

OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO. ESPECIAL REFERENCIA A LA NEGATIVA AL TRATAMIENTO MÉDICO.

Patricia Faraldo Cabana
Profesora de Derecho penal
Facultad de Derecho de A Coruña

1. LA OMISIÓN EN EL DERECHO PENAL.

Conviene en este primer apartado efectuar algunas precisiones en torno a los conceptos de omisión propia o pura, omisión impropia y comisión por omisión, advirtiendo que el punto de vista del que parto para efectuar la distinción no es el único que se utiliza en la doctrina¹.

¹ Un sector de la dogmática, cuyo origen se halla en los trabajos del penalista alemán LUDEN, establece la distinción entre los delitos propios e impropios de omisión (*echte und unechte Unterlassungsdelikte*) conforme a la clase de norma violada, según sea ésta preceptiva o prohibitiva. En España siguen este criterio QUINTANO RIPOLLÉS, A. «Delito de omisión», "NEJ" VI, Barcelona, 1975, 478; del mismo autor, *Comentarios al Código Penal*. 2ª ed. Madrid, 1966, 23; SÁNCHEZ TEJERINA, I., *Derecho Penal español. Tomo I*. 5ª ed. Madrid, 1950, 172. Este criterio no es aceptable, puesto que en los delitos impropios de omisión quien omite la acción esperada sólo infringe el mandato de actuar, y no simultáneamente la prohibición de causación del resultado. Utilizando palabras de Armin KAUFMANN, las normas prohibitivas vetan hacer algo; por tanto, la norma que prohíbe no puede comprender conductas, como las de comisión por omisión, que consisten precisamente en no hacer algo. Más extensamente, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Barcelona, 1986, 320 ss.

Según otro sector doctrinal, anterior al CP de 1995, en el que se encuentran a título de ejemplo BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal español. Parte general*. 4ª ed. Barcelona, 1994, 378-379, y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./ HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal. Parte general. Teoría Jurídica del delito*. Madrid, 1986, 564 (con matizaciones), los delitos propios e impropios de omisión sólo se distinguían atendiendo a un criterio formal o jurídico-positivo, de acuerdo con el cual los primeros se regulaban en la ley, mientras que los impropios habían sido creados al margen de la ley por la jurisprudencia y la doctrina. Esta tesis fue contestada en su momento, entre otros, por JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal*. Granada, 1993, 552, quien señalaba que de esa forma se borraba la diferencia material entre delitos propios e impropios de omisión, prescindiendo del dato de que en la ley hay delitos impropios de omisión que merecen un tratamiento diferenciado del que procede en los delitos propios. En el mismo sentido, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op.*

Adopto inicialmente la bipartición básica que, de acuerdo con la concepción mayoritaria, distingue entre omisiones puras y omisiones referidas a un resultado, teniendo en cuenta en todo momento que la omisión consiste, en cualquier caso, en un comportamiento que contrasta con una obligación jurídica de contenido positivo, esto es, con una obligación jurídica de hacer².

Pues bien, en las omisiones puras o propias sólo se responde de la no realización de una conducta debida, y al omitente no se le imputa un eventual resultado lesivo o de peligro producido, siendo indiferente que éste se dé o no. Esto es, los delitos de omisión pura no requieren para su consumación la presencia de un resultado naturalístico separable de la mera inactividad. El criterio tradicional considera “los delitos propios de omisión como hechos penales que se agotan en la no realización de la acción requerida por la ley”³. Por supuesto, con la acción requerida el Ordenamiento pretende evitar un resultado que valora negativamente, pero el omitente no está obligado a impedir el resultado, que tampoco constituye un elemento del tipo. Por último, señalemos que los casos de omisión pura se consideran en general de menor gravedad y merecedores de una pena inferior

1986, 322 ss. No obstante, cabe señalar que tan importante como la distinción de omisión pura y comisión por omisión es, en efecto, la de omisión prevista como tal por la ley y omisión no descrita expresamente por la redacción legal. En el primer grupo se contienen tanto formas de omisión pura como de comisión por omisión o de omisión y resultado, mientras que en el segundo únicamente cabe la comisión por omisión.

En las páginas que siguen parto, pues, de una combinación de dos de los criterios expuestos: el criterio formal o jurídico-positivo, que atiende a la tipificación expresa o no, y el material, que se basa en la necesidad o no de producción de un resultado naturalístico para entender consumado el delito.

² La discusión doctrinal en torno al concepto de acción ha recibido una reciente aportación de gran interés. VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos de Derecho penal*. Valencia, 1996, pássim, partiendo de las fundamentales obras de HABERMAS y WITTGENSTEIN en relación con la teoría de la acción comunicativa, ofrece una concepción significativa de la acción, que la concibe como interpretaciones que, según los distintos tipos de reglas sociales, pueden darse al comportamiento humano o a su ausencia. La acción deja de ser el sustrato de la conducta, susceptible de recibir un sentido, y se convierte en el sentido que, conforme a un sistema de normas, cabe atribuir a determinados comportamientos humanos o a cierta ausencia de ellos. VIVES parte de que ni la problemática de la acción ni, menos aún, la de la omisión, pueden resolverse desde una perspectiva naturalística, puesto que ambas precisan pautas normativas que son, en los dos casos, determinantes. Como cabe observar, la definición de acción se desdobra para abarcar tanto la conducta activa como la omisiva, pero es que VIVES afirma que no hay nada parecido a una acción en general sino que, a la luz de diversas reglas sociales de interpretación, surgen diversos tipos de acciones. En particular, se distingue la omisión del hecho omisivo: la omisión, en sí misma, carece de materialidad; pero el hecho omisivo se materializa en el conjunto de circunstancias objetivas y externas que configuran una determinada posición de deber, a partir de la cual podemos decir que quien no actúa en el sentido esperado por el ordenamiento, omite. Por tanto, el hecho omisivo se define por una espera, por la espera de algo que normalmente habría de ocurrir.

³ JESCHECK, H. H., *Tratado*, 1993, 550. Vid. también SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión*. 1986, 343.

a la derivada de la comisión activa⁴. Dentro de las omisiones puras distingue SILVA SÁNCHEZ, el principal monografista sobre el tema, las omisiones generales y las de garante. Las omisiones puras de garante sancionan el incumplimiento por determinadas personas de un deber especial de actuar distinto del que pueda incumbir al resto de los ciudadanos, no exigiéndose tampoco para su aplicación la presencia de un ulterior resultado de lesión o de peligro, ya que es suficiente para la consumación el simple incumplimiento del deber de actuar. A su vez diferencia, dentro de esta última categoría, entre las que aparecen expresamente tipificadas como tales omisiones de gravedad intermedia y aquellas otras en que no se da dicha tipificación. Para este último supuesto propone el mismo autor, *de lege ferenda*, una regulación específica como cualificaciones de los tipos de omisión de socorro y de impedir determinados delitos⁵.

Las omisiones referidas a un resultado se caracterizan, a su vez, por la posibilidad de que les sea imputado el resultado de lesión o de peligro que, al no realizarse la conducta indicada, no ha sido evitado. Como indica SILVA SÁNCHEZ⁶, dentro de este grupo se han de distinguir tres categorías. La primera está constituida por las omisiones que, “apareciendo expresamente tipificadas en preceptos de descripción negativa y siéndoles imputado un resultado, carecen sin embargo de una paralela realización comisiva de la que puedan considerarse equivalentes; son pues, *omisiones referidas a resultado sin equivalencia comisiva*” (en cursiva en el original)⁷. La segunda categoría “acoge aquellas realizaciones típicas omisivas referidas a resultado que muestran equivalencia con la correspondiente comisión activa”. A su vez, esta categoría se subdivide en otras dos. “La primera subcategoría dentro de ella la constituyen las omisiones penales que aparecen expresamente acogidas, en descripciones negativas, por preceptos legales que contemplan, a la vez, la correspondiente comisión activa. Son las *omisiones referidas a resultado, con equivalencia comisiva, acogidas por los tipos legales en expresas descripciones negativas*”⁸. La segunda subcategoría acoge en su seno “aquellas omisiones penales, referidas a resultado y equivalentes a la comisión, que no se contemplan en precepto legal alguno con una descripción típica negativa”. Esta peculiar situación, que con el CP 1944/ 73 suponía la aparición de problemas de todo tipo, principalmente relacionados con la vulneración del principio de legali-

⁴ Vid. por ejemplo SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión*. 1986, 343.

⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión*. 1986, 347. Vid. también HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*. Madrid, 1987, 176 ss.

⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión*. 1986, 343, 347 ss.

⁷ Vid. como ejemplo de un delito de omisión referida a resultado de peligro sin equivalencia comisiva el art.382. 2º CP 1995.

⁸ Por ejemplo, vid. las redacciones de los arts.414 y 432 del CP de 1995.

dad⁹ y de la prohibición de analogía “*in malam partem*”, ya que no existía una cláusula general reguladora de la comisión por omisión, ha recibido solución en el CP de 1995, cuyo art.11 contiene los criterios que permiten equiparar la omisión a la comisión activa. Únicamente las omisiones comprendidas en esta última sub-categoría recibirán en adelante la denominación de “comisión por omisión”.

La opción por una regulación expresa en la Parte general ha merecido toda clase de opiniones, desde la de quienes entienden que no hace más que confirmar algo que ya regía antes del CP de 1995, esto es, que la comisión por omisión sólo es compatible con el principio de legalidad en la medida que sea directamente subsumible en la redacción de los tipos comisivos¹⁰, hasta la de aquellos que consideran que así se evita una vulneración del principio de legalidad, sentándose las bases legales para una elaboración dogmática de la categoría que nos ocupa¹¹.

Se apoye una posición u otra, no cabe duda que con el precepto se gana en seguridad jurídica, ya que la comisión por omisión deja de ser una construcción doctrinal sin apoyo legal y se convierte en una figura legalmente admisible y admitida. La primera conclusión, pues, que cabe extraer respecto a la regulación expresa de la comisión por omisión en un precepto de la Parte general es de índole positiva: sirve para compatibilizar la punición de la comisión por omisión con el aspecto formal del principio de legalidad¹² aunque, según veremos posterior-

⁹ Antes de la entrada en vigor del CP de 1995 la doctrina se dividía entre quienes consideraban que la punición de la comisión por omisión no planteaba problema alguno de compatibilidad con las exigencias derivadas del principio de legalidad, dado que era posible subsumir la comisión por omisión en el tipo de la Parte especial que sancionaba la realización del resultado por medio de una conducta activa, y aquellos otros autores que afirmaban la necesidad de poner término al silencio legal en esta materia, ya fuera mediante una cláusula en la Parte general del CP, como finalmente se hizo, ya por la vía de la incorporación a la Parte especial de un catálogo cerrado de delitos que admitirían la comisión por omisión. Cfr. HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*. Valencia, 1997, 19 ss.

¹⁰ Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., «El Anteproyecto de CP 1992: observaciones de urgencia», *Juices para la Democracia* núm.14, 3/ 1991, 52; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*. Madrid, 1984, 587-588; GRACIA MARTÍN, L. «Política criminal y dogmática jurídica penal del proceso de reforma penal en España (y II)», AP 1994-1, marginal 364.

¹¹ Se trata de un sector minoritario en España, según indica DÍAZ VALCARCE, L. M., «Comentario de urgencia al borrador de Anteproyecto de Código penal», *Papers d'estudis i formació* núm.7, 1991, 13, pero mayoritario para GRACIA MARTÍN, L. «Política criminal, (y II)», AP 1994-1, marginal 361. En dicho sector se encuentran, entre otros, CEREZO MIR, J. *Problemas fundamentales del Derecho Penal*. Madrid, 1992, 349; HUERTA TOCILDO, S. *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*. 1987, 187; TORÍO LÓPEZ, A., «Límites político-criminales del delito de comisión por omisión», ADPCP 1984, 707; y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3 del artículo 489 bis del Código Penal», CPC núm.24, 1984, 572.

¹² Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./ HUERTA TOCILDO, S. *Parte General*. 1986, 571. No siempre la regulación de una cláusula de transformación en la Parte general ha sido bien acogida por la doctrina.

mente, surge la cuestión ulterior de si éste es el mejor de los preceptos que se podrían haber establecido.

