

RESPONSABILIDAD PENAL POR DENEGACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA

JUDIT GARCÍA SANZ

SUMARIO. I. Introducción. II. Situación en el Código penal de 1995. III. El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. 1. La consideración del art. 196 como delito de omisión pura de garante y de peligro abstracto. 2. La salud y la vida como bien jurídico-penal protegido. 3. Los profesionales sanitarios como sujetos activos del delito. 4. La persona individual como sujeto pasivo. 5. La conducta típica: la denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. 6. La necesidad de un grave riesgo para la salud. 7. El tipo subjetivo. La impunidad de la modalidad imprudente. 8. La posibilidad de apreciar determinadas causas de justificación o de exculpación. 9. Consumación y formas imperfectas de ejecución. 10. Autoría y participación. 11. Penalidad. 12. Relación concursal con otras figuras delictivas. IV. Sistematización de las posibles situaciones de responsabilidad penal por denegación de asistencia.

I. INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo, se pretende acometer el estudio de los posibles ilícitos penales en que puede incurrir el profesional sanitario u otras personas por no prestar asistencia sanitaria. No se aborda el problema de la responsabilidad por un actuar negligente, es decir, los casos de imprudencia, puesto que no son supuestos de denegación sino de prestación sanitaria sin la diligencia debida (667).

La situación existente con anterioridad al Código Penal de 1995 era la siguiente: si el médico pertenecía a la sanidad pública y en el ejercicio de su cargo denegaba el auxilio a una persona, el facultativo podía ser castigado por el delito de denegación de auxilio a un particular en concurso con el delito de omisión del deber de socorro, siempre que concurriesen los requisitos típicos de éste¹. En cambio, si el médico no estaba integrado en la sanidad pública, respondía únicamente por el delito de omisión del deber de socorro salvo que ostentara una posición de garante, en cuyo caso, se le imputaban en comisión por omisión los resultados efectivamente producidos.

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

¹ En la vigencia del CP de 1973, la mayoría de la doctrina estimaba que entre estos delitos existía un concurso de leyes y no de delitos: entre otros A. FERNÁNDEZ ALBOR, *Asistencia médica y omisión del deber de socorro*, Estudios Penales y Criminológicos VII, Santiago de Compostela, 1982, pp. 158-9.

de las personas, sino que también se infringe el deber profesional que incumbe a todo profesional de la sanidad tanto pública como privada.

II. SITUACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995.

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

El único precepto que se refiere a este problema de forma específica es el art. 196 CP que introduce el delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios². Además, aunque no se refieren expresamente al ámbito sanitario, pueden ser aplicables en este campo otros preceptos de carácter general como el delito de denegación de auxilio por parte de un funcionario público (art. 412.3 CP) cuando el profesional ostente la condición de funcionario público³, con el fin de evitar que junto al daño a bienes personales se entorpezca el correcto funcionamiento de la Administración Pública⁴. (668)

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

Del mismo modo, cabe la posibilidad de que el profesional de la sanidad responda en comisión por omisión por los resultados de muerte o lesiones

² El art. 196 ha sido introducido de forma novedosa en el vigente CP. Este precepto dispone: *El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonar los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años.*

³ Como señala, C. M. ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho*, Madrid, 1985, p. 45, son funcionarios los médicos titulares de la asistencia pública y los que prestan sus servicios profesionales en instituciones públicas. Sobre el concepto de funcionario a efectos penales v. art. 24 CP.

⁴ Este precepto posee un alcance más amplio que los arts 195 y 196 CP, ya que permite castigar la denegación de asistencia sanitaria por parte de los profesionales en que concorra la condición de funcionario público o autoridad aunque no se derive riesgo grave para la salud de las personas o no se halle en un estado de desamparo y peligro manifiesto y grave. SILVA SÁNCHEZ, *La responsabilidad penal del médico por omisión*, Avances de la Medicina y el Derecho Penal, (Dir. S. MIR PUIG), Barcelona, 1988, p. 136, n. 53, manifiesta que el delito de denegación de auxilio del art. 371 del CP de 1973 no era un delito de omisión sino comisivo y de mera actividad. Sin embargo, en nuestra opinión, se trata de un delito de omisión pura. En este sentido, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed., Valencia, 1999, p. 949; J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 3ª ed., Barcelona 1996, p. 173; G. QUINTERO OLIVARES, *en Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, dirigidos por este mismo autor, 2ª ed., Pamplona, 1999, p. 1199. Sobre la relación concursal entre el art. 412.3 y el art. 196 v. infra apdo. 12.

efectivamente producidos (art. 11 CP⁵) cuando concurra el requisito de la *equivalencia estructural y material en el plano normativo* con la acción⁶.

En definitiva, la discusión se centra en determinar en qué situaciones cabe apreciar una posición de garantía en la figura del médico. Desde la interpretación restrictiva aquí propuesta⁷, la posición de garante se reduciría a aquellos casos en que se haya asumido efectivamente el tratamiento del paciente⁸.

No obstante, algún autor desde posiciones extensivas hace responsable en comisión por omisión por el resultado de muerte o lesiones a todo médico (por ejemplo, por las lesiones o muertes de sujetos a los que se deniega la asistencia pese a no existir una relación médico-paciente), ya que consideran que existe un "deber profesional" que sitúa al médico en una permanente posición de garantía aunque no haya asumido el compromiso efectivo o se halle fuera de servicio⁹. (669)

Esta óptica debe rechazarse, pues supone un excesivo sobrecargo de responsabilidad y sitúa a los médicos en un estado de guardia permanente. Además, es

⁵ Sobre el alcance y las diversas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales de la cláusula introducida en el art. 11 CP v. E. GIMBERNAT ORDEIG, en M. COBO DEL ROSAL (Dir.): *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Madrid, 1999, pp. 409-39; J. M. SILVA SÁNCHEZ, en MANUEL COBO DEL ROSAL (Dir.): *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Madrid, 1999, pp. 441-88.

⁶ Con anterioridad a la introducción de la cláusula recogida en el art. 11 del CP, nos ofrecía esta propuesta terminológica: SILVA SÁNCHEZ: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, parte tercera, cap. 2º. Este autor basa la identidad estructural en posiciones cualificadas de garantía construidas a partir del compromiso específico del garante que establece una auténtica barrera de contención de riesgos determinados.

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

⁸ La mayoría de la doctrina acoge la tesis restrictiva diferenciando claramente el plano deontológico y jurídico. Entre otros: F. ALAMILLO CANILLAS, *La solidaridad humana en la ley penal*, Madrid, 1962, pp. 206-7; M. CASADO GONZÁLEZ, *Ética, Derecho y deontología profesional*, Derecho y Salud, Vol. 6, núm. 1, 1998, p. 34; M. GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios*, Valladolid, 1999, p. 71; T. IGLESIAS, *El discutible valor jurídico de las normas deontológicas*, Jueces para la democracia 12, 1991, p. 53 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La responsabilidad penal del médico*, ob. cit., p. 126. En la doctrina alemana, citado por todos: BOCKELMANN, *Das Strafrecht des Arztes*, Stuttgart, 1967, pp. 1-47, que plantea la insuficiencia de los deberes deontológicos para fundamentar una obligación jurídica; KAMPS, *Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt*, Berlín, 1981, p. 104; A. LAUFS, *Arztrecht*, 3ª ed., Munich, 1984, p. 39; B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971, p. 35; W. STREE, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25º ed., § 13, marg. núm. 28.

⁹ Se muestran partidarios de la posición extensiva y defienden la vinculación jurídica de las normas deontológicas: J. FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad civil sanitaria médica y de enfermería*, Burgos, 1995, p. 43 ss.; A. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, *La intervención jurídica de la actividad médica*, Madrid, 1997, p. 35 ss. En la doctrina alemana: R. HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, 1972, p. 357. Este autor adopta una posición extensiva si bien matiza que dicho deber de garantía no surge frente a cualquier situación, sino sólo frente enfermedades o lesiones ya existentes. Citado por todos: E. SCHMIDT, *Die Besuchspflicht des Arztes unter strafrechtlichen Gesichtspunkten*, 1949, pp. 17-18.

necesario deslindar el plano deontológico y el jurídico, frente a las posturas extensivas que estiman que el médico tiene en todo caso un deber jurídico que deriva del Código deontológico y que sólo hallaría límites en la idea de exigibilidad.

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

En definitiva, sólo cabe derivar una responsabilidad en comisión por los resultados de muerte o lesiones efectivamente producidos cuando se aprecie la *identidad estructural y material*, que concurrirá en los casos de posiciones cualificadas construidas a partir del compromiso específico del garante que se erige en barrera de contención de riesgos determinados¹⁰.

III. EL DELITO DE DENEGACIÓN DE ASISTENCIA O ABANDONO DE LOS SERVICIOS SANITARIOS.

Como se ha señalado, el art. 196 CP se refiere de forma específica al ámbito sanitario y de ahí que debamos estudiarlo con mayor detenimiento¹¹. Este precepto viene a cubrir las aspiraciones de la doctrina que planteaba la necesidad de introducir un delito específico que permitiera sancionar ciertos supuestos de omisión de asistencia sanitaria con una pena superior a la prevista para la simple omisión del deber de socorro por parte de un particular pero sin llegar a imputarle el resultado efectivamente producido en comisión por omisión.

En nuestra opinión, este precepto debe ser acogido con gran agrado, pues permite castigar de forma adecuada determinadas omisiones de gravedad intermedia y protege en mayor medida bienes jurídicos fundamentales como la vida y la salud.

El carácter novedoso y la confusa ubicación y redacción de este delito ha generado una polémica en torno a su naturaleza, bien jurídico-penal protegido¹², sujeto activo, alcance de la conducta típica u otros elementos de esta figura delictiva. Dado todo ello, es necesario abordar el (670) estudio de estas cuestiones para dilucidar los supuestos de denegación de asistencia sanitaria en que resulta aplicable este precepto.

¹⁰ El acto de asunción debe ser actual y preciso en su dimensión y límites. Sobre la discusión del alcance del término asunción y el debate suscitado al respecto, v. SILVA SÁNCHEZ, *La responsabilidad penal del médico*, ob. cit., pp. 128-29 y 130.

¹¹ En el Derecho comparado, algunos Códigos (por ejemplo, el CP portugués en su art. 284) aluden expresamente a la responsabilidad del personal sanitario. No obstante, la gran mayoría de los Códigos penales de los países de nuestro entorno no prevén una figura específica sino que se acude al delito de omisión de socorro general o a la comisión por omisión.

¹² Acogemos este término por estimarlo más preciso que el de "bien jurídico". En este sentido: MIR PUIG, *PG*, ob. cit., p. 134, n. 27; G. JAKOBS, *PG, Fundamentos y Teoría de la imputación*, Madrid, 1997, p. 44 ss.; LUZÓN PEÑA, *Curso*, ob. cit., p. 328.

1. La consideración del art. 196 como delito de omisión pura de garante y de peligro abstracto.

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

La introducción de este delito en el Título IX del Código bajo la rúbrica «*De la omisión del deber de socorro*» ha llevado a algunos autores a entender que nos encontramos ante un delito de omisión pura, en concreto, estiman que es un tipo agravado del delito de omisión del deber de socorro del art. 195.1 CP¹³. No obstante, si analizamos con detenimiento la estructura típica del art. 196 CP -salvando el criterio de su ubicación sistemática y la remisión a efectos de pena- llegamos a la conclusión de que es una figura autónoma, diseñada con elementos típicos sustancialmente diferentes a los del art. 195 CP¹⁴.

El siguiente paso es determinar qué naturaleza tiene este tipo autónomo, ya que su ubicación sistemática en la parte especial no es un criterio determinante para su consideración como delito de omisión pura¹⁵ ni tampoco la existencia de una posición de garante, sino que el criterio determinante de la delimitación de estas conductas es la concurrencia de la equivalencia de la omisión con la acción a efectos de la imputación del resultado.

El art. 196 CP aparece como un delito especial, ya que no puede cometerlo cualquiera -como sucede en el art. 195-, sino sólo aquéllos que reúnan la condición de profesional¹⁶. Además, requiere una "posición de garante", pues no se encuentra vinculado a este mandato todo profesional, sino sólo aquél que esté obligado a ello por haber asumido un compromiso previo por vía legal o contractual¹⁷ -sin que sea

¹³ V. en este sentido: G. PORTILLA CONTRERAS, en: VARIOS, *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*, dirigido por Cobo del Rosal, Vol. I, Madrid, 1996, pp. 385-6. En cambio, no se entiende que posteriormente (*ob. ult. cit.*, p. 388) declare que es un delito de simple actividad y de peligro concreto, pues, con ello, reconoce la existencia de un resultado y, en consecuencia, no tendría la estructura de delito de omisión pura ni de simple actividad. Esta tesis es la planteada en la Sentencia de la A.P. de Granada, de 16 octubre de 1999, núm. 689/1999 (ARP 1999/3944), en la que se declara -refiriéndose al art. 196 CP- que "se trata de un tipo específico de omisión del deber de socorro".

¹⁴ La mayoría de la doctrina estima que estamos ante un tipo autónomo y se muestran críticos con su ubicación sistemática. En este sentido: GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos*, *ob. cit.*, p. 303. Esta autora entiende que el lugar correcto sería entre los delitos contra la vida y salud. P. FARALDO CABANA, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios*, *Revista del Poder Judicial* n° 55, 1999, p. 51. En sentido similar, HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, *ob. cit.*, p. 68, que estima que es un delito totalmente independiente del de omisión del deber de socorro; G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, dirigido por este mismo autor, Madrid, 1997, p. 560.

