

*Acción y omisión en la imprudencia médica  
punible: relevancia de la distinción*

*Action and Omission in Punishable Medical  
Malpractice: Relevance of the Distinction*

Liuver Camilo Momblanc\* <https://orcid.org/0000-0002-1311-095X>  
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2644>

Lex

\* Doctor en Ciencias Jurídicas, Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Oriente, Cuba. Especialista en Derecho Penal, Especialista en Administración Pública, Licenciado en Derecho, Licenciado en Contabilidad y Finanzas, Presidente del Capítulo de Derecho Penal de la Unión de Juristas en Santiago de Cuba.  
Correo electrónico: [liuverc@uo.edu.cu](mailto:liuverc@uo.edu.cu)



© Los autores. Artículo publicado por la Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 4.0 Internacional (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>), que permite el uso no comercial, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que la obra original sea debidamente citada.



*Dolor*, óleo sobre lienzo 80 x 60 cm.

Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)

Correo electrónico: [nanakejc@hotmail.com](mailto:nanakejc@hotmail.com) / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)

Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

## RESUMEN

La complejidad técnica de los procesos de responsabilidad penal por imprudencia médica demanda el desarrollo de investigaciones que brinden solución a los numerosos problemas que enfrentan los tribunales penales frente a estos casos. En este artículo, a partir de las bases teóricas que inspiran el diseño dogmático de la conducta omisiva, se reflexiona sobre sus particularidades y proponen pautas para la necesaria distinción entre la acción y la omisión en el marco del actuar culposo por mala praxis médica, fuente de inagotables controversias en este sector del tráfico jurídico.

**Palabras clave:** *imprudencia médica, omisión, comisión por omisión, responsabilidad penal médica.*

## ABSTRACT

The technical complexity of criminal liability proceedings for medical negligence demands the development of research to provide solutions to the numerous problems faced by the criminal courts in these cases. This article, based on the theoretical foundations that inspire the dogmatic design of omissive conduct, reflects on its particularities and proposes guidelines for the necessary distinction between action and omission in the context of negligent medical malpractice, a source of inexhaustible controversy in this sector of the legal traffic.

**Keywords:** *medical malpractice, omission, commission by omission, medical malpractice, medical criminal liability.*

## I. INTRODUCCIÓN

### Reflexiones iniciales

La ciencia médica no escapa de las dinámicas que caracterizan a la sociedad moderna, sociedad de riesgo o sentimentalizada<sup>1</sup>; el desarrollo tecnológico que la caracteriza y las incertidumbres que la rodean inciden en los procesos en los que se debe determinar la responsabilidad del profesional de la salud por mala praxis, lo cual, desde sus primeras discusiones ha sido una tarea de extrema complejidad. A ello contribuye, no solo la doble naturaleza de la medicina como arte y ciencia, también las dificultades que se presentan al depurar los ámbitos en los que debe evaluarse: ético, administrativo, civil o penal. Esta última califica como una vasta zona gris en la que no siempre resulta fácil perfilar los presupuestos de intervención<sup>2</sup>.

En ese ámbito se revela como una de las cuestiones más ininteligibles la distinción entre la conducta activa y omisiva con resultado de muerte o lesiones al paciente, lo que responde en gran medida al grado de dificultad y confusión que genera en el actuar culposo la distinción entre el momento omisivo y la omisión como forma de realización de la conducta. No es de extrañar, si tenemos en cuenta que la elaboración conceptual de la imprudencia y la omisión, así como el trazo

---

1 Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, trad. Rosa S. Carbó (Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 2008); Universidad de Capellania, «Los riesgos de la sociedad sentimentalizada», cap.info 132 (15 de noviembre de 2001), <http://udep.edu.pe/capellania/capinfo/los-riesgos-de-la-sociedad-sentimentalizada/>.

2 Liuver Camilo Momblanc, «La mala praxis médica y su relevancia penal. Reflexiones para una defensa técnica», *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, n.o 51 (2021): 651-77, doi: <https://doi.org/10.24215/25916386e097>; Liuver Camilo Momblanc, «Trabajo en equipo y principio de confianza en el debate de la responsabilidad penal por mala praxis médica», *Revista Lex* Año XIX, n.o 27 (2021): 195-230, doi: <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v19i27.2256>; Liuver Camilo Momblanc, «La responsabilidad jurídica del médico, conceptos que se debaten entre dos ciencias», *Revista Cubana de Medicina General Integral* 37, n.o 3 (2021): 1-8.

de sus perfiles jurídico-penales, demandan en la actualidad gran parte de las energías de la doctrina, sin reparar en el abanico de dudas interpretativas que aún plantean.

Los estudiosos del Derecho penal en Cuba le han dedicado poco espacio a este tópico, razón por la cual adolece de un adecuado desarrollo teórico que inevitablemente impacta en la praxis judicial<sup>3</sup>. Sobre la conducta omisiva fundamentalmente destacan los oportunos planteamientos ofrecidos por Quirós Pérez<sup>4</sup>, pero al tratarse de un texto dirigido al pregrado, desarrolla los elementos puntuales de la omisión y la imprudencia. También resultan significativas las aportaciones de Pérez Duharte<sup>5</sup>, quien realiza un valioso estudio de la omisión como forma de la conducta penalmente relevante, para ocuparse de las peculiaridades de la autoría en los delitos omisivos.

En cualquier caso, no encontramos publicaciones que hayan centrado su objeto de estudio en la distinción entre la acción y la omisión, menos orientada al ámbito médico, a pesar de la importancia que ello reviste. El hecho de no distinguir o distinguir mal, especialmente en el ámbito de la imprudencia, entre acción y omisión, puede generar un confusionismo en materia de causalidad, al extremo de llevar a hablar, incluso en resoluciones judiciales, de relación causal ontológica en supuestos omisivos<sup>6</sup>.

La distinción entre la acción y la omisión también trasciende a la autoría<sup>7</sup> y en general a la determinación de los presupuestos de la responsabilidad penal. De ahí la importancia de realizar una sistematización de las posturas científicas sobre el tema y definir aquellas pautas que faciliten la compleja labor de administrar justicia en supuestos de imprudencia médica punible, frente a la relevancia de la citada diferenciación.

## II. LA CONDUCTA COMO SOPORTE MÍNIMO DEL DELITO

Las posiciones doctrinales relativas a la acción no han sido pacíficas<sup>8</sup>, la mayor polémica versa sobre la dificultad de lograr un concepto unitario capaz de comprender sus modalidades,

3 Liuver Camilo Momblanc, «Contenido y alcance de la responsabilidad penal por imprudencia médica» (Tesis doctoral, Universidad de Oriente, 2021), 70 ss.

4 Renén Quirós Pérez, *Manual de Derecho Penal*, vol. I, 4 vols. (La Habana: Félix Varela, 2005).

5 Arlín Pérez Duharte, «La autoría en los delitos omisivos» (Tesis doctoral, Universidad de Oriente, 2007).

6 *Cfr.* Camilo Momblanc, «Contenido y alcance de la responsabilidad penal por imprudencia médica», 78 s; Mirentxu Corcoy Bidasolo, *El Delito imprudente. Criterios de imputación del resultado* (Barcelona: PPU, 1989), 409 n. 478.

7 Arlín Pérez Duharte, «La conducta omisiva y la determinación de autores», en *Temas de Derecho Penal Parte General* (La Habana: Editora My. Gral. Ignacio Agramonte y Loynaz, 2015), 159-91.

8 Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 1a edición (Buenos Aires: Ediar, 2005), 326.

su naturaleza ontológica o normativa y su autonomía como categoría dogmática<sup>9</sup>. Algunos autores opinan que ninguna de las teorías<sup>10</sup> enunciadas en los siglos XIX y XX es capaz de proporcionar un concepto común a todas las formas de aparición del hecho punible y que el centro de la teoría del delito se halla en la doctrina del tipo penal<sup>11</sup>; de esta forma abandonan la idea de la acción como “soporte mínimo del edificio del delito”<sup>12</sup> y olvidan que sobre la base de su autonomía es posible excluir, desde el vértice del sistema, todo lo que no sea conducta humana en el sentido jurídico-penal<sup>13</sup>.

El primer criterio para la valoración de los hechos sometidos a la decisión de los tribunales es la acción como “construcción jurídico-penal”<sup>14</sup>, pues permite descartar aquellas que adolecen de relevancia punitiva, aunque desde el punto de vista ontológico sean conductas<sup>15</sup>. Se trata de los denominados supuestos de “no-acción” o “ausencia de acción por involuntabilidad” en los que falta la voluntad del agente<sup>16</sup>, y que, como es de suponer, también tienen virtualidad en el ámbito médico<sup>17</sup>.

Una de las dificultades de orden teórico y práctico que trasciende al análisis de la acción y su configuración típica consiste en establecer cuándo estamos ante una conducta activa u omisiva, puesto que en la dinámica de conformación de los actos delictivos suelen entremezclarse acciones y omisiones,<sup>18</sup> cuya distinción es más compleja cuando debe precisarse en el marco de

9 Gimbernat Ordeig sostiene un concepto ontológico de acción que a su juicio es el de la doctrina «causal» con ciertas modificaciones. Cfr. Enrique Gimbernat Ordeig, «Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Ministerio de Justicia* XL, n.º III (diciembre de 1987): 579, 583 ss.

10 Estas teorías se conocen como las concepciones: hegeliana (Abegg, Köstlin, Berner), causalista (Liszt, Beling), neokantiana causalista (Mezger), finalista (Welzel), social (Schmidt, Maihofer), negativa (Herzberg, Behrendt), funcionalista (Jakobs) y personal (Roxin). Un estudio sobre sus éxitos y fracasos se puede ver en: Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier De Vicente Remesal, 2.a ed, vol. I (España: Civitas, S. A., 1997), 235-66; Zaffaroni, Alagia, y Slokar, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 326-34; Quirós Pérez, *Manual de Derecho Penal*, 2005, I:87-98.