El art.11 alude expresamente a la infracción del deber jurídico como fundamento de la equiparación de la omisión a la causación activa del resultado, indicando que los delitos o faltas que consisten en la producción de un resultado podrán entenderse realizados por omisión sólo cuando la no evitación del mismo, **al infringir un especial deber jurídico del autor**, equivale, según el sentido de la ley, a su causación. De esta forma la posición de garante se configura como elemento constitutivo del tipo de injusto de los delitos de comisión por omisión¹³, lo que se confirma al analizar el contenido de las dos letras siguientes, que aluden a la posición de garante por existencia de una específica obligación legal o contractual de actuar y por injerencia, citando, como puede observarse, las fuentes formales clásicas de la posición de garante.

¿Cómo se debe interpretar el art.11 del CP de 1995? En su redacción se han entrecruzado dos criterios rectores diversos: la estricta equivalencia de la omisión con la comisión activa y la infracción de un deber jurídico del autor. En mi opinión, la equivalencia debe ser el criterio rector de todo el precepto. Como señala VIVES ANTÓN¹⁴, “el especial deber jurídico no hace, pues sino delimitar el ámbito en que puede aparecer la equivalencia material, a la que ha de añadirse la textual o lingüística para que pueda aplicarse el precepto”.

Y ello puesto que, a pesar de haberse encontrado aparentemente la forma de subsumir la comisión por omisión en el tipo legal, de manera que quedara a salvo el aspecto más formal del principio de legalidad, y haberse alcanzado de la misma forma un criterio con el que dilucidar quiénes entre los omitentes son autores de un delito en comisión por omisión, y quiénes son autores de un delito de omisión propia (el de la existencia de un especial deber jurídico del autor que permite imputar objetivamente a ciertas personas el resultado no evitado), el núcleo de la cuestión sigue por determinar¹⁵. El problema fundamental de la comisión por omisión se centra en la determinación de las condiciones en las que cabe decir que

¹³ Cfr. GRACIA MARTÍN, L., «Política criminal, (y II)», marginal 364. Vid. también ROMEO CASABONA, C. M., «Límites de los delitos de comisión por omisión» en GIMBERNAT ORDEIG, E./ SCHÜNEMANN, B./ WOLTER, J. (edits.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*. Madrid, 1994, 48, nota núm.63, quien entiende que la alusión al deber de actuar evita propiciar interpretaciones formales sobre la posición de garante.

¹⁴ En VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995. I*. Valencia, 1996, 86.

¹⁵ Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./ HUERTA TOCILDO, S., *Parte General*. 1986, 574. Vid. también ROMEO CASABONA, C. M. «Límites...», en GIMBERNAT ORDEIG, E./ SCHÜNEMANN, B./ WOLTER, J. (edits.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*. 1994, 38 y ss.

la no evitación del resultado es estructural y materialmente idéntica a su causación mediante una conducta activa. Un sector doctrinal considera que dicha cuestión puede resolverse acudiendo al criterio de la posición de garante, entendida según los casos de manera formal o material¹⁶. Ahora bien, “se ha pasado de tesis tradicionales ampliatorias del ámbito de incidencia de la comisión por omisión a tesis mucho más restrictivas en el momento contemporáneo”¹⁷; hoy no es posible afirmar que la infracción de un especial deber jurídico del autor fundamenta sin más una comisión por omisión, sino que el acento se pone en la equivalencia de ésta con la causación activa del resultado.

Considero, con un destacado sector doctrinal representado básicamente por GIMBERNAT, LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA, que la teoría de la posición de garante como fundamento **único** de la comisión por omisión es incorrecta y debe ser rechazada. No toda posición de garante, aunque se incluya en alguna de las dos letras del art.11 o sea equivalente a ellas, o dicho de otro modo, no toda infracción de un especial deber jurídico del autor fundamenta la comisión por omisión¹⁸. “Si no se quiere infringir el principio de legalidad (aspecto formal, de hondas repercusiones materiales) ni contravenir las exigencias de justicia material y el fundamento teleológico-valorativo de la mayor punición de los delitos comisivos frente a los de omisión pura (aspecto material), es preciso que la realización omisiva del hecho sea estructural y materialmente idéntica a la realización activa, y que, por ello, y además por haber peculiares exigencias adicionales o específicas en la descripción legal, la omisión sea directamente subsumible en el correspondiente tipo legal”¹⁹. No se trata, como algún autor ha señalado críticamente, de

¹⁶ Actualmente la doctrina española mayoritaria tiende a un entendimiento material.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Política criminal y reforma legislativa en la «comisión por omisión» (El artículo 10 del PCP de 1992)». en AA.VV., *Política criminal y reforma penal*. Madrid, 1993, 1070.

¹⁸ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho Penal*. 3ª ed. Madrid, 1990, 194, nota núm.40; LUZÓN PEÑA, D. M., *Estudios Penales*. Barcelona, 1991, 235 y siguientes; DÍAZ Y GARCÍA, M. «Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo?» PJ núm.24, 1991, 209 y siguientes. Vid. también SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Aspectos...», CPC núm.38, 1989, 368 ss.

¹⁹ LUZÓN PEÑA, D. M., «Participación por omisión y omisión de impedir delitos», La Ley 1986-3, 541. En el mismo sentido se ha manifestado en repetidas ocasiones DÍAZ Y GARCÍA, M. *La Autoría en Derecho penal*. Barcelona, 1991, 173; del mismo autor, «Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión» PJ núm.24, 1991, 209; del mismo autor, «Omisión de socorro a la propia víctima», en AA.VV., *Derecho de la Circulación (Aspectos civiles y penales)*. Madrid, 1993, 207. En una dirección no muy alcjada, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión*. 1986, 369 y siguientes; del mismo autor, «Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», CPC núm.38, 1989, 369. SILVA entiende que no basta con la concurrencia de una posición de garantía para que el sujeto responda en comisión por omisión, ya que debe examinarse adicionalmente la concurrencia específica de los elementos de la equiparación, que sitúa en torno al compromiso efectivo del sujeto y la identidad de estructuras, en el plano normativo, entre la comisión activa y la comisión por omisión.

prescindir de la posición de garante como elemento normativo del tipo de injusto de los delitos de comisión por omisión²⁰, sino de sumarle otro requisito que determine la comisión por omisión. En este sentido, reconoce LUZÓN PEÑA que también puede haber comisión por omisión no sólo cuando la omisión misma crea o desencadena el peligro, sino además cuando aumenta un peligro preexistente, esto es, cuando crea de modo decisivo más riesgo²¹. El aumento del peligro supone la existencia de una situación previa de cierto riesgo, si bien éste es genérico o está controlado, que aumenta su gravedad debido a la omisión, convirtiéndose en un peligro concreto o descontrolado. En estos casos de creación o aumento del peligro decisivo por la omisión puede afirmarse que ésta actúa de modo idéntico y totalmente equivalente a la comisión activa, aunque no exista una causalidad material como en el hacer activo²².

Cabe exigir, pues, una “identidad material y estructural” de la omisión con la causación activa en el plano de lo normativo, identidad que se manifiesta como importante instrumento de política criminal desde el momento en que supone una conformación restrictiva de las situaciones de comisión por omisión²³. Y ello puesto que no toda omisión aumenta el riesgo de producción del resultado; en este sentido, debe diferenciarse claramente entre el no impedir o evitar un suceso, que deja intacto el grado de posibilidades de que se produzca al permitir que el peligro siga su curso autónomo, y el facilitar ese mismo suceso, aumentando las posibilidades de producción con un factor nuevo. De esta forma, se puede apreciar comisión por omisión cuando la posición del sujeto determina que no haya peligro o que, si hay un cierto peligro, social y normativamente se considera que está perfectamente controlado o es inexistente mientras el sujeto cumpla su función normal o específica. En estos casos, si el sujeto omite cumplir su deber y desempeñar su función, entonces cabe considerar que la propia omisión crea el peligro, hasta ese momento inexistente o controlado, puesto que lo desencadena y descontrola; o bien si se considera que ya había un cierto riesgo, pero controlado, la

²⁰ Así, GRACIA MARTÍN, L., «Política criminal, (y II)», AP 1994-1, marginal 363.

²¹ Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., «Omisión de socorro: distinción entre omisión propia e impropia», en AA.VV., *Derecho Penal de la circulación*. Barcelona, 1990, 126 y ss.

²² Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., «Participación por omisión y omisión de impedir delitos», La Ley 1986-3, 544.

²³ La tesis de LUZÓN propone, en realidad, más que prescindir de la posición de garante, excluir de la responsabilidad del garante los casos en los que el peligro provenga de la acción de un tercero, de la propia víctima o de un suceso natural, admitiendo la posición de garante, aunque limitada en su alcance. Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E., «La «ayuda omisiva» al suicidio y la equivalencia de la omisión con la realización activa del tipo penal en la dogmática española», en GIMBERNAT ORDEIG, E./ SCHÜNEMANN, B./ WOLTER, (edits.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*. Madrid, 1994, 31.

propia omisión, al descontrolarlo, eleva enormemente las posibilidades de lesión.²⁴

Resumiendo, sólo en los casos en que la misma omisión crea, desencadena o aumenta el peligro de lesión hay comisión por omisión del delito de resultado. En los restantes casos en que la omisión se limita a la no intervención ante un peligro ya existente, sin crearlo ni aumentarlo, dejando que siga su curso por sí solo, no hay comisión por omisión aunque el omitente sea garante de acuerdo con alguna de las letras del art.11, sino omisión pura de garante.

Ahora bien, el específico injusto de la acción en algunos delitos comisivos no consiste únicamente en la causación del resultado típico, sino también en la forma de cometerse el hecho. Cabe preguntarse en estos supuestos si la conducta omisiva puede considerarse estructural y materialmente equivalente a la comisiva. La doctrina dominante tanto en Alemania e Italia como en España estima que no será así en los delitos de propia mano, en los delitos que castigan una determinada conducción de la vida y los delitos de apropiación²⁵, así como en los delitos en los que la naturaleza del resultado conduce a la misma situación (como el verbo mutilar, por ejemplo), presentando especiales problemas la clase de los delitos con modalidades de realización determinada²⁶. Por ello la comisión por omisión encuentra su mejor acogida en los delitos llamados “resultativos”, es decir, en aquellos en que “el tipo de delito de resultado gravita esencialmente sobre la dolosa producción de éste, sin precisar como debe acontecer”²⁷, como sucede en el

²⁴ Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., «Participación por omisión y omisión de impedir delitos», La Ley 1986-3, 544 y ss. De modo similar, exigiendo para la comisión por omisión que el sujeto goce de una situación de dominio sobre la producción del resultado, vid. BACIGALUPO ZAPATER, E., «Conducta precedente y posición de garante en el Derecho Penal», ADPCP 1970, 43-44; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Omisión e injerencia...», CPC núm.24, 1984, 586.

²⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión*. 1986, 357-358, con amplia información bibliográfica.

²⁶ En Italia llamados “*reati a forma vincolata*”, para distinguirlos de los “*reati a forma libera*”. También se conocen como “*reati a causalità aperta*”. Cfr. NUVOLONE, P. «L’omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive» *Indice penale* 1982, 435.

²⁷ Vid. por todos, CÓRDOBA en CÓRDOBA RODA, J./ RODRÍGUEZ MOURULLO, J. M., *Comentarios al Código penal*. I. Barcelona, 1972, 7 y ss; RODRÍGUEZ MOURULLO, J. M., *La omisión de socorro en el Código Penal*. 1966, 106-107. Se suele señalar por la doctrina que “sólo es posible cometer por omisión los denominados «delitos resultativos», es decir, aquellos tipos penales que describen sólo el resultado típico, pero no aluden a la forma de la acción que conduce al resultado”. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito*. 1984, 586, quien, no obstante, en la pág.604 señala que, si bien es más fácil que la equiparación aparezca en los delitos resultativos que en los que existe una forma específica de la acción, ello no significa que todos aquéllos y ninguno de éstos admitan la equiparación.

delito de homicidio. Con respecto a los delitos de peligro abstracto, sólo si se considera el “peligro de lesión” para el bien jurídico protegido como el resultado estructural, un suceso que puede distinguirse al menos lógicamente de la acción misma, al modo en que lo entiende MARTIN, no hay inconveniente en admitir respecto de ellos la comisión por omisión²⁸. En cualquier caso el problema debe resolverse para cada tipo delictivo por separado²⁹.

