

Glosas sobre el derecho penal y la salud

Rodríguez Jordán, Marcelo

Doctor en Ciencias Jurídicas y Defensor Oficial en lo Criminal y Correccional en el Departamento Judicial de San Isidro.

1. Introducción. La salud es un [derecho humano](#) de inequívoca trascendencia en el desarrollo [digno e integral de las personas](#) y, en consecuencia, su preservación cuenta con contundente y jerarquizado amparo normativo: artículos 42 de la [Constitución Nacional](#); XI de la [Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre](#); 25 de la [Declaración Universal de Derechos Humanos](#); 12 del [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#); 14 de la [Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer](#); 24 de la [Convención sobre los Derechos del Niño](#); 25 de la [Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad](#) (de rango constitucional luego de la sanción de la [ley 27.044](#) del 2014).

En lo que respecta al objeto de esta labor, he de decir que tanto el Derecho Penal como el Contravencional están presentes en la protección de la salud pública y privada al prever diferentes sanciones para quienes atenten contra ella; a modo de prevención se contemplan así reproches como la reclusión, la prisión, la multa, la inhabilitación, el decomiso y la eventual clausura de establecimientos cuando correspondiera. En este escueto ensayo me encargaré de asentar de manera resumida los delitos más característicos con que se vinculan las personas pertenecientes al ámbito de la Salud con el derecho represivo, sin perjuicio de mencionar los aspectos generales en los que se afirman las bases de una construcción teórica que tiene a los profesionales a ella relacionados por protagonistas excluyentes.

2. Principios y nociones generales. Delito es toda acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible.

- El Derecho Penal tutela bienes jurídicos (relación de disponibilidad entre un sujeto y un objeto: vida, integridad, honor, libertad, patrimonio, seguridad, salud, función, confianza).
- En el ámbito penal la culpabilidad es responsabilidad, reprochabilidad, capacidad de ser imputable.
- La responsabilidad penal es de carácter personal (societasdelinquere non potest). Se reprimen acciones u omisiones humanas, no institucionales.
- Trascendencia del trabajo en equipo, la división de tareas y la delegación de funciones, y de la teoría de la imputación objetiva para explicar la relación de causalidad entre una acción u omisión y un determinado resultado lesivo a través del principio de confianza.
- Los delitos pueden ser de comisión, omisión o de comisión por omisión (cuando media un deber de garante teniendo que estar tipificada tal omisión impropia a fin de no afectar el principio de legalidad). En cada caso debe analizarse y distinguirse la omisión de la culpa, por cuanto no en todas las situaciones son términos equivalentes. En otras palabras, debe diferenciarse la omisión como una modalidad de la no-acción, de la culpa entendida ésta como uno de los aspectos subjetivos de la tipicidad. También es relevante en este tópico aludir a los llamados “delitos de olvido” que tienen sus particularidades.
- Los médicos asumen una obligación de medios, no de resultados (art. 20, [ley 17.132](#) y 208.2 del Código Penal –CP–), habiendo asentado excepciones la jurisprudencia (ej.: los casos de cirugía de embellecimiento).
- Los profesionales vinculados al arte de curar realizan una actividad riesgosa.
- Los delitos de peligro no admiten la noción de tentativa (art. 42, CP).
- Los médicos que cumplen funciones en hospitales públicos pueden ser considerados funcionarios públicos (art. 77, CP).
- Los funcionarios públicos tienen el deber de denunciar (principio general); de no hacerlo, pueden incurrir en los delitos de incumplimiento de sus deberes y encubrimiento (arts. 248 y

277, CP); no pueden ser beneficiados con la probation (suspensión del juicio a prueba) de conformidad con lo normado en el art. 76 bis, CP, ni ser convocados a la mediación penal que prevé el Régimen de Resolución Alternativa de Conflictos Penales en la Provincia de Buenos Aires (art. 6, [ley 13.433](#)); la acción penal no se extingue mientras permanezcan en funciones (art. 67, CP); pueden convertir en instrumentos públicos los documentos por ellos firmados (caso “Belay” de la Sala III CNCP de 2006).