11 Así lo estiman, p.ej., M. Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón, *Derecho Penal Parte General* (España: Tirant lo Blanch, 1987), 258-59; Emilio Octavio de Toledo y Ubieto y Susana Huerta Tocildo, *Derecho Penal Parte General: Teoría jurídica del delito*, 2a ed. (Madrid: Castellanos, 1986), 41.

12 Cfr. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 10a edición actualizada y revisada (Barcelona: Editorial Reppertor, 2016), 199. Las cursivas pertenecen al original.

13 Roxin, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, I:218, 233 ss., subraya la necesidad de considerar la acción humana como categoría previa a la tipicidad y, en particular, como «manifestación de la personalidad». Afirma que «al valorar algo como no-acción queda excluido todo lo que de antemano no es encuadrable en las categorías de lo jurídicamente permitido o prohibido». Cfr. Zaffaroni, Alagia, y Slokar, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 325; Yan Vera Toste, *Cuestiones sobre teoría del delito*, vol. pról. Omar Palermo (Argentina: Ediciones Olejnik, 2020), 20 s.

14 Cfr. Zaffaroni, Alagia, y Slokar, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 310.

15 Cfr. Roxin, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, I:233-35; Zaffaroni, Alagia, y Slokar, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 307 s, 311; Cobo del Rosal y Vives Antón, *Derecho Penal Parte General*, 254.

16 Para analizar los diferentes supuestos de ausencia de acción, véase: Roxin, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, I:233 s, 258-265; Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 8a edición, revisada y puesta al día (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 219-22.

17 Cfr. Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 238; Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 10 a edición actualizada y revisada (Barcelona: Editorial Reppertor, 2016), 319.

18 Cfr. Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 237, 239; Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 2016,

comportamientos imprudentes<sup>19</sup>. La relevancia reside en que, amén de su especial repercusión en materia de “comisión por omisión”<sup>20</sup>, la definición del actuar como omisivo puede trascender al resto de las instituciones del Derecho penal y afectar, en determinados supuestos, la fijación de responsabilidad.

Muñoz Conde y García arán refieren que “[...] los presupuestos de la penalidad que hay que probar en un proceso penal son diferentes según se trate de una acusación por un delito de acción o uno de omisión”<sup>21</sup>. También lo advierte Silva Sánchez –referente imprescindible en este tema– cuando sostiene: “[...] *en todo caso sería obligado aceptar que la elección conduce a regímenes diversos en cuanto a aspectos de la teoría de la participación, de la tentativa, etc. [...] que en absoluto carecen de significación y por sí solos justificarían todo esfuerzo encaminado a una más clara diferenciación*”<sup>22</sup>.

Las opiniones sobre la naturaleza jurídica de la omisión y su distinción de la acción como modalidad de la conducta humana en el sentido jurídico-penal están divididas. De una parte se advierten las referencias históricas (p.ej. Liszt-Beling) a los infructuosos intentos de construir la omisión pretípica; y, de otra, el mayoritario reconocimiento de un criterio normativo o al menos normativo-ontológico, porque ontológicamente lo que existen son comportamientos o conductas en sentido amplio<sup>23</sup>.

De acuerdo con Mir Puig: “*En el plano ontológico y prejurídico sólo hay acciones y comportamientos positivos, los cuales pueden, al nivel jurídico, realizar tanto un tipo de acción como un tipo de omisión (o una ‘omisión’)*”<sup>24</sup>. En esta misma línea, Zaffaroni, Alagia y Slokar señalan: “*En el plano pretípico no existen omisiones, sino sólo acciones, debido a que la omisión no es el puro y simple no hacer (omisión no es ausencia de acción). Como la omisión no es una mera no acción, sino un no hacer algo (no hay omisión de nada), siempre habrá que tener una instancia de comparación valorativa, por lo cual el concepto de omisión es necesariamente normativo*”<sup>25</sup>.

El carácter activo u omisivo de una conducta vendrá dado por la comparación que de ella se realice frente a la norma penal que la tipifica. A partir de esta premisa, la conducta será activa

320 Jesús María Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, vol. pról. Santiago Mir Puig (Barcelona: Bosch, 1986), 163 ss, 199 ss.

19 En este sentido, Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pról. Santiago Mir Puig: 179., «[...] la mayoría de los criterios tradicionales de distinción se han elaborado para los supuestos problemáticos de imprudencia, donde la cuestión se plantea de forma peculiar».

20 Cfr. Mir Puig, *Derecho penal parte general*, 2016, 321. «La decisión de si concurre acción u omisión posee importancia práctica por la razón de que son menos los requisitos necesarios para los delitos de acción que para los de comisión por omisión: Como se verá, éstos últimos presuponen el elemento adicional representado por la posición de garante del autor».

21 Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 239.

22 Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pról. Santiago Mir Puig: 176; el mismo, 163 y ss., 199 y ss.

23 Cfr. Susana Huerta Tocildo, *Problemas Fundamentales de los delitos de omisión* (Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1987), 307 s; Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 2016, 197-99.

24 Mir Puig, *Derecho penal parte general*, 2016, 198 s.

25 Zaffaroni, Alagia, y Slokar, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 440.

si infringe una norma prohibitiva, mientras que será omisiva si infringe una norma imperativa o de mandato<sup>26</sup>. Según Soler: “No es la forma física de la acción lo que caracteriza a uno y otro delito, sino la forma jurídica del precepto violado”<sup>27</sup>. De este modo lo ratifica Pérez Duharte<sup>28</sup>, quien significa que la existencia de una relación entre la esencia de la norma y la estructura del precepto puede ayudar a establecer la diferencia. En los delitos de acción (p.ej. Homicidio), la norma es negativa (no matar) y el precepto positivo (quien mate); en los ilícitos omisivos la norma es positiva (p.ej. deber de socorro: el sujeto está obligado a socorrer o auxiliar a la víctima) y el precepto es negativo (quien no socorra).

La doctrina penal comprende diferentes clasificaciones de la conducta omisiva de las que se pueden distinguir dos grandes posiciones: en un sector se ubican quienes adoptan una distinción bipartita y la clasifican en omisión propia o impropia<sup>29</sup>, o bien en omisión pura y comisión por omisión<sup>30</sup>. En el otro extremo, como postura mayoritaria, se encuentran aquellos que consideran insuficiente esa clasificación porque no abarca todas las clases de omisión y sostienen una distinción tripartita<sup>31</sup>. Sobre esa base la omisión puede manifestarse a través de tres modalidades: omisión propia, pura o simple<sup>32</sup>, omisión pura de garante<sup>33</sup> y comisión por omisión u omisión impropia (de configuración legal o judicial)<sup>34</sup>.

26 Cfr. Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 237; Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 2016, 318; Irene Navarro Frías, Esteban Sola Reche, y Carlos María Romeo Casabona, «El tipo de omisión doloso e imprudente», en *Derecho penal. Parte general-Introducción. Teoría jurídica del delito*, 2a ed. (Granada: Editorial Comares, S.L, 2016), 149 s.

27 Sebastián Soler, *Derecho penal argentino*, vol. II Actualizado por Guillermo J. Fierro (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1992), 198.

28 Arlín Pérez Duharte, «La determinación de autores en los delitos económicos y empresariales. Varias ideas de soluciones y varios puntos para el debate», *Dikaion* 27, n.o 1 (2018): 36, doi:10.5294/dika.2018.27.1.2.

29 Terminología alemana más frecuente también en Iberoamérica. Exponentes de esta forma de entender la omisión, aunque con diferentes criterios de clasificación: Enrique Bacigalupo Z., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Tercera reimpresión (Santa Fe de Bogotá - Colombia: Editorial Temis S.A, 1996), 225 ss, 228 s; Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, trad. Miguel Olmedo Cardenete, 5a edición, renovada y ampliada (Granada: Comares, 2002), 651.

30 Terminología adoptada por la doctrina francesa que es la más extendida en España. Cfr. Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 2016, 321 ss; Diego-Manuel Luzón Peña, «Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación», *Libertas - Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n.o 6 (julio de 2017): 149 ss.

31 Cfr. Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 239 ss; Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pról. Santiago Mir Puig:343 ss, 347 s. En nuestro país: Pérez Duharte, «La conducta omisiva y la determinación de autores», 162 s, 166 s, 168 ss.

32 Cfr. Patricia Faraldo Cabana, «Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico», en *Lecciones de Derecho Sanitario* (España: Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións, 1999), 520 s, <https://dialnet.uniroja.es/servlet/articulo?codigo=569347>

33 También denominados: «delitos de omisión y resultado», «omisiones de gravedad intermedia», «omisiones puras agravadas», «omisiones de garante». Cfr. Virgilio Rodríguez Vázquez, «Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica», en *Libro-Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega* (Perú: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018), 331 s; Faraldo Cabana, «Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico», 521.

34 Cfr. Quirós Pérez, *Manual de Derecho Penal*, 2005, I:285; Jesús María Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, vol. pról. Santiago Mir Puig (Barcelona: Bosch, 1986), 343, 347 ss.

