

INTRUSISMO PUNIBLE Y CONFLICTOS EN LAS DISTINTAS ESPECIALIDADES MÉDICAS

José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez
Magistrado del Tribunal Supremo

SUMARIO I.- INTRUSISMO PUNIBLE EN MEDICINA.- 1.- Introducción.- A.- Etimología de la voz "intrusismo".- B.- Antecedentes normativos de la infracción.- c.- Codificación española.- a) Código Penal de 1822.- b) Códigos de 1848 y 1850.- c) Código Penal de 1870.- d) El Código de 1928.- e) El Código Penal de 1932.- f) El Código Penal de 1944.- g) El Proyecto de Ley de Bases de 1961 y reformas posteriores.- 2.- La normativa penal precedente al Código de 1955.- A.- Introducción.- B.- Triunfo del curanderismo.- 3.- Tentativas de reforma del Código Penal.- A.- Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980.- B.- Anteproyecto de 1983.- C.- Anteproyecto de Código Penal de 1992.- D.- Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992.- E.- Anteproyecto de Código Penal de 1994.- II. EL INTRUSISMO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995.- 1.- Introducción.- 2.- Examen de los elementos de la infracción del inciso primero del art. 403.- A.- Sujeto activo.- B.- Conducta típica.- C.- Sujeto pasivo.- D. Elemento subjetivo.- E.- Vida del delito.- F.- Participación.- G. Concurso de infracciones.- H. Faz negativa de la antijuricidad.- 1. Jurisprudencia anterior aplicable.- J. Penalidad.- K. Responsabilidad civil. 3.- A. Examen de la infracción del inciso segundo del art. 403.- B. El problema de los médicos especialistas sin título oficial o sin título homologado.- 4.- La agravación común a ambas figuras delictivas.- 5.- La infracción venial del artículo 637 del Código Penal.- III. CONCLUSIÓN.

I.- INTRUSISMO PUNIBLE EN MEDICINA.

1. A.- Etimología de la voz intrusismo.

La voz "intrusismo" derivada, según el Diccionario de la Real Academia, de intruso, y ésta a su vez del latín intrusus, participio pasivo de intrudere, introducir, de intrudo, intrudis, intrudere, de "in" y "trudo", significa empujar, meter, empujar violentamente adentro¹. En Cicerón "intrudere se" es equivalente a entrometerse, introducirse sin ser llamado, siendo equivalente a "intro et per vim trudo"². Intrusismo es, según el Diccionario de la Real Academia, "ejercicio de actividades profesionales por persona no autorizada legalmente para ello".

Sin embargo tal voz no fue utilizada por los textos penales hasta hace poco, pero sí en el lenguaje ordinario.

1. B.- Antecedentes normativos de la infracción.

Hay que dar la razón a Manzanares³ cuando afirma que resulta peligroso rastrear antecedentes de estos delitos en los textos anteriores a la Codificación. Y añade, que algún autor menciona la Ley 6 del Título VIII de la Partida VII⁴, porque el texto referente "a los físicos e los cirujanos que se meten por sabidores e lo non son ... si muriere alguno por culpa dellos", está comprendido dentro del Título VIII, "De los omezillos" referidos a la muerte del hombre, por lo que nada tiene que ver con el intrusismo. Pero si ello es cierto y digno de consignarse, no lo es menos, que dentro de la Nueva y Novísima Recopilación se encuentren preceptos concretos que determinan las penas aplicables a los ejercientes en medicina, cirugía o arte de sangrar sin hallarse en la posesión de los correspondientes títulos y licencias. En esta línea merecen consignarse al respecto, la disposición de D. Fernando y Doña Isabel en Madrid el 30 de marzo de 1477 y posteriores de 1491 y 1498 con órdenes

¹ Raimundo de Miguel y el Marqués de Morante, "Nuevo Diccionario Latino-español etimológico" 2ª ed. Madrid 1868, voz "intrudo".

² *Ibidem*.

³ José Luis Manzanares Samaniego, "El delito de intrusismo" en Actualidad Penal, nº 21/22, de 28 de mayo de 1995, pág. 317.

⁴ Así, C. Bemaldo de Quirós, en Enciclopedia Jurídica Española, Tomo 19, voz "intruso". Barcelona, Francisco Seix editor, a quien sigue Domingo Temel Carralero en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, voz "intrusismo".

tajantes a los Protomédicos y Alcaldes examinadores y ello se reitera por Don Carlos y Doña Juana y por Felipe II.⁵

Existe una eventual prohibición de los ensalmadores⁶ y unas referencias del examen de médicos⁷, sus reformas sucesivas y colisiones con otros organismos hasta la anulación del Protomedicato en tiempo de Carlos IV y su posterior restablecimiento⁸. Ello ocurría en 1801, pero por Real Orden de 8 de enero de 1804 se formó la Real Junta Superior Gubernativa de Medicina y cesó el Protomedicato.⁹

En todo caso, no ofrece duda alguna la pena del médico que ejerciere su actividad en algún pueblo o partido sin los requisitos prevenidos¹⁰ o sin tener carta de examen y licencia para ello¹¹. Se exigía para el título y ejercicio de la Medicina, en primer lugar, ser Bachiller en Artes, cuatro cursos de Medicina en cuatro años cumplidos, con examen de Bachiller, dos años de prácticas y el examen ante el Protomedicato. Pues bien, el Médico que no tuviere los dos años de prácticas y ejerciere, era sancionado con una pena de suspensión de ocho años y al que curare sin carta y licencia para ello se le imponía por cada vez la pena de seis mil maravedís.¹²

Ello resulta explicable. La cita de las Partidas a que antes hicimos referencia resulta impropia y nada tiene que ver con el intrusismo sanitario, pero, una vez que adquieren influencia las Universidades y el poder político se asienta, se exige la titulación y otras cauteles en beneficio de los súbditos.

