

AGUSTIN FERNANDEZ ALBOR

Catedrático de Derecho Penal

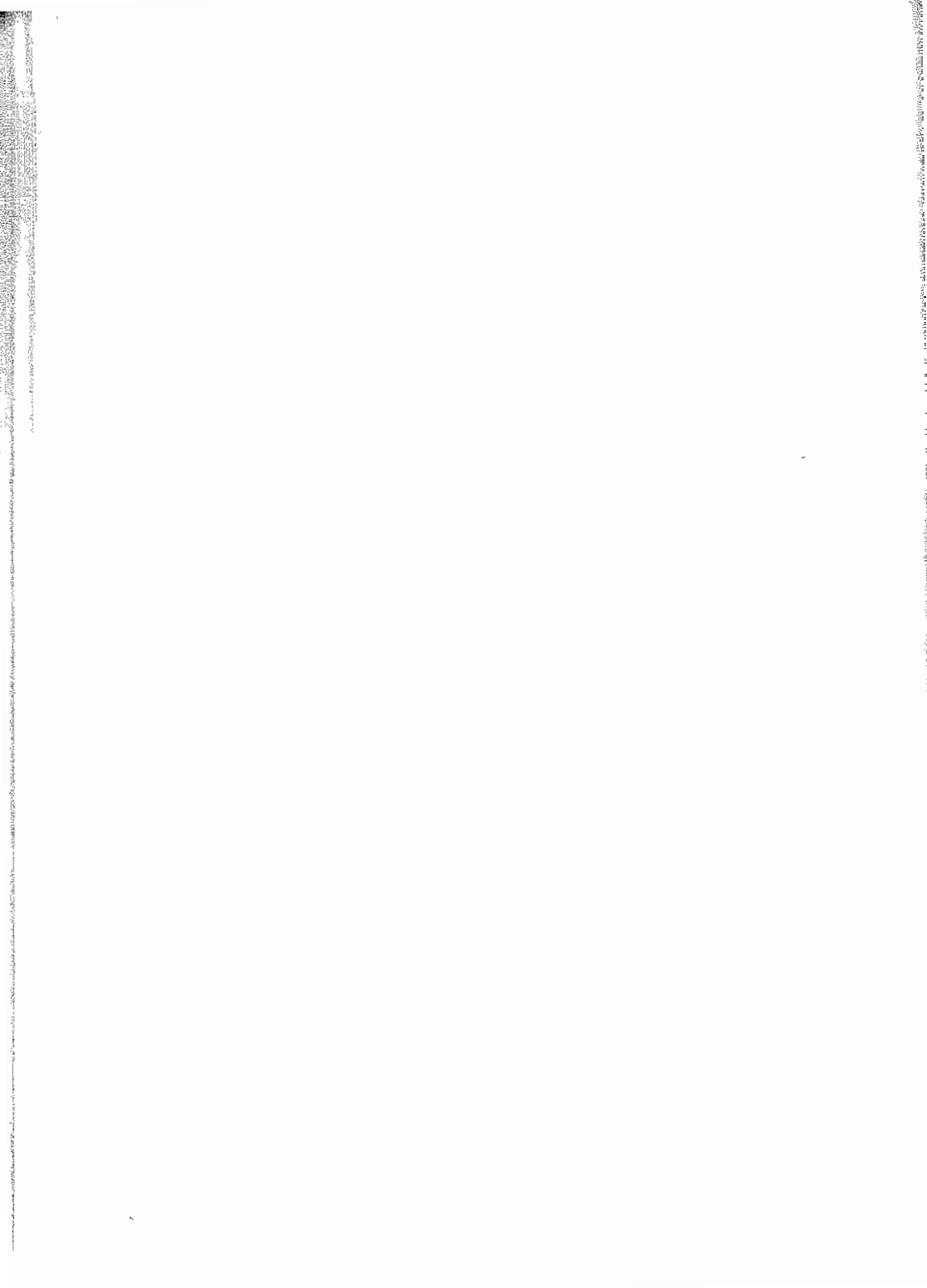
Universidad de Santiago de Compostela.

Asistencia médica y omisión del deber de socorro



SUMARIO

- 1. PRECEDENTES Y LEGISLACION PENAL VIGENTE**
- 2. PROFESION MEDICA Y PRESTACION DE AUXILIO**
- 3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**
- 4. MEDICOS FUNCIONARIOS Y EJERCICIO LIBRE DE LA PROFESION MEDICA**
- 5. ALGUNOS SUPUESTOS DE EXENCION Y ATENUACION**
- 6. PENALIDAD**
- 7. RECIENTES PROYECTOS DE MODIFICACION DEL CODIGO PENAL**



Al Dr. D. Ramón Baítar Domínguez,
Cirujano del Gran Hospital Real de
Santiago, en homenaje póstumo, co-
mo prueba de afecto y gratitud.