¹⁵ Aunque algún autor tradicionalmente ha aludido a este criterio como delimitador de ambas categorías, hoy ha sido abandonada dicha postura sobre todo por la presencia de numerosos delitos de comisión por omisión en la parte especial de nuestro Código.

¹⁶ En este sentido: GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal de los profesionales*, *ob. cit.*, p. 29. La cuestión de qué profesionales pueden cometer este delito se abordará en el estudio de los sujetos del delito.

¹⁷ En nuestra opinión, la posición de garante a efectos del art. 196 vendrá impuesta por vía legal o contractual y no por injerencia. Adoptan este punto de vista: ALMENA VICH, *La responsabilidad penal*,

suficiente la obligación que impone el código (671) deontológico¹⁸ de atender a las personas que acudan a él aunque sea en virtud de un compromiso genérico¹⁹.

La alusión a una posición de garante nos aleja de los delitos de omisión propia en sentido estricto, que se presentan como delitos comunes dirigidos a la generalidad de las personas²⁰, y nos aproxima a lo que la doctrina viene denominando delitos de omisión pura de garante²¹.

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

Este inciso ha sido interpretado por la doctrina de forma muy dispar. Se trata de dilucidar si el legislador exige como elemento del tipo la verificación de un resultado de peligro concreto²², basta un peligro abstracto o se introduce una condición objetiva de punibilidad con la finalidad de satisfacer motivaciones político-criminales.

Un sector minoritario de la doctrina admite que esta exigencia está integrada en el tipo pero que se refiere a un peligro abstracto. Por tanto, incluyen este delito en la categoría de delitos de omisión pura de garante, dado que consideran que al sujeto activo no se le imputa ningún resultado material externo ni tampoco de peligro concreto²³. (672)

ob. cit., p. 253; FARALDO CABANA, *El delito de denegación de asistencia*, ob. cit., p. 54; GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos*, ob. cit., p. 305; SILVA SÁNCHEZ, *Comentarios*, ob. cit., p. 469.

¹⁸ El art. 9 del Código de Deontología Médica del Consejo General de los Colegios Oficiales de Médicos establece la obligación de todo médico que se encuentre en presencia de un enfermo o un herido de prestarle la ayuda o asegurarse que recibe los cuidados necesarios. Sobre la discusión en torno al discutible valor jurídico de las normas deontológicas, v. supra n. 8 y 9. Según se ha señalado, las disposiciones de una organización colegial profesional no vinculan jurídicamente hasta el punto de afirmar que el profesional está obligado a ello en los términos del art. 196 CP y tampoco a efectos de apreciar una posición de garante cualificada e imputar los resultados lesivos en comisión por omisión. Además, afirmar que el médico se encuentra en todo momento obligado a intervenir, supone que estén permanentemente de guardia, en posición de garantía permanente y frente a cualquier persona. Esta postura resulta inadmisibles, pues deja en una situación de desigualdad a los médicos respecto al resto de los profesionales.

¹⁹ Sobre la apreciación en este delito de una posición de garante y la diferenciación entre "*posición de garante genérica*" y "*posición de garante cualificada*" a efectos de la apreciación de un delito de comisión por omisión v. infra apdo. 3, en especial, n. 56.

²⁰ En este sentido, por ejemplo, el art. 412.3 C.P.

²¹ Sobre esta clasificación v. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, cit., pp. 344 y 369.

²² Adoptamos la clasificación propuesta por J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General II, Teoría Jurídica del delito*, 6ª ed., Madrid, 1999, p. 111, que distingue entre delitos de resultado (entendido éste como efecto separable de la conducta, es decir, como resultado material o externo; y no en el sentido amplio que lo identifica con la conducta exterior), e incluye tanto los delitos de resultado material externo como de peligro concreto. Y, por otro lado, los delitos de simple actividad y delitos de peligro abstracto. Adoptan esta división S. MIR PUIG, *PG*, ob. cit., p. 200, este autor, cuando se refiere a los delitos de peligro abstracto, habla de mera actividad peligrosa. Otros autores conciben el resultado como lesión del bien jurídico, y estiman que todos los delitos son de resultado. En esta línea, P. LAURENZO COPPELLO, *El resultado en el Derecho penal*, pp. 167 ss. y 182-3.

²³ Entienden que el peligro al que se refiere el art. 196 es abstracto: C. ALMENA VICH, *La responsabilidad penal del médico y del cirujano*, Poder Judicial nº 48, p. 252, para quien el art. 196

En cambio, la mayoría de la doctrina estima que la alusión a un peligro grave para la salud introduce un resultado típico de peligro concreto²⁴. La consideración de este delito como de resultado les lleva a la conclusión de que el art. 196 CP no es un delito de omisión pura -y, en consecuencia, tampoco de omisión pura de garante- sino de comisión por omisión, ya que, en su opinión, el tipo prevé un resultado típico -de peligro concreto- que, unido a la existencia de la posición de garante, les permite extraer los elementos necesarios para reconducir esta figura a la categoría de comisión por omisión²⁵.

Otros autores, aunque consideran que se trata de un delito de comisión por omisión, rechazan que exista una relación de subsidiariedad entre éste y el art. 11 CP. En opinión de este sector doctrinal, el art. 196 introduce un *tertium genus* entre la omisión propia y la comisión por omisión²⁶. Por último, algunos autores, pese a admitir que el art. 196 se refiere a un resultado de peligro, opinan que se trata de una omisión referida a resultado pero sin equivalencia, y consideran que se trata de una omisión de gravedad intermedia entre los delitos de omisión pura y los de comisión por omisión²⁷.

introduce un delito de omisión pura de garante; C. GÓMEZ RIVERO, *La regulación de los delitos de omisión del deber de socorro*, La Ley, año XVII, n° 4051, 1996, p. 1387. Esta autora diferencia en función de la modalidad típica de que se trate, esto es, considera los casos de denegación como de peligro concreto y, al contrario, estima que en los de abandono basta un peligro abstracto. Se adhieren la tesis de esta autora: MUÑOZ CONDE, *PE*, ob. cit., p. 321; J. M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La omisión de socorro del profesional sanitario*, AP n° 41, 1997, p. 926, que lo califica de omisión pura de garante.

²⁴ Consideran que el tipo recoge un resultado de peligro concreto: J. C. CARBONELL MATEU/ J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal de 1995*, VIVES ANTÓN (Coord), Valencia, 1996, p. 989, aunque parece contradictorio que luego afirmen que estamos ante un delito de omisión pura o simple; M. A. COBOS GÓMEZ DE LINARES, *Derecho Penal. Parte Especial II*, Madrid, 1997, p. 23; R. ESCOBAR JIMÉNEZ, *Código Penal de 1995. Comentario y Jurisprudencia* (Coord. I. SERRANO BUTRAGUEÑO), Granada, 1998, p. 1095; FARALDO CABANA, *El delito de denegación de asistencia*, ob. cit., p. 54; GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos*, ob. cit., p. 308; S. HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, pp. 69-73 y 91; F. MOLINA FERNÁNDEZ, en M. BAJO FERNÁNDEZ (Dir.): *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Vol. II*, 1998, p. 181. Parece inclinarse por esta opción PORTILLA CONTRERAS, *Curso*, ob. cit., p. 388, dado que, aunque en principio estima que estamos ante un tipo agravado de la omisión del deber de socorro y lo califica de delito de simple actividad, unas líneas más abajo reconoce que se tipifica un resultado de peligro concreto; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, ob. cit., p. 561.

²⁵ Estos autores consideran que estamos ante un adelantamiento de la barrera de protección, pues no cabría castigar estas conductas como tentativa en comisión por omisión, salvo que fuera dolosa. En su opinión, se podrían castigar situaciones de peligro concreto y en caso de que se produjera el resultado el art. 196 cedería frente al castigo de las lesiones, homicidio, etc. en comisión por omisión en aplicación del art. 11 CP en relación con el correspondiente precepto de la parte especial. En este sentido: HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, ob. cit., p. 73. También parece adoptar esta postura, ALMENA VICH, *La responsabilidad penal del médico*, ob. cit., pp. 252-5, ya que, aunque en un primer momento señala que estamos ante una "omisión propia de garante" (p. 252), luego afirma que si de la omisión se desprendiera la causación de unas lesiones o la muerte, dicho resultado podría ser imputado al médico en comisión por omisión (p. 255).

²⁶ GÓMEZ PAVÓN, *La responsabilidad del médico*, ob. cit., p. 309, considera que este precepto introduce un delito de comisión por omisión con resultado de peligro concreto, pero que constituye un *tertium genus* que habría que enmarcar entre la omisión propia y la comisión por omisión.

²⁷ Adopta este enfoque: FARALDO CABANA, *El delito de denegación de asistencia*, ob. cit., pp. 52-3, que estima que el art. 196 introduce una omisión referida a resultado sin equivalencia comisiva; GRACIA MARTÍN, *Política criminal y dogmática*, ob. cit., pp. 345 y 365. Este autor concibe este inciso como integrador de un resultado de peligro concreto, pero rechaza su inclusión entre los delitos de comisión por

Este último planteamiento nos parece el más acertado si considerásemos que la necesidad de que se verifique un riesgo grave es un elemento del tipo. Sin embargo, no acogemos dicha tesis, pues entendemos que dicha cláusula no forma parte del tipo. (673)

En nuestra opinión, en la determinación de la naturaleza de esta cláusula se debe atender tanto a razones dogmáticas como político criminales. Por un lado, la introducción de la exigencia de riesgo grave es acertada pues dado la excepcionalidad de los delitos de omisión el legislador ha querido excluir aquellas situaciones en las que concurre únicamente un peligro abstracto para la salud de las personas. Por otra parte, si considerásemos que ese peligro es un elemento del tipo que deba ser abarcado por el dolo, se restringiría de un modo indeseado el ámbito de aplicación de este precepto, pues en la mayoría de los casos en que el profesional deniega o abandona el servicio, éste no cuenta con que produzca ese resultado de peligro concreto.

A nuestro juicio, la exigencia de riesgo grave tiene la consideración de condición objetiva de punibilidad propia²⁸ y su introducción obedece a razones político-criminales y de merecimiento de pena²⁹. La conducta será típica cuando pueda apreciarse un peligro abstracto para el bien jurídico-penal protegido, sin embargo, para la imposición de la pena será necesario que además se verifique un resultado de peligro concreto como elemento de la punibilidad y como tal le serán ajenos todos los problemas de imputación objetiva y subjetiva.

Como consecuencia necesaria de la postura defendida, el art. 196 introduce un delito de *omisión pura de garante* y de *peligro abstracto* respecto a la salud de las personas, debiendo estar abarcado por el dolo del autor esta potencialidad lesiva de su denegación, puesto que, para tener la consideración de delito en sentido material, debería figurar como elemento del tipo una lesión o puesta en peligro concreto o abstracto de un bien jurídico-penal³⁰.

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

omisión puesto que no cabe apreciar la equivalencia estructural con la acción, y propone una nueva categoría que denomina "delitos de omisión con resultado y sin equivalencia". RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, ob. cit., p. 561, parece seguir esta vía cuando afirma que se trata de un delito de omisión y resultado. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal*, ob. cit., p. 73, n. 186 bis; EL MISMO: *Comentarios*, ob. cit., pp. 469-70, en especial n. 71, Considera que el art. 196 es una omisión de gravedad intermedia y añade que dichas omisiones de deberes generales pueden ser tanto "puras" como referidas a un resultado. Asimismo, ya antes de la entrada en vigor del CP de 1995, aludía a los delitos de omisión y resultado sin equivalencia como un *tertium genus* localizado en una zona de gravedad intermedia entre los delitos de omisión pura y los delitos de comisión por omisión. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, ob. cit., p. 343 ss.

²⁸ Sobre la distinción entre condición objetiva de punibilidad propia e impropia y otras cuestiones, nos remitimos a la obra de O. GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho Penal*, Pamplona, 1997.

²⁹ Considera que en el art. 196 se introduce una condición objetiva de punibilidad: GÓMEZ TOMILLO, *La responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., pp. 26-7 y 63-5.

³⁰ No compartimos las objeciones que plantea GÓMEZ TOMILLO (*Responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., pp. 26) a los delitos de peligro abstracto. Este autor critica dicha categoría y acoge la clasificación tripartita y, en consecuencia, encuadra este supuesto entre los denominados delitos de peligro hipotético. Crítico con esta clasificación tripartita, CEREZO MIR, *Curso*, ob. cit. p. 112.

El art. 196 se refiere expresamente sólo a la salud, no obstante, estimamos que debe interpretarse el término en sentido amplio³¹. Desde esta perspectiva, junto a la salud quedan incluidos también los riesgos para la integridad de las personas y, dado su mayor importancia, también la vida, teniendo la consideración de bienes jurídicos de carácter personal e individual³². (674)

El objeto de protección de este delito no es la solidaridad humana como deber genérico³³, sino que se fundamenta en el deber específico de los profesionales sanitarios frente a un grupo indeterminado de personas que tienen derecho a recibir dicha asistencia en aras del mantenimiento de su salud.

