

CIRCULAR ADMINISTRATIVA

DE CONFORMIDAD CON LOS ARTICULOS 1, 13, 14 Y 25 DE LA LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO, SE PONEN EN CONOCIMIENTO DE LOS Y LAS FISCALES LAS SIGUIENTES INSTRUCCIONES DEL FISCAL GENERAL, LAS CUALES DEBEN SER ACATADAS DE INMEDIATO, A EFECTO DE CREAR Y MANTENER LA UNIDAD DE ACCIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES EN EL MINISTERIO PÚBLICO.

DE CONFORMIDAD CON LA LEY DE CONTROL INTERNO Y LA CIRCULAR FGR N° 10-2006, ES RESPONSABILIDAD DE LOS FISCALES ADJUNTOS QUE LAS MISMAS SEAN CONOCIDAS Y APLICADAS POR LOS FISCALES ADSCRITOS A SU FISCALÍA.

Tema: Interpretación de la norma que regula el Ejercicio ilegal de la profesión

La Fiscalía General de la República, conforme a la facultad otorgada por el artículo 13 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, considera necesario y razonable, emitir la presente circular en relación con el delito de ejercicio ilegal de la profesión, regulado en el artículo 322 del Código Penal, con la finalidad de una correcta y uniforme interpretación de este fenómeno criminal por parte de los fiscales y fiscalas.

Antecedentes

Según dictamen 139-2007 de la Procuraduría General de la República: *“la libertad profesional, como toda otra libertad pública, se encuentra sujeta al poder fiscalizador del Estado. La trascendencia del ejercicio de las profesiones liberales para el todo social implica, necesariamente, su sujeción a un régimen detallado que garantice la calidad y confiabilidad de los servicios que se brinden, así como la no afectación*

de terceros y el respeto de la moral y el orden público.”

No obstante, ha existido ambigüedad en torno a la interpretación del tipo penal de ejercicio ilegal de la profesión, a nivel jurisprudencial y doctrinario, por cuanto un sector exige la habitualidad del ejercicio por parte del sujeto activo y la otra que únicamente exige haber llevado a cabo la acción para la cual la persona carece de habilitación. A dichos criterios se suma quienes exigen la existencia de un daño como producto de ese ejercicio ilegal. Las situaciones mencionadas han conllevado a crear una incertidumbre tanto para fiscales y fiscalas como para las fiscalías de los Colegios profesionales, al momento de llevar a cabo la investigación sobre estos hechos.

Razón la cual la presente circular contendrá los lineamientos básicos que deben tomar las personas representantes del Ministerio Público al abordar el delito de ejercicio ilegal de la profesión.

Interpretación del ejercicio ilegal de la profesión

El delito de ejercicio ilegal de la profesión se encuentra regulado en el artículo 322 del Código penal, título XIII denominado Delitos contra la autoridad pública, el cual indica: *“Será reprimido con prisión de tres meses a dos años, al que ejerciere una profesión para la que se requiere una habilitación especial sin haber obtenido la autorización correspondiente.”*

Para iniciar con el análisis de tipicidad de la norma antes descrita hay que tener claro primeramente que se entiende por

“profesional”.

Así las cosas, analizaremos dicho concepto desde la perspectiva común y como se interpreta a nivel jurisprudencial.

Según la Real Academia Española de la Lengua, profesional es: “*Dicho de una persona: Que ejerce su profesión con capacidad y aplicación relevantes*”, y a su vez define profesión como: “*Empleo, facultad u oficio que alguien ejerce y por el que percibe una retribución.*”

Por su parte, la Sala Constitucional en Voto número 1386-90 “...los Colegios Profesionales son Corporaciones de Derecho Público que, por delegación de funciones estatales, tienen como finalidad velar por la corrección y buen desempeño de las funciones profesionales de los afiliados y corregirlos disciplinariamente...” esta obligación deriva del interés público inmerso en las funciones que desempeñan los profesionales¹.

A partir de lo anterior, se deriva que el ejercicio profesional regulado en el numeral 322 del Código Penal, refiere a la persona que realice un oficio para el cual no se encuentra autorizado de llevar a cabo, ya que la realización de la profesión correspondiente, por ejemplo, arquitectura, psicología, abogacía, entre otros, su mala aplicación implica una afectación al interés público y podría dañar a terceros.

Bien jurídico tutelado

Cada persona es libre de escoger su profesión, no obstante, nuestra carta magna en su artículo 28 establece como límite a la autonomía de la voluntad: el daño a terceros; es esta la razón por la cual existe el deber de vigilar el ejercicio profesional: quién la realiza, formación académica y aval del respectivo colegio profesional para la praxis correspondiente.