Aún habría que citar, sin duda, el Reglamento de 10 de diciembre de 1928, científico, económico e interior de los Reales Colegios de Medicina y Cirugía y para el gobierno de los profesores que ejercen estas partes de la ciencia de curar en todo el Reino, que vuelve a reiterar la necesidad de un documento legítimo por el que se acredite la idoneidad e instrucción debidas, con imposición de multas para los que ejercieren sin el referido documento.

La represión gubernativa del intrusismo, paralela y coexistente con la penal, continúa durante todo el siglo XIX en las Reales Órdenes de 23 de noviembre de 1845, 17 de febrero de 1846 y 7 de enero de 1847, que

se refundieron en la Real Orden de 20 de mayo de 1854, y establecían la entrega de los culpables a los Tribunales en caso de reincidencia. La Real Orden de 20 de mayo de 1854, en contestación a la consulta del Gobernador de Baleares, señalaba sanciones administrativas a los intrusos que delinquieren por primera vez y en las posteriores su entrega a los Tribunales ordinarios.

Por si ello no fuera suficiente, el Real Decreto de 27 de mayo de 1855 imponía multas a los profesores de jurisprudencia, medicina, cirugía y farmacia que ejercieren dos meses sin presentar el título en el Colegio o Subdelegación respectiva.

Parecía que la autoridad gubernativa había perdido la batalla contra el intrusismo, porque la Real Orden de 3 de septiembre de 1857 se cuida de reiterar el cumplimiento de la de 20 de mayo de 1854, o incluso se sanciona a los médicos que invaden el campo de los farmacéuticos en la Real Orden de 19 de diciembre de 1867.

La Real Orden de 26 de julio de 1889 declara vigente la Real Cédula de 10 de diciembre de 1828 y aplicable su penalidad a las intrusiones en medicina.

Después, la Real Orden de 10 de octubre de 1894 determina que los Gobernadores de la provincia harán cumplir a sus delegados, alcaldes y subdelegados de Medicina, Veterinaria y Farmacia todas las disposiciones vigentes a la sazón sobre el ejercicio legal de dichas profesiones, pero la de 16 de mayo de 1898 les recuerda que no se hallan autorizados para el castigo de las intrusiones, pues esto corresponde a los Tribunales.

Ya iniciado el siglo XX la Real Orden de 2 de diciembre de 1900 tiene que excitar el celo de los Subdelegados para la prevención y castigo de las intrusiones médicas.

La Instrucción General de Sanidad aprobada por Real Decreto de 12 de enero de 1904 castiga en su artículo 67 las intrusiones en el ejercicio de las profesiones sanitarias, pero las Reales Órdenes de 23 de noviembre de 1906 y 3 de mayo de 1909 tienen que volver a excitar el celo de los Gobernadores Civiles para la persecución de estas conductas.

1. C.- Codificación española.

a) Código de 1822.

Se ha dicho que nuestro primer Código Penal castigó la usurpación de funciones, pero no el intrusismo, que queda para la sanción gubernativa con multa, por Real Cédula de 10 de diciembre de 1828, referida al intrusismo en medicina, que es el único que entonces preocupa¹³, con lamentable olvido de una extrapolación de un texto penal que tuvo aplicación escasísima, si es que llegó a aplicarse¹⁴. Referida la Cédula de 1828 al período absolutista, nada tiene que ver con el Código citado.

⁵ Leyes 1,27 Y 13 del Título XVI del Libro III de la Nueva Recopilación y Título X del Libro VIII de la Novísima.

⁶ Ley 1 del Título X del Libro III de la Nueva Recopilación.

⁷ Ley 10 del Título XVI del Libro III de la Nueva Recopilación.

⁸ Ley 12 del Título X del Libro VIII de la Novísima Recopilación.

⁹ Ley 13 del Título X del Libro VIII de la Novísima Recopilación.

¹⁰ Ley 8 del Título XVI del Libro III de la Nueva Recopilación.

¹¹ Ley 7 del Título X del Libro III de la Nueva Recopilación.

¹² Leyes 7 y 8 del Título XII del Libro ID de la Nueva Recopilación y Leyes 4 y 5 del Título XI del Libro VIII de la Novísima.

¹³ Domingo Teruel Carralero, ob. cit.

¹⁴ José Antón Oneca, "Derecho Penal", Tomo 1. Parte General. Madrid, 1949, pág. 60. El mismo, "Historia del Código Penal de 1822" en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1963, pág. 275.

En todo caso, si bien dentro del Título V, "De los delitos contra la fe pública" (dentro de su Parte Primera) el Capítulo IX se refiere "de los que se suponen con títulos o facultades que no tienen o usan condecoraciones o distintivos que no les están concedidos", para los sanitarios, el Capítulo I del Título IV ("Delitos contra la salud pública") se ocupa "de los que, sin estar aprobados, ejercen la medicina, cirugía, farmacia, arte obstétrica o flebotomía". Se distinguen dos clases de intrusismo por el legislador, de una parte los que atacan a la **fides publica**, presentándose con títulos inexistentes o usan, do distintivos o condecoraciones no concedidos, al paso que en la otra clase, pasa a primer lugar, la salud pública. El otro Capítulo de este Título IV patentiza que el Código de 1822 contempla aquí en primer lugar, el peligro para la salud ("De los boticarios que venden o despachan venenos, drogas o medicamentos perjudiciales a la salud sin receta de facultati, vo aprobado, o equivocando lo que éste haya dispuesto").