Tampoco es la salud pública como bien jurídico-penal colectivo el objeto de protección de este delito, pues a pesar de la utilización del término *personas* en plural, el sujeto pasivo de este delito no es otro que la persona individual necesitada de asistencia, y el objeto de protección su vida o salud³⁴.

Aunque el precepto lleva implícito un deber no impuesto con carácter general, sino un deber específico impuesto a los miembros de una profesión, tampoco puede ser el objeto de protección en estos delitos el deber profesional que tienen las personas que desempeñan una actividad sanitaria, ya que el incumplimiento de ese deber por sí sólo es insuficiente para ser objeto de reproche penal³⁵.

³¹ Nos ofrece un concepto de salud entendida en sentido amplio, es decir, como ausencia de enfermedad o de alteración corporal: B. GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982, p. 24. Por su parte, ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la integridad corporal y la salud*, en el Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Granada, 1999, pp. 925-6, sostiene que el bien jurídico protegido en el delito de lesiones es la integridad personal, entendida en su proyección de integridad física o corporal y de salud física y mental. En su opinión, la salud física y mental alude al bienestar del ser humano en su aspecto físico y mental. No obstante, aunque este autor acoge un concepto amplio de salud, rechaza con acierto el concepto demasiado amplio que contiene la Carta funcional de la Organización Mundial de la Salud que define a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social.

³² En este sentido, GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos*, ob. cit., p. 311; LA MISMA, *Comentarios*, pp. 929-30; GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., pp. 15-6; HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, ob. cit., pp. 77-8; MOLINA FERNÁNDEZ, *PE*, ob. cit., pp. 178 y 180. No lo considera como bien jurídico personal e individual, QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, ob. cit., pp. 166-7, quien estima que el bien jurídico lo integra "el interés de la comunidad en una indemnidad de sus miembros" y, por consiguiente, califica este delito como de peligro abstracto. Sin embargo, es criticable el tratamiento indiferenciado de pena en ambos supuestos, puesto que, al igual que se hace en otros delitos de omisión - por ejemplo, art. 412 y art. 450 CP-, debería ser más grave la pena en aquellos supuestos en que el riesgo sea para la vida. En este sentido, GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., p. 68; HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, ob. cit., p. 93.

³³ Un sector de la doctrina considera que el objeto de protección en este delito es la solidaridad humana. En esta línea, PORTILLAS CONTRERAS, *Curso* ob. cit., pp. 385-6. En nuestra opinión, la solidaridad humana no reúne los requisitos necesarios para ser considerado bien jurídico-penal ni en este delito ni tampoco en el delito de omisión del deber de socorro.

³⁴ Considera que en el art. 196 se protege la *salud pública*: QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, p. 176 ss. Esta idea se deriva de la interpretación gramatical que hace este autor del término *personas*, pues entiende que al ser utilizado en plural hace alusión a la comunidad como colectividad y no a la persona individual.

³⁵ Con matices adopta esta postura: C. ALMENA VICH, *La responsabilidad penal del médico*, ob. cit., p. 252. Este autor estima que el bien jurídico protegido es, en primer lugar, el deber del profesional y, en segundo lugar, la salud de las personas. En nuestra opinión, estas conductas deberían ser merecedoras únicamente de una sanción administrativa y no penal, y, todo ello, en virtud del principio de intervención mínima, que determina que el Derecho Penal debe intervenir con carácter subsidiario y fragmentario; y,

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

3. Los profesionales sanitarios como sujetos activos del delito.

Tiene gran relevancia la determinación de quién puede ser *sujeto activo* del delito que estudiamos³⁶. El art. 196 utiliza el término "profesional" sin adjetivarlo, lo único que exige es que aquél esté obligado a prestar asistencia sanitaria o adscrito a un servicio sanitario³⁷. (675)

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

En este punto, se pretende dar solución a otras cuestiones que se plantean en la interpretación de este elemento del tipo. En primer lugar, es necesario delimitar el alcance de la expresión profesional y determinar qué profesionales pueden ser potenciales sujetos activos de este delito. Del mismo modo, se discute si dentro de esos profesionales sanitarios se integran sólo los que prestan sus servicios en la sanidad pública o también los profesionales de ejercicio libre. Por último, analizaremos las repercusiones del inciso "estando obligado a ello". El posicionamiento que se adopte al respecto tendrá una amplia repercusión, pues determinará que la conducta sea impune, se responda por otros delitos de omisión pura (arts 195, 412.3, etc.) o incluso se imputen los resultados de muerte o lesiones producidas a título de comisión por omisión (art. 11 CP)³⁸.

además, como exigencia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos que impide castigar conductas que no supongan la lesión de un bien jurídico-penal, y, en nuestra opinión, el mero cumplimiento del deber profesional no tendría por sí solo entidad suficiente para ser considerado como tal. Además, la exigencia de un grave riesgo para la salud hace inviable esta postura. En sentido similar, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, ob. cit., p. 560.

³⁶ Pese a las objeciones que se podrían hacer por dedicar este estudio principalmente a la modalidad omisiva, mantendremos la expresión "sujeto activo" dado el arraigo de este concepto en la doctrina y jurisprudencia, y la posibilidad de utilizar un concepto amplio de acción. Rechaza la utilización de este término: E. SOLA RECHE, *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos*, Granada, 1998, p. 44, que prefiere utilizar la expresión "sujeto obligado a intervenir".

³⁷ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la palabra *profesional* como *persona que ejerce la profesión*, que, a su vez, define como *todo empleo, facultad u oficio que una persona tiene y ejerce con derecho a retribución*.

³⁸ La jurisprudencia y los medios informativos recogen supuestos en los que la persona que no atiende el requerimiento de asistencia es ajena a la profesión sanitaria. Por ejemplo, celadores que no comunican al facultativo la situación (Sentencia de la AP de Navarra, de 1-9-1997, núm. 155/1997, ARP 1997/1317 y, recientemente, *El País*, 3 de mayo de 2000, nº 1461) o conductores de ambulancias (Sentencia de la AP de Guadalajara, de 24-6-96, núm. 55/1996, ARP 1996/442; Sentencia de la AP de Ávila, de 16-3-95, núm. 35/1995, ARP 1995/1152).

En cuanto a la primera de las cuestiones, el tipo exige que el sujeto activo ostente la cualidad de *profesional*. La doctrina viene interpretando este requisito de forma dispar, ya que el tipo utiliza el término "profesional" y renuncia a cualquier ulterior precisión con lo que surge la cuestión de si sólo los profesionales sanitarios pueden ser sujetos activos de este delito o si, por el contrario, cualquier profesional que desarrolle su actividad en el ámbito sanitario puede realizarlo. Además, a diferencia de lo que ocurre en otros preceptos del Código penal, el art. 196 no define qué deba entenderse por profesional³⁹. En consecuencia, es tarea de la legislación administrativa dotar de contenido a este elemento normativo del tipo. Sin embargo, la normativa administrativa, si bien nos sirve de guía para determinar quiénes tienen atribuidas competencias específicamente sanitarias, no define qué deba entenderse por profesional en el ámbito sanitario⁴⁰.

Un sector doctrinal, integra en el círculo de posibles sujetos activos de este delito a toda persona que desarrolle su actividad dentro del campo de la sanidad, ya sea facultativo o no. Desde esta óptica, podrían ser sujetos activos de este delito: no sólo los médicos, personal de enfermería y A.T.S., sino también los celadores, conductores de ambulancias u otras personas que desempeñan funciones en este sector aunque no sean específicamente sanitarias⁴¹. (676)

Otros restringen el alcance a aquellas personas que desarrollan sus funciones en el ámbito de la sanidad y, además, tengan atribuidas competencias específicamente sanitarias de diagnóstico y tratamiento de enfermedades (médicos, A.T.S. y personal de enfermería)⁴².

En nuestra opinión, la solución reside en vincular la expresión profesional con la conducta típica y con el principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales⁴³,

³⁹ Por ejemplo, el art. 222 CP dispone en su pfo. 2: *A los efectos de este artículo, el término facultativo comprende los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria.*

⁴⁰ La LGS en su art. 82 habla de personal sanitario de la Seguridad Social y médico de ejercicio libre. Por otra parte, el art. 2 de la Orden ministerial de 26 de abril de 1973, por la que se aprueba el régimen estatutario del personal sanitario no facultativo ejerciente en el ámbito del Servicio Público de Salud, dispone que constituyen esta categoría los Diplomados en Enfermería, los ATS, los practicantes, las matronas, las enfermeras, los fisioterapeutas, los técnicos especialistas, los auxiliares de enfermería y los terapeutas ocupacionales.

⁴¹ En este sentido, ALMENA VICH, *La responsabilidad penal del médico*, ob. cit., p. 252; GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., pp. 31-6; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, ob. cit., p. 178. Este autor excluye expresamente el personal administrativo y de limpieza. Parece contradecir esta línea doctrinal la jurisprudencia, pues ya antes de la entrada en vigor del NCP se castigaba al conductor de ambulancias que se negaba a trasladar a un enfermo por el delito de omisión del deber de socorro (Sentencia de la AP de Ávila, de 16-3-95, núm. 35/1995, ARP 1995/1152). En la vigencia del NCP se sigue aplicando el delito de omisión del deber de socorro o el de denegación de auxilio por parte de un funcionario y no el art. 196 para los casos de negativa de los conductores de ambulancia (Sentencia de la AP de Guadalajara, de 24-6-1996, núm. 55/1996, ARP 1996/442).

⁴² Este enfoque es el acogido por: ESCOBAR JIMÉNEZ, *Código Penal de 1995*, ob. cit., p. 1093; FARALDO CABANA, *El delito de denegación de asistencia*, ob. cit., p. 60; COBOS GÓMEZ DE LINARES, *PE*, ob. cit., p. 23; MOLINA FERNÁNDEZ, *Compendio*, ob. cit., pp. 178-9, que incluye, además, a los farmacéuticos; SERRANO GÓMEZ, *PE*, ob. cit., p. 222.

⁴³ Sobre el alcance de este principio y su operatividad orientadora en la aplicación v. PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale*, en Pizzorusso-Varano, *L'Influenza dei valori costituzionali sui sistemi*

que impide castigar conductas de personas incardinadas en el servicio sanitario, pero que realizan actividades que no influyen directamente en la salud de las personas -por ejemplo: tareas administrativas y de limpieza-. En consecuencia, sólo deben estar incluidas en el tipo las conductas que puedan repercutir de forma negativa e inmediata⁴⁴ en la salud de las personas.

Dado todo ello, la primera de las conductas -la denegación de asistencia sanitaria- sólo puede ser realizada por las personas capacitadas para prestar dicha asistencia. Por *asistencia sanitaria* cabe entender aquellas funciones de tratamiento y diagnóstico⁴⁵. La determinación de qué personas tienen asignadas funciones sanitarias compete a la legislación administrativa. En definitiva, podrán realizar el tipo aquellos profesionales que ejerzan funciones de tratamiento y diagnóstico (médicos, personal de enfermería y demás personas obligadas a prestar asistencia sanitaria).

En cambio, la conducta de abandono de los servicios, en principio, parece ser más amplia y cabría incluir, junto a los profesionales destinados a prestar asistencia sanitaria en el sentido expuesto, a aquellos profesionales incardinados en un servicio *sanitario* y cuyo abandono pueda generar un peligro grave para la salud de las personas aunque no presten asistencia sanitaria (por ejemplo: celadores, conductores de ambulancias, etc.)⁴⁶ No obstante, a pesar de que la (677) interpretación gramatical daría cabida a estos supuestos, una interpretación teleológica del precepto así como razones político-criminales hacen que los excluyamos.

En consecuencia, aquellas personas incardinadas en un servicio sanitario pero que no tienen capacidad para interrumpir o frenar el riesgo para la salud de las personas

giuridici contemporanei, Tomo I, Milán, 1985, p. 581. Este autor sostiene que el principio de ofensividad opera a dos niveles: a nivel legislativo y a nivel jurisdiccional-aplicativo.

⁴⁴ Añadimos este adjetivo, pues la dejación en las tareas de limpieza en un hospital también podría repercutir negativamente en la salud de las personas al generarse virus, etc., pero faltaría la inmediatez de la repercusión.

⁴⁵ Si se hace una interpretación amplia del término asistencia sanitaria, también quedarían incluidos en el tipo el personal obligado a realizar unos primeros auxilios aunque no sean profesionales sanitarios -por ejemplo: socorristas-, pues si el legislador hubiera querido integrar en el tipo sólo a los que realizan su actividad en el ámbito sanitario, lo hubiera expresado así como se hace en el art. 222 CP antes referido. Además, desde la óptica del principio de lesividad, estas conductas son igualmente lesivas del bien jurídico-penal que se pretende proteger. Otorga la consideración de asistencia sanitaria a unos primeros auxilios: GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., pp. 31-3. Se muestran contrarios a la aplicación del art. 196 a personas ajenas a la sanidad: CARBONELL MATEU, *Comentarios*, ob. cit. p. 988; PORTILLA CONTRERAS, *Curso*, ob. cit., pp. 387-8; ESCOBAR JIMÉNEZ, *Código Penal de 1995*, ob. cit., p. 1093. Algunos autores, desde esta interpretación amplia del término asistencia, integran también a personas que, aunque no actúan directamente sobre el enfermo, auxilian a los médicos en su diagnóstico (biólogos, bioquímicos, físicos) u operan como dispensadores de sus tratamientos (farmacéuticos, protésicos...), en cuanto también pueden coadyuvar a mejorar y conservar la salud. En este sentido: GÓMEZ TOMILLO, *La responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., pp. 35-6. A nuestro juicio, no cabe integrar en el tipo estos últimos supuestos porque faltaría la inmediatez en el sentido antes expuesto y, además, resulta difícil imaginar casos en que la negativa de estos profesionales pueda originar un grave riesgo para la salud.