1. PRECEDENTES Y LEGISLACION PENAL VIGENTE

La omisión del deber de socorro es delito desde que la Ley de 17 de julio de 1951 introdujo en el Código Penal el artículo 489 bis que, en su actual redacción, textualmente dice: "El que no socorriere a una persona que se hallare desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de tercero, será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 30.000 a 60.000 pesetas.— En la misma pena incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demandare con urgencia auxilio ajeno.— Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado por el que omitió el auxilio debido, la pena será de prisión menor".

Con anterioridad a la mencionada Ley, se pueden citar precedentes históricos tales como la obligación de ayuda al caminante necesitado, supuestos de incendio, daño, y auxilio al prójimo, en general, que recogen las fuentes germánicas y nos recuerdan Wilda y His. El Espejo de Sajonia obliga a la prestación de auxilio y el Espejo de Suavia castiga con firmeza la omisión de socorro (Von Wilda, *Strafrecht der Germanen*, Halle, 1848, pág. 142, nota 2 y His, *Geschichte*

des Strafrechts im Mittelalter, Leipzig, 1928, pág. 2, cit. por Navarrete, J.M., *La omisión del deber de socorro*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1959, pág. 419 ss.). Esta concepción del Derecho germánico, de ayuda al semejante en muchos de los supuestos relatados, motivada por su forma de vida y sentido de comunidad, no se encuentra en el Derecho penal romano debido al predominante carácter individualista que le caracteriza. El deber jurídico —no limitado a una obligación moral o ética— es desconocido también por la *Constitutio Criminalis Carolina*.

Pero al margen de estos remotos precedentes históricos se pueden citar, concretándonos a nuestra cercana legislación, una serie de supuestos que si bien no alcanzan el rango de delito sí se sancionan como faltas en el Código penal. Así el artículo 583, número 7 (derogado por la citada Ley de 1951), que castigaba con pena muy benigna —cinco a quince días de arresto menor y represión privada— a “los que no socorrieren o auxiliaren a una persona que encontraren en despoblado, herida o en peligro de perecer, cuando pudieren hacerlo sin detrimento propio, a no ser que esta omisión constituya delito”. El reformado pero vigente artículo 584, número 14, que castiga con la pena de arresto menor, o con la multa (actualmente de 1500 a 15.000 pesetas) o con la de represión privada, al arbitrio del Tribunal a “los que, encontrando abandonado a un menor de siete años, no le presenten a la Autoridad o a su familia, o no le presten, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran”. Y también el vigente artículo 586, número 2, que impone la pena de multa (hoy, de 1.500 a 30.000 pesetas) y represión privada, a “los que, requeridos por otro para evitar un mal mayor,

dejaren de prestar el auxilio reclamado, siempre que no hubiere de resultarles perjuicio alguno”.

2. PROFESION MEDICA Y PRESTACION DE AUXILIO

Se puede observar que ni en los precedentes históricos, ni en la legislación penal vigente sobre la omisión del deber de socorro, se hace mención expresa al médico, a diferencia de otros artículos del Código penal que sí castigan en forma concreta su actuación. A título de ejemplo y con variedad de supuestos, en que se alude a su delictiva actuación, se pueden citar los artículos 415, 416 y 417, con respecto al aborto; artículo 344 sobre drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas; artículo 311, sobre certificación falsa; artículo 469, por cooperación en suposición de parto o usurpación de estado; y artículo 576-1º en casos de indicios de delito por no dar parte. Si recordamos que el nuevo delito se refiere a la omisión de socorro a personas que se hallen a peligro, y que éste puede afectar a su vida o a su integridad personal, y el médico es quien suele ser requerido en esas situaciones, surgen las cuestiones que motivan nuestro comentario: ¿Está obligado el médico en mayor medida que cualquier otra persona a la prestación de auxilio? ¿En caso de negarse, incurre en la penalidad prevista para el delito de omisión del deber de socorro?.

Por lo que a la primera cuestión respecta hemos de inclinarnos por la contestación negativa. Desde un punto de vista ético, de deontología médica, se podrá pensar de distinta manera, pero desde el enfoque técnicojurídico no está obligado en mayor medida, aunque desde una perspectiva superficial se

podiera crear otra cosa. Esta interpretación se apoya en el argumento principal del bien jurídico que aquí se protege que es la solidaridad humana que conlleva la vida en sociedad. Es un delito de omisión pura, no existe compromiso anterior entre el médico y la persona que ve en peligro su salud, y si a esta persona debe auxiliar es por formar parte de la comunidad humana, como individuo en sí mismo considerado. A diferencia de aquellos casos en los que exista una relación profesional médico-enfermo que, en caso de ser desatendida, da vida a un posible delito de comisión por omisión, pero no al previsto en el artículo 489 bis. La cualidad de médico es una circunstancia de carácter personal que puede afectar a la forma de prestación de auxilio, pero la ausencia de atención aquí castigada se apoya en el simple hecho de ser ambas personas humanas, miembros de una colectividad que en su desarrollo exige determinados comportamientos sociales (vid. Navarrete, *La omisión*, cit., págs. 429 y 431).

