: BRANDARIZ GARCÍA/FARALDO CABANA (coords.), *Responsabilidad penal del personal sanitario*, Netbiblo, A Coruña, 2002, 115-163.

FERNÁNDEZ COSTALES, Javier. *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, La Ley, Madrid, 1987.

FLORES MENDOZA, Fátima. *Omisión del deber de socorro*, en: ROMEO CASABONA/BOLDOVA PASAMAR/SOLA RECHE (coords.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Comares, Granada, 2016, 237- 251.

GARCÍA ALBERO, Ramón. *Título IX de la omisión del deber de socorro*, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código Penal español. Volumen I, 7ª*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, 1407-1425.

GARCÍA SANZ, Judit:

- *La Responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria*, en: AP 30 (2001), 667-696.
- *La Responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria a extranjeros*, en: AFD 18 (2001), 341-367.

GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, 3ª, Bosch, Barcelona, 2013.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen:

- *La responsabilidad penal del médico*, en: CAMAS JIMENA (coord.), *Responsabilidad médica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 18- 138.

- *Omisión del deber de socorro*, en: GÓMEZ RIVERO (dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I*, 4ª, Tecnos, Madrid, 2020, 409-425.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios. Artículo 196 del Código Penal*, Universidad de Valladolid, 1999.

GRACIA MARTÍN, Luis. *La comisión por omisión en el Derecho Penal español*, en: NFP 61 (1999), 125-168.

HAVA GARCÍA, Esther. *Omisión del deber de socorro*, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/VENTURA PÜSCHEL (coord.), *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 1336-1401.

HERRERO HERRERO, César. *Introducción al nuevo Código Penal. Parte General y Especial*, Dykinson, Madrid, 1996.

HUERTA TOCILDO, Susana. *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

JUANATEY DORADO, Carmen/ANARTE BORRALLO, Enrique. *Omisión del deber de socorro*, en: BOIX REIG (dir.), *Derecho penal: Parte Especial. La protección penal de los intereses jurídicos personales (adaptado a la reforma de 2015 del Código Penal)*, volumen I, 2ª, Iustel, Madrid, 2016, 465-491.

LASSO GAITE, Juan Francisco. *Crónica de la Codificación Española, Codificación Penal 5. Volumen I*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel:

- *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- *Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación*, en: Libertas. RFICP 6 (2017), 145-272.

MAQUEDA ABREU, M^a Luisa/LAURENZO COPELLO, Patricia. *El Derecho Penal en casos. Parte General*, 5^a, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria*, en: BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial. Volumen II*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 1998, 137-190.

MORENO-TORRES HERRERA, M^a Rosa. *El delito de desatención sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*, 10^a, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

PALOMO DEL ARCO, Andrés. *Título IX de la omisión del deber de socorro*, en: ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/FERRÉ OLIVÉ/GARCÍA RIVAS/SERRANO PIEDECASAS/TERRADILLOS BASOCO (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007, 466-469.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo:

- *De la omisión del deber de socorro*, en: COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial. Volumen I*, 2^a, Marcial Pons, Madrid, 1996, 357-393.
- *Omisión del deber de socorro. Denegación de asistencia sanitaria y abandono de servicios sanitarios*, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2^a, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 723-752.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. *Derecho Penal español. Parte Especial*, 7^a, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

RASSAT, Michèle-Laure, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, 8ª edición, Dalloz, Paris, 2018.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *La omisión de socorro en el Código Penal*, Tecnos, Madrid, 1966.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *De la omisión del deber de socorro*, en: COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 2ª, Dykinson, Madrid, 2005, 329-340.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 Código Penal*, en: *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, CGPJ, Madrid, 1999, 153-172.