⁴⁶ El art. 196 alude expresamente a servicios *sanitarios*, así que quedan fuera de su campo de aplicación aquellos casos en que determinados agentes de la autoridad que tienen la obligación de asistir en primera instancia -por ejemplo: bomberos-, pues estos profesionales no están adscritos a un servicio sanitario. No obstante, si su labor no se limita al traslado a un centro hospitalario sino que están obligados a prestar unos primeros auxilios, cabría integrarlos en la conducta de denegación basándonos para ello en la interpretación amplia del término asistencia sanitaria.

no responderían por el art. 196 sino que incurrirían en un delito de omisión del deber de socorro; en un delito de lesiones o muerte por imprudencia si fue la inobservancia del cuidado objetivamente debido lo que originó la falta de asistencia -por ejemplo: se duerme u olvida avisar al médico-; o incluso podrían responder por los resultados efectivamente producidos en comisión por omisión dolosa si su conducta supone una interrupción de cursos salvadores ajenos -por ejemplo, los casos en que el celador impida que el enfermo sea asistido por el médico-⁴⁷.

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

En nuestra opinión, la conducta prevista en el art. 196 no debe restringirse a los profesionales integrados en la sanidad pública, sino que también es susceptible de ser cometida por los médicos de ejercicio privado⁴⁸. No obstante, no incurrirá en responsabilidad por este delito cualquier profesional que se encuentre desarrollando su actividad en su consulta o clínica privada, sino sólo aquellos que hayan asumido previamente un compromiso genérico de asistir a un grupo de personas⁴⁹ sin que se haya concretado aún la relación médico-paciente⁵⁰. Desde esta óptica, la mayoría de los casos de denegación de asistencia se realizarán por parte de médicos integrados en la sanidad pública salvo aquellos casos en que existan servicios privados concertados.

En tercer lugar, el tipo exige que el profesional de la *sanidad "esté obligado a ello"* que debe entenderse -a pesar de la confusa redacción- como estar obligado a prestar la asistencia o a no abandonar los servicios sanitarios. Esta expresión se introdujo para salvar el ejercicio del derecho de huelga⁵¹, pero también cabe inferir de este inciso la necesidad de que la persona tenga reconocido legalmente este derecho y que en el momento de ser requeridos los profesionales ostenten una "posición de garante genérica". Todo ello, implica una serie de consecuencias que a continuación pasamos a analizar. (678)

⁴⁷ Sobre esta categoría v. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, ob. cit., p. 216 ss.

⁴⁸ Se separa de la tesis mayoritaria, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, ob. cit., p. 560, que excluye a los profesionales de ejercicio libre. Debemos rechazar dicha exclusión pues, según se ha señalado, el art. 196 responde a la necesidad de introducir una figura que acabará con la situación de privilegio del médico libre frente al integrado en la Sanidad pública. Recordemos que a aquél se le imputaba -como la generalidad de las personas- un delito de omisión del deber de socorro, frente al médico integrado en la Sanidad pública que respondía por el delito de denegación de auxilio que preveía una pena más grave. No obstante, dichos profesionales tienen que haber asumido dicha obligación (por ejemplo, atención a personas que han concertado un seguro privado).

⁴⁹ Por ejemplo, conciertos con determinados seguros, pues, con ello, se están obligando a atender a todas las personas que hayan suscrito ese seguro de salud; o aquellos casos de concierto de la Administración con clínicas privadas.

⁵⁰ Si se ha concretado y continúa vigente la relación médico-paciente, el profesional responderá en comisión por omisión en virtud del art. 11 a) CP.

⁵¹ Esta referencia fue introducida en la Comisión del Congreso a través de una enmienda "*in voce*" del Grupo IU-IC con el fin de evitar que el precepto, en su redacción dada en el Proyecto, pudiera entrar en colisión con el derecho de huelga del personal sanitario.

Por un lado, de la existencia de una posición de garante genérica cabe inferir que sólo se imputará este delito cuando ejerzan su profesión. Dado todo ello, si está fuera de servicio y actúa como un particular -por ejemplo, se encuentra a un herido en la montaña- responderá como un particular en virtud del art. 195 CP, y no será aplicable el art. 196 CP⁵².

Tampoco cabe hacer extensiva la obligación a los profesionales que ejercen libremente la medicina si no han adquirido un compromiso genérico, ya que, aunque deontológicamente estén obligados a ello, jurídicamente no⁵³. Como se expuso *supra*, éstos deben responder por un delito de omisión del deber de socorro como un miembro más de la comunidad sin que deba apreciarse su cualificación profesional.

Por último, se discute si pueden realizar este delito aquellas personas que ejercen dicha actividad de forma voluntaria (por ejemplo: voluntarios de la cruz roja que desempeñan funciones sanitarias, colaboradores de O.N.G. como médicos del mundo, etc.) Algunos autores excluyen a los voluntarios en general del campo de aplicación del art. 196 CP, pues entienden que en ningún caso puede ostentar la consideración de profesionales dado que no existe remuneración. En consecuencia sostienen que sólo cabrá imputarles un delito de omisión del deber de socorro siempre que concurren los requisitos exigidos en el art. 195 CP⁵⁴.

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

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

⁵² Como pone de manifiesto la doctrina, estos ciudadanos no están permanentemente de servicio y, por consiguiente, es preciso que en el momento de la denegación o abandono exista una obligación de prestar asistencia del tipo requerido, a nuestro entender, una posición de garantía genérica del profesional respecto del bien jurídico-penal protegido. En sentido similar: CARBONELL MATEU, *PE*, ob. cit., p. 250; GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos*, ob. cit., pp. 305-6; GÓMEZ TOMILLO, *La responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., p. 79; HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, ob. cit., p. 80; MOLINA FERNÁNDEZ, *PE*, ob. cit., pp. 178-9; PORTILLAS CONTRERAS, *Curso*, ob. cit., p. 388.

⁵³ Sobre ello, v. n. 8 y 9.

⁵⁴ En este sentido, GÓMEZ TOMILLO, *La responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., p. 29, pues considera como profesional sólo a aquél que realiza un servicio o prestación laboral en sentido amplio a cambio de una remuneración crematística. Sin embargo, pese a la definición que realiza el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (v. *supra* n. 37), no creemos que sea la ausencia de remuneración el criterio determinante, ya que no es un requisito esencial para la consideración de profesional (por ejemplo: Médicos del Mundo se integra por médicos que ejercen voluntariamente su profesión).

Por último, hay que aludir a aquellos sujetos que aunque no son voluntarios (por ejemplo: los objetores de conciencia que prestan un servicio social que implique asistencia sanitaria en el sentido aludido o aquellos supuestos en los que las autoridades administrativas competentes requieren la colaboración obligatoria de personas no vinculadas con la Administración para casos (679) de necesidad), realizan tareas aunque sean actividades escasamente o no remuneradas. En nuestra opinión, si están facultados para la actividad para la que se les requiere -es decir, son profesionales que puedan prestar asistencia sanitaria-, debe aplicarse el art. 196 CP, pues están obligados legalmente a ello y, por lo tanto, ostentan una posición de garante⁵⁵.

Sin perjuicio de aludir a ello con posterioridad, en el análisis de la cuestión de la posición de garante surge el problema de la delimitación de este precepto con el art. 11 CP. Como se ha señalado supra, cabe distinguir diversas posiciones de garantía en función de los sujetos implicados. En el caso del profesional que ha asumido previamente el tratamiento del enfermo existe una posición de garante cualificada frente a la que surge en virtud del deber profesional, que podríamos denominar posición de garante genérica del profesional⁵⁶. Por ello, en el primer caso, el sujeto responde en comisión por omisión -en su caso en grado de tentativa- en aplicación del art. 11 CP, dado la existencia de una equivalencia estructural y normativa con el actuar positivo en el sentido antes expuesto. En cambio, los profesionales sanitarios que no han asumido ese compromiso previo específico sino genérico -por ejemplo, médico integrado en un servicio de guardia o de urgencias- responden por el delito de denegación de asistencia sanitaria previsto en el art. 196 CP⁵⁷.

Según se ha señalado, el médico que no está prestando su servicio, sino que actúa como particular o aun estando en su consulta no ha asumido un compromiso

⁵⁵ En contra, GÓMEZ TOMILLO, *La responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., p. 29, que excluye expresamente estos supuestos.

⁵⁶ En este sentido, GÓMEZ TOMILLO, *La responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., pp. 22-3; FARALDO CABANA, *El delito de denegación de asistencia*, ob. cit., p. 52; SILVA SÁNCHEZ, *Comentarios*, ob. cit., p. 467. En la doctrina alemana: ARZT, *Zur Garantenstellung*, ob. cit., p. 556. Este autor, plantea la existencia de posiciones de garante "más fuertes" y "más débiles" y estima que éstas últimas no son equivalentes a la comisión activa.

⁵⁷ Algunos autores consideran que tanto el compromiso específico como genérico determinan una posición de garante a efectos de imputar el resultado en comisión por omisión. En este sentido, HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, p. 86, si bien, esta autora alude al principio de no exigibilidad de conducta distinta para poder excluir determinados supuestos. MOLINA FERNÁNDEZ, *PE*, ob. cit., p. 183, que refiriéndose a los médicos de urgencia o de guardia, afirma que la aceptación previa del servicio de urgencias para cualquiera que lo necesite equivale materialmente a la posterior asunción del tratamiento del paciente individual. En contra, ya antes de la introducción del art. 196, SILVA SÁNCHEZ, *Responsabilidad penal del médico*, ob. cit., pp. 130-1, mantuvo que en las situaciones de monopolio de asistencia o en los casos de médicos de guardia o de urgencias, existía una posición de garantía, pero no podía apreciarse la equivalencia de la omisión de asistencia con un delito comisivo y, por lo tanto, no podían castigarse esos supuestos en comisión por omisión sino sólo a título de omisión del deber de socorro. En este sentido: FARALDO CABANA, *El delito de denegación de asistencia*, ob. cit., p. 61; R. R. GARCÍA ALBERO, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, (Dir. G. QUINTERO OLIVARES), Pamplona, 1999, 2ª ed., p. 322; GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos*, ob. cit., p. 307; GÓMEZ TOMILLO, *La responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., pp. 87-9. En Alemania, tanto la doctrina como la jurisprudencia, estiman que el médico de guardia debe responder en comisión por omisión: K. LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 22 Auf., München, 1997, §13, 9. Se separa de esta línea SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, ob. cit., p. 353, que considera que al médico de urgencias debe responder únicamente por el delito de omisión del deber de socorro y no por los resultados efectivamente producidos en comisión por omisión.

genérico (médicos privados que no tienen concierto con entidades públicas o seguros privados) responde como cualquier otra persona por el delito de omisión del deber de socorro conforme al art. 195.1 CP.

En definitiva, a diferencia de lo que ocurre cuando existe una relación médico-paciente, no cabe apreciar una equivalencia estructural en estos supuestos, ya que en este último caso el médico ha asumido un compromiso específico que hace que el enfermo deposite su confianza en él y renuncie a otras posibles medidas salvadoras. (680)

4. La persona individual como sujeto pasivo.

Por lo que se refiere al *sujeto pasivo*, el art. 196 utiliza el término *personas*. No creemos que de la alusión a *personas* en plural pueda deducirse que el sujeto pasivo es la comunidad sino que, según se ha señalado, con este precepto se pretende proteger los bienes individuales cuyo titular es la persona a la que se le deniega la asistencia sanitaria⁵⁸.

La utilización del término *personas* deja fuera del ámbito de aplicación los casos en que la falta de asistencia afecta al feto y no a la salud de la madre salvo que corra peligro también la vida de la madre⁵⁹.

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

La conducta típica se presenta de modo alternativo, pues se castiga tanto la denegación de asistencia sanitaria como el abandono de los servicios sanitarios.

En cuanto a la primera de las conductas -la denegación- presupone la necesidad de un requerimiento previo por parte de la persona. Dicho requerimiento puede ser tanto de la persona necesitada de asistencia como de cualquier otra persona⁶⁰, ya sea directamente o por vía telefónica⁶¹ (piénsese, por ejemplo, en los casos en que el sujeto está privado de conciencia o incapacitado para demandar la asistencia). Además, puede ser tanto expresa como tácita, ya que si se interpreta dicha exigencia de forma restrictiva quedarían fuera aquellos supuestos de desatención más graves que no han ido precedidos de un requerimiento por la imposibilidad de manifestarlo expresamente⁶².

⁵⁸ La mayoría de la doctrina estima que el sujeto pasivo es la persona individual. Frente a ello, QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, ob. cit., p. 176 ss., considera que el sujeto pasivo es la comunidad como colectividad.

⁵⁹ De esta opinión también, GÓMEZ TOMILLO, *La responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., p. 68; MOLINA FERNÁNDEZ, *PE*, ob. cit., p. 178. En este mismo sentido se venía interpretando el término persona a que se refiere el delito de omisión del deber de socorro.

⁶⁰ No compartimos la limitación expuesta por HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, ob. cit., p. 90, que determina que el requerimiento debe ser realizado por la propia persona en peligro salvo que se trate de un menor o la persona se encuentre inconsciente.