Pero centrémonos en el Capítulo 1. El artículo 363 establecía: "Cualquiera que sin legal aprobación, conforme a los reglamentos respectivos, ejerciere medicina, cirugía, farmacia, arte obstétrica o la flebotomía, pagará una multa de veinte y cinco a doscientos duros, y sufrirá una reclusión de uno a seis meses, si por su impericia no se hubieren seguido males de consideración a los pacientes a quienes asistió o suministró remedios. Pero si se hubieren verificado estos males, acreditados en debida forma, la reclusión será de uno a seis años, además del pago de la multa, y sin perjuicio de la mayor pena que le correspondiere, si hubiere usado de título falso, con arreglo al título quinto de esta primera parte".

El precepto siguiente, art. 364 es de naturaleza puramente administrativa, lo que suele ocurrir con frecuencia en este texto legal.¹⁵

Dice así tal precepto: "Los que obtuvieren la aprobación expresada en el artículo anterior deberán hacerla constar en el Ayuntamiento del pueblo de su domicilio o residencia, so pena de una multa de ocho a veinte duros. Por el mero hecho de hacer constar dicha aprobación en el Ayuntamiento, quedan obliga, dos los que pretendieren hacer uso de ella a dar parte inmediatamente al Alcalde del pueblo de toda persona muerta violentamente o herida, a cuyo reconocimiento o curación asistiesen, y de cualquiera otra en quien ejerciendo su facultad advirtieren señales de envenenamiento, o de otra violencia material, cometida contra la misma persona, con expresión individual de su nombre, señas, calidad y habitación, y de la causa o circunstancias de la muerte, herida, envenenamiento o violencia. La misma obligación tendrán relativamente a dar noticia al Alcalde de todo parte a que asistieren, en que naciere muerto algún niño, manifestando igualmente la

causa de la muerte; pero cuando el niño nazca muerto naturalmente, no deberán descubrir el nombre de la parida, cuyo honor pueda padecer. El defecto de cumplimiento de estas obligaciones se castigará con un arresto de ocho días a dos meses y una multa de seis a treinta duros".

Finalmente, el art. 365 incluye en el art. 363, no sólo la usurpación de la medicina oficial, sino mágica, esotérica y popular, "Por ningún motivo ni bajo pretexto o denominación alguna se permitirán curanderos o charlatanes, ya sea en la ocupación de asistir a los enfermos, o ya en la de dar o vender remedios simples o compuestos de ninguna especie". Añadiendo a continuación que "cualquier persona que sin autorización competente venda o suministre remedios simples o compuestos de cualquier especie, aunque se titulen preservativos o de otra cualquier manera, será también castigado con arreglo al artículo 363."

Concluamos esta parte señalando que, aparte de los delitos contra la fe pública del Capítulo IX, que se contemplan como un engaño por la apariencia de verdad o fingimiento del título¹⁶, la usurpación de funciones sanitarias es apreciada por el legislador como un ataque, no a la fides, sino a la sanitas. Se comprenden aquí, además, en una interpretación contextual a los charlatanes y curanderos, que no ejercen las actividades de la medicina oficial.

b) Códigos de 1848 y 1850.

El Código Penal de 1848 sigue al de 1822 sólo en lo referente a la concepción de un delito falsario. Así, en el Título IV "De las falsedades", el último Capítulo, VII, se ocupa "De la usurpación de funciones, calidad y nombres supuestos" con los arts. 243 a 245 (250 a 252 de la reforma de 1850), salvo el 251 en que el nuevo texto añadió la autoridad, a "empleado público o profesor de una facultad que requiera título".

El primero de los preceptos castigaba la usurpación de "carácter que habilite para administración de sacramentos y ejerciere actos propios de él", y con pena inferior "la usurpación del carácter de diácono o subdiácono" y el último al simple uso del hábito, insignias o uniforme propios de estado clerical o de un cargo público". Interesa el art. 244 (251 de la reforma): "El que se fingiere (Autoridad), empleado público o profesor de una facultad que requiera título y ejerciere actos propios de dichas profesiones o cargos ...". La pena en el texto de 1848 era la de prisión correccional en todo caso, pero el Código de 1850, en el primer caso, de prisión menor, y en el segundo y tercero con la de prisión correccional. En este precepto se recogen tanto la usurpación de funciones públicas como el intrusismo en sentido estricto.¹⁷

Lo que sí debe consignarse es la desaparición en la etapa 1848-1850 de las previsiones dentro de los delitos contra la salud pública el ejercicio de la medicina sin la aprobación para ello. Por consiguiente los intrusismos en el campo sanitario deben incluirse en las normas comunes de la usurpación de funciones y calidad. Es digno de consignarse que la reforma de 1850 estableció una falta de intrusismo, referida a "los que ejercieren sin título actos de una pro-

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ José Luis Manzanares, ob. cit. pág. 318.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 319.

fesión que lo exija". (art. 485, 4º). Esta dicotomía delito-falta se repetirá en los Códigos posteriores, como en el de 1870 (art. 591, 1º) en el de 1932 (art. 567) y en el de 1944 (art. 572).

e) El Código Penal de 1870.

El Código Penal de 1870 recoge dentro del Título IV del Libro 11 "De las falsedades" el Capítulo VII "De la usurpación de funciones, calidad y títulos y uso indebido de nombres, trajes, insignias y condecoraciones" (arts. 342 y 348). Ha separado en la penalidad la usurpación de autoridad o funcionario público (art. 342) de la atribución de la cualidad de profesor ejerciendo públicamente actos propios de una facultad que no puede ejercerse sin título oficial (art. 343), del ejercicio de actos propios de un ministro de culto (art. 344), (título de nobleza) (art. 345, nombre supuesto (art. 346).

