

LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL Y LA SALUD

Por **Claudia Viviana Madies***
y **Marcelo Jordán****

A fin de 2013 finalizó su propuesta la Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reformas, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación designada por Decreto 678/12 del Poder Ejecutivo Nacional, que fue integrada por los doctores Eugenio Raúl Zaffaroni (presidente), León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra, Federico Pinedo, Alejandro Julián Álvarez (Secretario) y Roberto Manuel Carlés (Coordinador).

Como se reconoce en la Exposición de Motivos del Proyecto, el Código vigente rige desde 1921 y sufrió más de novecientas reformas parciales que lo han tornado impreciso y descoordinado. Esa reformas fueron coyunturales y asistemáticas impulsadas en diferentes tiempos, generando el fenómeno de la “descodificación”, con leyes especiales sumadas al apén-

dice del código. Así, para que la ley penal pueda recuperar claridad y organicidad; brindando una adecuada garantía constitucional (principio de legalidad), se están llevando adelante los pasos para la redacción de un nuevo Código procurando la certeza del derecho, la seguridad jurídica y el afianzamiento de la Justicia.

Este Proyecto es una consecuencia humanista del neo-constitucionalismo surgido después de la Segunda Guerra Mundial, que asume la jerarquía constitucional de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos conforme el art. 75, inciso 22, C.N.

Sus primeros artículos marcan, como nunca antes otro proyecto, la finalidad de la “pena” y los rasgos de “humanidad” que debería contemplar.

Muchos son los valiosos aportes que derivan de esta reforma al consagrar los avances jurisprudenciales de la Corte Suprema en varios aspectos vinculados a la salud pública, también al prever dos categorías de delitos: dolosos y culposos y en forma expresa al prohibir la aplicación del denominado “dolo eventual” o “dolo con resultado eventual” que es lo que, en el caso Cabello de un conductor de automóvil culpable, transformó un “homicidio culposo” en un “doloso” con posibilidad de aplicar una pena mayor, lo que habilitó la posibilidad de extenderlo también a los profesionales culpables, e inquietó a la comunidad médica.

En su reemplazo, la propuesta habla de “culpa temeraria” para los casos más graves de culpa, es decir, los supuestos más graves de imprudencia,



*Claudia Viviana Madies es abogada (UBA), magister en Sistemas de Salud y Seguridad Social (ISALUD), magister en Bioética y Derecho (Universidad de Barcelona), profesora universitaria de Ciencias de la Salud y el Ambiente (ISALUD), dirige el Centro de Estudio e Investigación de la Universidad ISALUD y fue subsecretaria de Política, Regulación y Fiscalización del Ministerio de Salud. Es coautora de numerosos libros, artículos, publicaciones científicas, integró el grupo de juristas convocados por el Poder Ejecutivo Nacional para proponer el Digesto Jurídico Argentino, actualmente es asesora en el Ministerio de Salud de la Nación.

**Marcelo Jordán es abogado (UBA), doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad Católica Argentina). Coordina la Diplomatura en Derecho Médico de la Universidad de San Isidro Dr. Plácido Marín. Es defensor abogado y defensor oficial en lo Criminal y Correccional del Departamento Judicial de San Isidro. Fue secretario ante el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 13 y en el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de San Isidro.

negligencia e impericia. Se desterrará la arbitrariedad de aplicación del “dolo eventual” sin soslayar que ambos comportamientos constituyen conductas riesgosas, peligrosas.

Como contrapartida, los aspectos controvertidos del anteproyecto suelen asociarse con su vinculación a las políticas públicas en materia de seguridad, aspecto al que se ha anticipado la comisión redactora, esbozando su improcedencia. En ese sentido, se citan a la supresión de la prisión perpetua y de la pena de reclusión -derogada en los hechos-; ya que se establece una pena máxima de 30 años que está propuesta para los crímenes contra la humanidad. También se le reprocha la reducción de penas para un centenar de delitos, entre ellos, los sexuales, o a la generación de ciertos tipos penales abiertos.

En igual sentido, desde algunos ámbitos políticos y sociales se cuestiona la omisión del régimen para menores y el de la reincidencia, si bien de acuerdo al proyecto se usa este último para estigmatizar e impedir la libertad condicional y se discute que deje de existir el concepto de peligrosidad o que haya hechos delictivos insignificantes en los que no se justifica penar, en su lugar sus defensores definen entre otros aspectos que se previeron penas alternativas. Atento estas cuestiones, no son propias de la materia sanitaria no se profundizarán aquí.

