

# INTERMEDIACIÓN LUCRATIVA PARA CAPTAR SOCIOS PARA INSTITUCIONES DE ASISTENCIA MÉDICA

*Prof. Dr. Dr. Europeus Pedro J. Montano*<sup>1</sup>

## ***Bibliografía***

Discusión parlamentaria de la Ley 18.131, CRR y CSS ([www.parlamento.gub.uy](http://www.parlamento.gub.uy)). JAKOBS, Günther, “*Derecho Penal, Parte General*”, Marcial Pons, Madrid, 1995. JESCHECK-WEIGEND, “*Tratado de Derecho Penal. Parte General*”, 5ª Ed., Comares, Granada, 2002. LANGÓN CUÑARRO, Miguel, in “*Código Penal Anotado y Concordado*”, T. II, Universidad de Montevideo, 2007, págs. 858 a 863. ORDÍOZOLA PERRONE, José Miguel, “*Marco normativo de la “intermediación lucrativa” en las afiliaciones a las instituciones de asistencia médica privada*”, publicación del Estudio RUEDA, ABADI & PEREIRA. SALOM, Cecilia, “*Intermediación Lucrativa en las Instituciones de Asistencia médica Colectiva*” in *Revista de Derecho Penal*, nº 13, FCU, págs. 617 a 626. Sentencia del Juzgado Penal de 2º Turno de Montevideo, Dr. Pedro SALAZAR, auto de procesamiento nº 427 de 1º abril 2009.

## **I. EL DELITO Y LA FALTA CREADOS**

El artículo 11 de la Ley 18.131 del 18/05/2007 dice que: “*El que por cualquier medio ejecutar o encomendare ejecutar actos de intermediación lucrativa, de promoción o publicidad, con la finalidad de captar socios o afiliados para las instituciones de asistencia médica pública o privada, sean éstas colectivas o particulares, entregando a cambio o prometiendo entregar a dichos socios o afiliados dinero u otra ventaja equivalente (a excepción de mejoras en las prestaciones asistenciales) será castigado con una pena de cuatro a veinticuatro meses de prisión.*”

*Los directores y administradores de las instituciones que por cualquier medio ejecutaren, facilitaren, propiciaren o aceptaren tales actos, serán considerados coautores del delito que se tipifica.*

*Constituyen circunstancias agravantes de este delito:*

*A) El carácter de funcionario público del agente.*

*B) El grado de jerarquía funcional del autor.*

*Son nulas, asimismo, las deudas contraídas por las instituciones de asistencia médica por concepto de actos ejecutados de conformidad con lo previsto por el presente artículo.*

---

<sup>1</sup> Profesor Agregado de Derecho Penal (UdelaR).

## “Artículo 12

*El Ministerio de Salud Pública o el Banco de Previsión Social (BPS) podrán aplicar sanciones pecuniarias de hasta 1.000 UR (un mil unidades reajustables) a aquellas instituciones que se hubieren beneficiado a consecuencia de las conductas referidas en el artículo precedente, pudiendo duplicarse el monto de la sanción en caso de reincidencia y retenerse las transferencias por concepto de cuotas de afiliación al sistema que administra el BPS.”*

### II. LOS ANTECEDENTES

Este tipo penal reconoce una compleja historia de más de siete años que supuso su creación, modificaciones, derogación, y nueva puesta en vigor<sup>2</sup>.

Así, la figura –con modificaciones- fue:

creada por art. 369 de L. 17.296 de 21.2.2001;

modificada por arts. 1 y 3 L. 17.549 de 14.8.2002;

derogada por el art. 18 de la L. 17.897 de 14.9.2005;

creada como falta administrativa por L. 17.946 de 5.1.2006 y

se volvió a tipificar como delito según la disposición que hemos transcrito y ahora comentamos (art. 11 L. 18.131 de 18.5.2007).

El tipo penal está incluido en la ley que crea el Fondo Nacional de Salud (FONASA) que será el que permitirá la creación y funcionamiento del Sistema Nacional Integrado de Salud (SNIS) tal como fue previsto en la L. 18.211.