La usurpación de funciones sanitarias se contempla en el art. 343: "El que atribuyéndose la cualidad de profesor ejerciere públicamente actos propios de una facultad que no pueda ejercerse sin título oficial, incurrirá en la pena de arresto mayor en su grado máximo a prisión correccional en su grado mínimo".

Pero, al mismo tiempo, existe una infracción venial en el art. 591, 1º: "Los que ejercieren sin título actos de una profesión que lo exija. Los reincidentes serán condenados además de multa a la pena de arresto menor de uno a diez días".

La jurisprudencia comprendió aquí a la persona cuyos auxilios eran demandados porque era comadre, porque es visto que se atribuía la cualidad de profesora sin título para ello, porque con este nombre se conoce en el lenguaje común a las profesoras matronas o parteras, sin que sea necesario para incurrir en la sanción del art. 343, atribuirse la cualidad de profesor, usando del mismo nombre que les da la ley, cuando se emplea otro que tiene el mismo significado o trascendencia -sentencia de 21 de marzo de 1891-, al practicante que visita enfermos y formula recetas, si bien autorizadas "a posteriori" por un médico -sentencia de 30 de octubre de 1896-.

Se comete este delito cuando el culpable tiene aprobadas la mayor parte de las asignaturas de la carrera de Medicina, pero no ha hecho la licenciatura y se atribuye la cualidad de profesor, ejecutando actos públicos de la profesión de cirujano -sentencia de 28 de abril de 1896-.

La publicidad, elemento esencial del delito, existe cuando el practicante en Medicina firma recetas con sello en que expresa ser médico y cobre honorarios por tal concepto -sentencia de 13 de enero de 1897-. El hecho de ejercer la procesada públicamente la profesión de profesora de partos, atribuyéndose tal cualidad

y anunciándose como profesora con real título sin poseerlo -sentencia de 11 de enero de 1904-, el que ejerce públicamente la profesión de médico, presentándose y haciéndose pasar como tal y asistiendo a Juntas con otros médicos -sentencia de 19 de junio de 1913-, el que tiene una Clínica con su propio apellido o anunciándose como Doctor en la profesión en prospectos y anuncios publicados en la prensa -sentencia de 13 de enero de 1917-.

No incurre en delito el que ejerce trabajos de prótesis dentaria creyéndose autorizado para ello por el título de licenciado en Medicina que ostentaba -sentencia de 1 de diciembre de 1917- y ello, pese a que las Reales Órdenes de 13 de agosto y 9 de noviembre de 1914- señalaban que los licenciados en Medicina necesitaban para ejercer la Odontología, cursar estudios especiales, a menos que se hallen en posesión del título de cirujano dentista adquirido con arreglo a las disposiciones vigentes a la sazón. El Tribunal Supremo atendió a que el error padecible no genera responsabilidades penales.

La doctrina jurisprudencial puso el acento en la distinción entre el delito y la falta en que para la calificación más grave se hace preciso que el culpable se hubiera atribuido públicamente la cualidad de profesor -sentencia de 21 de diciembre de 1900- porque los tres elementos integrantes del delito son: atribuirse la cualidad de profesor, ejercer actos propios de una facultad que no pueda ejercerse sin título y hacerlo públicamente -sentencia de 2 de febrero de 1926-.

Consiste la diferencia entre ambas infracciones en que el culpable se haya atribuido públicamente la cualidad de profesor -sentencia de 18 de abril de 1929

Visitar y recetar a enfermos sin título de médico, pero sin atribuirse ese carácter, constituye una sola falta y no tantas como visitas -sentencia de 2 de marzo de 1904-. El matrimonio que constituido en un pueblo recibe la visita de numerosos enfermos a los que reconoce y prescribe medicamentos, facilitándoles las oportunas recetas y recibiendo las cantidades que tenían a bien darles los pacientes, siempre que no conste que se atribuyeran la cualidad de médico -sentencia de 13 de octubre de 1931-.

No comete esta falta quien se limita a mandar poner paños de agua que decía estar magnetizada en los lugares doloridos -sentencia de 26 de septiembre de 1879- o administrar agua pura a un enfermo con intención de curarle, no es acto de la profesión médica -sentencia de 20 de marzo de 1891.

d) Código de 1928.

El texto de la Dictadura de Don Miguel Primo de Rivera ubica dentro del Título IV "De las falsedades", un Capítulo, el VII y último, "De la usurpación de funciones, calidad y títulos y uso indebido de nombre, trajes, insignias y condecoraciones" cuyo artículo 408 prescribía: "El que, sin estar legítimamente autorizado, ejerza públicamente una profesión cualquiera o practique cualquier acto propio de los que no pueden ejercerse sin título oficial, aunque los medios empleados parezcan no ofrecer peligro, incurrirá en la pena de cuatro meses a dos años de prisión y multa de 1000 a 15000 pesetas".

Si, en los casos previstos en el párrafo anterior, se ocasionare daño a la salud o intereses a de los particulares, la pena de prisión se aplicará en el grado máximo, sin perjuicio a la mayor sanción si los hechos constituyen un delito más grave".

La infracción venial de este delito se encuentra en el art. 797: "Serán castigados con multa, que no podrá ser inferior a 50 pesetas ni llegar a 1000, los que, no estando comprendidos en el art. 408, ejercieren sin título a actos de una profesión que la exija, aunque lo hagan sin causar daño en la salud ni de otro orden".

Este texto ha sido ignorado por algún tratadista¹⁸, pero pese a la escasa vigencia del Código ha supuesto una novedad frente a los precedentes 1848-5º y 1870, resulta más próximo al texto de 1822. La tipicidad requería o el ejercicio público de una profesión cualquiera o la práctica de actos propios de los que no puedan ejercerse sin título.