En este esquema la posición de garantía aparece no sólo como característica objetiva de la autoría en el tipo del delito omisivo impropio, convirtiendo estos delitos en delitos especiales³⁰, sino como primer requisito de la imputación objetiva del resultado no evitado al omitente³¹. Pero la tipicidad de la comisión por omisión no vendrá dada por el mero hecho de que haya sido un garante quien no ha evitado el resultado, si la conducta omisiva no equivale estructural y materialmente a la comisiva³². El legislador ha de orientar su labor en el sentido de facilitar criterios funcionales o materiales de autor, pues sólo éstos permitirán captar la posible identidad entre acción y omisión. Tales criterios se deben basar en la comprobación de la situación de dominio fáctico y de privilegio que se genera entre el

²⁸ En este sentido se manifiesta expresamente este autor. Cfr. MARTIN, J., *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*. Freiburg i. Br., 1989, 82 y ss y 115. Vid. también MAQUEDA ABREU, M. L., «La idea de peligro en el moderno Derecho penal», AP 1994-1, marginal 483, nota núm.5.

²⁹ Admite la comisión por omisión con respecto a delitos en que el tipo describe medios de comisión determinados sobre la base de un entendimiento social de lo injusto típico, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión*. 1986, 359 y siguientes; del mismo autor, «Aspectos de la comisión por omisión...», CPC núm.38, 1989, 376 y ss y 395 y ss. Y ello puesto que la jurisprudencia ha admitido la comisión por omisión de delitos que, tradicionalmente, han venido siendo considerados como de los más casuísticamente regulados en cuanto a la forma de la acción, como ha sucedido con el delito de estafa.

³⁰ Cfr. KAUFMANN, A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. Göttingen, 1959, 280 y ss y 305. A juicio de GRACIA MARTÍN, L., «Política criminal, (y II)», AP 1994-1, marginal 363, nota núm.312, los elementos de la autoría de los delitos especiales son ya elementos de la posición de garante, de modo que los delitos especiales son delitos de garante. Más ampliamente, vid. del mismo autor, *El actuar en lugar de otro. I. Teoría general*. Zaragoza, 1985, 372 y ss.

³¹ Cfr. HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*. 1987, 173.

³² Teniendo en cuenta este dato, la enmienda núm.1083, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (CiU), al art.11 del PCP de 1994 solicitó la adición de un párrafo final del siguiente tenor:

“Si pese a concurrir un deber especial en el sujeto, la omisión no fuera equivalente según el sentido del texto de la Ley a la causación activa del resultado, se aumentará en uno o dos grados la pena correspondiente en su caso a la omisión, pero sin que pueda exceder de la mitad inferior de la pena aplicable al delito de resultado”.

Esta adición se justificaba, según el grupo firmante, en la “existencia de una franja intermedia de omisiones entre la omisión del deber de socorro y la comisión por omisión. Se trata de las denominadas «omisiones puras de garante»”.

sujeto activo y el bien jurídico penalmente protegido, en cuanto acceso al mismo y correlativa vulnerabilidad del bien jurídico en relación con dicho sujeto³³.

De lo expuesto se desprende la existencia de dos clases de omisión pura, generales y de garante, y de tres clases de omisiones referidas a resultado: “1) omisiones referidas a resultado sin equivalencia comisiva; 2) omisiones con equivalencia comisiva legalmente determinada; y 3) omisiones con equivalencia comisiva legalmente indeterminada (comisión por omisión)”³⁴.

Una vez realizadas estas precisiones conceptuales, estamos en condiciones de examinar otras cuestiones conexas.

2. LA POSICIÓN DE GARANTE DEL PROFESIONAL SANITARIO Y LA EQUIVALENCIA DE SU OMISIÓN CON LA COMISIÓN ACTIVA.

Resulta en extremo discutido el tema de en qué situaciones concurre una posición de garante en los profesionales sanitarios, y en particular en los médicos. A este respecto cabe encontrar posiciones sumamente extensivas, que consideran posible hacer responder en comisión por omisión a todo médico que no atiende a un paciente que luego fallece o sufre lesiones, por entender que el médico tiene un deber profesional que le sitúa en una permanente posición de garantía de los bienes jurídicos vida y salud de las personas, derivado del propio Código deontológico y sólo limitado por la idea de exigibilidad. Esta postura es difícilmente defendible. Como señala SILVA³⁵, “ni desde la perspectiva político-criminal, ni desde la dogmática parece aceptable hacer garantes a los médicos de la vida o la salud de personas que no se han comprometido específicamente a tratar. Desde el primer plano, porque ello supondría un sobrecargo excesivo de los facultativos y extendería su responsabilidad hasta límites absurdos e inaceptables. Desde el segundo, por una razón de igual peso, si no mayor... (el) compromiso «genérico» (de protección implícito en la adopción de la profesión médica) es, desde cualquier punto de vista, manifiestamente insuficiente para fundar una equivalencia de la omisión con la realización activa del tipo”.

³³ Cfr. ROMEO CASABONA, C. M., «Límites de los delitos de comisión por omisión», en GIMBERNAT ORDEIG, E./ SCHÜNEMANN, B./ WOLTER (edits), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*. Madrid, 1994, 45, siguiendo a GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*. I. 1985, 366 y siguientes.

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión*. 1986, 349.

³⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La responsabilidad penal del médico por omisión», *La Ley* 1987-I, 956.

Aceptado este punto de partida, la doctrina mayoritaria afirma la posición de garante del médico únicamente en aquellos supuestos en que éste ha asumido efectivamente el tratamiento del paciente³⁶, lo que no deja de suscitar dudas, en particular en torno a la cuestión de cuándo tiene lugar el comienzo efectivo del tratamiento o, más precisamente, cuándo el compromiso de comenzar el tratamiento ha producido sobre el paciente y sobre los terceros los efectos que normalmente se asocian a aquél: el abandono de otras medidas de protección o la renuncia a adoptarlas. Se trata de determinar, por tanto, el momento en que “el garante -el médico, en nuestro caso- se convierte de este modo en dueño absoluto del proceso que ha de llevar o no al resultado”³⁷, que dependerá del caso concreto. Por su importancia ha de hacerse alusión expresa, no obstante, a los casos en que el médico se encuentra en una situación de monopolio de ayuda: médicos rurales, profesionales sanitarios de guardia en el servicio de urgencias de un hospital, etc. Pues bien, por cuanto se refiere al médico de urgencias o de guardia, habitualmente se afirma su posición de garante, fundamentándola en que el acto concreto de asunción del tratamiento es sustituido por su participación en el servicio de guardia: se suscita una confianza tanto por parte de los enfermos, que saben que en caso de necesidad pueden acudir a él, como de los restantes médicos, que se despreocupan de sus pacientes mientras dure el servicio³⁸. En el caso del médico rural la cuestión es más discutida, ya que si bien la profesión de médico rural implica un compromiso genérico y una extraordinaria dependencia de los enfermos de la zona, la existencia de la posición de garantía depende de muchos factores, entre los que se encuentra la asunción expresa del tratamiento del paciente.

Esta posición de garante del profesional sanitario, y en particular del médico, desaparece cuando el paciente se niega a ser tratado. La doctrina es pacífica en negar la existencia de un deber de asistir en enfermedades o accidentes cuando el enfermo o accidentado se niega a ser tratado. Lo mismo ocurre en relación con los terceros o médicos no garantes, en quienes en situaciones normales concurre un deber general de socorro. No es exigible salvar a quien no desea ser salvado. El derecho a intervenir puede discutirse, pero el deber de intervenir está ausente, sin ningún género de dudas³⁹.

Pero aun afirmada la posición de garante ello no dará lugar automáticamente a la imputación del resultado de muerte o lesiones en comisión por omi-

³⁶ Por todos, FERNÁNDEZ ALBOR, A., «Asistencia médica y omisión del deber de socorro», EPC VII, 1984, 158-159.

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La responsabilidad penal...», La Ley 1987-1, 957.

³⁸ Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR, A., «Asistencia médica...», EPC VII, 1984, 158.

³⁹ Por todos, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La responsabilidad penal...», La Ley 1987-1, 962; del mismo autor, «Aspectos de la comisión por omisión...», CPC núm.38, 1989, 399.

sión, ya que puede faltar la equivalencia de la omisión a la causación activa del resultado, que sólo existe cuando el compromiso del médico, no ya genérico sino específico, ha formado una barrera de contención del riesgo específico que amenaza al paciente, de forma que retirar dicha barrera, dejando que el riesgo se realice en el resultado, revela una identidad estructural con la comisión activa⁴⁰. En los casos en que no exista esta equivalencia estructural habrá que analizar la posible concurrencia de los delitos de omisión del deber de socorro y denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios.

Rechazamos, por tanto, la doctrina dominante en Alemania y muy extendida en nuestro país, para la cual la posición de garantía es, en los delitos puros de resultado (como el homicidio y las lesiones), requisito necesario y suficiente de la equiparación entre la omisión y la comisión activa. Frente a esta tesis, entend que no basta con la concurrencia de la posición de garantía para que el sujeto responda en comisión por omisión, debiendo examinarse, además, la concurrencia específica de los elementos de equiparación, que hemos situado en torno al compromiso efectivo (material) del sujeto y a la consiguiente identidad estructural entre la omisión y la comisión activa.

3. EL DELITO DE OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO.

Introducción

Bajo la rúbrica “de la omisión del deber de socorro”, el Título IX del Libro II del CP de 1995 trata dos delitos que tienen en común entre sí el referirse a un genérico derecho a la seguridad, entendido como expectativa que tiene una persona de ser ayudada en determinadas situaciones de peligro.

El art.195 contempla un tipo básico con dos modalidades, una principal consistente en la omisión del auxilio personal (art.195. 1) y una subsidiaria relativa a la omisión de demandar auxilio ajeno cuando el sujeto está impedido para prestar un socorro directo (art.195. 2), y un tipo agravado cuando la persona que omite el auxilio es la misma que ha ocasionado fortuita o imprudentemente el accidente que ha colocado a la víctima en situación de desamparo (art.195. 3).

Tanto en el tipo básico como en el agravado, el delito de omisión del deber de socorro es un delito de omisión pura o de mera inactividad, lo que supone que al omitente se le imputa únicamente su omisión, es decir, el incumplimiento del deber de actuación que le incumbía, y no el resultado de lesión o de peligro que la víctima sufra como consecuencia de la falta de auxilio. El tipo básico contiene dos

⁴⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La responsabilidad penal...», La Ley 1987-1, 958-959.

modalidades de omisión pura general, y el tipo agravado es una omisión pura de garante, de acuerdo con la clasificación que hemos tenido ocasión de comentar.

Bien jurídico

La doctrina mayoritaria entiende que el bien jurídico protegido es la solidaridad humana siempre que esté en peligro la vida o la integridad personal, es decir, el deber que tienen todas las personas de prestar ayuda a otra que se halle en situación de peligro⁴¹. Para otro sector⁴², a mi juicio más correctamente, cabe individualizar el bien jurídico precisamente en la vida o la integridad personal, ya que, en primer lugar, la solidaridad no puede ser impuesta como un deber por el Estado, y en segundo lugar, la solidaridad surge porque una persona se encuentra en una situación de peligro para su vida o integridad personal, de forma que si no existe dicha situación no existe deber alguno de actuar solidariamente. A ello se añade que el hecho de otorgar a los delitos de omisión del deber de socorro un Título independiente después de los dedicados a la vida, integridad física, libertad, integridad moral y libertad sexual, parece también avalar una interpretación del bien jurídico en clave individualista.

De acuerdo con esta configuración del bien jurídico, se excluyen como bienes jurídicos protegidos en este precepto la libertad sexual, el honor y la libertad de obrar genérica. Sin embargo, el no prestar socorro a una persona que esté a punto de ser víctima de una agresión sexual o que va a ser víctima de una detención ilegal no es impune. No puede castigarse por el art.195 (omisión del deber de socorro), pero sí por el art.450 (que sanciona la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución), que se halla en íntima relación con el delito que ahora nos ocupa. Y en cualquier caso, una vez consumado el delito por el tercero, puede surgir el deber de auxilio si la víctima se encuentra desamparada y en peligro manifiesto y grave como consecuencia del hecho delictivo⁴³.

Tipo básico

- Omisión de auxilio personal: art.195. 1.

Sujeto pasivo es la persona que se halla desamparada y en peligro manifiesto y grave. Persona desamparada es la que no puede procurarse ayuda por sí

⁴¹ Vid. entre otros, GARCÍA ALBERO en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código penal*. Pamplona, 1996, 922-923.

⁴² Vid. por todos CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN, T. S. y otros, *Derecho Penal. Parte especial*. Valencia, 1996, 243-244; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*. 11ª ed. Valencia, 1996, 278.