De estas modalidades, la omisión impropia ha sido desde su nacimiento “[...] fuente de complejas e inagotables controversias, aun en sus cuestiones más particulares”<sup>35</sup>, al extremo de constituir una “institución compleja de entender y aplicar”<sup>36</sup>, sobre todo en su variante de configuración judicial. En este caso, su aparición supuso diferentes problemáticas, en particular la potencial vulneración en su variante de comisión por omisión de configuración judicial del principio de legalidad, por tratarse de omisiones con equivalencia comisiva legalmente indeterminada y ser el tribunal quien lleva a cabo la configuración legal<sup>37</sup>. De ahí que la adopción de una cláusula de equivalencia<sup>38</sup> en la parte general de los códigos penales que refrende esta variante de la omisión se entienda como la solución destinada a compatibilizar su punición con el aspecto formal del citado principio. De hecho, en el Derecho comparado no son pocos los códigos que contienen la cláusula de equivalencia cual norma de conversión de delitos de acción en delitos de comisión por omisión.<sup>39</sup>

Faraldo Cabana apunta que un sector de la doctrina considera la cláusula de equivalencia innecesaria, puesto que la conducta omisiva que no evita la lesión al bien jurídico solo se sanciona en la medida en que se subsuma en la redacción del correspondiente tipo comisivo. Sin embargo, al mismo tiempo afirma que con su adopción se gana en seguridad jurídica, porque la comisión por omisión deja de ser una construcción doctrinal sin apoyo legal y se convierte en una figura legalmente admisible<sup>40</sup>.

Gómez Rivero<sup>41</sup> refiere que un sector doctrinal mayoritario para valorar la comisión por omisión requiere comprobar la *posición de garante* en el omitente, a la cual adicionan la exigencia de una estricta *identidad estructural* entre el comportamiento activo y la comisión omisiva<sup>42</sup>. Una segunda postura, dominante en Alemania y extendida en España, agrupa a

35 Quirós Pírez, *Manual de Derecho penal*, I: 284.

36 Arlín Pérez Duharte, «Los delitos omisivos en la legislación sustantiva cubana. Una asignatura aún por concluir», en *Estudios sobre el Código Penal cubano en el XXX Aniversario de su vigencia. Logros y perspectivas. Libro Homenaje al XXX Aniversario de la vigencia del Código Penal cubano. Dedicado a la memoria de los profesores Renén Quirós Pírez y Ulises Baquero Vernier*. (La Habana: Editorial UNIJURIS, 2018), 85.

37 Cfr. Faraldo Cabana, «Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico», 522; Renén Quirós Pírez, *Manual de Derecho Penal*, vol. I (La Habana: Félix Varela, 2005), 285; Pérez Duharte, «Los delitos omisivos en la legislación sustantiva cubana. Una asignatura aún por concluir», 85 s, 92.

38 Cfr. Jacobo Dopico Gómez-Aller, «Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica», *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2.a Época, n.o Extraordinario 2 (2004): 282 n. 5.

39 Art. 25 Colombia, art. 18 Costa Rica, art. 13 Perú, art. 15 Paraguay, art. 13 Bolivia, art. 3 Uruguay, art. 23 Ecuador, art. El Salvador, art. 12 España, art. 13 Alemania, art. 40 Italia. Cfr. Navarro Frías, Sola Reche, y Romeo Casabona, «El tipo de omisión doloso e imprudente», 155.

40 Cfr. Faraldo Cabana, «Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico», 521.

41 Cfr. María del Carmen Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2003), 453 ss.

42 Cfr. Luis Gracia Martín, «La comisión por omisión en el derecho penal español», *Nuevo Foro Penal*, n.o 61 (agosto de 1999): 121; Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 240, 243 ss.

quienes sostienen que lo único importante es que pueda apreciarse el juicio de identidad estructural, al margen de que el omitente se califique o no como garante<sup>43</sup>.

En ambos casos se plantea la exigencia de una identidad estructural entre la comisión activa y la comisión por omisión; esto es, la comprobación de que la no evitación del resultado equivale a su causación por acción. Ello ocurre cuando la omisión crea, desencadena, no controla o aumenta el peligro de lesión y es lo que justifica el castigo de la omisión como si se tratase de una comisión activa. Sin embargo, no se puede prescindir de la posición de garante como elemento normativo que delimita el ámbito en que puede valorarse la equivalencia material.<sup>44</sup>

En efecto, ambas exigencias fundamentan el castigo de la omisión como si de una conducta activa se tratase, de lo contrario, se produciría un desmesurado ámbito de punibilidad. Para los defensores de la posición de garante, sería suficiente con la sola apreciación de tal condición en función de atribuir al omitente responsabilidad en comisión por omisión. De igual forma, en el otro extremo, con solo sostener el criterio de la equivalencia estructural bastaría la existencia de una omisión que de algún modo contribuya al resultado, con independencia de la índole de su contribución al suceso y la proximidad con el peligro que se acaba materializando.<sup>45</sup>

También existe polémica en cuanto a la determinación de la fuente del deber de garante, esto es, los criterios que permitirían atribuir a un sujeto –en este caso un profesional de la salud– la condición de tutela del bien jurídico. El debate transcurre desde la adopción de criterios formales (la ley, el contrato, la injerencia o actuar precedente)<sup>46</sup> hasta las modernas corrientes que suelen concretar las fuentes conforme a una teoría funcional, atenta a posiciones materiales de deber. De acuerdo con Pérez Duharte, la solución debe ubicarse en la integración de ambos criterios: formal y material (teoría material-formal), lo que califica como una perspectiva sintética o ecléctica en la que el criterio formal está dirigido a esclarecer las relaciones del sujeto con respecto al bien jurídico y el segundo, enfocado a valorar las fuentes de las cuales surgen tales relaciones<sup>47</sup>.

La existencia o no de una posición de garante por parte del sujeto que incurre en responsabilidad penal traza una distinción crucial a la hora de determinar el tipo de omisión. Si una vez instaurada la posición de garante el sujeto que, llegado el caso, se convierte en sujeto activo del delito, omite una acción exigida por el Derecho –p.ej. el médico abandona

---

43 En esta postura se ubica a Diego-Manuel Luzón Peña, «La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS», *Poder Judicial*, n.o 2 (1986): 234.

44 Cfr. Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*, 2003, 454; Faraldo Cabana, «Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico», 523 ss.

45 Cfr. María del Carmen Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2003), 454; Tomás S. (coord.) Vives Antón, *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I (Valencia: Tirant lo Blanch, 1996), 706 s.

46 Cfr. Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 244 s; Navarro Frías, Sola Reche, y Romeo Casabona, «El tipo de omisión doloso e imprudente», 158.

47 Pérez Duharte, «La conducta omisiva y la determinación de autores», 172 s; Pérez Duharte, «Los delitos omisivos en la legislación sustantiva cubana. Una asignatura aún por concluir», 89.

al paciente— y de esto resulta un daño a la vida del sujeto pasivo, puede configurarse un delito de homicidio en comisión por omisión. En cambio, si no existe esa posición y el omitente no socorre, abandona, o no presta el auxilio debido a la persona que se convierte en sujeto pasivo, sería un contexto diferente al anterior que daría lugar a un delito de omisión propia (omisión de socorro o denegación de auxilio)<sup>48</sup>. De acuerdo con Beriain: “[...] *el abandono se tiene que producir antes de que llegue a comenzar un proceso de tratamiento o diagnóstico. [...] si el profesional inicia una actividad de ese tipo y con posterioridad abandona al paciente dejándolo desatendido, estamos en un supuesto diferente, puesto que ya existe tanto la posición de garante como la obligación de cuidado*”<sup>49</sup>.

En este punto, surge la cuestión sobre la precisión del momento en que se establece para los profesionales de la salud el deber de garante y, por tanto, el profesional que, llegado el caso, se convierte en el sujeto activo del delito, tiene que asumir las responsabilidades propias de tal condición. Al respecto, explica Silva Sánchez<sup>50</sup> que existen posiciones extensivas que consideran posible hacer responder en comisión por omisión a todo profesional de la salud que no atienda a un paciente que luego fallece o sufre lesiones. En tal caso, se entiende que estos tienen un deber profesional derivado del propio código deontológico que le sitúa en una permanente posición de garantía de los bienes jurídicos vida e integridad psicofísica, solo limitado por la idea de exigibilidad<sup>51</sup>.

Esa postura, como sostiene Silva Sánchez, es difícil de defender porque el código deontológico y los deberes éticos que de él derivan son insuficientes para la configuración de posiciones de garante que expresan una vinculación jurídica del sujeto. Además, desde una perspectiva político-criminal, es inadmisibles hacer garantes a los profesionales de la salud

48 Cfr. Iñigo de Miguel Beriain, «Los delitos relacionados con las omisiones del personal sanitario a partir de su regulación en el Código Penal español y la reciente jurisprudencia», en *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal* (Bilbao-Granada: Editorial Comares, S.L., 2020), 76 s; Pérez Duharte, «La autoría en los delitos omisivos», 43; Vives Antón, *Comentarios al Código Penal de 1995*, I:706; Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pról. Santiago Mir Puig:168 s. En este sentido: Luis Rojas, «Delitos de omisión entre libertad y solidaridad», *Polít. crim.* 13, n.o 26 (diciembre de 2018): 687. «[...] en el caso de la omisión impropia, no se trata meramente de ‘solidaridad humana’, sino que el sujeto tiene una ‘posición de custodio’ del bien tutelado, llamada posición de garante y de la cual surge un ‘deber específico de actuar’. En cambio, en la figura de omisión de socorro se trata de una ‘norma imperativa general’ dirigida a todos los súbditos, de modo tal que entre autor y víctima solamente median las relaciones generales de una sociedad’».

49 Miguel Beriain, «Los delitos relacionados con las omisiones del personal sanitario a partir de su regulación en el Código Penal español y la reciente jurisprudencia», 2020, 87.

50 Cfr. Jesús-María Silva Sánchez, «La responsabilidad penal del médico por omisión», *La Ley* 1 (1987): 955 s. Asimismo: Faraldo Cabana, «Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico», 528.