En el dictamen C-086-94 del 31 de mayo de

¹ Respecto al deber de colegiatura, en el voto N°02313-95, la Sala Constitucional, determinó la eximente de esta obligación para quien ejerza el periodismo.

1994, la Procuraduría General de la República indicó “*En el delito de ejercicio ilegal de la profesión, el bien jurídico tutelado es el correcto y legal despliegue de funciones públicas.*”

Sin embargo, un sector de la doctrina, así como la jurisprudencia señala que, en este delito al recurrir complementariamente a otras normas, constituye un delito pluriofensivo donde además de la autoridad se debe analizar el ámbito en el cual se realizó el hecho.

Sobre este aspecto Harbottle², cita la sentencia N°2002-1021 del Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José quien al referirse al bien jurídico en un voto de mayoría expresó: “*...En realidad, el ejercicio ilegal de una profesión tutela otros bienes jurídicos adicionales a la autoridad, que varían según la carrera de que se trate. Así, p.ej., el ejercicio ilegal del derecho pone en juego la libertad, el patrimonio, la personalidad, la familia, la economía, etc.; el ejercicio ilegal de la ingeniería civil pone en juego la vida y salud de las personas, el patrimonio, la economía, etc.; y el ejercicio ilegal de la agronomía arriesga la salud de las personas, el patrimonio, la economía, etc....*”

Así las cosas, al tratarse el ejercicio ilegal de la profesión de un delito pluriofensivo, al momento de la investigación las fiscalías y los fiscales deben determinar el bien jurídico violentado según la carrera en la cual se haya ejercido de forma ilegal la profesión.

Acción típica

El verbo rector es **Ejercer**. Según la Real Academia Española de la Lengua, ejercer significa “*1. Practicar los actos propios de un oficio, facultad o profesión. 2. Hacer uso de un derecho, capacidad o virtud.*”³

Ello implica que la acción típica se constituye

² Harbottle Quirós, F. 2013. El ejercicio ilegal de una profesión en Costa Rica. PP. 86. En línea

³ Real Academia Española de la Lengua. <http://dle.rae.es/?id=ESQq7Gn>

cuando el sujeto activo realiza un acto cuya aplicación está designada a quien cumpla con la formación académica y cuente con la autorización del colegio profesional respectivo, y éste carece de ellos o alguno de ellos.

Un ejemplo sería la persona que brinde terapia psicológica, no obstante, nunca ha estudiado psicología, sino que de forma empírica brinda su servicio, sin la autorización bien habiendo obtenido su certificación universitaria aun no cuente con la autorización del colegio de profesionales en psicología para el ejercicio efectivo de su profesión.

Sin embargo, es menester indicar que también realiza de manera ilegal su profesión quien cumple una sanción administrativa el cual le inhabilita para el ejercicio de su función por un periodo de tiempo.

Lo señalado anteriormente reviste de importancia por cuanto los elementos normativos del tipo penal exigen:

a) habilitación especial y/o b) autorización correspondiente para realizar actos materiales.

Aunado a lo anterior, en el caso de algunas profesiones existen actividades que están restringidas a quienes posean una especialidad, entendiéndose especialidad según la Real Academia Española de la Lengua como *“Rama de la ciencia, arte o actividad, cuyo objeto es una parte limitada de ellas, sobre la cual poseen saberes o habilidades muy precisos quienes la cultivan⁴.”*

La especialidad cobra relevancia por ejemplo en el caso de las personas médicas, en los cuales la Junta de Gobierno ha dispuesto la necesidad de contar especialidades médicas por citar algunas: neurología, cardiología, entre otros cuyo ejercicio implica habilidades específicas por parte de la persona médica.

Por lo que al analizar la acción típica implica determinar si la persona posee los requisitos

académicos, se encuentra incorporado de forma activa al respectivo Colegio profesional.

Elemento subjetivo

Es un delito de dolo directo. El autor debe conocer que no se encuentra facultado para ejercer la profesión o la especialidad en el cual brindó o se encuentra brindando el servicio.

Clasificación del tipo penal

La acción que sanciona el delito es el ejercicio ilegal de una profesión, actividad que no debe de causar resultado o perjuicio alguno que deba de ser demostrado para la configuración del tipo, que se consuma con la representación del autor sobre otras personas de una profesión que no ostenta por no cumplir con los requisitos necesarios.

Desde esta perspectiva, no es necesario que ese ejercicio cause un perjuicio a terceros, basta con la simple representación del acto material para que se consume el hecho.

Si producto del actuar ilegal se contabilizan otros perjuicios estos concursaran con el ejercicio ilegal,

Consumación

A nivel de jurisprudencia y doctrina se ha establecido que este tipo penal no es de resultado, sino de peligro abstracto el cual se perfecciona con la sola realización.