La reglamentación de esta última ley estableció una cierta libertad para que los afiliados cambien de institución prestadora de servicios médicos en base a un plazo (art. 8 D. 2/2008), con lo que quedó configurado el llamado “corralito”, con carácter transitorio. El principio, sin embargo, es el de que cada asociado puede elegir libremente la institución a la que se quiere afiliar<sup>3</sup>.

Paulatinamente, también, se fueron incorporando distintos grupos de funcionarios al FONASA (D. 32/2008: Poder Judicial y Entes de Enseñanza; D. 157/2008: funcionarios civiles del Ministerio de Defensa, D. 193/ 2008: funcionarios bancarios y Caja Profesional, etc.)

### III. POLÍTICA CRIMINAL. LA *RATIO LEGIS*.

En general, tanto doctrina<sup>4</sup>, como los propios legisladores en distintas instancias, han reco-

<sup>2</sup> Por un correcto estudio de la evolución legislativa, ORDIOZOLA PERRONE, José Miguel, “Marco normativo de la “intermediación lucrativa” en las afiliaciones a las instituciones de asistencia médica privada”, publicación del Estudio RUEDA, ABADI & PEREIRA.

<sup>3</sup> SALOM, Cecilia, “Intermediación Lucrativa en las Instituciones de Asistencia médica Colectiva” in Revista de Derecho Penal, n° 13, FCU, pág. 621, invocando los arts. 136 y 171 del D. 455/2001.

<sup>4</sup> LANGÓN CUÑARRO, Miguel, in “Código Penal Anotado y Concordado”, T. II, Universidad de Montevideo, 2007, pág. 860; SALOM, Op. Cit., pág. 618.

nocido que “en rigor, se trata de conductas que pueden ser reguladas mediante reglamentos o disposiciones administrativas, reservando la instancia dura de control social -la cárcel- para delitos que afecten bienes jurídicos de mayor jerarquía. El tipo de irregularidad puesto de manifiesto en la ley, puede regularse imponiendo sanciones a las instituciones de asistencia, o solo autorizando la inscripción de afiliados a DISSE en forma personal, etcétera, pero no llegar al extremo de “*ius puniendi*” de reprimir con penas privativas de libertad al sujeto activo del ilícito”<sup>5</sup>.

De modo que se puso en duda que se justificara la intervención del Derecho Penal, como última *ratio*.

Es muy ilustrativo lo manifestado en Cámara: “Señor Presidente: no firmé el informe de la Comisión; no lo hice porque entiendo que no podemos tipificar este delito cuando no hay un bien jurídico tutelado que sea agredido penalmente. Aquí nos encontramos con una situación diferente a las de otras ocasiones, cuando esta Cámara aumentó la pena de algunos hechos ilícitos, en cuyo caso podrá ser discutible que se aumente o no la penalidad, pero si hay un bien jurídico tutelado.

Para que exista un delito tiene que haber un bien jurídico tutelado agredido por un sujeto, que es quien se transforma, en última instancia, en el delincuente. Aquí eso no existe. Lo que hay es exclusivamente un acto de comercio que eventualmente podrá ser sancionado administrativamente, pero no es un hecho delictivo desde el punto de vista penal. Me parece muy claro que esto no es un delito y, por lo tanto, no debe tener sanción penal. Esto sí es realmente una inflación penal, porque creamos un delito donde no lo hay. A un acto lícito de comercio se le está creando una tipificación delictiva cuando, en última instancia, si se quisiera controlar este tema, habría que tomar una serie de medidas de tipo administrativo que cortaran esta situación.”<sup>6</sup>

#### IV. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Como se vio en la nota anterior, este punto ha sido de los más debatidos en el trámite parlamentario<sup>7</sup> y sigue siendo aun objeto de discusión en nuestra doctrina. Sin embargo este punto es de vital importancia porque el bien jurídico cumple funciones dogmáticas que redundan en una aplicación justa del tipo penal. Así, de acuerdo al principio de lesividad, habrá que ver si la conducta realmente afectó el bien jurídico. También sirve para interpretar la norma penal, etc.<sup>8</sup>

Del contexto de la ley se desprende que se trata de un bien jurídico de carácter económico. La discusión parlamentaria llegó a ser encendida en torno a este tema que parecía muy difuso. Qué se protege? El patrimonio de las instituciones de asistencia médica? El sistema de salud en sí mismo considerado?<sup>9</sup>

Hay quien sostuvo que se trataba de “...apuntar a la eliminación de los gastos superfluos des-

<sup>5</sup> Exposición de motivos de la L. 17.897, Cfr. CR n° 3273 - 27 de julio de 2005.