⁶¹ En este sentido, MOLINA FERNÁNDEZ, *PE*, ob. cit., p. 179; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, ob. cit., p. 561. Esta postura es la adoptada en la Sentencia de la AP de Granada, de 16 de octubre de 1999, núm. 689/1999, ARP 1999/3944, en el caso planteado en la sentencia es un familiar el que requiere por vía telefónica la asistencia necesaria.

⁶² Incluyen los supuestos de requerimiento tácito: ESCOBAR JIMÉNEZ, *Código Penal de 1995*, ob. cit., p. 1094; GÓMEZ PAVÓN, *La responsabilidad del médico*, ob. cit., p. 313, para quien basta con que la

También estarían incluidos los casos de asistencia insuficiente, pues denegar según el Diccionario de la Real Academia es *no conceder lo que se pide o solicita* y si el profesional dolosamente presta una asistencia insuficiente no estará actuando en el sentido requerido por la norma. Del mismo modo, se discute si es suficiente una actuación estándar o, por el contrario, debe utilizar todas las técnicas y conocimientos que se posean. (681)

En nuestra opinión, el profesional estará obligado a desplegar todos sus conocimientos y utilizar todas las técnicas a su alcance⁶³. No obstante, en el sector de la medicina privada se estará obligado dentro de los límites del compromiso (genérico) asumido; y de las posibilidades de la sanidad pública, si es asistencia pública⁶⁴.

El art. 196 CP castiga también la conducta del profesional sanitario que, impedido de prestar personalmente el auxilio necesario, no demanda o no deriva el enfermo a otro profesional competente, pues la interpretación amplia del término asistencia sanitaria incluye también la derivación del enfermo a otros servicios especializados⁶⁵. Dicha necesidad se determinará tras un diagnóstico inicial del profesional que aprecia la necesidad de que sea otro especialista el que trate al enfermo. En consecuencia, si no se deriva al enfermo sería un supuesto de prestación insuficiente y resultaría aplicable el art. 196 y no el art. 195.2 CP⁶⁶.

Algunos autores excluyen del tipo aquellos casos en que la prestación denegada consiste en facilitar medios que sólo son susceptibles de mitigar el dolor sin que sea posible una mejora o conservación del estado de salud⁶⁷. En nuestra opinión, sí se da

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

⁶³ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *La responsabilidad penal del médico*, ob. cit., p. 145, que entiende que la acción susceptible de ser desplegada debe ser la más eficaz posible.

⁶⁴ En la sanidad pública no se reconoce un derecho a una medicina tecnológicamente avanzada. Sobre ello, F. J. VILLAR ROJAS, *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias. Fundamento y límites*, Barcelona, 1996, p. 78 y ss.

⁶⁵ Admite esta posibilidad MOLINA FERNÁNDEZ, *PE*, ob. cit., p. 180, pues entiende que el deber de asistencia incluye el deber de derivación del enfermo a otros servicios especializados.

⁶⁶ Consideran que el precepto aplicable en estos supuestos sería el art. 195.2 CP o, en su caso, el art. 412 del CP: ESCOBAR JIMÉNEZ, *Código Penal de 1995*, ob. cit., p. 1094; GÓMEZ TOMILLO, *La responsabilidad del profesional*, ob. cit., pp. 48-50. No obstante, este último, aunque rechaza que sea un supuesto de denegación y estima aplicable el art. 195.2 ó 412 CP, plantea la posibilidad de englobar la hipótesis de ausencia de demanda de auxilio ajeno por parte de un profesional -ante la imposibilidad personal de prestación de asistencia sanitaria- en el art. 196 como supuesto de abandono.

⁶⁷ Excluyen la responsabilidad penal en los casos en que la situación del enfermo no es susceptible de agravación o mejora: GÓMEZ TOMILLO, *La responsabilidad de los profesionales*, ob. cit., p. 41. Este autor plantea la posibilidad de tratar los supuestos de denegación de un tratamiento paliativo en el ámbito de los delitos contra la integridad moral e introduce como posibles excepciones aquellos supuestos en los que de la falta de cuidado de la sintomatología del enfermo pueda derivarse un empeoramiento en su estado de salud; HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, ob. cit., pp. 67-8. En contra, ALMENA VICH,

una denegación de asistencia en los supuestos en que sólo cabe aplicar tratamientos paliativos. No obstante, no se podrían castigar estos supuestos por el art. 196, pues aunque típica la conducta no será punible, pues no concurre la condición objetiva de punibilidad antes expuesta, es decir, la derivación de un riesgo grave.

En cambio, no serían supuestos de negativa de asistencia los casos de rechazo al tratamiento, ya que no puede hablarse de la existencia de un deber de asistencia sanitaria cuando el paciente se niega a recibirla (testigos de Jehová, suicidios libres, etc.), pues en tales casos no existe un deber de intervenir contra la voluntad de la persona necesitada de asistencia⁶⁸. No obstante, el paciente tiene derecho a elegir entre todas las alternativas posibles⁶⁹. (682)

Tampoco cabría castigar por tentativa en comisión por omisión o por los resultados efectivamente producidos cuando existiera previamente una relación médico-paciente, pues el rechazo del tratamiento interrumpe esa relación y, por consiguiente, decae la posición de garante⁷⁰.

Por otra parte, el art. 196 recoge como conducta alternativa el abandono de los servicios sanitario. Dicha conducta se castigará siempre que *ex ante* sea previsible la posterior situación de peligro grave.

En estos supuestos la exigencia de responsabilidad se fija en un acto previo -el abandono- que coloca al profesional en una situación de incapacidad, estaríamos ante lo que la doctrina viene denominado *omissio libera in causa*⁷¹.

La responsabilidad penal del médico, ob. cit., p. 254, para quien es indiferente que la persona hubiese fallecido o quedado con graves secuelas pese a ser asistido.

⁶⁸ En este sentido, FARALDO CABANA, *El delito de denegación de asistencia*, ob. cit., p. 59; F. FLORES MENDOZA, *La objeción de conciencia en derecho penal*, Granada, 2001, pp. 356-7 y 368-9; HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, ob. cit., p. 90; C. M. ROMEO CASABONA, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, 1994, pp. 105-6; HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, ob. cit., p. 90. Sobre la interpretación del art. 10.6 y 10.9 de la LGS en el sentido propuesto, es decir, que el paciente tiene derecho a negarse a cualquier tratamiento salvo los casos en que exista peligro para la salud pública, v. FLORES MENDOZA, *La objeción de conciencia*, ob. cit. pp. 369-72.

⁶⁹ En este sentido, el art. 10.6 c) Ley General de Sanidad otorga al paciente la posibilidad de elegir entre las alternativas que le presente el responsable médico. Sin embargo, el art. 11.4 de esta ley establece la obligación del paciente de firmar el alta voluntaria en los casos de no aceptación del tratamiento o dar el alta el centro sanitario si el paciente se niega a ello. No obstante, si el rechazo es a un tratamiento concreto y existen otros tratamientos alternativos, el médico estará obligado a practicar los restantes tratamientos siempre que el paciente tenga derecho a la elección y el tratamiento alternativo pueda evitar el riesgo para la salud (por ejemplo, en el caso de rechazo al tratamiento por motivos religiosos en que existan tratamientos alternativos que no vayan contra esas creencias religiosas). En aquellos casos en que se omita un posible tratamiento alternativo que sí sería aceptado por el enfermo podría aplicarse el art. 196 CP o hablar de responsabilidad en comisión por omisión de los resultados efectivamente producidos si no se había interrumpido la relación médico-paciente. En este sentido, GÓMEZ TOMILLO, *La responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., pp. 91-2; MOLINA FERNÁNDEZ, *PE*, ob. cit., p. 180.

⁷⁰ En este sentido: ROMEO CASABONA, *El derecho y la Bioética*, ob. cit., p. 450; EL MISMO: *¿Límites a la posición de garante de los padres respecto al hijo menor?*, RDPCr, nº2, 1998, pp. 343-47; MOLINA FERNÁNDEZ, *PE*, ob. cit., p. 179.

⁷¹ En este sentido, MOLINA FERNÁNDEZ, *PE*, ob. cit., p. 181. Sobre esta categoría v. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, ob. cit. p. 260 y ss.

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

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

Se discute si debe otorgarse la consideración de abandono a efectos del art. 196 CP a los supuestos de no incorporación o incumplimiento de horarios de llegada. Un sector estima que en estos casos el sujeto no incurre en responsabilidad penal sino sólo disciplinaria, pues estiman que abandonar conlleva una previa incorporación.

En nuestra opinión, aunque estos casos cabrían en la interpretación del término abandono, consideramos que no deben estar abarcados por el tipo, pues se ampliaría de forma excesiva e innecesaria el alcance de este precepto. En estos casos, la protección del bien jurídico-penal está garantizada, ya que los profesionales incardinados en un servicio están legalmente obligados a no (683) abandonar dicho servicio hasta la incorporación del siguiente turno. Si este último profesional abandona el servicio sin que se haya incorporado el otro profesional, sí que incurriría en responsabilidad penal aunque esté ya fuera de su horario, pues está obligado a ello, es claramente una conducta de abandono y, además, se da una mayor inmediatez que en los supuestos de incumplimiento de horarios sin previa incorporación. En consecuencia, los casos de incumplimiento de horarios o retrasos en la incorporación al servicio conllevarían únicamente una responsabilidad disciplinaria⁷².

6. La necesidad de un grave riesgo para la salud.

El art. 196 CP exige que de la inasistencia o abandono se *derive* un *grave riesgo*. En este punto, se hace necesario delimitar el alcance tanto del verbo utilizado por el legislador "derivar" como de la exigencia de "riesgo grave".

La utilización del verbo *derivar* ha sido criticado por la doctrina al no ser el más idóneo, ya que de la omisión no se deriva nada (*ex nihilo-nihil*)⁷³. Esta alusión no debe entenderse en el sentido de que con tal omisión se cree o incremente el riesgo, sino que lo que se hace es no evitar -no interrumpir- que la enfermedad preexistente se agrave

⁷² Excluye estos supuestos del art. 196 CP: GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad del profesional*, ob. cit., p. 47, ya que considera que abandonar conlleva necesariamente una previa incorporación.

⁷³ HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, ob. cit. p. 67.

hasta ese punto. En definitiva, es necesario que dicha omisión no interrumpa que se genere o incremente el peligro hasta el punto de convertirse en un riesgo grave y, además, que ese resultado pudiera haberse evitado si se hubiera prestado la asistencia debida.

El *grave riesgo* debe ser para la salud de las personas y también para la vida⁷⁴. Además, debe surgir con posterioridad a la denegación o abandono, puesto que, a diferencia del delito de omisión del deber de socorro, no es necesario que en el momento de solicitar la asistencia se dé ya una situación de peligro manifiesto. Sin embargo, a nuestro juicio, también sería de aplicación este precepto en aquellos casos en que exista una situación de peligro previa, pero sea susceptible de ser agravada⁷⁵. Para que nazca la obligación de actuar en el sentido requerido por la norma, dicho peligro debe ser previsible en un juicio *ex ante*⁷⁶. (684)

No obstante, la situación de peligro preexistente no debe haber sido creada por el facultativo en el ejercicio de su profesión, ya que, como se ha señalado, la remisión que hace al art. 195 es sólo a efectos de pena y no resulta aplicable el 195.3 CP que prevé un tipo agravado para los casos en que el accidente se deba a un actuar fortuito o imprudente de quien con posterioridad omite el auxilio⁷⁷.

En los supuestos de creación previa de la situación de peligro por el profesional, es necesario diferenciar varios supuestos. En primer lugar, si el profesional en el ejercicio de su profesión crea fortuita o imprudentemente una situación de peligro (por ejemplo, aplica un tratamiento terapéutico equivocado), no cabría construir un tipo agravado del art. 196 en relación con el art. 195.3 CP, sino que se plantearía la

⁷⁴ Sería conveniente que el art. 196 distinguiera punitivamente los casos en que el riesgo grave sea para la salud o para la vida, como se hace en otros delitos omisivos como el art. 412 ó 450 CP. Manifiestan dicha conveniencia: HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, ob. cit., p. 93.

⁷⁵ GÓMEZ TOMILLO, *La responsabilidad del profesional*, ob. cit., pp. 54-6; En contra, FARALDO CABANA, *El delito de denegación de asistencia*, ob. cit., p. 52; HUERTA TOCILDO, *La responsabilidad del profesional*, ob. cit., pp. 66-8 y 87-9. Estima esta autora que el art. 196 sólo es aplicable cuando el peligro para la salud aún no haya alcanzado la categoría de grave. Sin embargo, debe rechazarse esta tesis, pues dejaría fuera del campo de aplicación los supuestos más graves y frecuentes (por ejemplo, sufre un ataque cardíaco) y, además, de la existencia de un riesgo grave preexistente no cabe extraer la conclusión, como hace la autora citada, de que no cabe la posibilidad de que el riesgo se agrave o incluso acaezca la muerte (en el ejemplo propuesto, puede producirse un paro cardíaco y la muerte). La tesis aquí defendida es también la adoptada en la Sentencia de la AP de Granada, de 16-10-1999, núm. 689/1999, ARP 1999/3944, que admite la aplicación del art. 196 a pesar de la existencia previa de una situación de riesgo (ataque cardíaco). Lo que se plantea en esta sentencia es si la denegación agravó los riesgos derivados del ataque cardíaco sufrido por el paciente y si dicha asistencia era objetivamente indicada en el caso concreto para evitar la muerte del enfermo.