El deber de prestación médica existe, como tal acto médico y no por imposición del artículo 489 bis, en forma expresa caso de mediar la aceptación del requerimiento profesional que hace el enfermo o el accidentado, o en forma tácita caso de estar desempeñando un servicio público sanitario. El médico que en este caso y pese a estar de guardia en el referido centro sanitario, se niega a la prestación del auxilio requerido sí incurre en responsabilidad criminal. Aunque esta responsabilidad cuando se trate de funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo será constitutiva del delito de denegación de auxilio y no del delito de omisión del deber de socorro. En efecto matización importante es la que diferencia entre los médicos que pertenecen a la Beneficencia pública y los

que ejercen libremente su profesión. Con respecto a estos últimos, estima Rodríguez Devesa, "habrá que examinar cuidadosamente donde cesa la auténtica necesidad y comienza una elección arbitraria de facultativo a la que no tiene por qué prestarse, sobre todo cuando es posible acudir a los servicios estatales, provinciales o municipales de asistencia sanitaria" (Rodríguez Devesa, J.M., *Derecho Penal español. Parte Especial*, Madrid, 1980, pág. 119). Pero esta diferenciación conduce en el primer caso —supuesto de pertenencia a la Beneficencia pública— a la aplicación de otro tipo delictivo, la denegación de auxilio prevista y sancionada en el párrafo tercero del artículo 371 del Código penal, y, en el segundo supuesto —elección arbitraria de facultativo— a la aplicación del artículo 489 bis sólo como miembro de la colectividad humana, no por su cualidad de médico, y siempre que se den los requisitos que su actual redacción exige.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A este respecto es ilustrativa la sentencia de 7 de diciembre de 1973, del Tribunal Supremo, que condenó al médico con pena de suspensión de cuatro meses y multa, por infracción del párrafo tercero del artículo 371, por el delito de denegación de auxilio. El citado párrafo, en efecto, castiga al "funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que esté obligado por razón de su cargo para evitar un delito u otro mal, se abstuviere de prestarlo sin causa justificada". El relato fáctico, en uno de los considerandos, se apoya en que el procesado ejercía el cargo de Médico titular de Asistencia Pública domiciliaria y del seguro Obligatorio de En-

fermedad y reconoció en su consultorio a una joven, acompañada de su madre, diagnosticándole una amigdalitis y recetándole un antigripal y antibióticos; más como en la noche inmediata se agravara su estado, hacia las tres de la madrugada siguiente, el padre de la enferma se personó en el domicilio del procesado informándole que aquélla se encontraba “empeorada, intranquila, muy agitada y con dificultades para respirar”, requiriéndole para que fuera a verla por ser el facultativo que le había reconocido horas antes y el único médico existente en tal fecha en la localidad. El médico procesado, sin motivo alguno que justificara su actitud, se negó a prestar los servicios requeridos e indicó que se llevara a la enferma a un Hospital, por lo que el padre de la joven tuvo que solicitar los servicios de otro médico de una localidad cercana; pero cuando éste llegó, sobre las cinco de la madrugada citada, la enferma había fallecido a consecuencia de un agudo edema pulmonar. Razona la sentencia que la cualidad de médico titular propietario y de funcionario público, que fue requerido expresamente por un particular para que reconociera y asistiera en su domicilio a una enferma, le obliga a prestar el auxilio solicitado por imperativo de su profesión y de la función desempeñada. Al no acceder al requerimiento sin existir impedimento que justificase su conducta, y que con el requerimiento se pretendía —añade la sentencia— evitar, atenuar o aliviar un mal ostensible, grave y perentorio, concurrieron todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos que integran el delito criminalizado en el párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal, según doctrina interpretativa del Alto Tribunal. Se apoya la sentencia no en el deber moral de prestar auxilio —vinculado a su profesión y consiguiente deber de sacrificio en beneficio de la humanidad doliente, dimanante del juramento

hipocrático, que en uno de sus considerandos, sin embargo, se le recuerda —sino en el deber que se deriva de su pertenencia a un cuerpo sanitario que le otorga el carácter de funcionario público, regulados por la ley de 25 de noviembre de 1944 y Reglamento de 27 de noviembre de 1953 (artículo 35) que les confiere a todos cuantos integran los Cuerpos de sanidad provincial o municipal.