<sup>6</sup> Expresiones del señor Representante Fernández Chaves.

<sup>7</sup> Se llegó a sostener que se trataba de un tipo sin bien jurídico protegido, lo que esto vuelve al debate sobre la posibilidad de la existencia de un delito sin que proteja ningún bien. Así, para la escuela de Kiel alcanzaba “la mera infracción de un deber”. JESCHECK-WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª Ed., Comares, Granada, 2002, pág. 275, nota 8. También JAKOBS critica la teoría de la protección de bienes jurídicos: “la protección de bienes jurídicos, por tanto, no alcanza a explicar todos los elementos del delito. Ni siquiera es necesaria para todos los delitos...”, in *Derecho Penal, Parte General*, Apartado 2, n. 16, pág. 52, Marcial Pons, Madrid, 1995.

<sup>8</sup> JESCHECK, cit., pág. 276.

<sup>9</sup> La exposición de motivos de la Ley 17.897 lo reconocía expresamente, al punto de derogarlo: “14) “...Más allá de la dificultad de identificar cuál es el bien jurídico tutelado en la norma...”

vinculados de la atención de la salud, como los derivados de la intermediación lucrativa de las afiliaciones o los importantes gastos en marketing”<sup>10</sup>.

En buen romance, se trata de evitar que los socios cambien de mutualista ofreciéndoles dinero u otro beneficio. Esos gastos –que en definitiva provienen de las mismas instituciones médicas– las debilitan económicamente y conspiran contra la estabilidad del sistema de salud<sup>11</sup>.

En un sistema muy fuertemente regulado, como lo es de la salud en nuestro país, donde se fijan por el Gobierno las prestaciones que deben ser brindadas y las cuotas mutuales, en realidad no existe un libre mercado. Como consecuencia de esa regulación, también se restringe la libre competencia, en atención a valores que se entienden superiores, como el sistema de prestaciones sanitarias y, en definitiva, la salud de las personas. Sería, en definitiva, un bien jurídico múltiple, un delito pluriofensivo<sup>12</sup>.

De todos modos, es interesante –aunque más bien desde el punto dogmático– determinar si estamos ante un delito de daño o de peligro. Si se requiere el efectivo daño patrimonial de una institución de asistencia médica, obviamente el número de socios captados debería ser importante. El principio de lesividad sólo se cumpliría si la captación fuera masiva, provocando así una pérdida económica de importancia.

Por otra parte, podríamos decir lo mismo con respecto al bien jurídico sistema de salud. Si la captación de socios produjera solo la caída de una institución, parecería que el sistema no colapsaría, por lo tanto, el principio de lesividad requeriría una caída de significado, como podría ser la de alguna institución de muchos asociados, o varias instituciones pequeñas.

Lo mismo con respecto al bien individual: la salud de alguna persona debió verse afectada por esa captación ilícita. Esto no parece muy probable, tomando algún acto aislado, a no ser que –por el cambio– la persona no pueda recibir el tratamiento adecuado en la nueva institución porque –por ejemplo– carece de equipos especiales o determinados especialistas que sí estaban en la otra institución de la cual provienen.

Por otra parte, podría ser que el tipo penal buscara proteger la “competencia leal” entre las distintas empresas. O, como se ha sostenido, la libertad de elección de los afiliados<sup>13</sup>.

## V. EL TIPO OBJETIVO

La conducta incriminada supone en síntesis, “por cualquier medio, ejecutar o encomendar ejecutar actos de intermediación lucrativa, de promoción o publicidad”.

## VI. SUJETO ACTIVO

El sujeto activo puede ser cualquiera, operando aisladamente, o en el ámbito de una organización empresarial más o menos desarrollada. Quedan por lo tanto incluidas las personas que pro-

<sup>10</sup> CRR. Anexo I al Rep. N° 784.

<sup>11</sup> En la discusión parlamentaria se vinculó este fenómeno a la caída de dos mutualistas. En definitiva, aquellas que tienen más dinero pueden comprar socios y sacárselos a las menos poderosas, vaciándolas de afiliados y poniéndolas en peligro de quiebra.