⁷⁶ Si además del peligro grave se produce un resultado de muerte o lesiones surge el problema de delimitación de la omisión sanitaria respecto a la comisión por omisión del art. 11 a) CP. Sobre ello, v. apdo 12.

⁷⁷ Entienden que la remisión al art. 195 es sólo a efectos penológicos y que no incluye el art. 195.3 CP: GÓMEZ TOMILLO, *La responsabilidad penal del profesional*, ob. cit., pp. 50-1; HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, ob. cit., p. 104. En contra: MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La omisión de socorro*, ob. cit., p. 925, que estima que la remisión al art. 195 se hace *in totum*. Sobre ello, v. infra apdo 11, en especial, n. 97.

responsabilidad por acción o en comisión por omisión por omisión por los resultados producidos⁷⁸.

En segundo lugar, si el médico actúa como particular (por ejemplo, atropella a un inmigrante y como consecuencia de ello requiere tratamiento sanitario) será de aplicación el delito de omisión del deber de socorro del art. 195.3 CP⁷⁹.

Como se expuso anteriormente, la exigencia de riesgo grave no es, a nuestro juicio, un elemento del tipo sino una condición objetiva de punibilidad⁸⁰. Si es así, este elemento no debería ser abarcado por el dolo e igualmente tendría consecuencias en la apreciación de formas imperfectas de ejecución⁸¹. No obstante, igual que si fuera un elemento normativo del tipo, el peligro y su gravedad no cabe intuirlos de modo descriptivo por los sentidos, sino que serán objeto de una concreción espiritual por el juez⁸².

7. El tipo subjetivo. La impunidad de la modalidad imprudente.

El art. 196 sólo castiga la conducta dolosa. El dolo debe abarcar la situación típica, pero el peligro concreto no deberá estar comprendido por el dolo, ya que, como se defiende en este trabajo, se trata de una condición objetiva de punibilidad y no de un resultado típico. En definitiva, es suficiente un dolo de peligro abstracto. (685)

El Código no prevé la modalidad imprudente con lo que no se castiga si la denegación o abandono se produce por olvido o despiste respecto a la obligada permanencia en el puesto y no se representó si quiera con dolo eventual el peligro abstracto⁸³.

Es indiferente que el dolo del sujeto incluya el resultado lesivo con dolo directo o eventual, puesto que, salvo que exista una posición de garante específica por la existencia de un compromiso previo, no cabrá imputar los resultados efectivamente producidos por no existir la equivalencia estructural y normativa con la acción. En cambio, si existe la posición de garante específica, responderá en comisión por omisión por los resultados efectivamente producidos y no sólo a título de dolo sino también por imprudencia.

⁷⁸ Por ello, no compartimos la postura propuesta por GÓMEZ TOMILLO, *La responsabilidad penal del profesional*, ob. cit., p. 51, que estima aplicable el art. 195.3 CP en aquellos casos que el profesional ha ocasionado un resultado de lesiones o muerte a causa de su actuación anterior sobre el paciente. Este autor plantea como ejemplos los de error en el diagnóstico o de tratamiento, intervención quirúrgica, etc.

⁷⁹ V. supra n. 52.

⁸⁰ Según se ha señalado al estudiar la naturaleza de esta figura, la mayoría de la doctrina estima que con esta exigencia se introduce un resultado de peligro concreto que debe ser abarcado por el dolo.

⁸¹ Sobre ello con más detalle, apdo 9.

⁸² GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos*, ob. cit., p. 311, estima que *grave* es aquel riesgo que pone en peligro la salud de forma relevante; aquel que puede suponer un empeoramiento del estado de salud general del paciente, afectando al normal funcionamiento de órganos o miembros importantes, sin que ello implique siempre un riesgo de muerte porque, de lo contrario, se restringiría desmesuradamente el ámbito de aplicación de la Ley.

⁸³ Aludimos a peligro abstracto puesto que la consideración de este elemento como condición objetiva de punibilidad conlleva la innecesariedad de que dicho extremo sea abarcado por el dolo

En los supuestos de error acerca de la posible peligrosidad de la conducta omisiva o sobre la necesidad de asistencia, cabrá apreciar un error de tipo y, al prever el CP la modalidad imprudente del delito recogido en el art. 196 CP, la conducta permanecería impune aun en los supuestos de error vencible⁸⁴. Si el error alcanza a la existencia del deber de asistencia sanitaria, sería un error sobre los elementos normativos del tipo, que en nuestra opinión, debe ser tratado como error de tipo⁸⁵.

El error sobre los presupuestos de la condición objetiva de punibilidad es irrelevante, ya que no es un elemento del tipo y no cabrá apreciar un error de tipo, basta conque concurra⁸⁶.

8. La posibilidad de apreciar determinadas causas de justificación o de exculpación.

La denegación o abandono podrá estar *justificada* cuando concurra una causa de justificación. Serán especialmente frecuentes los supuestos de *estado de necesidad* por conflicto de deberes cuando la denegación o abandono responda a la necesidad de atender otros casos de mayor gravedad (art. 20.5 CP)⁸⁷.

No obstante, en los casos en que la denegación de asistencia sanitaria responda al deseo de evitar un mal para el propio profesional (por ejemplo, el contagio de una grave enfermedad), al profesional no le será aplicable la limitación recogida en el apdo. tercero del art. 20.5 CP⁸⁸ y, en consecuencia, en virtud de su especial obligación profesional, deberá afrontar riesgos mayores que los exigibles a la generalidad de las personas. En cambio, sí podría apreciarse esta causa de justificación en aquellos casos en que el profesional en el momento del requerimiento está (686) prestando asistencia a otro enfermo en un estado más grave o haya abandonado el servicio con el mismo fin.

El tipo no recoge de modo expreso una *cláusula de riesgo*, como sí lo hace el art. 195 CP. Como se ha señalado, no estamos ante un tipo agravado del delito de omisión del deber de socorro y, por tanto, no cabría hacer extensiva esta cláusula al delito de denegación de asistencia sanitaria.

Otra causa de justificación posible es el *ejercicio legítimo de un derecho*. Los casos más frecuentes serán aquellos en que se ejercite el derecho de huelga garantizado constitucionalmente. Por ello, era innecesario para este fin introducir la expresión "estando obligado a ello".

⁸⁴ Sin embargo, podría ser aplicable el delito de omisión del deber de socorro o de denegación de auxilio por parte de un funcionario, siempre que concurren los requisitos típicos de éstos.

⁸⁵ CEREZO MIR, *Curso*, ob. cit., p. 134.

⁸⁶ La mayoría de la doctrina estima que el error sobre los presupuestos de la condición objetiva de punibilidad es irrelevante y no es un supuesto de error de tipo. En este sentido, GARCÍA PÉREZ, ob. cit. pp. 83-4 y 387. Estima irrelevante el error sobre los presupuestos de la condición objetiva de punibilidad y apunta que en la punibilidad lo importante es la utilidad social de la pena y, en consecuencia, las representaciones del autor sobre los presupuestos de la condición objetiva de punibilidad es irrelevantes.

⁸⁷ En la Sentencia de la AP de Navarra de 1-9-1997, se plantea la justificación de la conducta dado que las demandas de asistencia se produjeron de modo simultáneo y los dos enfermos presentaban síntomas de infarto.

⁸⁸ El apdo. tercero del art. 20.5 dispone: *Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse*. V. art. 10.6 a) y c) de la L.G.S.

En cuanto al *cumplimiento de un deber de obediencia* (art. 20.7 CP) en el caso de estructuras sanitarias jerarquizadas en que los escalones inferiores no hacen sino seguir los dictámenes de sus superiores (médicos residentes, personal de enfermería, ATS, etc.), tal conducta quedará justificada sólo cuando la orden proceda de un superior con competencia para ello y su contenido no sea manifiestamente antijurídico.

Por lo que respecta a la posible concurrencia de causas de exculpación, se plantea la posibilidad de apreciar la eximente de *miedo insuperable*⁸⁹, como causa de exclusión de la culpabilidad basada en la no exigibilidad de otra conducta al sujeto⁹⁰, en aquellos casos en que exista un posible riesgo para su persona (por ejemplo, miedo al contagio de alguna enfermedad como el VIH o la hepatitis C). Sin embargo, como pone de manifiesto ROMEO CASABONA, el médico en general conoce los riesgos que debe entrañar su profesión y, por lo tanto, no se darían los presupuestos para apreciar esta eximente y estima que sólo podrían aceptarse en aquellos de fobias patológicas al contagio pero, como reconoce este autor, esas situaciones inhabilitarían al profesional para el ejercicio⁹¹.

9. Consumación y formas imperfectas de ejecución.

Se discute cuándo se consuma este delito y si es posible la apreciación de *formas imperfectas* de ejecución. Si consideramos que el art. 196 CP tipifica un delito de peligro abstracto, el delito quedará consumado en el momento en que el profesional deniegue la asistencia sanitaria o abandone el servicio y aparezca como previsible el riesgo para la vida, y ello, con independencia de que la persona sea asistida con posterioridad⁹². La concurrencia de la condición objetiva de (687) punibilidad -es decir, la verificación del riesgo grave para la salud- puede ser coetánea o posterior a la consumación del delito⁹³, sin embargo, los casos en que sea posterior sólo se castigará si concurre la condición objetiva de punibilidad.

⁸⁹ La eximente de miedo insuperable se encuentra recogida en el art. 20.6 CP. Sobre los requisitos de esta causa de inculpabilidad v. J. F. HIGUERA GUIMERÁ, *La eximente de miedo insuperable en el Derecho penal común y militar español*, Barcelona, 1991; D. VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justificación*, Granada, 2000.

⁹⁰ Acogemos la tesis que considera que el miedo insuperable es una causa de exclusión de la culpabilidad y no una causa de justificación. Sobre ello, v. D. VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable*, ob. cit., pp. 67-135.

⁹¹ ROMEO CASABONA, *Responsabilidad médico-sanitaria y sida*, en AP nº 32, p. 462. En sentido similar, FLORES MENDOZA, *La objeción de conciencia*, ob. cit. p. 248, que considera que el pánico o la fobia darían lugar a una causa de inculpabilidad basada en la inimputabilidad del sujeto y que en los supuestos de prudencia o cautela no podrá quedar excluida la capacidad de decisión sino a lo sumo cabrá apreciar una eximente incompleta o una atenuante por analogía. Por otra parte, algunos autores integran como requisito de la eximente de miedo insuperable la obligación de tolerar el peligro por parte de determinadas personas, siempre que sean riesgos específicos y propios de su función de tutela. En este sentido, VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable*, ob. cit., pp. 250-60.

⁹² Un sector doctrinal, especialmente significativo en Italia, retrasa la consumación del delito de omisión pura hasta el último momento en que el sujeto puede actuar sin que las condiciones iniciales para la prestación requerida varíen sustancialmente. En nuestro país, lo admiten para el delito de omisión del deber de socorro algunos autores y también aparece este planteamiento en algún pronunciamiento jurisprudencial.

⁹³ La posibilidad de que la condición objetiva de punibilidad concorra con posterioridad al momento de consumación plantea problemas en orden a la determinación del lugar y tiempo de comisión del delito,

En cambio, para los que estiman que se trata de un delito de peligro concreto, cabría apreciar supuestos de tentativa (por ejemplo, en el caso de personas que son asistidas por otros profesionales, sin que llegue a verificarse un riesgo grave para la salud)⁹⁴. No obstante, algunos autores consideran que dado la excepcionalidad de los delitos de peligro y de omisión, político-criminalmente no es adecuado que se castiguen esos supuestos y estiman que es preferible la aplicación de sanciones administrativas⁹⁵.

10. Autoría y participación.

No existen importantes particularidades en la autoría y participación sino que rigen las reglas generales de los delitos omisivos. Así, cabrá apreciar formas de autoría directa o mediata, coautoría, inducción, etc. Siempre que los sujetos en cuestión reúnan los requisitos requeridos en el tipo para ser sujetos activos de este delito. Pueden ser problemáticos los casos de estructuras sanitarias complejas (por ejemplo: hospitales).

Si son varias las personas que dejan de prestar la asistencia sanitaria -estando obligadas y capacitadas para ello- responderán todas por este delito sin que quepa alegar que la asistencia de uno hubiera sido suficiente, pues se llegaría al absurdo de que cuanto más personal estuviera presente, más peligro de desatención correría el sujeto.

La doctrina discute la posibilidad de apreciar formas de participación en los delitos omisivos porque consideran que todos los que omiten serían autores. Sin embargo, al encontrarnos ante un delito especial propio cabe la posibilidad de que el que induzca a la desatención sea una persona ajena a la sanidad en cuyo caso aquél no tiene la cualificación para ser sujeto activo del tipo. En estos casos, no cabrá la coautoría o la autoría mediata, pero sí la participación, que deberá apreciarse teniendo en cuenta la regla de la accesoriedad y la unidad de título de imputación.

Un problema que se plantea es qué sucede con los sujetos que intervienen tras la realización del tipo pero antes de la verificación de la condición objetiva de punibilidad en aquellos casos en que ésta concurre con posterioridad a la consumación. La doctrina estima que en estos casos no cabe hablar de partición sino que sólo se podrá castigar dicha conducta por encubrimiento⁹⁶. (688)

11. Penalidad.

El art. 196 castiga la conducta recogida en él con *las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o*

apreciar el momento en que comienzan a computarse el plazo de prescripción, etc. Sobre ello, v. GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, ob. cit., pp. 90-1.