Sin embargo, la sentencia relatada no coincide con otra anterior que apreció ante un caso similar el delito de omisión del deber de socorro y no el delito de denegación de auxilio, a pesar de que también se trataba de un médico de asistencia pública domiciliaria que se negó, “con alguna brusquedad”, a prestar los servicios profesionales requeridos, alegando que se le debían, con anterioridad, en concepto de honorarios, cantidades que no habían sido pagadas, lo que motivó que no asistiera a una niña, que murió a las tres horas de ser hecho el requerimiento; muerte que hubiera ocurrido aunque se hubiera prestado el servicio médico solicitado, dada la gravedad del estado de la enferma (sentencia 25 de enero de 1958).

En efecto, si revisamos la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los últimos veinticinco años, desde 1958 hasta la actualidad, se observa la existencia de gran número de sentencias referidas al delito de omisión del deber de socorro, pero casi todas ellas relacionadas con accidentes de tráfico, en los cuales el procesado es el causante del daño a la víctima, inculcados, por tanto, en el párrafo último del artículo 489 bis. La jurisprudencia relativa al delito de denegación de auxilio es, por el contrario, muy escasa, sea cual fuere la condición del funcionario autor del delito de denegación de auxilio del artículo 371; hemos encontrado solamente dos sentencias

en las cuales el funcionario es médico. Una, la más reciente y antes citada de 7 de diciembre de 1973, y otra la de 28 de enero de 1961, que en uno de sus considerandos recuerda que sobre el deber de obligada asistencia impuesto por la solidaridad humana de prestar asistencia a quien se encontrase necesitado de auxilio manifiesto, destaca en superior escala el cumplimiento de las obligaciones que alcanza a quienes ejercen la profesión médica, y a todos los que por formar parte de los cuerpos de sanidad provincial o municipal tienen el carácter de funcionarios públicos. Es decir, se parte en esta sentencia de la omisión del deber de socorro, pero con una alusión a la profesión médica y a los cuerpos de sanidad citados que, a nuestro entender, no se diferencian suficientemente. El médico, por el solo hecho de ser médico —como antes hemos opinado— no está obligado jurídicamente en mayor medida a la prestación de socorro que el particular: le obliga únicamente la ética profesional. Por ello se debiera haber matizado que la posibilidad de aplicación del artículo 371, del delito de denegación de auxilio, está apoyada por el solo hecho de que se trata de funcionario público, por pertenecer a los cuerpos de sanidad provincial o municipal, como se reconoce expresamente en el primer considerando de la sentencia. En cuanto a la tipificación que hace la sentencia de la Audiencia Provincial, al haber apreciado el delito de omisión del deber de socorro del artículo 489 bis, no parece acertada y por ello es correcto que el Tribunal Supremo en su fallo la case y anule.

Otro comentario que merece esta sentencia emanada de nuestro más Alto Tribunal es la apreciación que hace, y que justifica, de la causa de la abstención de cumplir el requerimiento basada en la enemistad

del procesado con algunos vecinos de la agrupación municipal, entre ellos el fallecido, que habfan rehusado sus servicios facultativos y ya no formaban parte del grupo de vecinos a los que obligatoriamente tuviere que prestar sus servicios como tal titular, hallándose —especifica la sentencia— en libertad de hacerlo por no existir ya contrato de igualdad, y especialmente, porque el procesado cambiando de opinión fue a atender al enfermo, aun cuando esta decisión resultó ya tardía. Si bien en principio estaba obligado a acudir por ser funcionario público y al requerimiento de prevención impuesto por el artículo 35 del Reglamento de 27 de noviembre de 1953 ante un caso de necesidad —se razona en uno de los considerandos—, las circunstancias mencionadas de enemistad, rompimiento de la relación facultativa y que no dejó de ir a prestar el auxilio aun cuando lo hizo tardíamente, permiten la aplicación del último párrafo del artículo 371 del Código Penal y rebaja la entidad delictiva de la acción convirtiéndola en la falta del número 2 del artículo 586 que castiga con multa y reprensión privada a “los que, requeridos por otro para evitar un mal mayor, dejaren de prestar el auxilio reclamado, siempre que no hubiere de resultarles perjuicio alguno”. En otras palabras, en la sentencia se acepta, y así se especifica con firmeza, “que los cuerpos de sanidad provincial o municipal tienen el carácter de funcionarios públicos cuya misión puede derivar en punibles infracciones, penadas unas veces en el artículo 489 bis, otras en el último párrafo del artículo 371, y otras en el número 2º del artículo 586 del Código Penal”.