<sup>12</sup> LANGÓN, cit., pág. 862.

<sup>13</sup> SALOM, cit., pág. 622.

fesionalmente se dedican a la promoción o a la publicidad, y no quedarían amparadas por la causa de justificación prevista en el art. 28 CP porque no lo harían conforme a la ley<sup>14</sup>.

En la única sentencia que ha llegado a nuestro conocimiento, se trataba de un sujeto que –en las inmediaciones del BPS- proponía a las personas el cambio a determinada mutualista. Para eso, les ponía dinero en el bolsillo, una vez que firmaban el documento definitivo de cambio. Obviamente, ese importe provendría directa o indirectamente de la mutualista en cuestión, ya sea porque se lo entregaba directamente al intermediario, o porque éste luego lo pasaría como costos u honorarios de promoción. Esta última modalidad, supone una verdadera organización empresarial (aun cuando se trate de una “unipersonal”) para poder facturar y así figurar la salida en la contabilidad de la mutualista bajo el rubro “marketing”, promoción, o publicidad.

De hecho, en el caso de la sentencia, el sujeto llevaba al afiliado a una oficina, donde había cuatro muchachas y tres hombres, computadoras, mesas y sillas, en una especie de garaje. Ahí se “llenaban unos papeles” y luego los acompañaban a la nueva mutualista “donde realiza el último papeleo” y al despedirse les entregaba el dinero prometido inicialmente. El importe oscilaba entre \$ 500 y \$ 1.000 por persona.

Esta es una modalidad pero no la única. La imaginación puede proponer otros ejemplos como el de exonerar de cuota durante cierta cantidad de meses, o el de entregar un celular con derecho a determinado número de llamadas, u otro electrodoméstico.

El sujeto activo puede realizar la conducta ilícita por sí o puede “*encomendar ejecutar*” esos actos prohibidos<sup>15</sup>. Estaríamos en una hipótesis de “hombre de atrás” que hace que otro haga –autoría mediata calificada aquí de inmediata- y esto puede ser por distintos medios: razones de jerarquía, autoridad, económicas, etc. Ambos sujetos, el que manda y el que cumple el mandato, son considerados autores a los efectos de esta ley, estableciendo una excepción al régimen del art. 61 CPU<sup>16</sup>. Se buscó de esta forma cubrir el espectro de la organización empresarial desde el dueño o directivo, hasta el empleado que hace el ofrecimiento concreto.

Sobre todo es aun más llamativa la excepción cuando en el segundo inciso se establece que “*Los directores y administradores de las instituciones que por cualquier medio ejecutaren, facilitaren, propiciaren o aceptaren tales actos, serán considerados coautores del delito que se tipifica.*”

Aquí, además, se prevé la posibilidad de que se castiguen actos preparatorios (propiciación, facilitación)<sup>17</sup> o un verdadero encubrimiento (aceptaren). Si la facilitación o propiciación encajan dentro del régimen general del concurso de delincuentes, estarían de más porque ya estarían previstas en él<sup>18</sup>. Por lo tanto, parecería que lo que se quiso es castigar también los actos preparatorios llevados a cabo por directores o administradores de organizaciones. También estaría de más el encubrimiento, porque alcanzaría el art. 197 CPU.

No se trata de un delito bilateral: el socio captado no es sujeto activo, sino más bien objeto

<sup>14</sup> Artículo 28. *Cumplimiento de la ley*. Está exento de responsabilidad el que ejecuta un acto, ordenado o permitido por la ley, en vista de las funciones públicas que desempeña, **de la profesión a que se dedica**, de la autoridad que ejerce, o de la ayuda que le preste a la justicia.

<sup>15</sup> LANGÓN, cit., pág. 863, sostiene que se trata de un acto preparatorio.

<sup>16</sup> LANGÓN, Op cit., pág. 861.

<sup>17</sup> SALOM, op. cit., pág. 624.

<sup>18</sup> Ibidem.

material de la acción<sup>19</sup>. Véase que la figura requiere que el autor sea *quien promete o entrega*.