51 De esta forma de pensar: Ángel Pelayo González-Torre, *La intervención jurídica de la actividad médica* (Madrid, 1997), 35 ss; Javier Fernández Costales, *La responsabilidad civil sanitaria médica y de enfermería* (Burgos: La Ley, 1995), 43 ss., quienes consideran que existe un deber profesional que sitúa al médico en una permanente posición de garante, aunque no haya asumido el compromiso efectivo o se halle fuera de servicio.

que no se han comprometido a tratar a una persona. Lo contrario supondría un sobrecargo excesivo y extendería su responsabilidad hasta límites inaceptables<sup>52</sup>.

La doctrina dominante reduce los supuestos de posición de garante a aquellos casos en que el profesional de la salud ha asumido el tratamiento del paciente. A pesar de ello, antes del comienzo efectivo de la atención médica puede hablarse de una posición de esa naturaleza si se ha establecido un compromiso productor de los efectos que se atribuyen a una asunción efectiva<sup>53</sup>. En consecuencia, según Gómez Rivero, la relación médico-paciente constituye el presupuesto mínimo que indica su instauración; ella es expresión de un acto de asunción por parte del profesional de la salud, generador de una confianza en el paciente que provoca que abandone otras medidas de protección<sup>54</sup>.

No obstante, en los casos en que la asistencia es demandada con base a una obligación legal, el deber de garante se establece desde el momento de la demanda de auxilio con independencia de la previa existencia de un acto específico de asunción. De este modo, el médico de urgencias o de guardia que ocupa una plaza en un centro público, en tanto se encuentra en un escenario de monopolio de ayuda, y que por ello está, *ope legis*, obligado a asumir el tratamiento de la persona, cuando se niega a brindar asistencia origina una situación de riesgo consustancial a las coordenadas de la comisión por omisión<sup>55</sup>.

Lo expuesto no quiere decir –como sostiene Gómez Rivero– que la obligación de actuar del profesional se grava de forma ilimitada o absoluta, sino que aparece acotada a los márgenes espaciales y temporales de su obligación, actualizada en cada demanda de auxilio. Esto es, no cabría atribuir responsabilidad en comisión por omisión derivada de una posición de garantía al médico que no socorre a una persona fuera de los horarios o de los días en que desempeña su actividad<sup>56</sup>. Se trata de determinar, tal como afirma Silva Sánchez<sup>57</sup>, el momento en que configurada la relación médico-paciente, el profesional de la salud se convierte en dueño absoluto del proceso que ha de llevar o no al resultado, en centro decisorio del mismo, lo cual también dependerá del caso concreto.

---

52 Cfr. Silva Sánchez, «La responsabilidad penal del médico por omisión», 956. Asimismo: Faraldo Cabana, «Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico», 528.

53 Cfr. Silva Sánchez, «La responsabilidad penal del médico por omisión», 956. Asimismo: Faraldo Cabana, «Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico», 529.

54 Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*, 2003, 459 y ss. Cfr. Silva Sánchez, «La responsabilidad penal del médico por omisión», 957.

55 Cfr. Navarro Frías, Sola Reche, y Romeo Casabona, «El tipo de omisión doloso e imprudente», 158 y ss., 162 y ss.; Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*, 2003, 462 s.

56 Cfr. Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*, 2003, 462 y ss.

57 Silva Sánchez, «La responsabilidad penal del médico por omisión», 947. Cfr. Faraldo Cabana, «Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico», 529.

En los casos en que el vínculo asistencial nace de un acto contractual y cualquiera de las partes decide rescindirlo, el deber de garante continuará vigente siempre que retirar la atención signifique un riesgo para la indemnidad de la vida y la salud del paciente<sup>58</sup>. Una vez que inicia la intervención médica se establece la posición de garante del profesional de la salud – deber jurídico de salvaguardar la vida y la salud del paciente– y solo desaparece cuando otro profesional la asume<sup>59</sup> o cuando el paciente, según el caso, renuncia a la asistencia<sup>60</sup> o cuando esta ya no es necesaria o eficiente.

Solo cuando exista la posición de garante del profesional de la salud y debido a una infracción del deber de cuidado se ocasione un daño a la vida o integridad psicofísica del paciente, es posible hablar de responsabilidad médica culpable, según el caso, comisiva o en comisión por omisión. En aquellos supuestos en los que el sujeto necesitado de asistencia no ha establecido ningún vínculo jurídico con el profesional, es decir, aún no es su paciente, no se configura la posición de garante frente a él; por lo que de denegarse la asistencia, en todo caso, si se cumplen los requisitos, pudiera valorarse la conducta como constitutiva de una omisión propia.

### III. EL ARTÍCULO 8.4 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL

La cláusula de equiparación, equivalencia estructural o norma de conversión que se establece en el apartado 4 del artículo 8 del vigente Código Penal viene a suplir un vacío que existía en el anterior (Ley 62/1987) atendiendo a las exigencias del *nullum crimen sine lege*. Ello implica mayor seguridad jurídica, puesto que de este modo la comisión por omisión deja de ser una construcción doctrinal sin apoyo legal y se convierte en una figura que compatibiliza, de mejor forma, con el citado principio limitativo del *ius puniendi*.

---

58 Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*, 2003, 463.

59 La razón de ser de la continuidad de la posición de garante sobre la asistencia médica mientras otro facultativo no se comprometa a asumir su continuidad, habrá de encontrarse en su previa injerencia, nacida del compromiso asistencial que genera la obligación de mantenerlo, en tanto otro facultativo no se comprometa a asumir su continuidad. Cfr. *Ibid.*, 464; Íñigo de Miguel Beriain, «Los delitos relacionados con las omisiones del personal sanitario a partir de su regulación en el Código Penal español y la reciente jurisprudencia», en *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal* (Bilbao-Granada: Editorial Comares, S.L, 2020), 77.

60 El derecho a renunciar al tratamiento médico ha sido reconocido ya en diversos países: España (Ley No. 41/2002, de 14 de noviembre), Italia (Ley No. 219/2017 sobre la base del art. 32 de la Constitución de ese país), Chile (Ley No. 20.584, de 24 de abril de 2012). Se dice que este derecho encuentra su base fundamental directa o indirectamente, según el país, en el art. 5 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (Oviedo, 1997). Cfr. Andrea Perin, «El fenómeno de la medicina defensiva como cuestión político-criminal. ¿Cómo conjugar autonomía y responsabilidad?», en *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal* (Bilbao-Granada: Editorial Comares, S.L, 2020), 3 n. 9.

Hasta el presente ninguno de los códigos penales que rigieron en el país había establecido una cláusula genérica que legitimara la actividad conformadora e interpretativa del juzgador en cuanto a la equiparación del actuar omisivo con el activo, en aquellos supuestos en que el omitente adquiere una posición especial de garantía y a pesar de ello no evita, con una probabilidad rayana en la seguridad, la lesión del bien jurídico (delitos de comisión por omisión de configuración judicial).

En efecto, una previsión específica de las hipótesis de comisión por omisión en nuestra legislación penal responde a la necesidad de concretar legalmente aquellas pautas que fundamentan la equiparación y conminación del no hacer causante de un resultado con el hacer de forma activa. Además, resulta muy oportuna si tenemos en cuenta que, como señala Pérez Duharte<sup>61</sup>, la doctrina penal cubana no ha mostrado demasiado interés en el tema y en este tenor, en palabras de esa propia autora, solo Quirós Pérez<sup>62</sup> razona acerca de la necesidad de límites claros en la ley que eviten la extensión de los delitos de comisión por omisión.

El sentido de garantía que dicha cláusula comporta resulta pertinente frente a una práctica jurídica en las que son escasas las resoluciones judiciales que plantean esta forma del comportamiento humano penalmente relevante. En pleno contraste se advierten sentencias en las que se sanciona como un delito activo una omisión que no evita el resultado sin entrar en detalle de los requisitos que lo justifican<sup>63</sup>.

En mérito de lo anterior, para contribuir a que la previsión de esta cláusula llegue a ser acertada, lo que depende en gran medida de su correcta aplicación, se hace preciso interpretar en términos muy estrictos su contenido y alcance. Así, en correspondencia con los planteamientos doctrinales, según la letra del artículo 8.4 del Código Penal se efectúa una delimitación de la comisión por omisión a través de la exigencia de varios de requisitos<sup>64</sup>.

Lo primero que enuncia el legislador como requerimiento de la comisión por omisión es la necesidad de la existencia de una conducta omisiva que no impide la realización del hecho punible. De ello se desprende que esta modalidad opera en delitos de resultado, lo que se confirma cuando la cláusula específica (incisos a y b del artículo 8.4) en qué circunstancias se pueden cometer por omisión dichos ilícitos penales. De lo contrario no habría ninguna

---

61 Pérez Duharte, «La autoría en los delitos omisivos», 86.

62 Quirós Pérez, Manual de Derecho Penal, 2005, I:299.

63 Camilo Momblanc, «Contenido y alcance de la responsabilidad penal por imprudencia médica», 79.

64 Artículo 8.4. Responde penalmente quien omite impedir la realización del hecho punible, sí: a) Tiene el deber jurídico de impedirlo, o si crea un peligro inminente que sea capaz de producirlo; y b) la omisión corresponde al delito, mediante un hacer. *Cfr.* Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba, «Ley 151/2022 “Código Penal” (GOC-2022-861-O93)» (Gaceta Oficial No. 93 Ordinaria de 1ro. de septiembre de 2022, 15 de mayo de 2022), [https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2022-o93\\_0.pdf](https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2022-o93_0.pdf).

distinción con los delitos de omisión propia, pura o simple, en los que resulta indiferente a efecto de su caracterización la producción de un resultado al punto de considerarse como el equivalente de los delitos de mera actividad.