A mi entender no es correcta esta afirmación. Si el médico actúa en el ejercicio libre de su profesión, repetimos una vez más, y omite el auxilio, puede

cometer el delito de omisión previsto en el artículo 489 bis como cualquier otra persona, pero si es funcionario su conducta debe ser tipificada en el artículo 371 y sin que pueda ser aplicable la falta prevista en el número 2 del artículo 586 ya que éste ni menciona la cualidad de funcionario público. En otras palabras, la falta del número 2 del artículo 586 puede suponer una gradación inferior del delito de omisión del deber de socorro, pero no lo es del delito de denegación de auxilio por exigir éste un sujeto activo diferenciado: el funcionario público. Por ello, si se ha escogido la vía del 371, no cabe alegar como causas que justifiquen la aplicación de la falta, la enemistad anterior, rompimiento de la igualdad y haber acudido, aunque tardíamente, a prestar los servicios médicos. Las causas justificadas, de que se hace mención en el inciso último del artículo 371, podrán atemperar la penalidad o incluso eximir de pena, pero con apoyo en las circunstancias generales que prevé el Código en su Parte General; y no convertirse en la falta que equivocadamente aplica la sentencia quizá con el plausible fin de rebajar la entidad delictiva habida cuenta de las circunstancias concurrentes, lo que le conduce a un defecto técnico en su apreciación.

Los mismos argumentos —que confirman nuestra opinión— se pueden aplicar a la sentencia de 20 de abril de 1964, en donde se relata la negativa de un médico traumatólogo a admitir en una clínica privada a un accidentado por los constantes disgustos y contratiempos con el seguro a que estaba afiliado el lesionado y las instrucciones recibidas “razones que si bien no son suficientes para justificar su proceder —dice la sentencia—, en cambio lo son para disminuir su culpa y comprenderle en el tipo de

menor entidad penal del número 2 del artículo 586, toda vez que trató de aminorar el peligro haciendo ver a los que acompañaban al herido la conveniencia de que lo trasladaran a otro sanatorio próximo, sin que sea óbice para esta sanción el que las lesiones fueran mortales de necesidad, pues en tanto perdura la vida se mantiene el deber de auxilio". Aquí, al no concurrir el carácter de funcionario público y tratarse de una clínica privada, el delito, en principio, es tipificable como omisión del deber de socorro del artículo 489 bis, pero el juzgador no lo aprecia al valorar las circunstancias que degradan la conducta delictiva a simple falta. Es correcta la vía elegida que relaciona el artículo 489 bis con el número 2º del artículo 586. Prueba de esta relación, de ambos artículos del Código Penal, es que en otro de los considerandos de la sentencia se dice "que el médico viene obligado, en conciencia y por deberes de solidaridad social, a poner sus conocimientos científicos y su habilidad técnica al servicio de los pacientes". La solidaridad social que se menciona es para nosotros el contenido sustancial del delito de omisión del deber de socorro y la actuación "en conciencia" supone su intervención sin las ataduras que exige el delito de denegación de auxilio.

Sin embargo, la equiparación del médico no funcionario (o del funcionario en el no ejercicio de su profesión) con el particular no es total y absoluta. En las sentencias en las que se relatan supuestos de omisión del deber de socorro que nada tienen que ver con la profesión médica pero que han sido cometidos por médicos, no dejan de hacerse concretas referencias a una especial obligación y deber, aun cuando sólo sea moral, con respecto a aquellas personas que no tienen esta titulación facultativa. Así, claramente, en las sentencias de 30 de mayo de 1970 en que se

relatan los hechos de atropello, y posterior muerte, de un ciclista causado por un "médico de profesión" que no paró y continuó su marcha sin tratar de prestar auxilio a la víctima por él causada. En los considerandos de esta sentencia se tipifican correctamente los hechos como delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos del artículo 565, párrafo segundo, del que resultaron homicidio y daños de los artículos 407 y 597 del Código Penal y un delito de omisión de socorro del artículo 489 bis del propio Código Penal, y se aprecia por el Tribunal Supremo dolo directo en la conducta del agente, aunque disminuido por concurrir la atenuante décima del artículo 9 por analogía con la número ocho por las preocupaciones familiares que en aquel momento le embargaban como idea fija y que disminuyen su inteligencia y voluntad aunque no las hacía desaparecer en absoluto, atenuante que no había apreciado la sentencia de la Audiencia Provincial. Pero en los considerandos se insiste, una y otra vez, en: "El médico procesado" que se desentendió de sus deberes; "máxime cuando el autor del atropello era médico que sabía por su profesión, cosa importante y necesaria en la asistencia técnica a quien está lesionado, y que por su actividad conocía el sentido indudable de la asistencia"; "y de conocer su deber de solidaridad humana, tan acendrado y sensible para quien ejerce la noble profesión de médico". No creo que se hicieran estas referencias si se tratara de otra profesión y no parece acertado que se hagan, aún cuando solo se trate de referencias de orden moral, porque pueden inducir a cierto confusionalismo. La "ratio essendi" y bien jurídico protegido—como se afirma en esta misma sentencia y en su primer considerando— es "la defensa de la solidaridad humana, con sus irrenunciables deberes mora-

les de caridad y altruismo comunitario”, pero esta “ratio essendi”, abarca por igual a todos por el solo hecho de ser miembros de la comunidad y no por su titulación facultativa.