## VII. SUJETO PASIVO

Obviamente depende mucho de cuál se entienda que es el bien jurídico tutelado, para poder definir al sujeto pasivo. Parecería que lo fuera la sociedad toda, en cuanto el bien jurídico inmediato más probable sería la estabilidad del sistema de salud en nuestro país, y aquel que está al final de la cadena –pero que justifica la existencia del bien público protegido– es la persona, su salud.

## VIII. LA MODALIDAD

El tipo penal establece que la intermediación es ilícita si se hace “*entregando a cambio o prometiendo entregar a dichos socios o afiliados dinero u otra ventaja equivalente*”. Como se ve, la expresión “u otra ventaja equivalente” es muy amplia y daría lugar a pensar en un tipo abierto.

Queda hecha una salvedad: “*a excepción de mejoras en las prestaciones asistenciales*”. Esto quiere decir que la promoción, publicidad o intermediación, pueden transformarse en lícita solo en la medida que se hagan en base a servicios propios del objeto de la institución médica: asistenciales. Esto es, la incorporación de nuevo equipamiento o de técnicos especialistas, o nuevas instalaciones o un mejor servicio de “hotelería”, habitación individual, comodidades para el acompañante, etc. Véase que es muy tenue la diferencia porque las mejoras en prestaciones asistenciales pueden llegar a confundirse con facilidad con “ventaja equivalente” desde el punto de vista económico. Así, si por una misma cuota puedo obtener habitación individual, o comodidades para el acompañante del internado, esto evidentemente es apreciable económicamente. Esta promoción, obviamente, puede ser considerada lucrativa, dada la amplitud de los términos legales.

Entendemos que el concepto de lucrativo, debe entenderse aplicado al socio captado. Es éste el que debe lucrar como consecuencia de su cambio de institución. Esto hace que quien promueve, publicita o intermedia, aun pueda cometer el delito si lo hace a título gratuito<sup>20</sup>. *El lucro está en aquello que se da o se promete*<sup>21</sup>.

## IX. LA REFERENCIA DE MEDIO

La intermediación prohibida puede ser hecha *por cualquier medio*. En realidad, podría haberse omitido esta expresión. Obedece a la ambición de captar todas las conductas posibles, pero esto ya se lograría sin ella. En general, la referencia a los medios debe utilizarse en sentido contrario, cuando se limitan. Quedarían por lo tanto incluidas conductas como la de quien distribuye volantes ofreciendo una ventaja económica, e incluso, quien los imprime por aplicación del régimen general del concurso de delincuentes<sup>22</sup>. Véase lo amplio que puede resultar el espectro de quienes pueden intervenir: quienes “suben” la promoción ilícita a la página web de la institución; los telefonistas que hacen la campaña de reclutamiento por teléfono; quien lo publica en un medio de difusión, etc.

<sup>19</sup> LANGÓN, cit. pág. 863, sostiene que es otra excepción al régimen de la participación porque sin su concurso, el delito no se podría realizar, por lo menos en su etapa de consumación plena.

<sup>20</sup> Para LANGÓN, op cit., pág 863, sólo podrían ser gratuitas la promoción y la publicidad.

<sup>21</sup> Para LANGÓN, op. cit., pág. 862, “el que obtiene ganancia ilícita es el intermediario”.

<sup>22</sup> Por lo menos, en función de lo dispuesto por el art. 62 CPU, en carácter de cómplices...

## X. EL OBJETO DE LA ACCIÓN: LOS ACTOS DE INTERMEDIACIÓN LUCRATIVA, DE PROMOCIÓN O PUBLICIDAD.

Qué son los “actos de intermediación lucrativa, de promoción o publicidad”. Lo primero que podríamos señalar es que la expresión *lucrativa* está aquí de más porque la intermediación siempre debe ser cumplida entregando o prometiendo entregar dinero o ventaja equivalente. Es lo que sucede con las expresiones “promoción o publicidad”, porque si bien no se dice expresamente que deben ser lucrativas, también requieren este elemento.

En realidad, la *intermediación* significa poner en relación a dos o más personas o entidades para que lleguen a un acuerdo. La *promoción* es dar a conocer algo o incrementar sus ventas y la *publicidad* es la acción o efecto de divulgar noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles clientes<sup>23</sup>. Como se ve, la “o” ubicada entre promoción y publicidad, debe entenderse como relación de equivalencia ya que, ambas nociones son muy próximas.