⁴³ Cfr. GARCÍA ALBERO en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios*, 1996, 923.

misma ni puede contar con la ayuda de otras personas. Conforme a este entendimiento, no existe desamparo cuando la víctima está muerta ni cuando está siendo atendida por terceros⁴⁴. Téngase en cuenta que según reiterada jurisprudencia la mera proximidad de terceros no supone amparo para la víctima, siendo necesario para estimar que no se encuentra desamparada que los terceros estén efectivamente prestándole auxilio de forma eficaz. Por otra parte, se niega la situación de desamparo cuando el sujeto se coloca libre y responsablemente en peligro manifiesto y grave. Esto significa que mientras el sujeto pasivo ostente el dominio del hecho para salvarse no se genera el deber de socorro, que aparece en el momento en que el sujeto no puede seguir manifestando su voluntad, por inconsciencia, o ha perdido ya el dominio para poder salvarse⁴⁵. Las consecuencias de esta tesis en el marco de las huelgas de hambre y de la negativa al tratamiento por Testigos de Jehová serán analizadas más adelante.

El peligro es la probabilidad de que se produzca un resultado lesivo para la integridad o la vida. Ha de ser manifiesto, es decir, cognoscible para la generalidad de las personas, y grave, característica que depende tanto de la índole del mal que amenaza (su entidad) como del grado de probabilidad de que se produzca (su inminencia). Es indiferente la causa de la situación peligrosa.

Sujeto activo es la persona que tiene la obligación de prestar socorro. Dicha obligación no surge automáticamente por el mero hecho de que a una persona le llegue la noticia de que alguien se encuentra en una situación de peligro para su vida o integridad, que la doctrina conoce como “encuentro moral”. Para saber si surge o no la obligación hay que atender tanto al cargo social que ocupa la persona a la que se pide ayuda como a las circunstancias del caso. No es lo mismo que no acceda a la petición de auxilio un médico que una persona cualquiera, o que el auxilio se pida en un lugar deshabitado o en el centro de la ciudad⁴⁶.

La conducta típica consiste en no socorrer. Estamos ante un delito de omisión pura en el que el sujeto activo no responde por el resultado de muerte o de lesiones que en su caso se produzca, sino sólo por no cumplir su deber de socorro. El presupuesto lógico de la existencia de dicho deber es la capacidad de prestación de auxilio⁴⁷, que puede consistir tanto en la asistencia directa como en el

⁴⁴ En este sentido, por todos, CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN, T. S. y otros, *Parte especial*, 1996, 244-245; GARCÍA ALBERO en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios*, 1996, 924-925.

⁴⁵ Cfr. por todos, GARCÍA ALBERO en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios*, 1996, 926-927, con indicaciones bibliográficas.

⁴⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Parte Especial*. 11ª cd. 1996, 279-280.

⁴⁷ Ampliamente, vid. GARCÍA ALBERO en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios*, 1996, 927.

aviso a los servicios correspondientes o en el traslado del sujeto al lugar donde puedan ayudarlo. La capacidad de prestación de auxilio exige que el sujeto activo pueda realizar una acción de auxilio potencialmente apta para neutralizar, modificar o influir en el peligro para la vida o integridad física de la persona desamparada. La demostración *ex post* de la inutilidad de cualquier auxilio no hace desparecer la infracción del deber de socorro, ya que la capacidad de prestación de auxilio se analiza desde un punto de vista *ex ante*.

Si el sujeto activo es incapaz de prestar auxilio, está obligado a demandar el auxilio ajeno. En caso de incumplimiento de esta obligación no se aplica este apartado, sino el segundo, que sanciona precisamente esta omisión, como veremos más adelante.

El art.195. 1 recoge expresamente una referencia a la ausencia de riesgo propio o de terceros, de forma que si existe dicho riesgo el sujeto deja de estar obligado a prestar el auxilio personal. Aunque la doctrina ha discutido la naturaleza jurídica de esta cláusula⁴⁸, la posición mayoritaria afirma que se trata de una causa de inexigibilidad de otra conducta que excluye la culpabilidad, por cuanto la acción esperada por el Ordenamiento jurídico (el auxilio) deja de ser una acción debida cuando existe riesgo propio o de terceros⁴⁹. Ahora bien, este riesgo exige realizar una ponderación que no tiene que llegar al nivel de la realizada en el ámbito del estado de necesidad entre bienes iguales, ya que el potencial salvador ha de asumir ciertas desventajas derivadas de la pérdida de tiempo (llegar impuntual a una cita) o del propio auxilio (manchas de sangre en el asiento del automóvil en el que traslada a la víctima), e incluso ciertos peligros corporales de escasa entidad (meterse entre las zarzas para rescatar al accidentado)⁵⁰, pero nunca una puesta en peligro de su propia vida o integridad física en manera relevante.

En relación con el aspecto subjetivo, baste señalar que sólo se admite la modalidad dolosa. El dolo debe abarcar la situación de peligro y el desamparo en que se encuentra la persona. Es admisible el dolo eventual.

- Omisión de demanda de auxilio ajeno: art.195. 2.

Esta modalidad es subsidiaria de la primera, de forma que sólo puede aplicarse cuando no es aplicable la otra, por ser el sujeto activo incapaz de prestar auxilio propio.

⁴⁸ Vid. CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN y otros, *Parte especial*. 1996, 245; GARCÍA ALBERO en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios*, 1996, 928.

⁴⁹ Por todos, vid. MUÑOZ CONDE, F., *Parte Especial*. 11ª cd. 1996, 281.

⁵⁰ Cfr. GARCÍA ALBERO en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios*, 1996, 928-929.

Los elementos del tipo son semejantes a los que hemos visto, con la diferencia de que aquí el sujeto activo es incapaz de socorrer personalmente, pero puede todavía pedir ayuda a otros. Estamos de nuevo ante un delito de omisión pura.

La solicitud de ayuda ha de ser eficaz en cuanto a su ejercicio, debiendo dirigirse a las personas capaces de prestarla, aunque no se exige que sea eficaz en cuanto a su resultado⁵¹, por ej. porque las personas a las que llame se nieguen a acudir. Ha de realizarse además “con urgencia”, lo que tiene que ponderarse en relación con las circunstancias del hecho.

Tipo agravado

El art.195. 3 contempla una agravación del tipo básico cuando el que omite el socorro es quien previamente ocasionó el accidente que ha dado lugar a la situación de desamparo, de forma imprudente o fortuita. El precepto tiene su origen en la legislación especial en materia de tráfico automovilístico y ha suscitado una enorme polémica, un aspecto de la cual hace referencia a la relación de este tipo agravado de omisión del deber de socorro con la injerencia como fuente de la posición de garante en el art.11⁵². En efecto, la razón de ser del tipo agravado de omisión del deber de socorro es, exclusivamente, la de apreciar el mayor desvalor o reproche que presenta la conducta del que no presta socorro a quien previamente ha colocado en una situación de peligro. Se basa, pues, en la injerencia como fuente de la posición de garantía. Desde la posición que hemos adoptado en torno a la interpretación del art.11, optando por la combinación de los criterios de equivalencia de la omisión y la causación activa y de la posición de garante, resulta claro que el art.195. 3 contiene una omisión pura de garante que, no obstante, no ha sido considerada equivalente a la causación activa de un resultado de muerte o lesiones, por lo que ha sido objeto de previsión expresa sin quedar al albur de las posibilidades interpretativas que ofrecería el art.11 en relación con el art.195. 1 y 2. Esto no supone ningún límite genérico en el Derecho español a la teoría de la injerencia, como supondría entender que cuando el accidente es fortuito o imprudente la injerencia no da lugar a la posición de garante, pese a la previsión expresa del art.11 en otro sentido⁵³. Existe posición de garantía fundada

⁵¹ Cfr. CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN, T. S. y otros, *Parte especial*, 1996, 246; GARCÍA ALBERO en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios*, 1996, 929, todos ellos citando a MAQUEDA ABREU.

⁵² Sobre ello, haciendo referencia a los diversos intentos de armonización entre ambos preceptos que han sido propuestos por la doctrina hasta el momento, vid. ampliamente GARCÍA ALBERO en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios*, 1996, 930-932; HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1997, 37 y ss.

⁵³ Como señalan CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN, T. S. y otros, *Parte especial*, 1996, 247.

en la injerencia, pero la omisión de socorro no se estima equivalente a la causación activa del resultado, de forma que no da lugar a una responsabilidad en comisión por omisión sino a una omisión pura de garante.

Por cuanto se refiere al sujeto pasivo, ha de tenerse en cuenta que se trata de la persona desamparada y en peligro manifiesto y grave mencionada por el núm.1 del art.195. Si ha muerto o está siendo auxiliada por personas distintas a la que ocasionó el accidente no puede apreciarse este delito, puesto que no nos hallamos ante una persona en situación de desamparo, como hemos tenido ocasión de ver.

Estamos de nuevo ante un delito de omisión pura pero no general, sino de garante, que se sanciona con independencia del resultado que se produzca a consecuencia de la omisión y de la responsabilidad que pueda derivarse del accidente (homicidio o lesiones), cuando éste ha sido causado por imprudencia del omitente⁵⁴. Existirá en su caso un concurso real entre el delito imprudente y el art.195. 3. Ahora bien, en ocasiones la imprudencia inicial respecto a la acción se transforma en dolo, generalmente eventual, respecto al resultado, cuando el omitente se plantea su producción y consiente en la misma, e incluso cuando le sea indiferente. Esta conversión se da en los casos en que el sujeto activo realiza una conducta posterior que impide el auxilio de la víctima por terceros (como ocurre en el caso juzgado por la STS de 21 de diciembre de 1977, en el que el conductor oculta a la víctima en un cobertizo, manteniéndola allí inconsciente varios días sin cuidados médicos hasta que muere). En este caso habrá que apreciar un concurso real entre la omisión de socorro agravada y un homicidio doloso consumado.

Ha de quedar claro, en cualquier caso, que se sanciona la omisión de socorro cuando el accidente es fortuito o imprudente⁵⁵, mientras que si la conducta previa que coloca a la víctima en peligro manifiesto y grave es dolosa la omisión de socorro es un acto copenado posterior.

En cuanto a la pena, el legislador la vincula al carácter imprudente o fortuito del accidente. MUÑOZ CONDE ha criticado este distinto marco penal, considerando, a mi juicio con razón, que el dato de la previa imprudencia del omitente no añade ningún desvalor al injusto de la posterior omisión del deber de

⁵⁴ Cfr. HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades*, 1997, 40 y ss.

⁵⁵ El CP de 1944/ 73 sólo mencionaba los accidentes, discutiendo la doctrina si por accidentes debían entenderse los fortuitos y/ o los imprudentes. Ante el silencio del texto legal se defendieron todas las posibles combinaciones. Como ejemplo baste señalar que SILVA SÁNCHEZ, J. M. «Problemas del tipo de omisión del deber de socorro», ADPCP 1988, 573 ss, entendía por accidente tanto el fortuito como el imprudente; HUERTA TOCILDO, S. «¿Concepto ontológico o concepto normativo de la omisión?», 1982, 250 ss, sólo el fortuito; y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Omisión e injerencia...», CPC núm.24, 1984, 579, sólo el imprudente.

socorro⁵⁶, además de que será ya objeto de valoración al sancionar al sujeto activo por homicidio o lesiones imprudentes. El dato del carácter imprudente del accidente se valora al margen de la omisión del deber de socorro, como determinante de la responsabilidad por el resultado del que se hace responder al sujeto. Estamos ante una nueva manifestación del viejo “*versari in re illicita*”, condicionando la penalidad de la omisión al dato del previo origen lícito o ilícito de la actuación del sujeto⁵⁷.

Cuestiones comunes

En relación con la autoría y participación, no son posibles ni la coautoría ni la participación, ya que cada omisión se realiza únicamente en régimen de autoría.

En cuanto al *iter criminis*, no cabe la tentativa, ya que el delito se consuma en el momento en que deja de prestarse el socorro a la víctima. Tal y como hemos visto, no concurre el deber de auxilio cuando el sujeto no está en peligro por haberse producido la muerte, o la persona está siendo asistida por terceros. El Tribunal Supremo, sin embargo, ha venido entendiendo que la omisión de todo intento de auxilio por parte del causante del accidente, sin cercionarse de la muerte instantánea del sujeto o de que estaba siendo auxiliado por terceros, configura una tentativa imposible punible⁵⁸. No obstante, el deber existe o no existe dependiendo de que se den o no sus presupuestos, que son objetivos. Quien renuncia a saber si concurren, pese a la existencia de datos que apuntan a ello, actúa con dolo eventual ya que acepta la posibilidad de infringir su deber de auxilio caso de que exista. Pero si no concurren no puede exigirse al sujeto que cumpla un deber de auxilio que, si decide cumplir, no podrá llevar a cabo.