En resumen, el médico en cuanto particular o en el ejercicio privado de su profesión no está más obligado que otra persona por el artículo 489 bis que regula el delito de omisión del deber de socorro, o, en su caso, por la falta del artículo 586-2º. Su titulación profesional solo se apreciará en la forma de prestar el socorro solicitado o desde un punto de vista ético. Por el contrario, si se trata de médico funcionario en el ejercicio de su profesión que no atiende al requerimiento, puede incurrir, si se dan los requisitos exigidos, en el delito de denegación de auxilio del artículo 371, con la lógica aplicación de las circunstancias atenuantes o agravantes que determina nuestra vigente legislación, pero sin que quepa la posibilidad de la aplicación de la falta de que hemos hecho mención. Esta delimitación que arranca del sujeto activo diferenciado impide la posibilidad de considerar la existencia del concurso de leyes que prevé el artículo 68, según el cual los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos del Código Penal, lo serán por aquel que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos.

Esta delimitación entre ambos delitos —omisión del deber de socorro y denegación de auxilio—, que señaló la citada sentencia de 7 de diciembre de 1973, no se sigue por la más reciente de 19 de diciembre de 1981. En los hechos relatados se declara probado que en horas de madrugada se requieren los auxilios necesarios facultativos del médico de guardia del Servicio de Ginecología de un Hospital Civil dependiente de la Diputación Provincial para que se trasla-

de al domicilio de una parturienta, petición a la que no accede el citado médico alegando que la normativa vigente del centro asistencial le prohíbe el desplazamiento a domicilio. Cuatro horas más tarde nuevamente se le requiere al haberse producido el alumbramiento y encontrarse la criatura con el cordón umbilical unido a la madre, requerimiento al que da idéntica contestación negativa por los motivos antes alegados, si bien en esta ocasión se llama desde el Centro Hospitalario al Servicio de la Seguridad Social que atiende los servicios de urgencia. Pero cuando llega el personal de este servicio a prestar los auxilios necesarios resultan inútiles "dado que la criatura que había nacido con doble circular del cordón umbilical falleció por hemorragia intracauaneal obstétrica por trauma pasivo como complicación imprevisible del parto". La sentencia pronunciada por la Audiencia estimó que los hechos declarados probados no constituían delito alguno por lo que absolvió a los procesados (al médico ginecólogo y a la matrona que también había sido requerida a prestar auxilio) "del delito de omisión del deber de socorro, de que se les acusa". El Ministerio Fiscal apeló la sentencia basándose en que el Tribunal de instancia no había aplicado "debiendo hacerlo el artículo 489 bis del vigente Código Penal", que estima el Tribunal Supremo al casar y anular la sentencia recurrida.

A nuestro entender, el Tribunal Supremo actuó acertadamente al casar y anular la sentencia del Tribunal de la Audiencia, pero no al estimar el delito de omisión del deber de socorro. Debiera haber apreciado el delito de denegación de auxilio habida cuenta del carácter de funcionario público del médico encargado del servicio, al tratarse de un Hospital dependiente de la Diputación Provincial.

4. MEDICOS FUNCIONARIOS Y EJERCICIO LIBRE DE LA PROFESION MEDICA

Todo ello nos lleva a la delimitación de médico funcionario y ejercicio libre de la profesión médica. Sólo en este último supuesto cabe la consideración del delito de omisión del deber de socorro y consiguiente aplicación del artículo 489 bis, si se dan los requisitos necesarios, o la falta del artículo 586-2^o. La denegación de auxilio del artículo 371 abarca a los demás casos. La normativa vigente nos puede servir de ayuda para diferenciar la variedad de relaciones entre los médicos y la Administración Pública, con profusión de situaciones administrativas que es conveniente esclarecer. Si bien el propio Código Penal determina —como más adelante veremos— el concepto de funcionario público “a los efectos penales”, y es claro que nuestro tema en estudio se refiere a los efectos penales.

Los supuestos principales de esta relación son los siguientes:

a) *Médicos Titulares de Asistencia Pública Domiciliaria* — Como es sabido pasaron a denominarse “Médicos Titulares” con la “condición de funcionarios técnicos del Estado” (artículo 31 del Decreto de 27 de noviembre de 1953; cuerpo funcional estructurado por Ley 56/1969, de 30 de junio y Reglamento provisional aprobado por Decreto 2120/1971, de 13 de agosto).

b) *Médicos de la Seguridad Social*.— Su relación con la Seguridad Social es jurídicoadministrativa, es decir, regulada por el Derecho Administrativo, si bien con una normativa específica que los diferencia de los funcionarios públicos de la Administración

Civil del Estado, de los funcionarios de la Administración Local y también de los contemplados en el Estatuto de Personal al servicio de los Organismos Autónomos. Por ello se hizo necesario el Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social (Vid. Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre) que determina la dependencia, clases de nombramiento y titularidad (artículos 3, 4 y 5). Pues bien, si las funciones del Estado en materia de salud se realizan a través del Ministerio de Sanidad por, entre otros, el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), Entidad Gestora de la Seguridad Social y Ente descentralizado, es Administración Pública (Real Decreto-Ley 37/78, de 16 de noviembre) y por tanto aplicable el artículo 1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964 según el cual "los funcionarios de la Administración Pública son las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho Administrativo".