Se trata entonces, a nuestro modo de ver, de dos modalidades: una *concreta*, en la cual alguien pone en contacto a una persona con otra (física o jurídica). En cambio, la promoción y la publicidad van destinadas al público en general, o al menos, a un grupo de personas *indeterminadas*<sup>24</sup>.

## XI. EL TIPO SUBJETIVO

La conducta se castiga a título de dolo, pero tiene una referencia subjetiva: la intención debe ser “*con la finalidad de captar socios o afiliados para las instituciones de asistencia médica pública o privada, sean éstas colectivas o particulares*”

Los clientes a captar pueden ser de dos tipos: socios o afiliados. Aquí no pensamos que la “o” signifique equivalencia o sinonimia, sino más bien una distinción. Es que el término afiliados está más claramente vinculado a las mutualistas. Sin embargo el término socio es algo más amplio y pensamos que quizás quiso incluirse también a los “asegurados”, puesto que las instituciones de referencia pueden también funcionar bajo el régimen de seguro de salud<sup>25</sup>.

Interesa mucho más indagar, por lo tanto, cuáles son *las instituciones* a que refiere el tipo. Lo que es evidente es que se quiso ser lo más amplio posible, para que queden todas incluidas.

Tanto la expresión “socio o afiliado”, como “instituciones”, nos ubican inicialmente en el ámbito de una organización empresarial<sup>26</sup>. Y esta puede ser pública o privada, aunque no conocemos ninguna institución pública que tenga socios o afiliados y sí “usuarios”. Es el caso de los hospitales públicos que, al quedar integrados al SNIS también podrían tener “su clientela” cautiva, aunque no vemos bien cómo funcionaría en la práctica la entrega o promesa de beneficios económicos *o análogos*.

Las instituciones deben ser “*de asistencia médica pública o privada, sean éstas colectivas o particulares*”. A diferencia de la ley anterior, n° 17.549, aquí no se limita a las previstas en la L. 15.181, sino que se refiere a cualquier institución que tenga por objeto la asistencia médica, que

<sup>23</sup> Definiciones de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española.

<sup>24</sup> Por ejemplo publicar un aviso en una revista gremial.

<sup>25</sup> L. 15.181, art. 3°.

<sup>26</sup> LANGÓN, cit, pág. 863

puede ser pública o privada. En el ámbito público, reiteramos, sólo se nos ocurre los hospitales<sup>27</sup>. En el ámbito privado, la variedad es muy grande. Ya era muy rica, cuando sólo refería a las instituciones previstas en la L. 15.181<sup>28</sup>. Con más razón ahora, cuyo único límite viene dado por el tipo de clientela: colectiva o particular. Esta última no quiere decir “individual”, sino que es aquella que resulta del art. 3° L. 15.181<sup>29</sup>.

Obviamente este tipo penal reclama que se posibilite la aplicación del error de prohibición<sup>30</sup> porque no se trata de un tipo que regula lo *malo in se*, sino que hay que tener un conocimiento expreso de una disposición que cuesta mucho imaginarla. Es muy posible desconocer esta prohibición legal.

## XII. LA PENA

Quien incurra en este delito “*será castigado con una pena de cuatro a veinticuatro meses de prisión*”. Estamos ante una sanción muy baja que corresponde a la levedad de la lesividad que a esta conducta se atribuye. Es muy difícil pensar en un supuesto en el que –efectivamente– el sujeto sea privado de su libertad, aunque sea provisionalmente. Es lo que sucedió en la sentencia citada, en la que se decretó el procesamiento sin prisión.

## XIII. LAS CIRCUNSTANCIAS

“*Constituyen circunstancias agravantes de este delito:*

A) *El carácter de funcionario público del agente.*

B) *El grado de jerarquía funcional del autor.”*

Por más que estén previstas circunstancias especiales en este tipo, los guarismos no pueden cambiar demasiado desde que el máximo previsto al que permiten llegar es de carácter correccional. Por otro lado el mínimo es muy bajo, lo que nos permite afirmar que estamos ante una disposición de carácter simbólico<sup>31</sup>: un mensaje que se quiere enviar a la sociedad de que cierta conducta no es admisible. Se considera prácticamente suficiente la “pena de estigmatización” o de “proceso”, con las molestias que esto conlleva.