En materia de concursos, si son varias las personas desamparadas estamos ante un concurso real de delitos, ya que existen tantos delitos de omisión del deber de socorro como bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro. Sin embargo, si el deber de auxiliar a todas las víctimas no puede cumplirse de modo simultáneo (por ej., el conductor del automóvil que ha hecho salirse de la carretera a un autobús no puede transportar en su coche a todas las víctimas), sólo concurren tantos delitos como acciones de salvaguarda que hubieran podido realizarse atendiendo al caso concreto.

⁵⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Parte Especial*. 11ª ed. 1996, 284-285. En este sentido, vid. también GÓMEZ RIVERO, M. C., «La regulación de los delitos de omisión del deber de socorro», *La Ley* 1996, D-197.

⁵⁷ En este sentido, vid. GÓMEZ RIVERO, M. C., «La regulación...». *La Ley* 1996, D-197.

⁵⁸ También es de esta opinión MUÑOZ CONDE, F., *Parte Especial*. 11ª ed. 1996, 281.

4. EL DELITO DE DENEGACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA O ABANDONO DE LOS SERVICIOS SANITARIOS.

Sin precedentes en la legislación penal española⁵⁹, el delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios se regula en el art.196, cuyo conocimiento ha sido atribuido al Tribunal del Jurado por la Disposición Final 2ª de la LO 10/ 1995, de 23 de noviembre, del Código penal, que modificó el apartado 2 del art.1 de la Lo 8/ 1995, de 11 de noviembre.

Tradicionalmente se señala que este delito introduce una cualificación para los casos en que el omitente está especialmente obligado a la prestación del auxilio por su condición de profesional sanitario. De acuerdo con esta interpretación se trataría simplemente de un supuesto agravado o cualificado del tipo básico de omisión del deber de socorro contenido en el art.195. 1. Ahora bien, una lectura atenta de los dos preceptos conduce a afirmar que la denegación de asistencia sanitaria o el abandono de los servicios sanitarios “no constituyen un «*plus*» sino un «*aliud*» respecto del delito de omisión del deber de socorro descrito en el artículo precedente”⁶⁰. El dato fundamental está constituido por la distinta situación del sujeto pasivo en uno y otro delito: en el de omisión del deber de socorro la víctima es, como hemos visto, una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave; en la denegación o abandono de asistencia sanitaria es necesario que de la omisión se derive un riesgo grave para la salud de las personas, de lo que se deduce que este riesgo grave no puede ser preexistente a la omisión, ya que si lo fuera no podría derivarse de ella⁶¹. Pero cabe preguntarse cómo es posible afirmar que de una omisión, que no es nada, se deriva un grave riesgo para la salud de las personas. La denegación de asistencia sanitaria o el abandono de los servicios sanitarios no crean el riesgo para la salud de las personas ni incrementan el riesgo preexistente hasta convertirlo en grave, sino que lo que hacen es no evitar, pudiendo hacerlo, que la enfermedad preexistente se agrave hasta ese punto⁶². Estamos, pues, ante un delito de omisión y resultado de peligro sin equivalencia comisiva, lo que significa que el resultado de peligro concreto para la salud de las personas se imputa al omitente⁶³. Como señala HUERTA TOCILDO, la denega-

⁵⁹ El delito, con distinta redacción, aparecía ya en el art.194 del PCP de 1980.

⁶⁰ HUERTA TOCILDO, S. *Principales novedades*, 1997, 65-66. Vid. también GÓMEZ PAVÓN, P. «La responsabilidad del médico por omisión», PJ núm.40, 1995, 298.

⁶¹ Cfr. HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades*, 1997, 66 ss.

⁶² Cfr. HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades*, 1997, 67.

⁶³ Por todos, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., «La omisión de socorro del profesional sanitario», AP 16 noviembre 1997, 1; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona, 1997, 73. En contra, afirmando que “la apreciación de esta omisión cualificada es independiente de la responsabilidad en que en su caso pueda derivarse por la producción

ción de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios no es un delito de omisión pura de garante, como podría pensarse, porque a diferencia de éstos aquí se exige que la conducta omisiva venga acompañada de la aparición de un riesgo grave para la salud de las personas, esto es, de un resultado de peligro concreto que es objetivamente imputable al autor de la omisión⁶⁴. Se trata, por tanto, de un caso particular de omisión y resultado específicamente previsto con el fin de adelantar las barreras de protección al momento de producción del peligro, sin necesidad de esperar a que se produzca la efectiva lesión del bien jurídico protegido⁶⁵. Por tanto, y volviendo al inicio, si en la omisión del deber de socorro el sujeto pasivo es una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, en la denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios el sujeto pasivo es una persona que está amenazada por un peligro para su salud que aun no ha alcanzado la categoría de grave.

Se discute en la doctrina la necesidad de que se haya producido un requerimiento de asistencia sanitaria por parte de la persona que se ve amenazada por un peligro todavía no grave, requerimiento que es desatendido por el profesional sanitario obligado a realizar la prestación dando lugar así al delito. Por cuanto se refiere a la modalidad de denegación, está claro que mal puede denegarse lo que no ha sido solicitado⁶⁶. La denegación de asistencia constituye, precisamente, un supuesto de rechazo de asunción del paciente. En relación con el abandono el tema es más dudoso. Si atendemos al dato de que el resultado de peligro grave para la salud se imputa al omitente, parece preferible afirmar que es necesario que dicho abandono se produzca “cuando hayan acudido a los servicios sanitarios de referencia personas en búsqueda de asistencia sanitaria, ya que, de lo contrario, difícilmente cabría que del mismo se «derivare» un *riesgo grave para la salud de las personas*”⁶⁷. En ambos casos, con todo, debe tratarse de obligaciones generales de actuar, sin que todavía se haya producido la asunción fáctica, ya que ella nos situaría necesariamente en el ámbito del art.11⁶⁸.

de un resultado omisivo, que discurriría ahora por los cauces de la comisión por omisión en virtud de la posición de garantía específicamente contemplada en la letra a) del art.11”, vid. MUÑOZ CONDE, F., *Parte Especial*. 11ª cd. 1996, 286.

⁶⁴ Afirman esta exigencia típica de un resultado de peligro concreto, entre otros, CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios*, I, 1996, 989; GÓMEZ RIVERO, M. C., «La regulación...», *La Ley* 1996, 3; HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades*, 1997, 69-70.

⁶⁵ Cfr. HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades*, 1997, 70.

⁶⁶ En contra, no obstante, vid. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., «La omisión de socorro...», AP 16 noviembre 1997; PORTILLA CONTRERAS, G. en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial I*, Madrid, 1996, 388-389.

⁶⁷ HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades*, 1997, 89-90.

⁶⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código penal*, 1997, 73.

Quedan, por consiguiente, fuera del ámbito de aplicación del art.196 aquellos supuestos en los que el personal médico y sanitario no presta asistencia a una persona que, si bien la necesita, no la ha solicitado o, incluso, se opone abiertamente a ella, como ocurre, según veremos más adelante, en los casos de suicidas, testigos de Jehová y huelgas de hambre, aunque en su momento efectuaremos las puntualizaciones necesarias. Tampoco está abarcado por el tipo del art.196 el supuesto de personas a las que se niega la asistencia por el sujeto activo pero son asistidas por otros, no llegando a sufrir el riesgo grave para la salud derivado de la denegación o abandono que es exigido por el delito que nos ocupa. Estos supuestos constituyen, en su caso, meras infracciones disciplinarias o administrativas.

Si el sujeto pasivo fuera ya una persona en peligro manifiesto y grave antes de la denegación o el abandono de la asistencia sanitaria no es éste el delito aplicable, sino el de omisión del deber de socorro del art.195. Dependiendo de la entidad del peligro, también podría aplicarse el delito de denegación de auxilio del art.412. 3.

Sujeto activo sólo es quien tiene la condición de profesional sanitario. Estamos ante un delito especial propio, al no existir un delito común correlativo que pueda ser cometido por los particulares⁶⁹. Ahora bien, el profesional ha de estar obligado en concreto a actuar en evitación de que la enfermedad o dolencia empeore hasta el punto de representar un riesgo grave para la salud de quien la padece, y sólo está obligado a prestar asistencia sanitaria o a permanecer de servicio conforme a lo que establezca la regulación administrativa vigente⁷⁰. Fuera de estos casos, y salvo excepciones, no está permanentemente de guardia, de forma que su obligación es idéntica a la de un ciudadano ajeno a la sanidad. Y en este sentido téngase en cuenta que, al no estar la víctima en peligro manifiesto y grave en el momento de solicitar la asistencia o acudir al servicio sanitario, no será de aplicación el delito de omisión del deber de socorro (art.195. 1). Por cuanto se refiere a la posibilidad de imputar el resultado de muerte o lesiones en comisión por omisión, no es posible considerar garante de los bienes jurídicos vida y salud de cualquier ciudadano a todo médico o profesional sanitario por el mero hecho

⁶⁹ Ya que en la omisión del deber de socorro el sujeto pasivo ha de estar desamparado y en peligro manifiesto y grave, lo que no se exige aquí. En contra, vid. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., «La omisión de socorro...», AP 16 noviembre 1997, quien, citando a PORTILLA CONTRE-RAS, lo califica de especial impropio.

⁷⁰ Cfr. CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios*, I, 1996, 989. Con la introducción de la cláusula “estando obligado a ello” durante la tramitación parlamentaria del PCP se pretendía garantizar expresamente que el art.196 no entraría en colisión con el ejercicio del derecho de huelga del personal sanitario. Se trataba de evitar, por tanto, que una interpretación literal del precepto pudiera limitar un derecho constitucionalmente reconocido, como es el de huelga.

de serlo⁷¹, de forma que sólo se afirma la posición de garante cuando existe la obligación de prestar la asistencia sanitaria o de permanecer de servicio⁷².

No cabe duda de que el profesional está de servicio cuando se encuentre de guardia o integrado en un servicio de urgencias hospitalarias, y tampoco se discute en la doctrina que esté obligado a prestar la asistencia cuando haya asumido anteriormente el tratamiento del enfermo, que requiere su asistencia en circunstancias tales que excluyan *a priori* toda iniciativa por parte de éste de ponerse en manos de otra persona igualmente cualificada⁷³. Por lo que se refiere a la situación del médico rural, que puede encontrarse en una posición de monopolio de asistencia en un determinado ámbito geográfico, no es posible atribuirle una permanente posición de garante respecto de la vida o salud de los habitantes de la zona. HUERTA propone acudir al principio de no exigibilidad de otra conducta, dándole una especial relevancia a la hora de excluir en determinados supuestos, “concretamente: en todos aquellos en los que, por una u otra razón, sea posible afirmar que no les era exigible la prestación de la asistencia sanitaria requerida”⁷⁴, toda responsabilidad por el delito de denegación de asistencia sanitaria.

La conducta típica consiste bien en la denegación de asistencia sanitaria, bien en el abandono de los servicios por el obligado a su prestación. Se trata de un tipo mixto alternativo. En ambas modalidades de acción la tipicidad se condiciona a la producción de un riesgo grave para la salud de las personas, de forma que cuando no exista tal riesgo la conducta sería en todo caso constitutiva de una simple infracción administrativa. También en ambas modalidades el delito es de peligro concreto para la salud de las personas.

En el aspecto subjetivo, las dos modalidades de conducta sancionadas en el art.196 sólo pueden ser cometidas dolosamente, al no haberse previsto la comisión imprudente que, por tanto, es impune. Como señala HUERTA⁷⁵, el dolo no se excluye por el hecho de que el profesional sanitario yerre acerca del verdadero estado de salud del paciente que requiere la asistencia, por ej., por entender que no es necesaria una intervención inmediata al tratarse de una dolencia leve o, al contrario, por ser tan grave que ya no puede hacer nada por él. Lo cierto es que en estos supuestos no se ve afectado su conocimiento de que ha denegado la asistencia soli-

⁷¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La responsabilidad...», . En el mismo sentido, vid. HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades*, 1997, 78 ss.

⁷² Lo cual todavía no dice nada acerca de la equivalencia estructural entre la omisión y la comisión activa, segundo requisito exigido por el art.11 para que el resultado sea imputado al omitente.

⁷³ Cfr. HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades*, 1997, 85.

⁷⁴ HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades*, 1997, 85-86.