Al respecto, el Tribunal de Apelación de la Sentencia penal de Cartago, sección segunda, en sentencia N°2016-552, estableció: *“Para el caso del ejercicio del notariado, un solo comportamiento propio de las funciones de dicha profesión ya puede tener eficacia jurídica plena, y consecuentemente, al ser realizado por alguien que no ha obtenido la habilitación correspondiente, o se encuentra suspendido, para el ejercicio ese cargo, ya lesiona plenamente el bien jurídico protegido”*. El subrayado es nuestro.

El Doctor Claudio Rodríguez en su artículo

⁴ www.die.rae.es

Delitos de Usurpación de títulos y ejercicio ilegal de profesiones⁵, señala que para la consumación del delito basta ejercer sólo un acto de la profesión para la cual se requiera habilitación especial sea esta estar habilitados, o estando suspendidos.

Por lo que es claro que al tratarse de un delito de peligro abstracto se consuma con que una persona carente de los requisitos conforme las reglas de la ciencia y el ordenamiento jurídico brinde un servicio.

Gestión probatoria

<p>Ejercicio ilegal de la profesión</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.Toma de la denuncia 2.Entrevista a testigos 3. Ubicación de la prueba documental y material que fundamente la realización de la actividad denunciada. 4.Solicitud de pericias cuando corresponda, por ejemplo, de grafoscopía
<p>Cuando concurra el ejercicio ilegal de la profesión con mal praxis médica</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.Toma de denuncia 2.Tomar consentimiento de la persona afectada: Para ello se deberá informar que, en virtud de los hechos denunciados, puede otorgar su consentimiento informado¹, para que en caso de que sea necesario tener acceso a información de atención médica recibida por su persona en hospitales públicos o privados, EBAIS, clínicas de atención médica públicas o privadas, Instituto Nacional de Seguros, autorice a las fiscalas, fiscales, representantes del Ministerio Público, investigadores del Organismo de Investigación Judicial, así como al

personal médico del Departamento de Medicina Legal para que obtengan copia de la información médica, que incluye el expediente médico (sea digital o impreso), valoraciones en los servicios de emergencia, motivos de consulta, hojas de atención médica, diagnósticos, procedimientos realizados, tratamientos administrados, medicación prescrita, fechas de incapacidades, valoraciones de control en la consulta externa, epicrisis médicas, expediente de internamiento hospitalario, historia operatoria, resultados de estudios de laboratorio y gabinete. Se le hace saber que los documentos serán utilizados como prueba en el presente proceso penal. Informada y entendida de lo anterior, manifiesta SÍ () NO (), otorgo la autorización respectiva. Cuando se tratare de personas menores de edad, el consentimiento informado deberá brindarlo sus representantes legales, tutor o guardador. En caso de no existir el consentimiento informado, se deberá solicitar a la autoridad jurisdiccional, el secuestro del expediente (lo anterior de conformidad con el artículo 24 de la Constitución Política, artículos 1, 2, 3, 4 y 21 de la Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, y numerales 198, 277 del Código Procesal Penal).

3.El secuestro del expediente se debe al igual que la remisión de la solicitud de pericia respectiva.

Debe considerarse que la norma que regula el ejercicio ilegal de la profesión es un tipo penal en blanco, por lo que el fiscal o la fiscalía deberá aplicar complementariamente la norma del respectivo colegio profesional donde se indican los requisitos para el ejercicio legítimo de la profesión, cuando se traten de asuntos que involucren al sector médico debe aplicarse la norma especial en

⁵ Rodríguez La Cruz, C. Delitos de Usurpación de títulos y ejercicio ilegal de profesiones Autoría. Paraguay. En línea

¹De conformidad con lo establecido en el artículo 29 de la Ley sobre Registro, Secuestro y examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, y lo establecido en la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales.

este caso el artículo 370⁶ de la Ley General de Salud.

El fiscal o la fiscalía a cargo debe analizar si se tipifica el delito de ejercicio ilegal de la profesión en concurso con algún otro delito, como por ejemplo el delito de estafa o la mal praxis médica.

En consecuencia

A partir de la publicación de la presente circular, la Fiscalía General insta a las Fiscalías y Fiscales del Ministerio Público a que al momento de tramitar causas por el delito de ejercicio ilegal de la profesión analicen el caso conforme lo indicado en esta circular.

Las presentes disposiciones rigen a partir de su comunicación.

EMILIA NAVAS APARICIO
Fiscalía general DE LA REPÚBLICA
ENERO, 2019
[ORIGINAL FIRMADO]