La primera agravante no significa dificultad alguna desde el punto de vista interpretativo. Es una agravante ya contemplada en otros tipos penales (arts. 282, 295, 296 CPU etc.).

El “*grado de jerarquía funcional del autor*” es algo más complejo. Primero porque se refiere a “autor” y ya se dijo que precisamente los directores y administradores de las instituciones son

<sup>27</sup> Según el art. 2° de la L. 15.181 es aquella que realizan las personas jurídicas públicas.

<sup>28</sup> SALOM, cit., pág. 620.

<sup>29</sup> Es “la que brindan a sus pacientes los profesionales mencionados en el art. 2 actuando individualmente, en equipo o a través de entidades. Esta forma de asistencia puede ser parcial o total y abarcar todos los aspectos técnicamente posibles y se regulará por los acuerdos que se celebren al respecto mediante el régimen de libre contratación. Los sanatorios y clínicas privados podrán ofrecer seguros individuales de internación, parciales o totales, en régimen de libre elección de asistencia profesional”.

<sup>30</sup> Con lo que significa de dificultoso en nuestro actual sistema positivo penal (art. 18 in fine, art. 24 CPU), a pesar de los esfuerzos de la doctrina. Cfr. SALOM, pág. 625, nota 24.

<sup>31</sup> LANGÓN, cit., págs. 860 y 863.



considerados “coautores”. Esta distorsión al régimen general de la autoría y participación plantea el problema de si estas circunstancias podrían ser aplicadas precisamente a quienes tienen más jerarquía dentro de una organización empresarial. De acuerdo a una interpretación piedeletrista, podría darse el absurdo de que un simple empleado resulte más castigado que quien lo mandó o determinó a hacer la conducta delictiva.

También podría pensarse que se trata de un grado de jerarquía *en otro ámbito*. Por ejemplo, pensando en un funcionario público con un cargo de importancia, que cometa por él mismo la conducta ilícita captando socios para una mutualista privada. El sentido común –y el principio de interpretación a favor de la libertad– parecería llevar a pensar que debe ser en el *ámbito de la salud*, ya sea un funcionario público dependiente del BPS o del MSP<sup>32</sup> o del Ministerio de Defensa o un alto cargo de una Caja Profesional, o un jerarca de la empresa u organización privada que se dedica a la captación ilícita de afiliados o socios.

Por otro lado, también se plantea un problema con respecto a la expresión “*grado funcional*”: lo lógico sería que la eficacia máxima de las circunstancias sólo fuera reservada para quienes son los jefes máximos (no los dueños, porque estos pueden considerarse que no desempeñan estrictamente una función dentro de la estructura jerárquica) y la mínima, a quienes están en el puesto más bajo.

#### XIV. ESTRUCTURAS COMPLEJAS

Nos parece que las organizaciones o empresas pudieron haber sido creadas para este fin ilícito, en cuyo caso podría ser de aplicación la “asociación para delinquir” (art. 150 CPU), pero también podría tratarse de empresas que ya existen (por ejemplo empresas de publicidad) que se desvían de su fin originario, o cometen estos actos paralelamente a otros que son lícitos. En este caso, no cabría la aplicación de tal disposición (art. 150 CPU), sino el régimen general del concurso de delinquentes: la fundación o creación de la organización no tuvo por finalidad la actividad ilícita, aunque en el marco de ella, pudieron realizarse actos ilícitos. Esto es propio de toda actividad en el ámbito empresarial: si no, todo acto criminal realizado en ese ámbito, en el que participan personas de una misma empresa, podría considerarse producto de una “asociación para delinquir”, y esa no es la *ratio legis* de la disposición.

El verbo *facilitar* tiene frecuente aplicación en el CPU (arts. 52, 56, 132, 163, etc.), en cambio *propiciar* aparece sólo en el art. 323 bis y significa mostrarse favorable, benigno, dispuesto a ayudar<sup>33</sup>. Nos remitimos a los comentarios que de esas disposiciones se han hecho.

Se repite la expresión “*por cualquier medio*”, y también reiteramos aquí que nos parece estar de más.