⁷⁵ HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades*, 1997, 94-95.

citada ni su voluntad de denegarla. Lo mismo sucede en el abandono de los servicios sanitarios durante el horario de trabajo por el personal encargado de atenderlos, a sabiendas de la falta de cobertura asistencial a que su ausencia da lugar.

Si puede producirse un error de tipo vencible cuando el profesional yerra sobre el grave peligro que la denegación de asistencia sanitaria o el abandono del servicio entraña para la salud de la persona desatendida. Ahora bien, por error vencible se entiende el error que podría evitar el hombre diligente medio colocado en la situación del autor y dotado de sus mismos conocimientos y capacidades, y en ningún caso la absoluta despreocupación por parte del sujeto activo acerca de lo que pueda suceder al paciente que dolosamente no atiende.

En los supuestos en que el riesgo grave para la salud derivado de la conducta omisiva del profesional sanitario se concreta ulteriormente en la muerte o lesiones de la persona cabe aplicar los correspondientes delitos de homicidio y de lesiones en comisión por omisión siempre y cuando pueda afirmarse:

- a) que la muerte o las lesiones tienen su origen en la conversión de un riesgo no grave en otro grave a raíz de la conducta omisiva;
- b) que dicho resultado de muerte o lesiones hubiera podido evitarse de haber prestado el omitente la debida asistencia;
- c) que respecto al resultado de muerte o lesiones concurra dolo o imprudencia por parte del omitente.

En estos supuestos, el delito de denegación o abandono de asistencia sanitaria es consumido por el delito doloso o imprudente de homicidio o de lesiones, ya que los delitos de peligro concreto son subsidiarios de los delitos de lesión cuando las personas cuya salud se pone en grave riesgo son las mismas que después resultan muertas o lesionadas⁷⁶.

En materia de concursos con el delito de denegación de auxilio, la doctrina mayoritaria afirma que siempre que el profesional sanitario tenga la condición de funcionario público se producirá entre estos delitos un concurso aparente de normas penales que habrá de resolverse a favor del art.196, por ser ley especial respecto del art.412. ³⁷⁷. Únicamente en el caso de que no fuera posible aplicar la denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios, por ej. por no poder probarse que de la omisión se derivó un riesgo grave para la salud

⁷⁶ Cfr. por todos, HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades*, 1997, 105; PORTILLA CONTRERAS en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Parte Especial I*, 1996, 391.

⁷⁷ Cfr. HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades*, 1997, 99; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., «La omisión de socorro...», AP 16 noviembre 1997.; PORTILLA CONTRERAS en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Parte Especial I*, 1996, 390.

de las personas, volvería a cobrar vigencia el art.412. 3. Ahora bien, cuando se den los requisitos típicos de los dos delitos mencionados, más que de un concurso aparente de normas penales cabría hablar de un concurso ideal, ya que ninguno de los dos delitos por separado absorbe todo el desvalor de la conducta: la denegación o abandono contempla el grave riesgo para la salud que se deriva de la omisión, al que no alude la denegación de auxilio, que por su parte sí atiende a la especial condición del sujeto activo, autoridad o funcionario público, y a la protección del correcto funcionamiento de la Administración Pública. Por este motivo considero preferible un concurso ideal de delitos, que dará lugar a la aplicación de la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior.

La modalidad de conducta consistente en el abandono del servicio sanitario puede concurrir con el delito de abandono colectivo o manifiestamente ilegal de un servicio público esencial por parte de autoridades y funcionarios públicos, regulado en el art.409. En este supuesto estamos ante un concurso ideal de delitos⁷⁸, ya que el contenido de lo injusto del art.409 no es absorbido por el del art.196, que se limita a castigar el abandono del servicio del que se deriva un riesgo grave para la salud de las personas, sin tener en cuenta la causa o circunstancias acompañantes del abandono. Además, el art.409 exige que el abandono de los servicios esenciales vaya acompañado de un resultado de grave perjuicio para dichos servicios o para la comunidad en general, esto es, de un resultado que en modo alguno se confunde ni absorbe al de peligro concreto para la salud de las personas requerido en el art.196⁷⁹.

5. EL DELITO DE DENEGACIÓN DE AUXILIO.

El art.412. 3 contiene una modalidad de denegación de auxilio solicitado por un particular.

El sujeto activo es una autoridad o funcionario público, que ha de estar “funcional y profesionalmente” en condiciones de intervenir positivamente, pues tal como la Ley advierte ha de tratarse de un requerimiento o auxilio al que el funcionario venga obligado por razón de su cargo⁷⁸⁰.

El requerimiento ha de ser verosímil, y el delito se consuma con la negativa del funcionario a acudir en auxilio del particular sin causa que lo justifique.

⁷⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Parte Especial*. 11ª cd. 1996, 286.

⁷⁹ Así, cfr. HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades*, 1997, 106.

⁸⁰ QUINTERO en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios*, 1996, 1806.

El objeto del requerimiento está tasado, y de él depende la distinta penalidad que se atribuye a la conducta:

- para evitar delitos contra la vida de las personas (multa de 18 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 3 a 6 años);
- para evitar delitos contra la integridad, libertad sexual, salud o libertad de las personas (multa de 12 a 18 meses y suspensión de empleo o cargo público de 1 a 3 años);
- para evitar cualquier otro delito u otro mal (multa de 3 a 12 meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de 6 meses a 2 años).

La referencia a “otro mal” se entiende como un mal contra un bien jurídico penalmente protegido, aunque no se trate de una lesión o puesta en peligro del mismo derivado de la comisión de un delito. Se incluye tanto el mal que proviene de causas naturales, como una enfermedad, como el que tiene un origen fortuito o imprudente, como un accidente, además del que ha sido causado por una mano humana.

Estamos ante un delito de omisión pura de garante.

En materia concursal ha de tenerse en cuenta que este delito es subsidiario de los delitos de omisión del deber de impedir delitos y omisión del deber de socorro, que son ley especial respecto de la denegación de auxilio⁸¹. Por tanto, el delito de denegación de auxilio sólo es aplicable cuando no son aplicables los demás mencionados, sea porque el requerimiento se hace para evitar un mal que no constituye un peligro manifiesto y grave, de forma que no cabe el delito de omisión del deber de socorro, sea porque de la omisión no se deriva un riesgo grave para la salud de las personas, lo que impide sancionar por la denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios⁸², sea, por último, porque no se trata de impedir la comisión de delitos, lo que impide apreciar el delito de omisión del deber de impedir determinados delitos.

⁸¹ Cfr. QUINTERO en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios*, 1996, 1807. En contra, sin embargo, vid. ORTS BERENQUER en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios*, I. 1996, 1796, quien entiende que entre este delito y los de los arts.195 y 450 cabe un concurso aparente de normas que se resuelve con la aplicación preferente del art.412. También en contra, vid. HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades*, 1997, 99-100, pero sólo en relación con la omisión del deber de socorro, ya que entiende que cuando el funcionario público omite auxiliar a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave se ha de aplicar el art.412. 3

⁸² Recordemos que si se dan los requisitos típicos de los dos delitos se aplica un concurso ideal.

6. NEGATIVA AL TRATAMIENTO Y RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO POR OMISIÓN.

Los delitos que hemos visto hasta el momento parten de que la víctima ha solicitado o no se ha manifestado en contra de la asistencia sanitaria o del socorro. Pero cabe preguntarse qué ocurre en los supuestos en que se niega a recibir ayuda por parte de terceros. Existen tres supuestos paradigmáticos que nos permitirán analizar las diversas posibilidades de solución: el suicidio, las huelgas de hambre reivindicativas en el ámbito penitenciario y la negativa de los Testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre. Estos tres supuestos se caracterizan por la negativa al tratamiento y por estar presente la voluntad, directa en el suicidio y generalmente eventual en los otros dos casos, de morir. Para resolver los problemas que se plantean es necesario saber si en los tres supuestos nos encontramos ante un sujeto que puede ser calificado de suicida o no, ya que la solución es distinta, y en este sentido conviene dilucidar, en primer lugar, el concepto jurídico-penal de suicidio, y en segundo lugar, si en las huelgas de hambre o en las negativas de los Testigos de Jehová a las transfusiones de sangre puede hablarse de que el sujeto es un suicida.

Pues bien, lo que sea un suicida dista de ser algo pacífico en la doctrina. En general se acepta la definición de TORÍO, que entiende que el suicidio es la muerte querida de una persona imputable⁸³. Se parte, por tanto, de la postura consistente en afirmar que la decisión suicida puede representar una forma racional de afrontar determinados problemas vitales en situaciones especialmente conflictivas⁸⁴, de forma que sólo podremos hablar de suicida cuando se trata de una persona con capacidad para tomar la decisión de morir. Los criterios utilizados para la determinación de esta capacidad son distintos según los autores⁸⁵, pareciendo preferible el que atiende a la capacidad para otorgar el consentimiento a la lesión de un bien jurídico propio. Esta capacidad no coincide con la negocial civil, sino que se identifica con la capacidad para comprender el sentido y trascendencia de la resolución de voluntad en relación con el bien jurídico protegido, en este caso

⁸³ Cfr. TORÍO LÓPEZ, A., «La noción jurídica de suicidio». en Homenaje a Serrano y Serrano, Valladolid, 1965, 663. Ampliamente sobre este concepto, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», en MIR PUIG, S. y otros, *Comentarios a la Jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*. Barcelona, 1992, 189-203.

⁸⁴ Y descartando, por tanto, la posición que considera que nunca o muy difícilmente el suicida es una persona plenamente responsable, ya que se encuentra en una situación de falta de responsabilidad o, en el mejor de los casos, de síndrome presuicidal que impide afirmar que pueda llevar a cabo o consentir de forma libre y responsable su propia muerte.

⁸⁵ Vid. un panorama de la situación en la doctrina en Díez Ripollés en Díez Ripollés, J. L./ GRACIA MARTÍN, L. (coords.), *Comentarios al Código penal. Parte especial. I*. Valencia, 1997, 186-187.

la vida, y ello con independencia de que el suicida sea un menor u otra persona considerada inimputable o semi-imputable⁸⁶.

A esta capacidad hay que añadir la voluntad de morir para poder hablar de un suicida. Desde luego, no existe esta voluntad cuando el sujeto pasivo sólo lleva a cabo o consiente en la realización de una conducta peligrosa imprudente⁸⁷, y menos aún si ni siquiera es descuidada, como en las profesiones que suponen un riesgo. Tampoco hay voluntad si, por cualquier circunstancia, la misma está viciada, de forma que el sujeto no es libre en el momento de tomar la decisión. Existe voluntad de morir cuando concurre dolo directo de primer (quiere directamente su muerte) o segundo grado (advierde su muerte como consecuencia necesaria) respecto a la muerte. Más dudosa es la respuesta cuando se trata simplemente de dolo eventual (advierde su muerte como consecuencia probable), ya que mientras un sector doctrinal afirma en estos casos la presencia de un suicida⁸⁸, otros autores sostienen planteamientos más restrictivos, en particular respecto a los casos de negativa de los Testigos de Jehová a recibir una transfusión de sangre y a situaciones de eutanasia pasiva⁸⁹. Se entiende que se trata de sujetos que quieren vivir, pero no a toda costa o a cualquier precio: sin voluntad de provocarse a sí mismos la muerte, esto es, sin voluntad de matarse, aceptan morir como consecuencia de una enfermedad o lesión derivada de causas externas o naturales. Por lo tanto, estos sujetos no crean ni incrementan el riesgo de muerte, que es preexistente y tiene su origen en causas naturales o externas, sino que se limitan a no poner barreras de contención del mismo, que estiman intolerables por motivos religio-

⁸⁶ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ GRACIA MARTÍN, L. (coords.), *Comentarios*, I. 1997, 187-189.

⁸⁷ Por ej., acompañar a un conductor ebrio.

⁸⁸ Por todos, DÍEZ RIPOLLÉS en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ GRACIA MARTÍN, L. (coords.), *Comentarios*, I. 1997, 189-191, con amplias referencias bibliográficas; GOMARIZ I PARRA, R. «Algunas consideraciones sobre las huelgas de hambre y las autolesiones en el ámbito penitenciario», *La Ley* 1990-3, 904-905, en relación con los casos más graves de huelgas de hambre prolongadas; o SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Causación...», 1992, 193.