Solo cabe hablar de comisión por omisión en los delitos que consisten en la producción de un resultado, pero, al mismo tiempo, el legislador restringe el ámbito de aplicación de la cláusula cuando requiere que la omisión corresponda al delito, mediante un hacer (inciso b del artículo 8.4). Dicho de otro modo, junto al presupuesto de partida que alude al ámbito en el que puede operar la cláusula, el precepto delimita el tipo de equivalencia que puede generar que una omisión se castigue como comisión. En este tenor se requiere que la no evitación del resultado que implica la omisión sea equivalente a la causación, lo que califica como la exigencia de la identidad o equivalencia estructural en la hipótesis de la comisión por omisión.

Otra de las exigencias para la configuración de esta variante de la omisión a la que también hace referencia el precepto comentado es a la concurrencia de un especial deber jurídico del omitente (inciso a del artículo 8.4), lo que la doctrina identifica como el requisito de la posición de garante. Con base en esta exigencia no cualquiera puede cometer un delito en comisión por omisión, sino solo aquellos obligados por un especial deber jurídico, lo que restringe el círculo de posibles autores directos. En efecto, se debe tratar de un deber jurídico específico y determinado, de evitación del resultado, que no se identifica con el cumplimiento general de las leyes.

El precepto no enumera o concreta las posibles fuentes de esa posición de garante, por lo que de conformidad con el criterio formal consideramos que comprenden este grupo la ley y el contrato. Al mismo tiempo, de la redacción de la segunda parte del precepto cabe inferir que en esa dirección igualmente se regula la idea de la injerencia o también llamada actuar precedente. Dado el carácter genérico del enunciado, consideramos que el legislador opta por la teoría mixta de la posición de garante en la redacción del precepto. En efecto, la decisión de no definir de forma expresa las fuentes del deber de garante responde a las concepciones más modernas que optan por no comprometerse en plantear límites, frente a la multiplicidad de casos que pueden sobrevenir en una sociedad tan dinámica como la contemporánea. De cualquier modo, habrá que acreditar que no se trata de un deber general de solidaridad que asegura la indemnidad de los bienes jurídicos, sino de un deber específico o cualificado, que califique como deber de garante.

#### IV. ACCIÓN U OMISIÓN: PAUTAS PARA SU DETERMINACIÓN

Frente a la distinción de acciones y omisiones es necesario evitar la confusión entre conducta omisiva y omisión del deber de cuidado. La tradicional formulación del delito culposo como omisión del cuidado debido, o bien, omisión de la debida diligencia e, incluso, infracción del deber de cuidado, conduce a pensar que todo delito imprudente es un delito omisivo. Si bien en la actuación imprudente existe un factor o momento omisivo –no se pone la debida diligencia, no se cumple el deber de cuidado– que viene dado por la infracción de la norma de cuidado, ello no significa que siempre se trate de conductas omisivas<sup>65</sup>.

Las normas subyacentes a los delitos imprudentes de acción no son normas que obliguen a la observancia de un determinado cuidado, en realidad prohíben la realización de conductas que no se ajustan al debido cuidado<sup>66</sup>. En estos casos, la norma no obliga a actuar con prudencia, sino que prohíbe actuar en forma descuidada. Su cumplimiento puede lograrse si se realiza la conducta de manera adecuada o mediante la abstención de actuar si no se es capaz de observar el debido cuidado; de manera que si la falta de prudencia depende de una conducta activa, esta no puede ser vista como una omisión. Jakobs explica que en el ámbito de la comisión, p.ej., no se prescribe el manejo cuidadoso de cerillas, sino que se prohíbe el manejo descuidado, por lo que en este caso no existe un deber de manejar<sup>67</sup>. De ahí que Zaffaroni, Alagia y Slokar sostengan que identificar la imprudencia con la omisión sería en buen número de casos un mandato de hacer lo imposible<sup>68</sup>.

Llevado al escenario de la imprudencia médica, como explica Silva Sánchez, el caso en que el facultativo no compruebe los datos relativos al grupo sanguíneo del paciente y realice una transfusión incompatible que le produce la muerte, no debe conducir a error en su valoración como una omisión; en realidad se trata de que ordenó o practicó la transfusión sin adoptar las medidas precautorias establecidas, esto es, con infracción del cuidado debido. Ello constituye

---

65 Advierten esta posible confusión: Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pról. Santiago Mir Puig:203 ss; Corcoy Bidasolo, *El Delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 64 ss; Tatiana Vargas Pinto, *Responsabilidad penal por imprudencia médica. Un examen práctico de los principales problemas para la determinación del cuidado debido* (Chile: DER Ediciones, 2018), 11, 16, 29.

66 Cfr. Zaffaroni, Alagia, y Slokar, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 426; Roxin, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, I:1000; Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pról. Santiago Mir Puig:204.

67 Günther Jakobs, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2a edición, corregida (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997), 384.

68 Zaffaroni, Alagia, y Slokar, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 426. «Si bien en la culpa siempre hay un momento omisivo (no se pone diligencia, no se observa el cuidado), no puede confundirse, porque el tipo culposo activo prohíbe una acción: no ordena que un ciego conduzca con cuidado, que un inexperto pilotee un avión correctamente [...], sino que le prohíbe hacerlo. Identificar la culpa con la omisión sería –en buen número de casos– un mandato de hacer lo imposible».

una causación activa imprudente del resultado y no una mera omisión de su evitación<sup>69</sup>. Según señala el propio autor: “[...] entender que la infracción del deber de cuidado constituye una omisión supondría convertir todas las imprudencias activas en omisivas, solución que [...] ni siquiera los más radicales partidarios de la ‘tesis de la omisión’ están dispuestos a aceptar”<sup>70</sup>.

En concordancia con lo anterior, resulta cardinal establecer pautas o criterios que posibiliten diferenciar cuándo se está ante una acción o ante una omisión<sup>71</sup> y entre la multitud de propuestas que se han desarrollado figuran la teoría del punto central de la reprochabilidad, la teoría del sentido social, la teoría del movimiento corporal, las tesis pragmáticas, la teoría de la aplicación de energía y el criterio de la causalidad<sup>72</sup>. Este último es el fundamento teórico al que más se recurre<sup>73</sup>, con base al cual, para hacer responsable a un sujeto por comisión será necesario que su comportamiento haya causado el resultado expresado en el correspondiente tipo<sup>74</sup>.

Dado que en la omisión –lo que incluye la comisión por omisión– no puede hablarse de causalidad en sentido estricto (físico-natural), en el caso de que se compruebe que no hay causalidad naturalística entre la conducta del sujeto y el resultado típico, sino de la llamada “causalidad omisiva”, “cuasicausalidad” o “causalidad hipotética”, deberá afirmarse que no existe una conducta activa. En tal caso, existe una omisión pura o –si se cumplen los requisitos– una comisión por omisión, porque la ausencia de acción no causa materialmente el resultado, solo causa su no evitación en el entendido de que no hay causalidad real (*ex nihilo nihil fit*)<sup>75</sup>.

En palabras de Silva Sánchez: “La llamada «causalidad omisiva», «cuasicausalidad» o «causalidad hipotética» no es, pues, sino un criterio de imputación objetiva que expresa la idea de evitación del resultado por la conducta debida determinable con una probabilidad rayana en la seguridad”<sup>76</sup>. Dicho de otro modo por ese propio autor: “Se trata de determinar si el sujeto, de haber realizado la acción que omitió (la acción indicada), habría podido evitar el resultado al menos

69 Cfr. Jesús-María Silva Sánchez, «Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo», *DS 2* (diciembre de 1994): 42 s, 49.

70 Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pról. Santiago Mir Puig: 205.

71 *Ibid.*, pról. Santiago Mir Puig: 177 y ss., «Dado que comisión y omisión no son fenómenos opuestos o inversos, sino próximos en algún extremo, son innegables las dificultades que deben ser afrontadas al proceder a la delimitación. En efecto, para algunos supuestos, dada su complejidad *sincrónica* o *diacrónica*, resulta extraordinariamente complicado decidir si deben ser integrados en un juicio de imputación comisiva u omisiva».

72 Sobre todas estas teorías, véase: *Ibid.*, pról. Santiago Mir Puig:179-98; Bacigalupo Z., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 224 s; Enrique Bacigalupo, *Derecho penal Parte general*, 2a edición totalmente renovada y ampliada (Argentina: Editorial Hammurabi SRL, 1999), 534-36.

73 Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pról. Santiago Mir Puig:192 s, 200 s; Rodríguez Vázquez, «Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica», 352.

74 Cfr. Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pról. Santiago Mir Puig: 191 y ss., 193, 200.

75 Cfr. Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pról. Santiago Mir Puig:212.

76 *Ibid.*

*con una probabilidad rayana en la seguridad. De no ser así, no cabría imputación del resultado*<sup>77</sup>. Por tanto, en el caso de la comisión por omisión, lo relevante no es la causalidad real, sino lo que podría haber pasado si el sujeto omitente hubiese cumplido con el deber derivado de la norma; es decir, la posibilidad concreta que tuvo de evitar el resultado (causalidad hipotética)<sup>78</sup>.

En cambio, si se verifica la causalidad (físico-natural) se debe aseverar la existencia de una acción, aunque esto no impide que también se pueda apreciar la concurrencia de una conducta omisiva. De hecho, en determinados casos puede que concurren ambas modalidades, pero tratándose de un mismo sujeto y bien jurídico, se debe optar por la prevalencia de la conducta activa<sup>79</sup>. Según señala Mir Puig, se debe empezar preguntando si el resultado se ha causado (físico-natural) por una acción que constituya delito y si la respuesta es positiva deberá afirmarse la presencia de un delito de acción (criterio de la causalidad)<sup>80</sup>.