c) *Médicos de los Hospitales Provinciales.*— Para determinar si se trata o no de funcionarios públicos es necesario considerar la situación personal de cada uno de estos médicos y ponerlos en relación con las diferentes formas de gestión directa de los servicios benéfico-sanitarios en el Hospital Provincial de que se trate. Si está gestionado directamente por la Diputación Provincial sin órgano especial de administración todo el personal sanitario a su servicio es funcionario público provincial. Pero si el Hospital Provincial se gestiona de forma distinta a la expresada, la relación jurídica entre la Diputación Provincial o entidad instrumental creada es o puede ser distinta (Reglamento de personal de los Servicios Sanitarios Locales, aprobado por Decreto de

27 de noviembre de 1953). El nuevo régimen jurídico funcional para la Administración Local previsto por el Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre —que aprueba el Texto Articulado Parcial de la Ley 41/1975, de 19 de noviembre, de Bases del Estatuto de Régimen Local— determina que los médicos de los Hospitales Provinciales pueden ser: funcionarios de carrera (artículos 95 y 96); contratados administrativamente (artículo 25.1); personal laboral (artículo 26).

Ahora bien, sin perjuicio de todo lo hasta aquí expuesto en la concreta referencia jurídicoadministrativa, no podemos olvidar el concepto penal —en este caso prevalente, habida cuenta del carácter delictivo que nos ofrecen las conductas en estudio— que el artículo 119 del Código Penal bien precisa: “*A los efectos penales, se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley, o por elección, o por nombramiento de la Autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas*”. Y la propia Ley de Régimen Local subordina su competencia a las Leyes generales (artículo 242).

En conclusión, a los efectos penales, los médicos de los establecimientos sanitarios provinciales, tanto si la relación que tienen con la Diputación es jurídicoadministrativa (funcional o contractual) o jurídico-laboral, son funcionarios públicos, porque participan en el ejercicio de funciones públicas por disposición inmediata de la Ley (de Régimen Local), siendo indiferente a estos efectos que su causa sea *ex lege* o *ex contractu*.

5. ALGUNOS SUPUESTOS DE EXENCION Y ATENUACION

Por otro lado, los argumentos en que se apoya la mencionada sentencia de 19 de diciembre de 1981 en uno de sus considerandos para rebatir lo alegado por el inculpado —sobre la reglamentación de los servicios sanitarios de Beneficencia Provincial que le obligaban a no abandonar bajo ningún concepto ni pretexto el servicio de guardia para atender enfermos o emergencias fuera del local—, también se podrían aplicar al delito de denegación de auxilio, y con mayor precisión por tratarse de servicios públicos. En efecto, se dice que la reglamentación del Hospital “no era óbice para que hubiese ordenado inmediatamente el traslado de la enferma al Centro en que se encontraba, que nadie se lo impedía, ni mucho menos para que se hubiese demandado sin pérdida de tiempo el auxilio de otros organismos médicos”. Y esta redacción si bien parece que está pensada para la aplicación del párrafo segundo del artículo 489 bis —que, como es sabido, dice: “En la misma pena incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demandare con urgencia auxilio ajeno”— también sería correcta para acomodar el artículo 371, cuyo inciso final, además, expresamente menciona la posibilidad de causas justificativas. Sin olvidar —y la sentencia ni las menciona— las circunstancias de posible exención o atenuación de su conducta que podría haber esgrimido el médico caso de haber acudido a prestar el auxilio requerido, especialmente el estado de necesidad que prevé el artículo 8 en su número 7º (“El que, impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber...”), que a mi entender está muy por encima de una simple reglamentación hospitalaria.

En cuanto a las consabidas alusiones “al deber de cooperación y ayuda al semejante impuesta por la Ley, a todo ciudadano y mucho más a quienes, como él, están llamados por su profesión a procurar el remedio de las dolencias humanas y la curación y alivio de las aflicciones corporales”, pueden inducir a confusión, como antes hemos subrayado. La Ley, insistimos una vez más, no obliga “mucho más” (expresión que emplea la sentencia) a los médicos que a los particulares si se estima —y así se hace aquí equivocadamente por el Tribunal Supremo— como delito de omisión del deber de socorro. El deber, por su profesión médica, es ético, no se lo impone la Ley. Aquí, en el supuesto relatado, sí se lo impide la Ley, pero por ser funcionario público y, como tal, tipificable su conducta por el delito de denegación de auxilio.