⁹⁴ Admiten la tentativa cuando se hayan realizado todos o algunos actos que objetivamente deberían producir el resultado de peligro concreto para la salud de las personas: FARALDO CABANA, *El delito de denegación de asistencia*, ob. cit., p. 59; GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos*, ob. cit., pp. 315-8.

⁹⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, *PE*, ob. cit., p. 187. Este autor estima conveniente atribuir efectos excluyentes de la punibilidad al arrepentimiento cuando se produce después de la verificación del peligro -formalmente consumado-, pero antes de que se produzca la lesión. En sentido similar, MUÑOZ CONDE, *PE*, ob. cit., p. 320.

⁹⁶ Sobre ello, GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, ob. cit., p. 90.

cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años. En nuestra opinión, la remisión no se hace *in totum* sino únicamente al apdo. 1 del art. 195 y no a la pena prevista para el tipo agravado del art. 195⁹⁷.

En consecuencia, la pena legal abstracta del delito en estudio será la de multa de cuatro meses y medio a seis meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años.

12. Relación concursal con otras figuras delictivas.

En los casos de denegación de asistencia sanitaria, además del art. 196, existen otros delitos que podrían entrar en *concurso* con éste como: la denegación de auxilio por parte del funcionario público, la no prestación de un servicio por motivos racistas, la omisión del deber de socorro, el abandono de un servicio público, etc.

En primer lugar, cuando el profesional sanitario desempeñe sus funciones dentro de la sanidad pública debe establecerse la relación entre el art. 196 y el delito de *denegación de auxilio por parte de un funcionario público*, ya que si ejerce su profesión en el sector privado no podrá ser sujeto activo de este delito. La mayoría de la doctrina estima que entre ambos preceptos cabe apreciar un concurso de normas a resolver en favor de la aplicación del art. 196, por ser dicho precepto ley especial frente al art. 412.3 CP⁹⁸. Otros autores, resuelven dicho concurso de leyes por el principio de *alternatividad*⁹⁹.

En nuestra opinión, entre ambos preceptos existe un concurso ideal de delitos, ya que el 196 CP no abarca el desvalor del ataque al correcto funcionamiento de la Administración pública que se pretende proteger en el delito de denegación de auxilio¹⁰⁰. No obstante, si no fuera (689) posible aplicar el art. 196 por no concurrir todos sus requisitos (por ejemplo, no se produce el peligro grave para la salud), será de aplicación el art. 412.3 siempre que concurren todos los elementos típicos de éste.

⁹⁷ En contra no cabe argumentar la interpretación gramatical, pues la alusión a *las penas* en plural la utiliza el legislador en el mismo art. 195.2 para remitirse a la pena única de multa del art. 195.1 CP. Se separa de la opinión mayoritaria: GARCÍA ALBERO, *Comentarios*, ob. cit., p. 322, este autor considera que no sólo se refiere a las penas del tipo básico, sino también a las previstas para las omisiones de socorro cualificadas. La remisión tampoco puede entenderse hecha al 195.3 CP, ya que con ello se vulneraría el principio de proporcionalidad, castigando más gravemente lo menos grave, pues en este delito se castiga con pena de prisión y multa a una persona que ha creado la situación de peligro, a diferencia del art. 195.1 y 196 en lo que se castiga no actuar frente a una situación de peligro originada por causas ajenas al sujeto activo -es decir, no se exige una actuar precedente de naturaleza fortuita o imprudente-. En este sentido, HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, ob. cit., p. 104; GÓMEZ TOMILLO, *La responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., pp. 50-1. En sentido contrario, GÓMEZ RIVERO, *La regulación de los delitos de omisión*, ob. cit., p. 1387, que estima que el marco penal del que ha de partirse es el del art. 195.3 CP.

⁹⁸ QUINTERO OLIVARES, *Comentarios*, ob. cit., p. 1199; GÓMEZ TOMILLO, *La responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., pp. 93-4; HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, ob. cit., pp. 99-100; PORTILLA CONTRERAS, *Curso*, ob. cit., p. 381. Esta parece ser la tesis seguida en la Sentencia de la AP de Granada, de 16-10-1999, núm. 689/1999, ARP 1999/3944, que aplica únicamente el art. 196 en un caso de denegación de asistencia sanitaria por parte de un médico integrado en un centro de salud. De apreciar un concurso de leyes entre ambos preceptos, esta solución es la más satisfactoria, pues el art. 196 prevé una pena más grave que el art. 412.3 CP.

⁹⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, ob. cit., pp. 559 y 562.

¹⁰⁰ En este sentido, FARALDO CABANA, *El delito de denegación de asistencia*, ob. cit., p. 67.

En segundo lugar, como se ha señalado, el art. 196 introduce una figura delictiva independiente del delito de *omisión del deber de socorro* al que tan sólo se remite a efectos de penalidad y, en nuestra opinión, sólo al art. 195.1 CP¹⁰¹. Por consiguiente, estimamos que no existe relación concursal entre ambas figuras, sino que responden a situaciones típicas totalmente diferentes¹⁰².

Por lo que se refiere a la relación entre los delitos de *homicidio* y *lesiones en comisión por omisión* (art. 11 CP¹⁰³) y el art. 196 CP, de forma aislada, algún autor aprecia un concurso ideal de delitos¹⁰⁴. No obstante, la mayoría de la doctrina se inclina por la opción del concurso de normas a resolver por el principio de subsidiaridad en favor del art. 11 CP: el delito de lesión absorbería al de peligro¹⁰⁵.

No obstante, ambas posturas deben ser rechazadas por varias razones. En primer lugar, por lo que se ha dicho en cuanto a la imposibilidad de apreciar la equivalencia estructural requerida en la comisión por omisión en aquel médico que no ha asumido el compromiso frente a una persona determinada, sin que exista por tanto una concreta relación médico-paciente. Además, de adoptar la postura defendida por estos autores no se entendería el porqué de este precepto, pues en la mayoría de los casos ese resultado será abarcado al menos con dolo eventual y, entonces, ya cabría aplicar la tentativa -en comisión por omisión- de lesiones u homicidio. De este modo, se castigaría dicha conducta con una pena más grave que la del art. 196 y, además, permitiría diferenciar a efectos de pena los casos en que se origina la muerte de aquellos otros en que la persona sólo resulta lesionada¹⁰⁶. (690)

¹⁰¹ Art. 195. *El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses. 2. En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno. 3. Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a una año y multa de seis a doce meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses.*

¹⁰² FARALDO CABANA, *El delito de denegación de asistencia*, ob. cit., p. 65; HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, ob. cit., pp.100-2; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, ob. cit., p. 178. En sentido contrario, GARCÍA ALBERO, *Comentarios*, ob. cit. p. 322. Este autor estima que entre ambos delitos existe una relación de especialidad por razón del sujeto activo y de la calidad del auxilio; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, ob. cit., p. 562.

¹⁰³ Sobre el alcance y las diversas interpretaciones de esta cláusula v. *supra* n. 5, 6, y 7.

¹⁰⁴ GÓMEZ RIVERO, *La regulación de los delitos de omisión*, ob. cit., p. 1387; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, ob. cit., p. 178; MUÑOZ CONDE, *PE*, ob. cit., p. 321. Este planteamiento nos parece insostenible desde la óptica adoptada en este trabajo, pues supondría una vulneración del principio de *non bis in idem*, ya que el bien jurídico protegido en el art. 196 no es distinto al protegido en el delito de lesiones u homicidio sino que, según se ha señalado, es la salud y la vida.

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

¹⁰⁶ HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, ob. cit., p. 73, como reacción a estas posibles críticas, manifiesta que el art. 196 cubre aquellos supuestos en los que existe culpa con o sin representación respecto a los resultados de muerte o lesiones, hipótesis que quedaría fuera del ámbito de la tentativa. En cambio, afirma que los casos de dolo eventual en relación con el menoscabo de la vida deberían castigarse como tentativa de homicidio en comisión por omisión (ob. ult. cit., p. 93). En esta línea también GÓMEZ TOMILLO, *La responsabilidad de los profesionales*, ob. cit., p. 98, este autor plantea los

En nuestra opinión, entre el art. 196 y el art. 11 CP existe una relación de concurso de normas a resolver, no por la regla 2º del art. 8 (subsidiariedad), sino que están en relación de especialidad, siendo de preferente aplicación el art. 11 en aquellos casos en que exista una relación médico-paciente¹⁰⁷.

También cabría imputar los resultados producidos en comisión por omisión en aquellos casos en que se haya iniciado el tratamiento y sea con posterioridad cuando el profesional abandona el servicio, ya que esa actuación previa hace nacer la relación médico-paciente.

Del mismo modo, cabrá imputar los resultados producidos a aquellos médicos que no sólo denieguen asistencia sanitaria, sino que además interrumpan otros nexos casuales salvadores ajenos (por ejemplo: jefe del servicio que impiden a otros médicos prestar la asistencia). Esta situación, como el sujeto que no ha asumido el compromiso específico, no tendría cabida en el art. 11 a) CP (no existe una obligación legal y contractual en el sentido necesario para apreciar la equivalencia), sino que sería aplicable el art. 11 b) CP si, además de no asistir, impide que otros asistan al sujeto, es decir, interrumpe cursos causales salvadores ajenos, pues su actuar precedente doloso crea una ocasión de riesgo.

También se discute la relación del art. 196 con el art. 409 CP, que castiga el abandono colectivo o manifiestamente ilegal con grave perjuicio para los mismos o para la comunidad en general¹⁰⁸. En nuestra opinión, la relación entre ambos preceptos es de concurso ideal de delitos. En estos casos el desvalor de esta conducta no queda absorbido por el art. 196, pues, según se ha señalado, en este último se alude a un peligro para la vida o salud de la persona individual sin que se desvalore el daño que ese abandono pueda generar en el propio servicio o en la comunidad¹⁰⁹.

Asimismo, cabe la posibilidad de que la denegación de asistencia sanitaria obedezca a móviles racistas o xenófobos. En estos casos, se plantea la posible aplicación del art. 511 CP que tipifica como delito la *denegación de un servicio público*

problemas que podría acarrear el desistimiento, pues se privilegiaría a quien omite con dolo eventual respecto al hipotético menoscabo de la salud o la vida frente a quien actuó únicamente con culpa con representación que respondería por el 196 CP.

¹⁰⁷ Parece ser esta solución la defendida por FARALDO CABANA, *El delito de denegación de asistencia*, ob. cit., pp. 63-5, cuando afirma que únicamente cabe imputar los resultados producidos como delito de homicidio o lesiones en comisión por omisión cuando se haya asumido previamente el cuidado del paciente.

¹⁰⁸ Repárese que al igual que el art. 196 el art. 409 CP hace referencia a un resultado de grave daño para la comunidad, de manera que si no se genera ese resultado no podrá apreciarse este delito. HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, p. 72, n. 25, indica que el art. 409 no recoge un delito de omisión pura agravada, sino un delito de comisión por omisión específicamente tipificado. En nuestra opinión, la exigencia de un grave daño prevista en el art. 409 CP tiene la naturaleza de condición objetiva de punibilidad y si no se produce el abandono la conducta debería permanecer impune.

¹⁰⁹ Defienden que se trata de un concurso ideal de delitos: FARALDO CABANA, *El delito de denegación de asistencia*, ob. cit., p. 68; MUÑOZ CONDE, *PE*, ob. cit., p. 321. Se declaran a favor de la tesis del concurso de leyes entre el art. 196 y el art. 409 CP: HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, ob. cit., p. 106; PORTILLA CONTRERAS, *Curso*, p. 381.

por motivos racistas¹¹⁰ o del art. 512 CP (691) que castiga la *negativa por parte de un profesional o empresario a ofrecer una determinada prestación*¹¹¹.

En nuestra opinión, la relación del art. 196 con estos preceptos es de concurso ideal de delitos, pues se protegen diferentes bienes jurídicos: la vida y salud en el art. 196 frente a los delitos de discriminación aludidos que se orientan a proteger la dignidad humana¹¹².

No obstante, consideramos que estas conductas no debería castigarse como ilícitos penales¹¹³, pues no se respetan los principios imperantes en este sector

¹¹⁰ Para que se entienda realizado este delito es necesario, por un lado, un acto de discriminación, en concreto, denegar a una persona una prestación a la que se tenga derecho. En este punto, la doctrina considera que se incluyen tanto los supuestos de denegación de la prestación del servicio como aquellos otros en los que, sin negar su participación, el cliente o administrado se vea perjudicado por recibir un trato distinto y peyorativo. En este sentido, E. BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho Penal*, Granada, 1999, p. 313. Además, es necesario que el mismo se lleve a cabo cuando se preste un servicio público, es decir, cuando se realice una actividad dirigida a una colectividad indeterminada y, tanto si el sujeto activo es un particular, como si es funcionario. En este último caso, el carácter público del sujeto opera como factor de agravación de la pena. Desde esta óptica, se incluiría toda prestación dirigida a una generalidad indeterminada de personas (desempeño de tareas médicas, docentes, oferta de hospedaje, establecimientos, comercios, etc.)