En los clásicos ejemplos del fabricante que entrega pelos de cabra a sus obreros sin desinfectarlos para la confección de pinceles y algunos fallecen al infectarse por bacilos de carbunco y en el del farmacéutico al que una receta médica le autorizaba a despachar una sola vez un medicamento compuesta de fósforo y la suministra luego unas cuantas veces más sin requerir la receta, porque se lo pide la madre del niño enfermo quien muere de envenenamiento por fósforo<sup>81</sup>; se plantea el problema de si se realizó un acto positivo (la entrega de los pelos de cabra a los obreros, la entrega del medicamento) o una omisión (no aplicar el desinfectante establecido, no exigir la receta que le hubiera permitido saber del respaldo de un médico). En estos casos, como señala Bacigalupo, “[...] *la aplicación del criterio de la causalidad conduce a la afirmación de un hecho positivo. El entregar pelos de cabra a los obreros y el expender el medicamento son causa del resultado porque suprimiendo estas acciones mentalmente el resultado no se hubiera producido (conditio sine qua non)*”<sup>82</sup>.

---

77 Jesús-María Silva Sánchez, «Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo», *DS 2* (diciembre de 1994): 48.

78 Cfr. Miguel Beriain, «Los delitos relacionados con las omisiones del personal sanitario a partir de su regulación en el Código Penal español y la reciente jurisprudencia», 2020, 78; Esther Hava García, «Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena», *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, n.o 2 (2017): 21; Vargas Pinto, *Responsabilidad penal por imprudencia médica. Un examen práctico de los principales problemas para la determinación del cuidado debido*, 8.

79 Cfr. Rodríguez Vázquez, «Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica», 354; Silva Sánchez, «Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo», diciembre de 1994, 48. Advierte de la posibilidad de que también se produzca un concurso de delitos de acción y de omisión: Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 2016, 320; Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pról. Santiago Mir Puig:194 ss.

80 Mir Puig, *Derecho penal parte general*, 2016, 320.

81 Cfr. Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pról. Santiago Mir Puig:200 ss; Corcoy Bidasolo, *El Delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 458 ss; Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 2016, 307.

82 Bacigalupo Z., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 224.

Otros casos problemáticos objeto de análisis por la doctrina y la jurisprudencia española también generaron confusión de si se estaba ante un delito de acción o uno de omisión. La muerte a consecuencia de una gasa olvidada por el cirujano dentro del cuerpo del paciente podía contemplarse tanto desde la perspectiva de la omisión (el médico no extrae el cuerpo extraño antes de concluir la operación), como desde la perspectiva de la acción (la gasa causante de la lesión del bien jurídico estaba en el cuerpo del paciente porque con anterioridad se introdujo en él por el facultativo)<sup>83</sup>.

En este sentido se formularon diferentes criterios para la efectiva distinción entre acción y omisión desarrollados por Gimbernat Ordeig<sup>84</sup>, Hava García<sup>85</sup>, Gómez Rivero<sup>86</sup> y Rodríguez Vázquez<sup>87</sup>, de gran utilidad en el ámbito médico. Este último distingue dos concepciones: a) el concepto reducido o de la estratificación de la conducta médica y, b) el criterio de la contemplación global de la intervención médica. Según el primero –defendido por Gimbernat Ordeig y Hava García–, la intervención médica imprudente se entiende como un complejo integrado por diversas conductas, unas activas y otras omisivas susceptibles de ser consideradas de forma aislada, diferenciadas; o sea, correctamente individualizables (estratificadas). Para definir a cuál de ellas imputar el resultado se utiliza un criterio temporal que exige la valoración de su aparición cronológica. Este se complementa con el principio de la prevalencia de la conducta activa, en caso de que el resultado lesivo pueda ser imputable a ambas conductas<sup>88</sup>.

Sobre esa concepción, cuando de la intervención del sujeto se diferencien dos conductas, una omisiva y una activa, Gimbernat Ordeig distingue tres variantes: 1) supuestos de hecho en los que la omisión precede a la acción causante del resultado; 2) supuestos de hecho en los que la acción precede a la omisión y, 3) supuestos de hecho en los que, mediante acciones y omisiones, intervienen varios sujetos en el acontecimiento que desemboca en el resultado típico<sup>89</sup>.

En el marco de la primera variante, o sea, cuando la omisión (no se efectuaron las pruebas preceptivas para detectar la eventual existencia de anticuerpos anti-VIH) ha precedido a la acción (transfusión de sangre contaminada) y se manifiesta como ausencia de medidas de seguridad, entonces la omisión es atípica en el sentido de un delito de resultado. En este

83 Cfr. Enrique Gimbernat Ordeig, «Causalidad, omisión e imprudencia», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* XLVIII, n.o fascículo III (diciembre de 1994): 13 s; Rodríguez Vázquez, «Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica», 355 ss.

84 Cfr. Gimbernat Ordeig, «Causalidad, omisión e imprudencia», 13 y ss.

85 Cfr. Esther Hava García, *La imprudencia médica* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2001), 120 ss.

86 Cfr. Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*, 2003, 348 ss.

87 Cfr. Rodríguez Vázquez, «Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica», 354 ss.

88 *Ibid.* 355.

89 Cfr. Gimbernat Ordeig, «Causalidad, omisión e imprudencia», 16 y ss. En esta misma línea: Hava García, *La imprudencia médica*, 120 ss.

supuesto solo se puede declarar una infracción administrativa o, en casos excepcionales, un delito de mero peligro y el único comportamiento penalmente relevante será el activo causante de la lesión típica.

En el segundo supuesto (el médico no extrae el cuerpo extraño antes de concluir la operación), la omisión prevalecerá cuando el comportamiento activo (introducción de la gasa en el cuerpo del paciente) no haya sido típico, porque al tiempo de ejecutarlo no concurrió imprudencia. Si, por el contrario, la acción que precede se realiza de forma imprudente, entonces prevalecerá el comportamiento más grave (acción u omisión). Siempre se desplaza el de menor entidad y cuando sean igualmente graves, prevalecerá la comisión activa.

Si en el acontecimiento intervienen varios sujetos, los encargados de vigilar que el foco de peligro causante del resultado típico no rebase el riesgo permitido responderán, cuando no cumplan con su obligación y por esa inactividad, por un delito imprudente en comisión por omisión. Quien cause de forma activa la lesión con el foco de peligro responderá por un delito imprudente de acción, a no ser que la causación fuera para él fortuita por corresponder solo a aquellos las funciones de vigilancia del foco.

En el otro extremo, según el criterio de la “contemplación global” de la intervención médica, la conducta seguida por el profesional de la salud en la atención que realiza a un paciente debe entenderse en un sentido amplio. Ello quiere decir que en lugar de recurrir a una división de la intervención médica en varios actos, esta se aprecia de forma unitaria, como una sola conducta global integrada por aspectos activos y pasivos<sup>90</sup>.

Según señala Rodríguez Vázquez, para los seguidores de esta concepción la conducta se identifica con alguna de las fases de la atención médica: anamnesis, diagnóstico, pronóstico y tratamiento<sup>91</sup>. Puesto que estas fases se desarrollan mediante acciones debe concluirse que, en general, la conducta es activa. En su ejecución puede que el profesional de la salud no tome las medidas adecuadas, no realice determinadas pruebas al paciente, olvide elementos extraños en el campo operatorio o no adopte determinadas medidas de control; pero todos estos actos serían aspectos negativos de una misma conducta activa: diagnosticar o aplicar un tratamiento, de modo que la apreciación de una conducta omisiva en este contexto sería excepcional<sup>92</sup>.

Gómez Rivero, defensora del criterio de la “contemplación global” argumenta que solo cuando pueda predicarse la autonomía de la omisión frente a la conducta activa y situarse en un momento secuencialmente distinto del inicial comportamiento activo del agente, tiene sentido plantearse las bases de responsabilidad conforme a los esquemas de un delito de omisión.

---

90 Rodríguez Vázquez, «Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica», 357 ss.

91 Sobre estas fases véase: Gonzalo J. Camarero González, «La responsabilidad penal del médico respecto de los bienes jurídicos vida y salud del enfermo. El tratamiento médico arbitrario», en *Octavo Curso de Patología Forense. Patología Forense y Administraciones Públicas* (España: Rioja Salud, Gobierno de la Rioja, 2009), 56-58.

92 Rodríguez Vázquez, «Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica», 358.

Lo contrario, a juicio de esa autora, supondría convertir todas las imprudencias activas en omisiones, lo cual significaría desterrar la posibilidad de apreciar la imprudencia por acción<sup>93</sup>. También sostiene que “[...] *la calificación del comportamiento como omisivo debe reservarse para los casos en que dicha omisión no se inserte en el contexto más amplio de una conducta activa, esto es, aquellos supuestos en que la dejación de la conducta exigible no se corresponda con la pasividad propia de la falta del deber de cuidado de un comportamiento activo*”<sup>94</sup>.

En el supuesto de operaciones quirúrgicas en las que el cirujano olvida una gasa en el abdomen del paciente Gómez Rivero considera que “[...] *esa dejación de un hacer no es el fundamento de su eventual responsabilidad por un delito de omisión impropia; es, simplemente, el aspecto omisivo de una infracción de deber más amplia que tacha como imprudente a la contemplación global de la maniobra activa que representa la intervención*”<sup>95</sup>.

En el caso de la transfusión sanguínea, también entiende que la conducta relevante –la transfusión– es una conducta activa; mientras que la falta de pruebas de la sangre no es sino el aspecto que justamente cualifica a la acción como imprudente<sup>96</sup>. En este supuesto coincide con Gimbernat Ordeig, en que aquí la omisión en sí misma contemplada “[...] *no integra ningún tipo delictivo, por lo que, al aparecer como única conducta típica una activa (imprudente) es a ella a la que necesariamente hay que vincular la imputación del resultado*”<sup>97</sup>.