#### XV. LA NULIDAD DE LAS OBLIGACIONES

Establece esta ley una sanción complementaria, de carácter civil: “*Son nulas, asimismo, las deudas contraídas por las instituciones de asistencia médica por concepto de actos ejecutados de conformidad con lo previsto por el presente artículo.*”

<sup>32</sup> LANGÓN, cit. pág. 863; SALOM, cit., pág. 625.

<sup>33</sup> Pequeño Larousse Ilustrado.

Esta nulidad también aparece como una disposición inútil desde que todas las obligaciones con objeto ilícito son de por sí nulas porque así lo dispone el Ordenamiento Civil (arts. 1286 y 1560 CC).

Por lo tanto, no sólo sería nula esta obligación entre la institución y el promotor o el nuevo socio, sino aquella que surja entre el promotor y el nuevo socio, lo que no impediría –eventualmente- la aplicación del tipo de la estafa (art. 347 CPU)<sup>34</sup>.

## XVI. LA FALTA ADMINISTRATIVA

En el artículo 12 se establece una falta administrativa que –al parecer- sería suficiente para controlar el fenómeno que preocupó al legislador, máxime con el refuerzo que resulta de las prohibiciones establecidas en la ley de creación del SNIS<sup>35</sup>. Sin embargo, no debe ser así, porque esta falta ya existió cuando el delito fue derogado por la ley de Humanización de Cárceles n° 17.897.

En efecto, en definitiva, los fondos que financian este acto ilícito salen de las arcas de las propias instituciones de salud, ya sea de manera encubierta como gastos de promoción o salarios, o de forma clandestina.

Por eso ahí está la raíz donde debe ser atacado el problema y parece acertada la creación de esta falta. Nos preguntamos si –cuando se manifiesta que no fue suficiente- su fracaso no se debió más bien a la falta de los debidos controles que debió ejercer el MSP<sup>36</sup> o el BPS y que –al crear la figura delictiva- lo descargan de otra manera, en el Poder Judicial.

El artículo 12 dice que: *El Ministerio de Salud Pública o el Banco de Previsión Social (BPS) podrán aplicar sanciones pecuniarias de hasta 1.000 UR (un mil unidades reajustables) a aquellas instituciones que se hubieren beneficiado a consecuencia de las conductas referidas en el artículo precedente, pudiendo duplicarse el monto de la sanción en caso de reincidencia y retenerse las transferencias por concepto de cuotas de afiliación al sistema que administra el BPS.*”

Lógicamente, tal como pueden combinarse ambas disposiciones, arts. 11 y 12, surge el delicado problema del *non bis in idem*<sup>37</sup>, sobre el que - tratándose de la violación simultánea de normas administrativas y penales- no existe unanimidad en doctrina.

Montevideo, abril de 2011.

<sup>34</sup> SALOM, cit., pág. 626 incluyendo obviamente el contrato de asistencia mutua así concertado, y también el contrato laboral que vincula a la institución con su empleado que realiza la captación delictiva.

<sup>35</sup> Cfr. Art. 20 L. 18.211.

<sup>36</sup> Este control está legalmente establecido y abarca también a *los medios de difusión*: **Art. 20 L. 18.211**: Los profesionales y entidades que presten servicios de salud podrán realizar publicidad mediante cualquier modalidad de difusión siempre que limiten las menciones a sus datos identificatorios, títulos que posean y especialidades que desarrollen, los que deberán estar debidamente registrados ante el Ministerio de Salud Pública.

Cuando dichos profesionales o entidades se propongan ampliar el alcance de su publicidad, deberán recabar previamente autorización al Ministerio de Salud Pública, en los términos de la reglamentación aplicable.

Las personas o entidades que infrinjan estas normas se harán pasibles de sanciones entre 30 UR (treinta unidades reajustables) y 500 UR (quinientas unidades reajustables) que aplicará el citado Ministerio, sin perjuicio de la inmediata suspensión de la publicidad que le será notificada a los responsables de los medios utilizados para su difusión. Si el orden no fuere efectivizada, a los medios se les aplicarán iguales sanciones económicas.”

<sup>37</sup> LANGÓN, op. cit. pág. 861. SALOM, op. cit., pág. 626, opina que la sentencia penal es un requisito previo e indispensable para una declaración de nulidad de las obligaciones o la aplicación de sanciones administrativas, a pesar de la independencia de jurisdicciones; nosotros nos permitimos discordar.