Desde la discusión académica un punto cuestionado es la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas y su diferenciación con la responsabilidad pública, que desarrollaremos al aludir al sistema de salud. Más allá de estos disensos posiblemente el punto de mayor coincidencia general con el Proyecto es precisamente la necesidad de codificación y de alcanzar una mayor proporcionalidad de las penas, en un marco de mejor coherencia. En ese entendimiento, hoy llamados a opinar los

ámbitos universitarios, brevemente anticipamos que recibimos muchas de sus disposiciones con beneplácito, por ser un importante logro unificar en un código todo lo relacionado con la práctica de la profesión médica y sanitaria en el ambiente penal y ante la apertura para su consideración académica.

La salud en el nuevo código

De los 289 artículos, XVI Títulos y 71 capítulos que se contabilizan en el nuevo proyecto, al menos 3 títulos, 4 capítulos y una veintena de artículos específicos se vinculan al sector

De los 289 artículos, XVI Títulos y 71 capítulos que se contabilizan en el nuevo proyecto, al menos 3 títulos, 4 capítulos y una veintena de artículos específicos se vinculan al sector salud, aunque las escasas consultas y aportes sectoriales previos parecen haberse limitado a cuestiones muy singulares, referidas a temáticas como el aborto, los estupefacientes, los delitos contra la integridad sexual o la manipulación genética.

salud, aunque las escasas consultas y aportes sectoriales previos parecen haberse limitado a cuestiones muy singulares, referidas a temáticas como el aborto, los estupefacientes, los delitos contra la integridad sexual o la manipulación genética.

Por eso, estimamos útil abordar la cuestión desde una perspectiva que resalta la especificidad del derecho sanitario y el bioderecho como materia propia y autónoma del conocimiento jurídico y con ese enfoque, destacamos que los cambios más significativos que introduce el Proyecto de Reforma al Código Penal y que repercutirán en el área de la salud y la bioética están expuestos en el Libro

II y en primer término en el Título II: “Delitos contra las personas”:

Se retorna al “infanticidio” como un homicidio atenuado al mediar una disminución de la capacidad psíquica de la mujer por su estado puerperal (artículo 80), dado que hoy es un homicidio agravado por el vínculo y el estado de indefensión de la víctima (alevosía), con pena de prisión perpetua.

La tipificación de la “ayuda al suicidio” -con posibilidades de ser eximido de pena el autor- en situaciones de enfermedades incurables y terminales y siempre que el agente estuviere unido por un vínculo de afecto y actuare movilizado por un sentimiento piadoso ante un pedido inequívoco, introduce, indirectamente, la noción de “pena natural” (artículo 81.2).

Se contempla el “homicidio piadoso”, como novedad y figura atenuada del homicidio simple y no se trata de una “eutanasia activa”. El Proyecto lo aclara al decir que la vida continúa preservándose sin distinción de su valor según el padecimiento que tenga o no el enfermo, por cuanto es inaceptable para el derecho jerarquizar vidas humanas. También aquí le cabe al juez la facultad de eximir de pena al autor a la luz del principio de “pena natural” (art. 82).

Se añade la figura del “aborto culposo” (art. 86.2) que suele ser rasgo común en delitos vinculados a la mala praxis médica. Asimismo, se agrega el delito de “lesiones al feto” (art. 96), lo que repercutirá en la actividad médica en casos en que a través del obrar del profesional ello ocurriera por ejemplo, al suministrar a una mujer alguna medicación (nociva para el feto) olvidando su estado de embarazo.

Con relación al “aborto no punible” hubo discrepancias entre los miembros de la comisión, coincidiendo en no despenalizarlo pero con diversas posturas para hacer cumplir el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la

Nación, en el caso “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva” del 2012 (no se requiere intervención judicial para que en un hospital aborte una mujer embarazada como consecuencia de un abuso sexual agravado por acceso carnal). Prevalciendo la redacción que expresa que el aborto no es punible en caso de violación (art. 85)

Se mantiene la sanción a la violación del secreto profesional (art. 122) y agrega en el art. 123 el acceso ilegítimo sin autorización o excediéndola a un sistema o dato informático restringido, agravando la pena cuando el acceso fuere de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos, de salud o financieros.

En los delitos contra la integridad sexual, la violación incluye la *felatio* y la posibilidad de su comisión en el matrimonio. En el abuso de menores la pena se eleva y la “corrupción de menores” se redefine. El anteproyecto identifica conductas consideradas corruptoras continuadas en el tiempo: exhibiciones obscenas y pornografía infantil. En el grooming -acciones, por ejemplo vía Internet, para ganarse la confianza de un menor para abusar de él- eleva la pena.