⁸⁹ Cfr. por todos, BAJO FERNÁNDEZ, M., «La intervención médica contra la voluntad del paciente (A propósito del Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1979)», *ADPCP* 1979, 494, 495, 498; del mismo autor, «Agresión médica y consentimiento del paciente», *CPC* núm.25, 1985, 132, 134. Algunos autores también manifiestan reservas en relación con los presos en huelga de hambre, por entender que en las circunstancias propias de la reclusión es imposible que se tomen decisiones libres y responsables de ese calibre. La postura mayoritaria entiende, sin embargo, que también en el ámbito penitenciario habrá de analizarse caso por caso, sin que sea admisible la exclusión general de la posibilidad de un suicidio libre. Cfr. ampliamente, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Aspectos...», *CPC* núm.38, 1989, 400.

sos o personales, dejando que continúe su evolución hasta el fatal desenlace⁹⁰. Los suicidas y los presos que realizan una huelga de hambre, en cambio, y siempre de acuerdo con esta tesis restrictiva, crean o desencadenan un peligro, hasta entonces inexistente, que si no se interrumpe progresará hasta el resultado de muerte. De esta forma, por tanto, en el caso de los Testigos de Jehová y en los supuestos de eutanasia pasiva no puede hablarse de un suicida, ya que no se causan la muerte, mientras que en las huelgas de hambre, por el contrario, sí se trata de suicidas ya que al no comer desencadenan un peligro de morir por inanición hasta entonces inexistente.

No existe un deber de intervenir en socorro de un suicida, siempre que se trate de un suicidio libre. Esto no impide que la conducta consistente en impedir violentamente un suicidio esté justificada por el estado de necesidad, pero sí evita considerar que la persona que no evita el suicidio responda de la muerte en comisión por omisión si ocupa posición de garante y su omisión es equivalente a la causación activa del resultado, o de la omisión del deber de socorro, si falta alguno de los dos requisitos mencionados⁹¹. Ante una persona capaz que ejercita su libre voluntad de morir, ante un suicida en el sentido jurídico-penal del término, no existe posición de garante: con el intento de suicidio el paciente hace patente su voluntad de no ser atendido en lo sucesivo, de forma que parece evidente que desaparece toda relación de garantía entre médico y enfermo⁹². Por cuanto se refiere a la omisión del deber de socorro, no puede hablarse de persona desamparada en el sentido exigido por el art.195 cuando la misma conserva el dominio del hecho⁹³.

Distinto es el caso de un suicidio no libre en el que no existe verdadera voluntad de matarse, ya que aquí surge en toda su plenitud el deber de intervenir, cuyo incumplimiento puede dar lugar, según un sector doctrinal, a un delito de homicidio en comisión por omisión, si concurren la posición de garante y la equivalencia estructural entre la omisión y la causación activa del resultado, o a un delito de omisión del deber de socorro, en caso de no garantes o de garantes sin

⁹⁰ En este sentido, entre otros, GOMARIZ I PARRA, R. «Algunas consideraciones...», La Ley 1990-3, 905; LUZÓN PEÑA, D. M., «Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelgas de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis», en MIR PUIG, S. (ed.), *Avances de la Medicina y Derecho Penal*. Barcelona, 1988, 67 y ss.

⁹¹ Como señala SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Causación...», 1992, 212-213, “se le puede «socorrer», pero no hay deber de hacerlo por falta de exigibilidad”.

⁹² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Causación...», 1992, 213. En el mismo sentido, vid. LUZÓN PEÑA, D. M., «Estado de necesidad...», en MIR PUIG, S. (ed.), *Avances de la Medicina y Derecho Penal*. 1988, 77.

⁹³ Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., «Estado de necesidad...», en MIR PUIG, S. (ed.), *Avances de la Medicina y Derecho Penal*. 1988, 77.

posibilidad de equivalencia⁹⁴. En relación con la imputación del resultado de muerte en comisión por omisión ha de tenerse en cuenta que en la mayoría de los casos, y salvo raras excepciones, el omitente no produce o causa la muerte, siendo escasas las posibilidades de afirmar la equivalencia estructural de la omisión con la causación activa del resultado. También distinto es el caso de que el presunto suicida se encuentre en situación de inconsciencia o de cualquier forma sea incapaz de manifestar su voluntad, ya que entonces resurge nuevamente el deber de auxiliarle: si la no evitación del suicidio o la omisión de socorro se produce en un momento en que el suicida ha perdido el dominio del hecho, por caer en la inconsciencia, por ej., se produce un cambio de dominio que convierte al omitente en la figura central del proceso lesivo y, por tanto, en autor. Lo mismo sucede si el sujeto cambia de opinión y pide auxilio, pues en tal caso sí es una persona desamparada, de forma que quien omitiera el socorro podría ser responsable de un delito de omisión de socorro. Raras veces de un homicidio en comisión por omisión, aunque exista posición de garante, porque normalmente no puede decirse que es el omitente quien produce o causa la muerte, sino que lo hace la conducta de la propia víctima⁹⁵.

Hemos visto, por tanto, que no existe obligación de intervenir en auxilio de un suicida, si la decisión de poner fin a la propia vida proviene de un sujeto responsable y que actúa libremente. Como veremos a continuación, ello no excluye que exista un derecho de intervención a pesar de la voluntad contraria de la víctima. Veamos el caso de la huelga de hambre en el ámbito penitenciario.

Frente a una huelga de hambre en la que esté presente la voluntad, generalmente eventual, de morir, la Administración penitenciaria y en particular el médico penitenciario se encuentran ante una disyuntiva: abstenerse de intervenir, dada la voluntad contraria del recluso, o practicar una alimentación forzosa. Ambas posibilidades pueden dar lugar a una responsabilidad penal que en algún caso, como veremos, es sólo aparente:

- Si se respeta la voluntad del huelguista consciente que tiene la voluntad, al menos eventual, de morir, puede plantearse la concurrencia de los siguientes delitos:

a) Inducción y auxilio al suicidio: art.143.

No concurre el tipo del art.143 en ninguna de sus variantes por su imposibilidad de realización en comisión por omisión, ya que no hay posición de garan-

⁹⁴ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Causación...», 1997, 212.

⁹⁵ Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., «Estado de necesidad...», en MIR PUIG, S. (cd.), *Avances de la Medicina y Derecho Penal*. 1988, 77, nota núm.51.

te dada la actitud del huelguista contraria a la intervención⁹⁶, ni equivalencia entre la acción y la omisión. Aun afirmando la posición de garante y la equivalencia estructural, lo que, como se ha visto, no considero posible, normalmente el médico penitenciario que tome la decisión de respetar la voluntad del recluso carecerá de dolo, existiendo en todo caso la confianza de que el huelguista desistirá en el último momento, por lo que no pasará de culpa consciente.

b) Omisión del deber de socorro y denegación de asistencia sanitaria o abandono del servicio sanitario: arts.195 y 196.

No concurre el tipo del art.195 porque el huelguista no es una persona desamparada, por dos motivos: en primer lugar, conserva el dominio del hecho, pudiendo poner fin a la huelga y alimentarse en el momento en que lo decida; en segundo lugar, la Administración penitenciaria está obligada a informar al recluso de su situación, ofreciéndole asistencia curativa inmediata si decide abandonar la huelga.

Tampoco concurre el tipo del art.196 porque no ha existido un requerimiento de asistencia, antes bien, el sujeto pasivo rechaza expresamente dicha asistencia.

- Si no se respeta la voluntad del huelguista y se procede a su alimentación forzosa en un momento en que existe ya peligro de muerte o de lesiones graves,

⁹⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Aspectos...», CPC núm.38, 1989, 401-402.

Es cierto que hay un deber del médico y de la Administración penitenciaria de velar por la vida de los reclusos (art.3. 4 LOGP). Pero este deber ha de entenderse en sentido garantista, como la obligación de ofrecer adecuadas prestaciones sanitarias o alimenticias, y no abarca el mantenimiento de la vida contra la voluntad de su titular. Además, la Administración penitenciaria tiene el deber de respetar el ejercicio de los derechos fundamentales de los reclusos a excepción de los “expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria” (art.25. 2 CE), como son la libertad de expresión (la huelga de hambre puede desempeñar una función importante dada la escasez de medios de impactar en la opinión pública de que dispone el recluso), la libertad ideológica (en la medida en que el recluso se sienta moralmente obligado a hacer la huelga), la libertad de movimiento (que cobra relieve si las eventuales actuaciones impeditivas de la huelga de hambre conllevan inmovilizaciones que superan en intensidad las restricciones inherentes al régimen de internamiento), etc.

Parce fuera de lugar en este ámbito la utilización que en ocasiones se hace del concepto de “relación de sujeción especial” por el Tribunal Constitucional y un sector doctrinal, convirtiendo la alimentación forzosa en una obligación de la Administración penitenciaria, si bien, eso sí, se limita su autorización a la intervención médica mínima indispensable para conseguir el fin constitucional que la justifica, permitiéndola tan sólo en el momento en que, según la ciencia médica, corra grave riesgo la vida del recluso y en la forma que el Juez de Vigilancia Penitenciaria determine, prohibiendo en todo caso que se suministre alimentación bucal en contra de la voluntad consciente del interno. Los resultados a que llegan los partidarios de esta postura son muy similares a los pretendidos por quienes no participan de la tesis de la relación de sujeción especial.

se cumple el tipo de coacciones del art.172. 2⁹⁷. Nos encontramos ante un tratamiento médico arbitrario, sin que la calificación de la conducta del huelguista como suicidio altere la situación. Ahora bien, cabe plantearse si la intervención puede ampararse en alguna causa de justificación, viniendo en cuestión, en particular, la colisión de deberes (art.20. 7) y el estado de necesidad (art.20. 5).

a) Un sector doctrinal afirma la posibilidad de que se trate de una colisión de deberes, ya que nos encontramos por un lado con el deber del médico y de la Administración penitenciaria de velar por la vida de los reclusos (art.3. 4 LOGP), estando autorizado el uso de medios coercitivos para impedir que el recluso se dañe a sí mismo (art.45 LOGP), frente al que surge el deber de la Administración penitenciaria de respetar el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los reclusos⁹⁸. Ahora bien, como señala DÍEZ RIPOLLÉS⁹⁹, si se entiende el deber de velar por la vida de los reclusos desde una perspectiva garantista, desaparece en el momento en que es manifiesta la voluntad en contra del recluso, por supuesto siempre que éste se encuentre en pleno uso de sus facultades mentales.

b) Otro importante sector doctrinal y jurisprudencial afirma que sería de aplicación el estado de necesidad por conflicto entre bienes desiguales, ya que para salvar la vida se lesionaría la libertad del recluso¹⁰⁰. El estado de necesidad requiere que el sujeto activo actúe para evitar un mal propio o ajeno, lesionando en el proceso un bien jurídico de otra persona, sin que el mal causado sea superior al que se trata de evitar. La muerte del huelguista es un “mal” jurídico en el sentido del art.20. 5: recordemos que, según la tesis mayoritaria, el suicidio no es un acto lícito, ya que la punición de los terceros que intervienen en él demuestra que se trata de un acto antijurídico y desaprobado por el Ordenamiento jurídico¹⁰¹.

⁹⁷ Sobre la aplicabilidad de las coacciones a estos supuestos, en particular en relación con el concepto de violencia, vid. ampliamente ASÚA BATARRITA, A./ DE LA MATA BARRANCO, N. «El delito de coacciones y el tratamiento médico realizado sin consentimiento o con consentimiento viciado», La Ley 1990-3, 867 ss.

⁹⁸ Para los partidarios de la existencia de una relación de sujeción especial en el ámbito penitenciario es la colisión de deberes, que se resuelve a favor del deber de la Administración de mantener con vida al recluso, lo que permite considerar justificada la alimentación forzosa. En contra de la colisión de deberes en el caso de la huelga de hambre, LUZÓN PEÑA, D. M., «Estado de necesidad...».

⁹⁹ En DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ GRACIA MARTÍN, L. (coords.), *Comentarios*, I. 1997, 253-254. Prefiere acudir al estado de necesidad, por entender que la aplicación de la eximente que analizamos puede suponer autorizar en todo caso el tratamiento coactivo, lo que estima rechazable, CERVELLÓ DONDERIS, V., «La huelga de hambre...», EPC XIX, 1996, 157 ss.

¹⁰⁰ Ampliamente, vid. CERVELLÓ DONDERIS, V., «La huelga de hambre penitenciaria: fundamento y límites de la alimentación forzosa», EPC XIX, 1996, 151 ss.

¹⁰¹ Cfr. por todos, LUZÓN PEÑA, D. M., «Estado de necesidad...», en MIR PUIG, S., *Avances de la Medicina y Derecho Penal*. 1988, 72.