Pero este tipo básico se agrava, si se produjera daño de salud o intereses de los particulares, lo que supone una agravante específica.¹⁹

La falta está caracterizada por ejercer sin título actos de una profesión que lo exija, pero no públicamente.

e) Código Penal de 1932.

El texto penal de la Segunda República, dentro del Título IV, "De las falsedades" y de su Capítulo VII "De la usurpación de funciones y título y uso indebido de nombres, trajes y condecoraciones" reproduce en su artículo 326 literalmente el art. 343 del Código de 1870, salvo en la penalidad, sustituyendo prisión correccional por menor.

El art. 567 reproduce casi a la letra el art. 591, 1º del Código de 1870, salvo la penalidad que en éste era de 5 a 125 pesetas de multa y en el texto republicano es de 5 a 150 pesetas.

f) Código Penal de 1944.

El Código Penal de 1944 vuelve en sus artículos 321 Y 572 a la fórmula y estructura del texto precedente. Así el art. 321 sanciona al que atribuyéndose la cualidad de profesor, ejerciera públicamente actos propios en una Facultad que no se pueden ejercer sin título oficial. El art. 572 recoge el ejercicio sin título de una profesión que lo exija, como constitutivo de falta.

g) El Proyecto de Ley de Bases de 1961.

Se limitaba a decir al respecto que el art. 321 sería "modificado conforme a las exigencias actuales para lograr una mayor eficacia en la represión del intrusis-

mo" y "en el mismo sentido se procedería con el 572".²⁰

La Ponencia aceptó las enmiendas de Jordana de Fuentes y de Boadilla y como consecuencia el Dictamen de la Comisión pasó a constituir el párrafo segundo de la Base Y. La reforma no se ajustó a la Ley de Bases que se refería a "profesión, carrera o especialidad" y de "título académico" oficial y ensanchó el tipo porque no se refería, a diferencia de 10 ordenado en la Ley de Bases, al Código o "Leyes del Estado" sino a "disposición legal"²¹. Lo cierto es que el Decreto de 24 de enero de 1963 cedió quizás a la presión de algunos Colegios profesionales y avanzó la reforma más de lo pretendido²², volatilizándose la cualidad de "académico, profesión, carrera o especialidad que requiera título oficial reconocido ..." por "profesión sin poseer el correspondiente título oficial reconocido ..."²³.

El Decreto 691/1963, de 28 de marzo, por el que se aprobó el "Texto revisado de 1963" del Código Penal (B.O.E. de 2 de abril), al referirse a las "nuevas modalidades delictivas, creadas al amparo de la insoslayable presencia de manifestaciones criminales en la cotidiana realidad en que se vive ..." cita en 'primer lugar "a) El llamado intrusismo en sus respectivos aspectos de delito (art. 321) Y de falta (art. 572, núms. 1º y 2º)".

El art. 321 quedó así: "El que ejerciera actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial, o reconocido por disposición legal o Convenio internacional, incurrirá en la pena de prisión menor.

Si el culpable se atribuyera públicamente la cualidad de profesional, se le impondrá además la pena de multa de 10.000 a 50.000 pesetas".

El art. 570 establecía: "Serán castigados con la multa de 250 a 2000 pesetas: 1º) El que no estando comprendido en el artículo 321, ejerciere actos propios de una profesión reglamentada por disposición legal, sin poseer la habilitación o capacitación oficial requerida.

2º) El titulado o habilitado que ejerciere su profesión sin hallarse inscrito en el respectivo Colegio, Corporación o Asociación oficial, siempre que sea exigido reglamentariamente ese requisito. A los reincidentes se impondrá, además de la multa, la pena de arresto menor."

La penalidad pecuniaria se elevó sucesivamente de 30.000 a 300.000 pesetas y por Ley Orgánica 3/1989, en su art. 16, de 100.000 a 1.000.000 pesetas para adaptarla al valor del dinero.

2.- La normativa penal precedente al Código de 1995.

A.- Introducción.

²⁰ José María Rodríguez Devesa y Alfonso Serrano Gómez, "Derecho Penal español". Parte Especial, 15ª edición. Dykinson. Madrid, 1992, pág. 1008.

²¹ *Ibidem*.

²² José Luis Manzanares, ob. Cit. págs. 320 y 321.

²³ *Ibidem*, pág. 321

¹⁸ *Ibidem*, pág. 320.

¹⁹ Domingo Teruel Carralero, ob. Cit.

Aunque no cabe duda de que una de las finalidades de la revisión del Código en 1961 fue la reelaboración completa de la represión penal del intrusismo²⁴, pues no en vano la Base sa de la Ley de 23 de diciembre de 1961 expresaba que "el artículo 321 será modificado conforme a las exigencias actuales para lograr una mayor eficacia en la represión del intrusismo, castigando a los que sin poseer condiciones para ello, ejercieren actos propios de una profesión, carrera o especialidad que requiera título académico oficial reconocido por las Leyes del Estado o los Convenios internacionales", el éxito no acompañó tales deseos, al menos en lo referente a la actuación sanitaria.

Rodríguez Mourullo²⁵ ha patentado que tres son los intereses que pueden verse atacados por la conducta descrita en el art. 321: a) El privado de quienes reciben la correspondiente prestación profesional, b) El también privado de los respectivos grupos de titulados y c) El público referido a la Administración de expedición de los títulos que capacitan para cada ejercicio profesional, pero el que estos tres intereses se vean afectados no supone que constituyan el objeto de protección del precepto, sino únicamente el tercero. Ello, que resulta inobjetable de lege data, no puede aceptarse de lege ferenda, pues al menos en lo referente a la asistencia sanitaria ha conducido a un abandono de las capas más débiles y enfermas de la sociedad que pueden caer en manos de explotadores sin escrúpulos con el señuelo de medicinas populares paralelas o mágicas.