¹¹¹ Este precepto se introdujo de forma novedosa en el CP de 1995 y con él se pretende castigar aquellos supuestos en que el desempeño de las actividades profesionales o empresariales no supone la prestación de un servicio público. Un ejemplo de ello, sería el ejercicio de la profesión médica, pero en relación con el art. 196, debe circunscribirse a aquellos casos en que se tenga derecho a la prestación, pues en algunos supuestos -principalmente en el ejercicio libre de la profesión médica- no existe ni tan siquiera un compromiso genérico de atender a un determinado grupo de personas y, por consiguiente, no cabría aplicar este precepto, pues no existe un derecho a ello.

¹¹² Consideran que es la dignidad el objeto de tutela en estos preceptos: BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista*, ob. cit., pp. 315 y 336-45 y 389; P. LAURENZO COPELLO, *Marco de la protección jurídicopenal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado, Madrid, 1996, pp. 231-2. Esta postura ha sido acogida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 214/1991, de 11 de noviembre en la que declara: *La dignidad humana como rango o categoría de la persona, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18.1 CE), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. El odio o desprecio a todo un pueblo o una etnia (a cualquier pueblo, a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto de la dignidad humana*. En cambio, un sector de la doctrina estima que el objeto de tutela es el principio de igualdad de trato en el marco social y público ante la expectativa de poder acceder a los bienes, servicios y actividades destinadas a la generalidad en las mismas condiciones que el resto de los ciudadanos. En este sentido: J. BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación en el Derecho Penal*, Granada, 1998, pp. 101-2; J. TAMARIT SUMALLA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (Dir. G. QUINTERO OLIVARES), Pamplona, 2º ed., 1999, p. 1473.

¹¹³ La Convención Internacional sobre Eliminación de toda forma de Discriminación Racial no exige la incriminación de este tipo de conductas (el art. 4 de dicho tratado no incluye la denegación de la prestación de un servicio público en el elenco de comportamientos que establece que han de ser penalmente tipificados por cada uno de los estados firmantes), siendo suficiente la imposición de una sanción administrativa u otra medida no penal. En este sentido, BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista*, ob. cit., p. 311. En contra, estima que el art. 511 viene a dar cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por España: CARBONELL/VIVES, *Comentarios*, ob. cit., p. 2004. Sin embargo, son muchos los países de nuestro entorno que tipifican como delito la denegación de prestación de un servicio público o incluso de actividades profesionales o empresariales dirigidas a una generalidad de personas. Por ejemplo: El art. 225.2 del CP francés, art. 261 del CP suizo, el art. 137 del CP holandés. En cambio, el CP austríaco castiga esta conducta como infracción administrativa (art. XIX, núm. 3 de la Ley de introducción de las Leyes de Procedimiento Administrativo de 1991). Con más detalle, BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista*, ob. cit., pp. 311-2.

(principio de intervención mínima, proporcionalidad, etc.), sino que debería ser objeto únicamente de sanción administrativa¹¹⁴. En este punto, la Ley 4/2000 castiga como infracción administrativa muy grave la realización de conductas de discriminación¹¹⁵. (692)

Además, muchas de estas conductas pueden ser constitutivas de otros tipos penales (delitos contra el honor, denegación de asistencia sanitaria, omisión del deber de socorro, etc.) En estos casos, a nuestro juicio, quedaría abarcado el desvalor de la conducta discriminatoria con el castigo del delito de denegación de asistencia sanitaria, etc., con la aplicación de la agravante genérica recogida en el art. 22 nº 4¹¹⁶.

Por otra parte, se plantea la relación de estos delitos con los posibles de *ilícitos administrativos*¹¹⁷. A nuestro juicio, no podrían aplicarse ambas sanciones de forma conjunta sin vulnerar el principio de *non bis in idem*¹¹⁸. No obstante, si sólo se infringe el deber profesional de asistencia o permanencia en el puesto de trabajo -sin que se derive un riesgo grave- se aplicaría únicamente la sanción administrativa. Sin embargo,

¹¹⁴ Así, BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista*, ob. cit., pp. 316 y 345 ss. El GRUPO ESPAÑOL DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Propuesta alternativa al tratamiento de la discriminación en el Código penal*. San Sebastián, 1996/ Salamanca, 1997, ponen de manifiesto la necesidad de que la tutela penal específica debe respetar en todo caso las garantías y principios propios del Derecho penal -en especial, el principio de intervención mínima-, y no debe darse una utilización meramente simbólica del Derecho Penal. En cambio, BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, ob. cit., p. 100, considera que este precepto está en consonancia con los principios de fragmentariedad y subsidiariedad, y que debe castigarse esta conducta como delito. No obstante, este autor estima que la pena prevista es excesiva e infringe el principio de proporcionalidad, y propone como más adecuada la pena única de inhabilitación (ob. ult. cit., p. 110).

¹¹⁵ Esta ley en su art. 53 apdo c) recoge como infracción grave: *La realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, en los términos previstos en el art. 21 de la presente Ley*. Estas infracciones se sancionan con multa de 1.000.001 hasta 10.000.000 de pesetas.

¹¹⁶ El art. 22 del CP recoge dentro de las circunstancias agravantes, en el nº 4: *Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencia de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca*. Esta circunstancia ha sido ampliamente criticada, pues, como el fundamento de la agravación de la pena se halla en los móviles racistas o discriminatorios, se señala que sería más propia de un Derecho penal de autor y, en consecuencia, incompatible con el Derecho penal del acto aislado, propio de un Estado democrático. No obstante, creemos que debe mantenerse dicha circunstancia, pero con una interpretación no puramente subjetiva sino también objetiva, como propone LAURENZO COPELLO, *Marco de protección jurídicopenal del derecho a no ser discriminado*, ob. cit. p. 273.

¹¹⁷ El art. 66. 3 b) del Decreto 3169/1966, de 23 de diciembre, sanciona como infracción administrativa grave, la falta injustificada de asistencia o permanencia en el puesto de trabajo. Por su parte, el art. 66.4 f) califica como falta muy grave la realización de cualquier conducta constitutiva de delito o falta, que puede conllevar incluso la separación del servicio.

¹¹⁸ Admiten la posibilidad de aplicar conjuntamente la sanción penal y administrativa: FARALDO CABANA, *El delito de denegación de asistencia*, ob. cit., pp. 68-9; HUERTA TOCILDO, *Principales novedades*, ob. cit., pp. 86-7, n. 43. Se muestra contrario a esta posibilidad: GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal de los profesionales*, ob. cit., p. 94. En nuestra opinión, aunque la normativa apunta la posibilidad de la doble sanción, esta cuestión debe de analizarse desde la óptica del principio de *non bis in idem* sin que pueda castigarse por ambas sanciones cuando exista el mismo fundamento, con las particularidades que plantearía la existencia de relaciones especiales de sujeción. Sobre el principio de *non bis in idem* v. GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, Barcelona, 1995, p. 35 ss. En lo referente a la preferencia del orden penal la STC de 11 de octubre de 1999, núm. 177/1999, cambia la línea seguida y no sólo reconoce el derecho a no ser sancionado doblemente, sino que anula la sanción penal dando preferencia a la sanción administrativa que había sido previamente impuesta.

si además de la infracción del deber profesional existe un peligro para la salud de las personas se aplicará únicamente la sanción penal¹¹⁹. Además, como se puso de manifiesto *supra*, si la conducta implica discriminación pueden ser constitutiva de una infracción grave (art. 53 c) de la Ley 4/2000), con las mismas salvedades expuestas en relación con el *principio de non bis in idem*.

Lo mismo cabe decir de la *responsabilidad disciplinaria* en que pueda incurrir por infringir las normas colegiales. En este caso, los profesionales que estén colegiados están sometidos a la potestad disciplinaria de los respectivos Colegios¹²⁰. (693)

IV. SISTEMATIZACIÓN DE LAS POSIBLES SITUACIONES DE RESPONSABILIDAD PENAL POR DENEGACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA.

Por último, pretendemos sistematizar las situaciones en las que un profesional puede incurrir en responsabilidad penal por no prestar la asistencia necesaria teniendo en cuenta las ideas expresadas en el presente estudio. Nos centraremos en la responsabilidad de los profesionales sanitarios por ser los que ofrecen mayor interés en el presente estudio.

A) Profesional sanitario fuera de servicio.

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

El profesional sanitario fuera de servicio también responderá por el delito de omisión de socorro, cuando haya iniciado unas primeras medidas sobre la persona necesitada de auxilio (sin asumir el tratamiento y sin que empeore la situación o interrumpa cursos salvadores ajenos), pero con posterioridad cese en su auxilio. Este sería un supuesto de *interrupción de cursos salvadores propios inacabados* que es reconducible a la omisión pura y no a la comisión por omisión.

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

B) Profesional sanitario en el ejercicio de su profesión.

¹¹⁹ Repárese en que la sanción administrativa puede llevar aparejada la separación definitiva del servicio con lo que en la práctica quedaría absorbida la pena de suspensión (art. 412.3 CP) o inhabilitación (196 CP).

¹²⁰ El Real Decreto 1018/1980, de 19 de mayo, por el que se aprueban los Estatutos Generales de Organización Médica Colegial y el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, se considera falta muy grave cualquier conducta constitutiva de delito doloso, en materia profesional (art. 55.4. a) del RD). También constituye una falta la desatención maliciosa o intencionada de los enfermos (art. 66.4. d) del RD). Por último, el art. 63.2 establece que el régimen disciplinario establecido en este Estatuto se entiende sin perjuicio de la responsabilidad de cualquier otro orden en que los colegiados hayan podido incurrir (art. 63.2 del RD), con lo que se apunta a la posibilidad de la doble sanción.

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

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

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

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

En estos casos en que no cabe apreciar una posición de garante ni siquiera genérica, aunque deontológicamente exista un deber de asistencia sanitaria a toda persona necesitada de ella, jurídicamente no existe dicha obligación por no haber asumido un compromiso específico ni tampoco genérico de ello. En estos casos, hacer responder al profesional por un delito de denegación (694) de asistencia sanitaria supondría confundir el plano deontológico y el jurídico, además, de una imposición coactiva de la relación médico-paciente.

No obstante, el sanitario que se halle en la situación descrita, podrá responder como la generalidad de las personas por un delito de omisión del deber de socorro fundamentado en el deber de mutua asistencia en aras de la protección de la seguridad personal de aquellos sujetos en situación de desamparo y en peligro manifiesto y grave. También podrán resultar aplicables las faltas de denegación de auxilio de los arts 618 y 619 CP.

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

1. En el supuesto de que una persona esté aquejada por un *mal que todavía no representa un grave riesgo para su salud*, solicite asistencia sanitaria y ésta le sea denegada. A su vez, cabe distinguir varias posibilidades:

1.1. Que el profesional tenga la condición de *funcionario público*. En tal caso, podrán concurrir las siguientes variantes:

1.1.1. Que, pese a no haber sido asistida a su debido tiempo, su estado se mantenga invariable o empeore, pero no hasta el punto de que su salud se vea

amenazada por la presencia de *un grave riesgo* como exige el art. 196 CP. En tal caso, el omitente habrá de responder por el delito de denegación de auxilio del art. 412.3 CP.

1.1.2. Que empeore hasta verse su salud amenazada por un *grave riesgo* a consecuencia de no haber sido detenida a tiempo la evolución de esa enfermedad mediante la prestación de la asistencia sanitaria requerida. En este supuesto el omitente responderá por el delito de denegación de asistencia sanitaria del art. 196 CP en concurso de ideal de delitos con el delito de denegación de auxilio del art. 412.3 CP.

1.2. Que el sujeto activo sea un profesional de la sanidad privada. En este caso cabe diferenciar también varios supuestos:

1.2.1. Si su estado se mantiene invariable o no empeora no responderá por el art. 196, ya que no se deriva de su denegación el riesgo grave para la salud. Tampoco resultaría aplicable el delito de omisión del deber de socorro, puesto que no existe una situación previa de desamparo y peligro manifiesto y grave. Tan sólo podrían aplicarse las faltas del los arts 618 y 619 CP si concurren todos sus elementos típicos.

1.2.2. En el supuesto de creación de un grave riesgo para la salud, el profesional que desarrolla sus funciones en la sanidad privada, responderá por el delito sancionado en el art. 196 CP.

2. En el supuesto de denegación de asistencia sanitaria a una persona aquejada de un mal que ya representa un grave riesgo para la salud, cabe diferenciar varias situaciones: (695)

2.1. Que sea posible un empeoramiento que agrave el peligro para la salud de la persona. En tal hipótesis tanto el profesional de la medicina privada como pública responderá por el art. 196 CP.

2.2. En los casos en que no empeore su situación o no sea posible ninguna mejoría sino sólo tratamientos paliativos la solución varía según la condición del sujeto omitente.

2.2.1. Si el profesional ostenta la condición de *funcionario público*, deberá responder por el delito de denegación de auxilio del art. 412.3 CP.

2.2.2. En cambio, si el sujeto activo es un profesional de la sanidad privada se plantean dos hipótesis. En el supuesto de no empeoramiento, y siempre que se den los requisitos típicos recogidos en el art. 195.1 CP, éste responderá por el delito de omisión del deber de socorro. Sin embargo, si *ex ante* el socorro aparece como ineficaz, tan sólo podría plantarse la existencia de un delito contra la integridad moral.

Además, en todos los casos expuestos, si la denegación responde a motivos racistas, debería aplicarse la agravante genérica del art. 22.5 CP. (696)