Sin embargo, desde la propia perspectiva del “criterio de la causalidad” como pauta a partir de la cual evaluar la distinción entre los comportamientos activos y omisivos, la “contemplación global” de la intervención médica no sería eficaz para establecer la distinción en este ámbito. Rodríguez Vázquez apunta que si bien en el 99 % de los casos el diagnóstico supone una acción –valoración del estado del paciente y posible evolución de la enfermedad–, esto no dice nada sobre su calificación jurídica como conducta activa o pasiva. Desde el punto de vista penal es necesario colocar el proceder médico en relación con el resultado lesivo y preguntarse si es causa material o no de aquél. En estos términos, si la conducta derivada del diagnóstico, es decir, las acciones terapéuticas no coadyuvan físicamente al acontecimiento, no puede afirmarse que cause el resultado lesivo. Si no existe causalidad (naturalística) no puede considerarse que sea una conducta activa (criterio de la causalidad)<sup>98</sup>.

Por otro lado, si la conducta relevante es la omisión que resulta del diagnóstico equivocado, la cuestión que habría que dirimir es si a esa omisión se le puede atribuir el resultado lesivo en comisión por omisión<sup>99</sup>. En esta dirección también resultan de aplicación las ideas de Silva

93 Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*, 2003, 347 y ss., 350 y ss.

94 *Ibid.*, 352.

95 *Ibid.*, 347.

96 *Ibid.*, 348.

97 Gimbernat Ordeig, «Causalidad, omisión e imprudencia», 20. Las cursivas pertenecen al original.

98 Rodríguez Vázquez, «Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica», 362 s.

99 *Ibid.*, 362

Sánchez: “*La imputación del resultado por vía omisiva adquiere significado cuando el método alternativo empleado es inocuo pero ha bloqueado la aplicación de métodos convencionales que ex ante aparecerían como eficaces (si no, no habría siquiera omisión imprudente)*”<sup>100</sup>.

Lo anterior no significa que los supuestos de error en el diagnóstico se deban calificar siempre como conductas omisivas. Si el tratamiento aplicado incide de manera causal en la salud del sujeto incrementando físicamente el riesgo que se traduce luego en el resultado, entonces se podría decir que la conducta médica imprudente es activa, pues no sería distinta a inyectar un fármaco que produce una reacción adversa al paciente alérgico. El criterio de causalidad permite afirmar que en los supuestos en los que el médico prescribe y se inyecta un fármaco al que es alérgico el paciente, sin percatarse de tal situación porque no le pregunta ni consulta su historial clínico, se trata de conductas activas y no omisivas<sup>101</sup>. En este caso, la conducta que desencadena el curso causal no es la ausencia de una pregunta, sino la prescripción e inyección del fármaco<sup>102</sup>. En efecto, todo indica que se deberá acoger el concepto “reducido” o de la estratificación de la conducta médica. No obstante, siempre habrá que ajustarse a las particularidades del caso concreto porque las soluciones propuestas, en ocasiones, suponen una segmentación excesiva de la intervención médica.

En resumen, de conformidad con el análisis que impone el juicio de responsabilidad en sede penal, para referirse a la imprudencia médica: 1) tiene que existir una conducta (acto médico) como elemento base del delito, ya que sin conducta no hay comisión delictiva de ninguna clase, ni activa ni omisiva; 2) cuando en el contexto de una intervención médica en la que ya existe una posición de garante se origina un daño a la vida o la integridad psicofísica del paciente (por mala praxis médica), ello puede suceder tanto por acción como en comisión por omisión; 3) frente a las dificultades que en el ámbito de la imprudencia médica supone la frecuente mezcla entre acciones y omisiones, debe adoptarse en función de la necesaria distinción, el concepto “reducido” o de la estratificación de la conducta médica, así como el criterio de la causalidad; no obstante, siempre habrá que ajustarse a las particularidades del caso concreto.

En definitiva, se proponen como pautas relativas a la determinación de la conducta médica penalmente relevante y su modalidad activa u omisiva, las siguientes:

1. Las conductas de los profesionales de la salud que alcancen relevancia penal en supuestos de homicidio o lesiones culposas pueden acontecer tanto por acción como por omisión. En este último caso, de las modalidades de la conducta omisiva que comprende la

---

100 Jesús María Silva Sánchez, *Medicinas alternativas e imprudencia médica* (Barcelona: José María Bosch Editor, 1999), 84.

101 Cfr. Silva Sánchez, «Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo», diciembre de 1994, 43, 49.

102 Cfr. Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*, 2003, 351 s; Virgilio Rodríguez Vázquez, «Revisión de los conceptos de acción, omisión y comisión por omisión. Un análisis a través de casos», *Revista Nuevo Foro Penal* 13, n.o 89 (diciembre de 2017): 116.

doctrina penal solo es dable la denominada comisión por omisión, tratándose en la legislación penal de tipos activos con resultado de daño.

2. El denominado factor o momento omisivo, que desde la perspectiva jurídico-penal se plantea que siempre existe en toda conducta imprudente, no debe conducir a la errónea interpretación de ese momento con la modalidad de la conducta; ello podría llevar a la incorrecta consideración de los delitos imprudentes como delitos omisivos.
3. Para diferenciar cuándo se establece una acción o una omisión, ha de seguirse el “criterio de la causalidad” según el cual es una acción si se comprueba que la conducta causó, en el orden físico-natural, el resultado típico (la muerte o lesiones al paciente). De no existir una causalidad material entre la conducta del profesional de la salud y la muerte o lesión del paciente, sino la llamada “causalidad omisiva” o “causalidad hipotética”, deberá afirmarse que no hay conducta activa, tipificándose si se cumplen los requisitos, un delito de homicidio o lesiones en comisión por omisión.
4. Frente a las dificultades que en el ámbito de la imprudencia médica supone la frecuente mezcla entre acciones y omisiones, en función de la necesaria distinción, debe adoptarse el concepto reducido o de la estratificación de la conducta. Desde este punto de vista, la intervención médica imprudente se entiende como un complejo integrado por diversas conductas, unas activas y otras omisivas, todas ellas susceptibles de ser consideradas de forma aislada. Para definir a cuál imputar el resultado se utiliza un criterio temporal que exige valorar su aparición cronológica, complementado con el principio de la prevalencia de la conducta activa, en caso de que el resultado lesivo pueda ser imputable a ambas.

En la medida en que de la intervención del sujeto se diferencien dos conductas, una omisiva y una activa, se distingue tres variantes: 1) supuestos de hecho en los que la omisión precede a la acción causante del resultado; 2) supuestos de hecho en los que la acción precede a la omisión; 3) supuestos de hecho en los que, mediante acciones y omisiones, intervienen varios sujetos en el acontecimiento que desemboca en el resultado típico.

Cuando la omisión ha precedido a la acción y se manifiesta como ausencia de medidas de seguridad, entonces la omisión es atípica en el sentido de un delito de resultado, en tal caso puede integrar una infracción administrativa y el único comportamiento penalmente relevante será el activo causante de la lesión típica.

En la segunda variante, la omisión prevalece cuando el comportamiento activo no haya sido típico porque al tiempo de ejecutarlo no concurrió imprudencia. Por el contrario, si la acción que precede se realiza de forma imprudente, entonces prevalece la conducta más grave (acción u omisión), siendo desplazada la de menor entidad. Cuando sean igualmente graves, prevalecerá la comisión activa.

Si en el acontecimiento intervienen varios sujetos, los encargados de vigilar que el foco de

peligro causante del resultado típico no rebase el riesgo permitido, responderán cuando no cumplan con su obligación y por esa inactividad lo harán por un delito imprudente en comisión por omisión. Quien cause activamente la lesión con el foco de peligro responderá por un delito imprudente de acción, a no ser que la causación fuera para él fortuita por corresponder a aquellos de forma exclusiva las funciones de vigilancia del foco. No obstante, siempre habrá que ajustarse a las particularidades del caso concreto.

5. La relación médico-paciente, en tanto expresión de un acto de asunción por parte del profesional de la salud generador de una confianza que provoca el abandono de otras medidas de protección, se constituye en presupuesto que indica la instauración de la posición de garante, salvo los casos en que este se encuentra en un escenario de monopolio de ayuda (v.gr., médico de urgencias o de guardia) y que, por ello, está obligado a asumir la asistencia que le fuere demandada. En efecto, una vez que inicia la intervención médica se establece la posición de garante del profesional de la salud y solo desaparece cuando otro la asume o cuando el paciente, según el caso, renuncia a la asistencia o cuando esta ya no es necesaria o eficiente.

Si una vez instaurada la posición de garante el profesional de la salud omite una acción exigida por el Derecho, resultando de ello un daño a la vida del sujeto pasivo, puede configurarse un delito de homicidio en comisión por omisión. En cambio, si no existe esa posición y el omitente no socorre, abandona o no presta el auxilio debido al sujeto que, llegado el caso, se convertiría en sujeto pasivo, sería un contexto diferente al anterior, en el que puede evaluarse un delito de omisión propia, que en nuestra actual ley penal pudiera subsumirse en el artículo 188 que define y sanciona el delito de Denegación de auxilio<sup>103</sup>.

## V. REFLEXIONES FINALES

En el marco de la determinación de la responsabilidad jurídico-penal, con apego al principio de legalidad y la seguridad jurídica se advierte la necesidad de que en los casos de imprudencia médica se esclarezca si los hechos realizan el tipo penal en comisión activa o en comisión por omisión, por cuanto esta última modalidad de la conducta omisiva obliga al juzgador a entrar en detalles sobre el cumplimiento de los elementos que la configuran.