- La suscripción del “[consentimiento informado](#)” por parte del paciente o su representante, si bien pone fin al llamado “paternalismo médico”, no exime de responsabilidad penal al profesional tratante si éste ha actuado con imprudencia, impericia o negligencia (art. 5, [ley 26.529](#)).
- La finalidad terapéutica que guía al profesional es de significativa importancia a la hora de establecer si una conducta u omisión es dolosa, culposa o, eventualmente, atípica. Importancia de la noción sobre “tipicidad conglobante”.
- Las lesiones quirúrgicas no constituyen delito si aparecen justificadas (dejan de ser antijurídicas –conf. art. 34, CP–).
- Las concausas (factores de incidencia de la lesión) deben ser analizadas siempre y, teniendo en cuenta el momento de su producción, las mismas pueden clasificarse en anteriores, coetáneas y posteriores.
- Los casos de iatrogenia (daño médico provocado al paciente por un actuar diligente y correcto) excluyen su responsabilidad penal y civil.
- Concepto legal de muerte: inactividad encefálica (art. 23, [ley 24.193](#)). Tal noción es de gran trascendencia a la hora de encuadrar los hechos de homicidio, infanticidio, aborto, y las oportunidades para proceder al trasplante de órganos.
- Regulaciones vinculadas a la noción de “ley penal en blanco” (ej.: leyes de estupefacientes [23.737](#) y sobre contaminación [24.051](#)).

3. Aspectos particulares. Delitos contra la salud pública: Su protección aparece en el título referido a los delitos contra la “seguridad pública”, noción que incluye la idea de peligro y de afectación (o posible afectación) a terceros indeterminados. El amparo de la salud pública está estrechamente relacionado con la protección del medio en que vivimos, del ambiente en que nos desarrollamos. Al velar por la naturaleza, por la ecología, por el equilibrio del eco-sistema, por la prevención del calentamiento global, se cuida la salud de todos, obligación ineludible de los gobiernos y derecho inalienable de las personas (arts. 41 CN y 17 de la [Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos](#)).

Casos: envenenamiento, adulteración y falsificación de aguas potables o de sustancias alimenticias o medicinales destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas (art. 200, CP); venta, suministro, distribución o almacenamiento –con fines de comercialización– de aguas potables, sustancias alimenticias o medicinales o mercaderías peligrosas para la salud (art. 201, CP); propagación de una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas (art. 202, CP); tipificación de conductas culposas (art. 203, CP); suministro de sustancias medicinales en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta médica, o diversa a la declarada o convenida, y su versión culposa (arts. 204 y 204 bis, CP); producción de sustancias medicinales en establecimientos no autorizados (art. 204 ter, CP); venta sin autorización de sustancias medicinales que requieren receta médica para su comercialización (art. 204 quinquies, CP); violación de las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de una epidemia (art. 205, CP); violación de las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal (art. 206, CP); ejercicio ilegal de la medicina (art. 208.1, CP); anuncio o promesa de curación (art. 208.2, CP); prestación de nombre a otro (art. 208.3, CP); aprovechamiento con fines de lucro de sangre humana ([ley 22.990](#)); contagio de enfermedades venéreas ([ley 12.331](#)); estupefacientes ([ley 23.737](#)); contaminación ([ley 24.051](#)); trasplante de órganos ([ley 24.193](#)); controles sobre el consumo de alcohol ([ley 24.788](#)); sobre el consumo de tabaco ([ley 26.687](#)).

Otros delitos:

1. **Delitos culposos:** imprudencia, negligencia, impericia; incremento del riesgo permitido; noción de evitabilidad; producción de un resultado no querido; no hay tentativa; no hay

participación criminal; tipos abiertos; enunciados en numerus clausus. Clases de culpa: a) Consciente o con representación y su posible confusión con el dolo eventual, aunque invito a considerar la idea de que la “culpa temeraria” es culpa, y no dolo. b) Inconsciente o sin representación. Casos: homicidio culposo (art. 84, CP) y lesiones culposas (art. 94, CP).

2. **Delitos dolosos:** conocimiento y voluntad de realizar el tipo penal descrito en la norma; si no se trata de delitos de peligro, puede haber tentativa; también participación criminal. Casos: Homicidio (art. 79, CP); lesiones (arts. 89, 90 y 91, CP); aborto (arts. 85-88, CP); abandono de persona (art. 106, CP); omisión de auxilio (art. 108, CP); violación de secretos (art. 156, CP; CNCC en pleno caso “Frías, Natividad” de 1966, CSJN caso “Zambrana Daza” de 1997, caso “Baldivieso” de 2012); estafa (art. 172, CP); incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 248, CP); encubrimiento (art. 277, CP); falsificación de documentos públicos o privados: historias clínicas (arts. 292, 293, CP), recetas (art. 29, ley 23.737), certificados médicos (art. 295, CP).