Dentro del Libro II, en el Título IX (Delitos contra la hacienda pública), alude al delito de omisión de asistencia médica o farmacéutica de las aseguradoras de riesgo del trabajo, respecto a los trabajadores (art. 183). El art. 180 pena la evasión del pago de aportes y contribuciones a la seguridad social según un tope, así como el 181 sanciona provocar o agravar la insolvencia propia o ajena o disimular la situación fiscal. Según el Proyecto, las personas jurídicas privadas podrán ser responsabilizadas penalmente y ello incluye a las instituciones de salud y de la seguridad social. Las penas van desde las multas hasta la clausura para delitos económicos, financieros, patrimoniales y ambientales. Se consagra la responsabilidad e incluso sanciones para

las empresas en muchos de los delitos de índole económico-financiera, sean cometidos por sus órganos o representantes que actúen en beneficio o interés de ella. Entonces, un director médico de un sanatorio privado en esa circunstancia, formalmente, será considerado como un “comerciante” (artículo 8 del Código de Comercio). Dado no se prevé la sanción de “personas jurídicas públicas”, sino, únicamente, las “privadas”, so pretexto que de ello se encargaría el Derecho Administrativo, gozarán de una diferencia de trato en el texto de la ley, lo que probablemente originará muchos inconvenientes. Esa distinción no siempre favorecerá a las personas públicas, quienes por ejemplo estarán vedadas de gozar del beneficio de la probation.

Es más, los profesionales médicos o vinculados al arte de curar si cumplen funciones en hospitales

Se contempla el “homicidio piadoso”, como novedad y figura atenuada del homicidio simple y no se trata de una “eutanasia activa”. El Proyecto lo aclara al decir que la vida continúa preservándose sin distinción de su valor según el padecimiento que tenga o no el enfermo, por cuanto es inaceptable para el derecho jerarquizar vidas humanas.

públicos: pueden ser considerados funcionarios públicos y por ende, algunos jueces pueden interpretar que los documentos por ellos firmados pueden ser “instrumentos públicos” y que tienen “obligación de denunciar” sobre el deber del “secreto profesional” y si cumplen tareas en sanatorios privados, pueden comprometer penal y empresarialmente al empleador si éste se beneficia con la eventual mala praxis del dependiente.

Delitos contra la salud pública

Los Delitos contra la salud pública están ubicados en el Libro II, Título X, Capítulo V (arts. 194/203), donde aparecen todos los ilícitos referidos a la comercialización irregular de medicamentos, violación de normas sanitarias, ejercicio ilegal de la medicina, tráfico de órganos, de estupefacientes. En general, si bien se procura mejorar la redacción y sistematización de las actuales normas bajo un mismo capítulo, se descuidan los logros alcanzados a través de leyes nacionales tales como la Ley 25.649 de uso de nombre genérico de los medicamentos o la Ley 26.524 sobre su falsificación.

Por ejemplo, el art. 194 propuesto omite en su título la referencia a tal falsificación aunque la enuncia en el apartado 1, si bien vale la referencia en materia de sustancias medicinales del inc. c) al reemplazo por elementos inocuos o la inclusión en el apartado 2 del rotulado de alimentos para personas con ciertos padecimientos cuando no correspondiere.

Además el apartado 3 propuesto pena a quien propague una enfermedad contagiosa generando riesgo de “epidemia”, cuando debió decir riesgo de “su diseminación”. Ello atento, un simple brote de una enfermedad contagiosa (debería decir grave como cita el código actual), puede afectar la salud pública de una comunidad e incluso causar la muerte de una o varias personas en horas. Esta conducta disvaliosa que no debe ser confundida con “contagio” debería reconsiderarse manteniendo además el máximo de la pena actual. Lo mismo aplica al artículo 196.

El artículo 195 sobre comercialización irregular de medicamentos en el apartado 1 debió incluir a nuestro criterio la referencia a que solo excediendo o violando las reglamentaciones para el reemplazo de sustancias medicinales, quien está autorizado

para su venta y las suministrare en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta médica o diversa de la declarada o convenida, puede ser penado, de lo contrario se estaría neutralizando el derecho del consumidor a acceder a los medicamentos de menor precio, conforme lo establece la ley de uso de nombre genérico de los medicamentos. La propuesta en este artículo agrava las penas si resultan lesiones gravísimas o la muerte respecto de la versión vigente, sin contemplar nada para las graves o leves.