---

103 Artículo 188. El médico que, requerido para prestar algún auxilio relacionado con su profesión, en caso urgente y de grave peligro para la vida o la salud de una persona, se abstenga de prestarlo sin causa justificada, incurre en sanción de privación de libertad de seis meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas, siempre que el resultado de su omisión no constituya un delito de mayor entidad. Cfr. Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba, «Ley 151/2022 “Código Penal” (GOC-2022-861-O93)».

En relación con la comisión por omisión la legislación penal cubana, en términos generales, ha ofrecido como solución la interpretación mediante los delitos de configuración judicial con los riesgos de vulneración al principio de legalidad que ello supone. Es el Tribunal, al momento de aplicar la norma, quien lleva a cabo la configuración del tipo penal si bien, a diferencia de su precedente normativo, en el nuevo Código Penal felizmente se estableció la cláusula de equivalencia o equiparación del actuar omisivo con el activo, con lo cual se gana en seguridad jurídica, en tanto la comisión por omisión deja de ser una construcción doctrinal sin apoyo legal y se convierte en una figura legalmente admisible.

## REFERENCIAS

- Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba. «Ley 151/2022 “Código Penal” (GOC-2022-861-O93)». Gaceta Oficial No. 93 Ordinaria de 1ro. de septiembre de 2022, 15 de mayo de 2022. [https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2022-o93\\_0.pdf](https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2022-o93_0.pdf).
- Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal Parte general*. 2a edición totalmente renovada y ampliada. Argentina: Editorial Hammurabi SRL, 1999.
- Bacigalupo Z., Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tercera reimpresión. Santa Fe de Bogotá - Colombia: Editorial Temis S.A, 1996.
- Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*. Traducido por Rosa S. Carbó. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 2008.
- Camarero González, Gonzalo J. «La responsabilidad penal del médico respecto de los bienes jurídicos vida y salud del enfermo. El tratamiento médico arbitrario». En *Octavo Curso de Patología Forense. Patología Forense y Administraciones Públicas*, 47-90. España: Rioja Salud, Gobierno de la Rioja, 2009.
- Camilo Momblanc, Liuver. «Contenido y alcance de la responsabilidad penal por imprudencia médica». Tesis doctoral, Universidad de Oriente, 2021.
- . «La mala praxis médica y su relevancia penal. Reflexiones para una defensa técnica». *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* de la Universidad Nacional de La Plata, n.o 51 (2021): 651-77. doi:<https://doi.org/10.24215/25916386e097>.
- . «La responsabilidad jurídica del médico, conceptos que se debaten entre dos ciencias». *Revista Cubana de Medicina General Integral* 37, n.o 3 (2021): 1-8.
- . «Trabajo en equipo y principio de confianza en el debate de la responsabilidad penal por mala praxis médica». *Revista Lex* AÑO XIX, n.o 27 (2021): 195-230. doi:<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v19i27.2256>.

- Cobo del Rosal, M., y T.S. Vives Antón. *Derecho Penal Parte General*. España: Tirant lo Blanch, 1987.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu. *El Delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. Barcelona: PPU, 1989.
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo. «Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica». *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2.a Época, n.o Extraordinario 2 (2004): 279-315.
- Faraldo Cabana, Patricia. «Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico». En *Lecciones de Derecho Sanitario*, 519-54. España: Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións, 1999. <https://dialnet.uniroja.es/serviet/articulo?codigo=569347>.
- Fernández Costales, Javier. *La responsabilidad civil sanitaria médica y de enfermería*. Burgos: La Ley, 1995.
- Gimbernat Ordeig, Enrique. «Causalidad, omisión e imprudencia». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* XLVIII, n.o fascículo III (diciembre de 1994): 5-60.
- . «Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Ministerio de Justicia XL, n.o III (diciembre de 1987): 579-607.
- Gómez Rivero, María del Carmen. *La responsabilidad penal del médico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- Gracia Martín, Luis. «La comisión por omisión en el derecho penal español». *Nuevo Foro Penal*, n.o 61 (agosto de 1999): 125-68.
- Hava García, Esther. *La imprudencia médica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- . «Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena». *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, n.o 2 (2017): 1-36.
- Huerta Tocildo, Susana. *Problemas Fundamentales de los delitos de omisión*. Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1987.
- Jakobs, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 2a edición, Corregida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997.
- Jescheck, Hans Heinrich, y Thomas Weigend. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Traducido por Miguel Olmedo Cardenete. 5a edición, Renovada y ampliada. Granada: Colmares, 2002.
- Luzón Peña, Diego-Manuel. «La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS». *Poder Judicial*, n.o 2 (1986).
- . «Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación». *Libertas - Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales.*, n.o 6 (julio de 2017): 145-272.

- Miguel Beriain, Iñigo de. «Los delitos relacionados con las omisiones del personal sanitario a partir de su regulación en el Código Penal español y la reciente jurisprudencia». En *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal*, 75-92. Bilbao-Granada: Editorial Comares, S.L, 2020.
- . «Los delitos relacionados con las omisiones del personal sanitario a partir de su regulación en el Código Penal español y la reciente jurisprudencia». En *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal*, 75-92. Bilbao-Granada: Editorial Comares, S.L, 2020.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 10 a edición actualizada y revisada. Barcelona: Editorial Reppertor, 2016.
- Muñoz Conde, Francisco, y Mercedes García Arán. *Derecho Penal Parte General*. 8a edición, Revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Navarro Frías, Irene, Esteban Sola Reche, y Carlos María Romeo Casabona. «El tipo de omisión doloso e imprudente». En *Derecho penal. Parte general-Introducción. Teoría jurídica del delito*, 2a ed., 149-65. Granada: Editorial Comares, S.L, 2016.
- Octavio de Toledo y Ubieta, Emilio, y Susana Huerta Tocildo. *Derecho Penal Parte General: Teoría jurídica del delito*. 2a ed. Madrid: Castellanos, 1986.
- Pelayo González-Torre, Ángel. *La intervención jurídica de la actividad médica*. Madrid, 1997.
- Pérez Duharte, Arlín. «La autoría en los delitos omisivos». Tesis doctoral, Universidad de Oriente, 2007.
- . «La conducta omisiva y la determinación de autores». En *Temas de Derecho Penal Parte General*, 159-91. La Habana: Editora My. Gral. Ignacio Agramonte y Loynaz, 2015.
- . «La determinación de autores en los delitos económicos y empresariales. Varias ideas de soluciones y varios puntos para el debate». *Dikaion* 27, n.o 1 (2018): 29-50. doi:10.5294/dika.2018.27.1.2.
- . «Los delitos omisivos en la legislación sustantiva cubana. Una asignatura aún por concluir». En *Estudios sobre el Código Penal cubano en el XXX Aniversario de su vigencia. Logros y perspectivas. Libro Homenaje al XXX Aniversario de la vigencia del Código Penal cubano. Dedicado a la memoria de los profesores Renén Quirós Pérez y Ulises Baquero Vernier.*, 74-104. La Habana: Editorial UNIJURIS, 2018.
- Perin, Andrea. «El fenómeno de la medicina defensiva como cuestión político-criminal. ¿Cómo conjugar autonomía y responsabilidad?» En *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal*, 1-23. Bilbao-Granada: Editorial Comares, S.L, 2020.
- Quirós Pérez, Renén. *Manual de Derecho Penal*. Vol. I. 4 vols. La Habana: Félix Varela, 2005.
- Rodríguez Vázquez, Virgilio. «Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica». En *Libro-Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega*, 317-69. Perú: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018.

———. «Revisión de los conceptos de acción, omisión y comisión por omisión. Un análisis a través de casos». *Revista Nuevo Foro Penal* 13, n.o 89 (diciembre de 2017): 75-120.  
<https://doi.org/10.17230/nfp13.88.3>

– Rojas, Luis. «Delitos de omisión entre libertad y solidaridad». *Polít. crim.* 13, n.o 26 (diciembre de 2018): 682-738. <https://doi.org/10.4067/S0718-33992018000200682>

– Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducido por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier De Vicente Remesal. 2.a ed. Vol. I. España: Civitas, S. A., 1997.

– Silva Sánchez, Jesús María. *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Vol. pról. Santiago Mir Puig. Barcelona: Bosch, 1986.

———. *Medicinas alternativas e imprudencia médica*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1999.

– Silva Sánchez, Jesús-María. «Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo». *DS 2* (diciembre de 1994): 41-58.

———. «Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo». *DS 2* (diciembre de 1994): 41-58.

———. «La responsabilidad penal del médico por omisión». *La Ley 1* (1987): 955-73.

– Soler, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Vol. II Actualizado por Guillermo J. Fierro. IV vols. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1992.

– Universidad de Capellania. «Los riesgos de la sociedad sentimentalizada». *cap.info* 132 (15 de noviembre de 2001).  
<http://udep.edu.pe/capellania/capinfo/los-riesgos-de-la-sociedad-sentimentalizada/>.

– Vargas Pinto, Tatiana. *Responsabilidad penal por imprudencia médica. Un examen práctico de los principales problemas para la determinación del cuidado debido*. Chile: DER Ediciones, 2018.

– Vera Toste, Yan. *Cuestiones sobre teoría del delito*. Vol. pról. Omar Palermo. Argentina: Ediciones Olejnik, 2020.

– Vives Antón, Tomás S. (coord.). *Comentarios al Código Penal de 1995*. Vol. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

– Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia, y Alejandro Slokar. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 1a edición. Buenos Aires: Ediar, 2005.  
<https://doi.org/10.4067/S0719-36962020000100107>

Recibido: 15/01/2024

Aprobado: 10/04/2024