La ausencia de sanción para el suicida que ha fracasado en su intento responde a razones extradogmáticas, y no a que se considere que existe un derecho de disposición sobre la propia vida, negado explícitamente tanto por el Tribunal Constitucional como por la doctrina mayoritaria. Respecto a la naturaleza de este “mal”, la jurisprudencia exige en concreto la existencia de un peligro real, efectivo, grave e inminente para un bien jurídico. En el ámbito que nos ocupa la inminencia y gravedad del peligro dependen de la fase en que se encuentra la huelga de hambre: es ilegítima e injustificable toda intervención médica o funcional en los primeros estadios de la huelga, cuando ésta todavía no representa un riesgo cierto para la vida o salud del recluso¹⁰², y ello puesto que en nuestro Ordenamiento jurídico las autolesiones son atípicas, así como también es atípica la participación en las mismas. Esto significa que no constituyen un “mal” en el sentido jurídico con el que se emplea dicha expresión en la descripción de la eximente de estado de necesidad¹⁰³. A ello se añade que cuando el peligro para la salud es leve o inexistente no cabe hablar de situación de necesidad, cuya presencia es, sin embargo, requisito imprescindible para aplicar la eximente que nos ocupa¹⁰⁴. Es más dudosa la cuestión cuando se entra en las últimas etapas de la inanición, con aparición de anuria o hipertensión sistólica por debajo de 70, puesto que entonces el peligro es ya grave e inminente. Se trataría de ver si el mal causado con la alimentación forzosa es menor que el que se trata de evitar. Esta cuestión ha suscitado enormes controversias en la doctrina, puesto que se contraponen bienes jurídicos fundamentales como son la vida, por una parte, y los derechos del recluso a la dignidad personal, libertad ideológica y de expresión, por otra¹⁰⁵. Aunque algunos autores consideran que deben primar los segundos¹⁰⁶, en mi opinión el derecho a la vida merece una protección más intensa, siendo su valor superior al de otros bienes jurídicos que, aunque de extraordinaria importancia, deben pasar a un segundo plano¹⁰⁷. La actuación médica o funcional consistente en ali-

102 Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., «Estado de necesidad...», en MIR PUIG, S. (ed.), *Avances de la Medicina y Derecho Penal*. 1988, 62-63.

103 Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., «Estado de necesidad...», en MIR PUIG, S. (ed.), *Avances de la Medicina y Derecho Penal*. 1988, 75.

104 Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, V., «La huelga de hambre penitenciaria...», EPC XIX, 1996, 157.

105 No se contraponen al derecho a la vida un derecho a morir o a disponer de la propia vida, que no encuentra protección en el art.15 CE, según ha señalado en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional.

106 Cfr. por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La huelga de hambre...», CPC 1986, 633 ss. Mantiene una posición intermedia CERVELLÓ DONDERIS, V., «La huelga de hambre...», EPC XIX, 1996, 157, quien entiende que el conflicto se produce no entre los bienes del recluso, que son difícilmente comparables, sino entre el derecho-deber de la Administración penitenciaria de velar por la vida del recluso y el derecho a la libre autodeterminación de aquél, siendo de mayor valor el primero.

107 Cfr. GOMARIZ I PARRA, R., «Algunas consideraciones...», La Ley 1990-3, 907.

mentar de forma forzada está amparada por el estado de necesidad, que ampara tanto la responsabilidad por delitos de coacciones, detenciones ilegales en caso de inmovilización total, atentados al honor o a la dignidad del sujeto, etc¹⁰⁸. Por supuesto, para la aplicación de la eximente siguen rigiendo los límites de la necesidad, idoneidad y subsidiariedad que le son propios.

La situación varía notablemente cuando se produce la inconsciencia del huelguista, cosa habitual en las fases avanzadas de la huelga de hambre. En este supuesto es difícil hablar de algo más que de una voluntad presunta de mantener la huelga, ya que el sujeto pasivo no puede manifestar su voluntad, quedando además privado de la capacidad de cambiar de opinión que había poseído hasta entonces¹⁰⁹. En esta situación, frente a una voluntad sólo presunta, cobran primacía los deberes de garantía de la Administración penitenciaria, de forma que si son incumplidos puede plantearse la concurrencia del homicidio en comisión por omisión, si llega a producirse la muerte, o de la omisión del deber de socorro y la denegación o abandono de asistencia sanitaria¹¹⁰.

Un supuesto que guarda grandes similitudes, pero también notables diferencias, con el que acabamos de ver es el que se plantea en el ámbito hospitalario público en relación con la negativa de los Testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre, por motivos religiosos, concurriendo peligro de muerte. Hemos visto ya que en la doctrina se discute si estos supuestos, en los que normalmente existe sólo dolo eventual de dejarse morir, pueden ser calificados como suicidio o no¹¹¹.

Como ocurría en las huelgas de hambre, también aquí la Administración hospitalaria, y en especial el médico que tiene asignado al paciente, se encuentra ante la disyuntiva de abstenerse de intervenir, dada la voluntad en contra de éste, o de practicar a la fuerza la transfusión¹¹².

108 Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., «Estado de necesidad...», en MIR PUIG, S. (cd.), *Avances de la Medicina y Derecho Penal*. 1988, 72-73.

109 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ GRACIA MARTÍN, L. (coords.), *Comentarios*, I. 1997, 256; GOMARIZ I PARGA, R., «Algunas consideraciones...», *La Ley* 1990-3, 908-909. En contra, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Aspectos...», CPC núm.38, 1989, 403, quien entiende que “la situación de inconsciencia, si hasta el último instante de consciencia el recluso manifestó su voluntad de no ser tratado, no modifica en nada la posición del funcionario. A éste le sigue siendo inexigible intervenir contra una voluntad que, con toda probabilidad, es la de continuar sin atenciones”.

110 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ GRACIA MARTÍN, L. (coords.), *Comentarios*, I. 1997, 256-259.

111 No considero los supuestos en los que la negativa no es libre o el sujeto no tiene capacidad para negarse, como ocurre con un menor de edad.

112 Partimos, por supuesto, de que la transfusión se considera una medida imprescindible de acuerdo con la “*lex artis*” para contrarrestar el peligro de muerte.

- Si se respeta la voluntad del paciente consciente que tiene la voluntad, al menos eventual, de morir, puede plantearse la concurrencia de los siguientes delitos:

a) Inducción y auxilio al suicidio: art.143.

Si partimos de que el paciente que se niega al tratamiento no puede ser calificado de suicida, no concurrirá el tipo del art.143 en comisión por omisión, ya que exige la presencia de un suicida. Pero aun afirmando que el paciente es un suicida tampoco concurre el tipo del art.143 en ninguna de sus variantes por su imposibilidad de realización en comisión por omisión: no hay posición de garante dada la actitud del paciente contraria a la intervención, y difícilmente se dará la equivalencia estructural entre la acción y la omisión.

b) Omisión del deber de socorro y denegación o abandono de asistencia sanitaria: arts.195 y 196.

No podemos hablar de una persona desamparada, por lo que no cabe aplicar el art.195. Por cuanto se refiere al art.196, no existe requerimiento de asistencia, por lo que mal puede afirmarse su denegación, además de que el profesional sanitario no está obligado a asistir a quien se ha manifestado en contra de tal asistencia.

- Si se procede a realizar la transfusión sanguínea en contra de la voluntad del paciente se cumple el tipo de coacciones del art.172. 2, sin que quepa sostener la existencia de una colisión de deberes, puesto que el médico no tiene deber alguno de asistir a quien se niega al tratamiento¹¹³. Sólo cabe plantear el estado de necesidad que, sin embargo, parece que debe ser rechazado: la razón fundamental para este rechazo estriba, a mi juicio, en la voluntad contraria del paciente a la agresión salvadora cuando ésta no procede de quien se encuentra sometido a una situación de necesidad y no hay suicidio en sentido estricto¹¹⁴. La muerte de quien se niega a una intervención médica, pero que no se mata sino que se deja morir por causas naturales, no es un mal en sentido jurídico, sino únicamente un mal naturalístico que carece de relevancia a efectos de la aplicación del estado de necesidad. Por lo tanto, al no amenazar un mal no cabe estado de necesidad que ampare una intervención médica impuesta por la fuerza¹¹⁵. Dicha intervención es

¹¹³ Recordemos que existe el derecho a solicitar el alta voluntaria, de forma que la situación del paciente frente a la Administración sanitaria es diversa de aquella en la que se encuentra el reo frente a la Administración penitenciaria. Vid. al respecto, BAJO FERNÁNDEZ, M., «Agresión médica...», CPC núm.25, 1985, 135-138.

¹¹⁴ Vid. ampliamente, acerca del estado de necesidad en estos supuestos de negativa a la transfusión por Testigos de Jehová, BAJO FERNÁNDEZ, M., «La intervención médica...», ADPCP 1979, 493 ss.

¹¹⁵ Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., «Estado de necesidad...», en MIR PUIG, S. (ed.), *Avances de la Medicina y Derecho Penal*. 1988, 71-72.

intolerable una vez que el titular de los bienes lesionados o puestos en peligro, de manera responsable y con conocimiento de las consecuencias, ha tomado una decisión contraria a la salvación de la vida.

En el caso de inconsciencia entramos de nuevo en la problemática de la voluntad presunta, con la particularidad de que en el ámbito del tratamiento médico-quirúrgico se admite que los representantes, familiares o allegados del paciente manifiesten su voluntad si éste no está capacitado para tomar decisiones. A ello se añade que en estas hipótesis no concurren los argumentos político-criminales que pueden alegarse en los casos de huegla de hambre a favor de la intervención coactiva.

De esta forma, es necesario respetar la oposición a la transfusión por parte de un adulto capaz y adecuadamente informado. En ningún caso cabe admitir negativas a la transfusión por parte de representantes que actúan en nombre de una persona que no ha podido en ningún momento de su vida manifestar su voluntad de forma válida, como ocurre con los menores e incapaces, ya que en relación con las opciones religiosas no procede otorgar la capacidad de tomar decisiones previas irreversibles a los representantes, decisiones no susceptibles de modificación tras una posterior evolución o maduración de la personalidad del paciente¹¹⁶. Por tanto, es perfectamente legítimo y obligado ordenar que se efectúe el tratamiento del menor o incapaz aunque los padres o representantes hayan expresado su oposición. El derecho a la vida y la salud del menor o incapaz no puede ceder ante la afirmación de la libertad de conciencia de los padres o representantes.

Por tanto, y resumiendo los diversos supuestos que hemos tenido ocasión de analizar:

- la ausencia de libre responsabilidad genera el deber de intervenir en todo caso;

- la constancia de libre responsabilidad unida a la oposición del sujeto excluye el deber de intervenir. La intervención coactiva sólo está justificada en las huelgas de hambre en el ámbito penitenciario por el estado de necesidad cuando el recluso llega a una situación de grave peligro para la vida, puesto que el resultado de muerte se configura como un mal en sentido jurídico; en situaciones de inconsciencia en la que el reo no puede manifestar su voluntad cobra primacía el deber de velar por la vida y la salud del preso que incumbe a la Administración, y la alimentación forzosa es justificada. Por el contrario, en la negativa al trata-

¹¹⁶ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ GRACIA MARTÍN, L. (coords.), *Comentarios*, I. 1997, 265. Sobre este tema, vid. ampliamente TAMARIT SUMALLA, J. M., «Responsabilidad penal de terceros ante la negativa a la transfusión de sangre de testigo de Jhová menor de edad con resultado de muerte», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm.325, 1998, *pássim*.

miento por parte de los Testigos de Jehová ni la muerte es un mal en sentido jurídico ni existe este deber de la Administración, por lo que la conducta tampoco está justificada en este caso.

- En la duda acerca de si el suicidio responde a una voluntad reflexiva y definitiva o a un momento de ofuscación, parece preferible afirmar la necesidad de intervención: con la salvación no se produce nada irremediable, ya que siempre queda abierto de nuevo el camino hacia el suicidio, mientras que a la inversa no hay remedio posible⁹². En las huelgas de hambre colectivas en el ámbito penitenciario habrá de tenerse especialmente en cuenta la presión externa proveniente de la organización que pueden sufrir los miembros de los grupos terroristas. También en las negativas al tratamiento por parte de Testigos de Jehová habrá de analizarse cuidadosamente la influencia de terceros en la decisión del paciente, de forma que se evite que la negativa no responda a una decisión libre y ponderada, sino a la influencia y las presiones ejercidas por los correligionarios o los propios familiares.

¹¹⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La responsabilidad penal...», La Ley 1987-1, 963-964.