Se ha señalado que, partiendo del concepto estricto del acto médico, puede afirmarse que el ejercicio de la medicina popular y de la medicina alternativa no constituyen delito de intrusismo del art. 321, pues tal precepto no pretende proteger, ni la vida, ni la salud de las personas, sino el interés de la comunidad en exigir para determinadas profesiones cualificadas -y el curanderismo y la medicina alternativa no lo serían- la posesión de un título estatal o reconocido por el poder público²⁶. Se reconoce asimismo que quienes ejerciten estas modalidades de medicina se desenvuelven en una zona peligrosa que en cualquier momento puede desembocar en la tipicidad del delito, como realizar una operación quirúrgica conforme al sistema y método de la cirugía oficial o convencional, o retirar un tratamiento médico indicado²⁷. Cuando se nos dice que la medicina popular no puede generar un delito de intru-

sismo, se añade que no supone la realización de actos médicos de los que exigen título oficial y porque el curandero no carece del título oficial que autoriza a llevar a cabo su actividad y ello por la simple razón de que no existe título oficial alguno que autorice a ejercer como "sanador", ni como "curador espiritual", ni como "curandero"²⁸. Así, las prácticas supersticiosas, oraciones, imposiciones de manos, etc... al carecer de la menor base científica, al no poderse entender como acto de la profesión médica, no pueden constituir delito de intrusismo.²⁹

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha estimado en ocasiones el ejercicio de la medicina alternativa como intrusismo -ad exemplum, sentencias de 2 de julio de 1966, 19 de junio de 1985 y 8 de junio de 1992- pero dicha jurisprudencia debe reputarse como excepcional. Especialmente la sentencia de 5 de julio de 1992³⁰, que casó la de la Audiencia Provincial de Cádiz estimando que ofrecer los servicios, sin ser médico. en acupuntura, medicina naturalista y rayos láser no constituía delito, basándose en que en el listado de especialidades médicas vigente a la sazón no figuraban ni la medicina naturalista, ni la acupuntura, ni los rayos láser.

B. Triunfo del curanderismo.

Lo cierto es que el curanderismo progresa sin trabas. Si en el año 1974 se decía que en España había nada menos de treinta mil echadores de cartas, tres mil curanderos y muchos profetas y videntes³¹, hoy, más de veinte años después, hay que señalar que los curanderos han proliferado, aumentando más de tres veces³² y que realizan sus actuaciones ante la más sorprendente pasividad administrativa³³. Salvo algunos pocos, muy pocos, que tengan conocimientos empíricos de colocación de huesos dislocados, la mayoría son totalmente innaros, que utilizan la superstición ajena, recibiendo a los desesperados que suponen la mayoría de sus clientes³⁴. Lo cierto es que no parece sino que las Administraciones de toda clase tienen un pacto de no agresión a la actividad curanderil, forma residual de países tercermundistas y de médicos y sociedades atrasadas.³⁵

No podemos mirar atrás, para decir que la historia de la cirugía es la de los magos y curanderos³⁶. Pues, si en el pasado fue así, ya que, como señaló Marcel Mauss³⁷, "los brujos han sido los prime-

²⁸ *Ibidem*, pág. 931.

²⁹ Álvarez García, "Del intrusismo", en "La Ley", 1983, págs. 542 y sigts. Rodríguez Mourullo, *ob. cit.* pág. 230.

³⁰ "ABC" de 21 de octubre de 1992 en su Sección de Sanidad señalaba con grandes titulares: "Según el Supremo no hace falta ser médico para ejercer la Medicina naturalista". También se publicó la sentencia en la Revista "La Ley".

³¹ "Diario de Burgos", de 9 de abril de 1974.

³² "ABC" de 6 de enero de 1986, págs. 44 y 45.

³³ José Manuel Martínez-Pereda, "Magia y delito en España". Editorial Layda. Bilbao, 1991, pág. 246.

³⁴ "ABC" de 6 de enero de 1986, ya citado.

³⁵ José Manuel Martínez-Pereda, *ob. cit.* pág. cit.

³⁶ Mariano F. Zumel, "Magos y curanderos en la Historia de la Cirugía" en *Brujología*. Congreso de San Sebastián. Ponencias y Comunicaciones, Seminarios y Ediciones S.A., pág. 358.

³⁷ Marcel Mauss y H. Hubert, "Esquisse d'une théorie générale de la magie", que fue publicada en *Année Sociologique* (1902-1903) y reeditada después con otros trabajos de Mauss con el título "Sociologie et anthropologie", París, 1950. Existe traducción española de la 4ª edición francesa con el título "Sociología y Antropología", Traducción de Teresa Rubio. Madrid, 1971, La cita corresponde a la pág. 97.

²⁴ Luis María Díaz Valcárcel, "La revisión del Código Penal y de otras leyes penales", Barcelona, 1964, pág. 118.

²⁵ "El delito de intrusismo" en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Febrero de 1969, pág. 13.

²⁶ Aurelio Hernández Triviño y José Miguel Zngaldía Espinar, <La "Medicina Popular" y la "Medicina Alternativa" ante el Derecho Penal: Especial consideración del delito de intrusismo>, en Cuadernos de Política Criminal, n° 14, septiembre-diciembre 1994, pág. 930.