Ante la Ley 26.567 sobre medicamentos de venta libre en farmacias, se omitió penar la venta de estos productos en establecimientos no autorizados es decir fuera de las farmacias y en su lugar se previó solo el supuesto de venta sin receta o receta archivada cuando son exigibles (ver apartados 2 y 5 respectivamente del art. 195) o se circunscribió la pena al supuesto de fabricación o producción en establecimiento no autorizado en el apartado 3. b) del Proyecto. Además se está perdiendo la oportunidad de penar al médico con análogo énfasis que al farmacéutico, cuando prescribe sin indicar el nombre genérico del medicamento, en el actual contexto en que cabría sostener los logros de la política de medicamentos en materia de accesibilidad y calidad en beneficio del consumidor.

El art. 197 que regula el ejercicio de ilegal de la medicina omite supuestos a sancionar, que usualmente está aplicando la autoridad sanitaria. Mientras, el artículo 198, introduce el tráfico de órganos, tejidos o materiales anatómicos.

Tenencia de estupefacientes

Sobre la tenencia de estupefacientes la redacción (arts. 199 a 203) no sanciona la “tenencia para consumo personal”,

como hoy aparece en la redacción del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, consagrando lo anticipado por el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Arriola” (2009), por el cual quedó –de hecho y derecho– despenalizada tal conducta. Además se declara no punible la tenencia y el comercio de hojas de coca en su estado natural, destinadas a la práctica del coqueo o masticación, o a su empleo como infusión. No resulta clara la referencia al “uso o consumo común” del art. 199 y se destaca que se diferencia el tipo penal según la condición del re-

En los delitos contra la integridad sexual, la violación incluye la felatio y la posibilidad de su comisión en el matrimonio. En el abuso de menores la pena se eleva y la “corrupción de menores” se redefine.

ceptor sea de adulto o menor de edad. Preocupa desde la perspectiva de la salud pública la paradoja de que la conducta privada del mero consumidor que no afecta el bien jurídico tutelado de la salud pública como “testigo”, podría verse obligado, bajo juramento, a informar dónde adquiere la droga, lo que eventualmente podría colocarlo en situación de peligro, al verse obligado a declarar y decir la “verdad”, frente al comercio de estupefacientes

Con respecto a los Delitos contra el ambiente, la flora y la fauna, se localizan en el Libro II, Título XI. También en relación a ellos podemos decir que se muestran en el proyecto no solamente unificados, sino que al prever su sanción penal el legislador le brinda la adecuada importancia a la ecología. Participamos con énfasis de tal amparo porque estamos convencidos que la protección del medio es la defensa de la salud de todos.

Los capítulos VI, VII, VIII y IX del anteproyecto referidos a los derechos in-

telectuales y a los delitos contra la propiedad de marcas son probablemente más polémicos por eventualmente favorecer a los titulares de patentes medicinales y merecerían un mayor análisis que excede la limitación de este espacio.

Los importantes avances de la leyes 24.193 (1992) –y sus modificatorias– sobre trasplantes de órganos y materiales anatómicos y la introducción del concepto legal de “muerte” (artículo 23); o la sanción de la 26.529 (2009) y su reforma por la ley 26.742 (2012) sobre los derechos de los pacientes en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, y muchas otras junto al Proyecto que se comenta aquí se enmarcan en un histórico y trascendente impulso de la jerarquización de las cuestiones que vinculan al derecho con la salud, aunque dada la extensión que debemos darle a nuestra labor se limita a esta somera enunciación.

Sin duda la iniciativa de este proyecto, sumada al aporte que pueda surgir durante los 90 días en que el mismo sea considerado en los ámbitos universitarios, marcará un hito en los temas sanitarios que nos preocupan desde siempre y es de igual trascendencia que aquellos textos legales mencionados y que están vigentes, o los que contienen la media sanción que la Cámara de Diputados ha dado al Digesto Jurídico Argentino o a la Reforma del Código Civil y Comercial y que impactarán en el sector salud.

La Universidad ISALUD participó de esas dos últimas iniciativas a través de su Centro de Estudio e Investigación en Derecho Sanitario y Bioderecho y también procurará hacer sus aportes al debate de esta propuesta de reforma del código penal en el entendimiento de que la especificidad del derecho sanitario y el bioderecho pueden surgir valiosas contribuciones. 