6. PENALIDAD

La penalidad por el delito de omisión de socorro que determina nuestro Código en su artículo 489 bis es arresto mayor (de un mes y un día a seis meses) o multa de 30.000 a 60.000 pts. (de acuerdo con el artículo quinto apartado b), 2º, de la Ley de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, de 1983) y si la víctima lo fuere por accidente ocasionado por el que omitió el auxilio debido, la pena será de prisión menor (de seis meses y un día a seis años). La pena por el delito de denegación de auxilio del artículo 371 es suspensión y multa de 30.000 a 150.000 pts. (artículo quinto apartado b), 3º, de la citada Ley), salvo que de su omisión resultare grave daño para la salud pública o para un tercero en cuyo caso las penas serán de inhabilita-

ción especial y multa en igual cuantía. La suspensión de cargo público privará de su ejercicio al penado, así como de obtener otro de funciones análogas por el tiempo de la condena (artículo 38). La inhabilitación especial para cargo público producirá los efectos de privación del cargo o empleo sobre que recayere y de los honores anejos a él y la incapacidad de obtener otros análogos durante el tiempo de la condena (artículo 36). La inhabilitación para profesión u oficio privará al penado de la facultad de ejercerlos por el tiempo de la condena y comprende las profesiones liberales a juicio de la mejor doctrina que consideró supérfluo el párrafo segundo del artículo 41 (Córdoba Roda, J., *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Barcelona, 1972, pág. 179), suprimido por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de Junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. La suspensión de profesión producirá los mismos efectos que la inhabilitación durante el tiempo de la condena, que también comprende las profesiones liberales. La duración de la pena de inhabilitación es de seis años y un día a doce años, y la de suspensión, de un mes y un día a seis años (artículo 30).

7. RECIENTES PROYECTOS DE MODIFICACION DEL CODIGO PENAL

La poco clara delimitación entre ambos delitos —omisión del deber de socorro y denegación de auxilio—, de la que se resiente la interpretación judicial, ha llevado a que el Proyecto de Ley orgánica de Código Penal de 1980, pretendiera añadir al nuevo Capítulo que se dedica a la omisión del deber de socorro un artículo donde específicamente se deter-

mina: "El que denegare asistencia sanitaria o abandonar los servicios sanitarios cuando se derivase riesgo grave para la salud de las personas o se incumpliera el nivel mínimo establecido de funcionamiento de tales servicios, será castigado con las penas establecidas en el artículo precedente, en su mitad superior" (artículo 194). El artículo precedente a que se hace mención imponía la pena de arresto de siete a catorce fines de semana o multa de tres a seis meses o ambas conjuntamente, según la gravedad del riesgo y el grado de insolidaridad revelado por el abandono.

Esta redacción, a mi entender, suponía una agravación con concreta referencia a la asistencia sanitaria, pero del delito de omisión del deber de socorro. El delito de denegación de auxilio se mantenía con su actual redacción y sólo sufría modificación la penalidad que pasaba a ser la multa de cuatro a doce meses y suspensión por tiempo de uno a seis años; las penas superiores en grado se imponían si de la omisión resultare grave daño para la causa pública o para el tercero (artículo 455). Es decir, se mantenía la vía del delito de denegación de auxilio cuando se trataba de médicos en quienes concurriera el carácter de funcionarios públicos y se hallaren en el ejercicio de su cargo. Pero se modificaba, en parte, el delito de omisión del deber de socorro, pues si bien permanecía la solidaridad humana como bien jurídico protegido, que a todos alcanza, aparecía ya una agravación concreta cuando la omisión consistiere en denegar asistencia sanitaria o abandonar los servicios sanitarios, en las circunstancias mencionadas. El médico, en principio, está obligado como cualquier otra persona, pero a partir de la nueva regulación podía incurrir en una responsabilidad

exigible penalmente, sin necesidad de acudir a llamamientos de ética profesional.

Sin embargo, la nueva tipicidad no solo cubría el supuesto de omisión sino también el abandono de los servicios sanitarios, aspecto este último que se silencia en la vigente y en la proyectada versión del delito de denegación de auxilio. La mejor solución hubiera sido modificar el último párrafo del artículo 455 del Proyecto de 1980 poniéndolo en concordancia con la nueva regulación que éste hacía al incluir, además de la omisión de los servicios sanitarios requeridos, el abandono de los servicios sanitarios. De no hacerse así, cabría la posibilidad, ya en vigor el anunciado Proyecto de Código Penal, que si el abandono de los servicios sanitarios lo realizaba un funcionario y su conducta no era tipificable por el delito de denegación de auxilio, sí lo sería por el nuevo delito de omisión del deber de socorro al poder ser éste aplicable a todos los que realizaren servicios sanitarios, sin expresa concreción a si son o no funcionarios públicos.

Por último, subrayar que ni el "Proyecto de Ley de Reforma Parcial del Código Penal (Orgánica)" de 1982, ni la Ley Orgánica de Reforma urgente y parcial del Código Penal, de 1983, contemplan los artículos que hemos comentado.