4. Relaciones con la [Bioética](#).

- Una [vida digna](#) y una [muerte digna](#), dos [derechos humanos](#) inalienables.
- Distinción entre Derecho, Moral y Religión.
- Trascendencia de la [autonomía de la voluntad](#), de la autodeterminación, de la realización de conductas autorreferentes que no perjudican a terceros (art. 19, CN). Principios bioéticos (autonomía/libertad, beneficencia, no maleficencia, justicia/equidad). Las [objeciones de conciencia](#).
- [Revalorización de la dignidad de los seres humanos](#) (CSJN casos “Ponzetti de Balbín” de 1984, “Bahamondez” de 1993, entre otros, art. 11 del Pacto de San José de Costa Rica).
- Relevancia de la sanción de las [leyes 26.529](#) (2009) y [26.742](#) (2012) sobre [Derechos de los Pacientes](#), a través de las cuales se fijan, entre otros, los conceptos sobre [consentimiento informado](#) (art. 5, [ley 26.529](#)); [directivas anticipadas](#) o testamento vital (art. 11, [ley 26.529](#)); [historia clínica](#) (art. 12, [ley 26.529](#)); sin perder de vista que se consagra el [derecho a morir con dignidad](#): los pacientes tienen la prerrogativa de consentir o [rechazar determinados tratamientos médicos](#), preventivos o paliativos, y decisiones relacionadas con su salud en situaciones de enfermedad terminal, irreversible e incurable. Si bien es cierto que el ejercicio de tal facultad colisiona con el deber del médico de brindar asistencia y con su juramento hipocrático, la norma otorga por primera vez un marco de seguridad jurídica hasta entonces inexistente en esta materia, ya que, por inercia de la ley o del hombre, se fomentaba el ensañamiento o encarnizamiento terapéutico y la práctica de la medicina fútil en aquellos pacientes para evitar la comisión de los delitos de abandono de persona o de omisión de auxilio de los arts. 106 y 108 del Código Penal -CP-. De esta manera, ante la situación descrita “ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma” (arts. 11 bis, [ley 26.529](#) y 34, CP).
- El suicidio, su instigación y la asistencia del médico en el denominado “buen morir” en los casos de enfermedades terminales, irreversibles e incurables ([ley 27.130](#) y art. 83, CP).
- Límites al [secreto profesional](#) (comisión de delito, comunicación de enfermedades infecto-contagiosas).
- Importancia de la [Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos](#) (UNESCO, 2005), donde se ratificó internacionalmente el respeto incondicional por la dignidad de todas las personas y a su vulnerabilidad sin discriminación (igualdad).
- Discusión sobre cuál es el momento de la concepción, de amplia repercusión para tipificar el delito de aborto (CSJN caso “Portal de Belén” de 2002).
- [Naturaleza jurídica del embrión](#): controversia acerca de si es persona o cosa, de trascendencia a la hora de calificar su manipulación, descarte, patentamiento, pérdida.
- Otros temas: Eutanasia, aborto, [paternidad post-mortem](#); [“alquiler” de vientres para la gestación y el alumbramiento](#); límites etarios a la maternidad-paternidad; [tratamientos paliativos y abandono de persona](#); trasplante de precursores hematopoyéticos; situación de los fetos anencefálicos; criogénesis; [clonación](#); [experimentación con células madre](#); [métodos anticonceptivos](#); tutela de personas vulnerables; límites a la identidad de género de las personas y cambio de sexo ([ley 26.743](#)); [reproducción médicamente asistida](#) ([ley 26.862](#));

experimentación medicamentosa; información de la verdad potencialmente nociva.

Bibliografía

DONNA, E. A. (2003). "Derecho Penal - Parte Especial, segunda edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

GARAY, O. E. (2014). Responsabilidad Profesional de los Médicos - Ética, Bioética y Jurídica: Civil y Penal, segunda edición. Buenos Aires: La Ley.

RODRÍGUEZ JORDÁN, M. (2010), La Responsabilidad Penal Médica. Buenos Aires: Legis.

TERRAGNI, M. A. (2003), El Delito Culposo en la Praxis Médica. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. (2002). Derecho Penal - Parte General, segunda edición. Buenos Aires: Ediar.

Recibido: 23/06/2016; Publicado: 03/2017