²⁷ *Ibidem*.

ros envenenadores, como también los primeros cirujanos y es sabido lo desarrollada que se encontraba cierta parte de la cirugía entre los pueblos primitivos y que los magos han realizado auténticos descubrimientos en metalurgia, debe reconocerse que las creencias y técnicas actuales adquieren su eficacia en cuanto se han librado de la mentalidad mágica y que el progreso ha constituido, en no escasa medida, en luchar contra ésta".³⁸

La práctica del curanderismo es tan vieja como la misma humanidad. Como dije más atrás, los Reyes Católicos comprendieron bien la gravedad de las prácticas del intrusismo y promovieron la creación del Protomedicado³⁹. Ya Alfonso Chirino, médico de Juan II en su obra "Menor daño de la medicina" pedía a las Cortes normas y responsabilidades en el ejercicio de la actuación curativa y Marañón en su libro "La medicina y los médicos" expresa en el capítulo dedicado a la ciencia y a la superstición que "toda la historia del progreso humano se puede reducir a la lucha de la ciencia contra la superstición ..."

Sin embargo, los curanderos no sólo no son perseguidos, sino que reciben visitas de periodistas y son presentados en la radio y la televisión y con el falaz pretexto de que existen otras medicinas y técnicas curativas, pero con el lamentable olvido de que éstas requieren su aprendizaje y exigen titulaciones más o menos oficiales, campan a sus anchas y se hacen incluso propaganda gratuita.

Por lo general, los curanderos se han librado de las mallas de la Ley penal, al no atribuirse la condición de médico o por pretender utilizar procedimientos sobrenaturales -ver al respecto las sentencias, ya añejas, de 26 de septiembre de 1879, 20 de marzo de 1885, 20 de marzo de 1891, etc.-.

Los más peligrosos son los que utilizan la superstición ajena y hacen creer a muchos incautos que poseen poderes sobrenaturales en orden a la curación de ajenas dolencias. Sobre una aparente religiosidad, muy mal entendida, se pretende el ejercicio de otra medicina, retrocediendo así al médico-brujo que con su actuación está alejando el verdadero remedio a tales dolientes de médicos y centros hospitalarios.

La actuación curanderil está haciendo mucho daño, aunque los que tendrían que evitar tales desmanes no parece que quieran darse cuenta de lo que está ocurriendo.⁴⁰

Por eso tenemos que recordar el texto de 1822, nuestro primer Código Penal, que el único que se preocupó en este punto de la salud de las personas y no equiparó la actuación médica a otras intrusas, por sus efectos.

3.- Tentativas de reforma del Código Penal.

A.- Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980.

El capítulo VII del Título IV ("Delitos contra la fe pública") se intitulaba "De la usurpación de funciones, del intrusismo y del uso indebido de trajes, insignias y condecoraciones", (arts. 438 a 441) emplea como rúbrica la voz "intrusismo", que se repetirá en los proyectos posteriores y en el nuevo Código Penal.

El artículo 439, expresaba: "El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título facultativo expedido en España o reconocido por Convenio internacional incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si el culpable se atribuyere públicamente la cualidad de profesional amparado por los títulos referidos, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años".

El párrafo primero era semejante al art. 321, con la diferencia que el Código Penal, vigente a la sazón, hablaba de "título oficial", y aquí "título facultativo", y aquél se refería asimismo "o reconocido por disposición legal o Convenio internacional", y en el Proyecto se decía "expedido en España o reconocido por Convenio internacional".

Lo fundamental es la no coincidencia entre el título oficial y el facultativo, pues aquel es mucho más amplio. La pena en el Código era de prisión menor y en el Proyecto multa de seis a doce meses.

El segundo párrafo resultaba idéntico pero sustituía una pena única por dos penas cumulativas.

B.- Anteproyecto de 1983.

El art. 370, ubicado asimismo en el Título de las falsedades presenta redacción casi idéntica a la del Proyecto precedente, sin más que la alternativa de añadir al título facultativo "o licencia".

La pena es idéntica además en el apartado 1, mientras que en el 2 se suaviza la penalidad de seis meses a dos años, en lugar de tres.

Se sigue manteniendo, que lo que prevalentemente se tutela es la potestad del Estado de expedir títulos que faculten para el ejercicio de determinadas profesiones con las debidas garantías.⁴¹

Para determinar cuáles son los actos propios de una profesión habría de atenderse a los estatutos de los distintos Colegios Profesionales, los cuales determinan aquellos actos que pueden los colegiados realizar⁴². Entendieron los tratadistas⁴³ que deben ser protegidos.

⁴¹ E. Casas Barquero, ob. cit. pág. 1085.

⁴² Enrique Casas Barquero, "Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades del Título III del Libro 11 del Código Penal" en "Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal. Volumen 2. Enero-Diciembre de 1983. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid, sin fecha, pág. 1084.

⁴³ *Ibidem*.

³⁸ Carlos Alonso del Real, "Superstición y supersticiones", Madrid, 1971, pág. 32

³⁹ Mariano F. Zumel, ob. cit. pág. cit.

⁴⁰ José Manuel Martínez-Pereda, ob. cit. pág. 249.

dos por el precepto no sólo aquellas profesiones que requieran para su ejercicio título académico expedido por una Facultad, sino también cualquiera otro en donde éste no se precise.

El párrafo segundo del precepto, tipo agravado de intrusismo, que comporta que el ejercicio de los actos propios de una profesión, sin el título, se haga de una forma pública, es decir con atribución de la cualidad profesional frente a la colectividad, no bastando que sea frente a una sola persona.⁴⁴

Los capítulos VI "De la usurpación de estado civil y del uso del nombre supuesto" (art. 368) y VII "De la usurpación de funciones, intrusismo profesional y del uso indebido de trajes, insignias y condecoraciones" (art. 369 a 371) del Título XV "De las falsedades" se pretendieron ubicar en un título independiente, por presentar como único criterio común el de ser falsedades personales, consistentes en conductas de atribución de facultades, usurpación de estado y funciones⁴⁵. Asimismo se pretendía una menor casuística y reiterativa regulación de las tipicidades con una mayor simplificación y claridad, en orden al establecimiento de los objetivos de los distintos delitos.⁴⁶

C.- Anteproyecto de Código Penal de 1992.

También dentro del Título XV dedicado a las falsedades, el capítulo V y último se intitulaba "De la usurpación de funciones públicas y del intrusismo", dedicando los artículos 373 y 374. El art. 374 ya no se refería tan sólo a título oficial, sino académico o facultativo y añadía el requisito de "expedido en España o reconocido por disposición legal o por Convenio internacional". La pena era la misma que la de los textos precedentes.

También el párrafo segundo repetía de forma semejante la literalidad del art. 370, 2 del Anteproyecto de 1983, con la sustitución del responsable por culpable y añadía el adverbio además, respetando la misma penalidad.

El informe del Consejo General del Poder Judicial sobre este Anteproyecto no se ocupó de este tema.

D.- El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992.

Colocaba en el mismo Título XV, "De las falsedades" los ahora artículos 382 y 383. Éste expresaba: "El que ejerciere actos propios de una profesión titulada sin poseer el correspondiente título oficial que habilite legalmente para ello, expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la

pena de multa de seis a doce meses". El siguiente párrafo añadía: "Si el culpable, además, se atribuyera públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de seis meses a dos años".

Con la misma penalidad del Anteproyecto de 1983, se ha mejorado notoriamente el texto, al añadir a la profesión el calificativo de titulada y mencionarse tan sólo a título oficial y bastando con la expedición o reconocimiento en España de acuerdo con la legislación vigente, sin precisar referirse a disposición legal o Convenio Internacional.

E.- Anteproyecto de Código Penal de 1994.

Dedica los artículos 379 y 380 del Capítulo V y último del Título XV "De las falsedades" y el artículo 380 vuelve a referirse a una profesión titulada y habla de "título académico que habilite legalmente para ello" y en lo demás sigue el texto precedente con idéntica penalidad.

Tampoco el Informe del Consejo General del Poder Judicial descendió sobre este punto.

II.- EL INTRUSISMO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1955.

1.- Introducción.

El Código Penal promulgado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, dedica también el Capítulo V -y último del Título XVIII "De las falsedades", "De la usurpación de funciones públicas y del intrusismo", con los artículos 402 y 403 referidos respectivamente a la usurpación de funciones públicas y al intrusismo.

Nos interesa tan sólo el art. 403: "El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de tres a cinco meses.

Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años."

El texto penal contempla dos figuras básicas, la del primer y segundo inciso del precepto y una agravación, común a ambas, en el segundo párrafo del artículo.

El primer delito consiste en ejercer actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente...

2.- Examen de los elementos de la infracción del inciso primero del art. 403.

A.- Sujeto activo.

⁴⁴ José María Rodríguez Devesa y Alfonso Serrano Gómez, ob. cit. pág. 1009. Juan Córdoba Roda, "Comentarios al Código Penal", Tomo 111. Ariel, Barcelona, 1978, págs. 1044 y sigts.

⁴⁵ *Ibidem*. pág. 1090.

⁴⁶ *Ibidem*

Sujeto activo puede ser cualquiera (excepto el poseedor del título).⁴⁷

B.- Conducta típica.

La conducta típica está constituida por ejercer actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido de acuerdo con la legislación. El artículo se refiere a título académico, mientras el derogado art. 321 aludía a título oficial. El adjetivo calificativo académico referido al título se presta a equívocos. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la primera acepción es aplicable al filósofo que sigue la escuela de Platón, la segunda, como perteneciente o relativo a la escuela filosófica de Platón, la tercera, como perteneciente o relativo a las academias, o propio y característico de ellas (Diploma, discursos estilo académico), la cuarta nos remite a año académico y es la quinta (existen otras tres más) la que nos interesa: "Dícese de algunas cosas relativas a centros oficiales de enseñanza (curso, traje, expediente, título académico). Ésta es la acepción. Se refiere a un título conferido por un Centro Oficial de Enseñanza.

La utilización en el derogado art. 321 de título oficial se entendía identificada con el título académico, en cuanto se estimaba que acreditaba la superación de un deterruinado ciclo de estudios⁴⁸. Con razón alega Córdoba Roda⁴⁹ que título académico equivale a facultativo: "aquel que acredite estudios efectuados en una Facultad o estudios que ostenten un valor análogo a los que se llevan a cabo en Facultades Universitarias". Este autor invoca que si el párrafo 2 de la Base 5 habla de "título académico" en el párrafo 4 de dicha base se alude a "título facultativo" y al título o grado facultativo, lo que indica lo que en el apartado 2 se quería entender por académico, pero que no puede entenderse estrictamente como título de una Facultad, pues quedarían fuera de la tutela penal títulos equivalentes a los de Facultad. O sea, los de Ingeniero o Arquitecto obtenidos de las Escuelas Técnicas Superiores.⁵⁰

En todo caso, lo que no ofrece duda alguna es que no coinciden título académico y oficial. No sólo puede existir título académico no oficial y a la inversa, sino que del propio art. 403 se deduce que el primer inciso se refiere a título académico y el segundo a título oficial y no pueden ser coincidentes pues la conducta en ambos casos es la misma y son castigados con pena diferente ambos supuestos. La conducta típica está en el correspondiente ejercicio de actos de una profesión

sin el correspondiente título académico expedido en España o reconocido de acuerdo con la legislación vigente. El título académico puede ser expedido en España; licenciado en Medicina y Cirugía o en Odontología y Estomatología, o puede ser un título extranjero homologado en España.

Por título académico, según lo expresado anteriormente, debe entenderse como el referido a Centro Oficial de Enseñanza nacional o extranjero homologado. No debe equipararse académico a título facultativo, en sentido equivalente a "universitario", ya que existen otros centros de enseñanza superior equiparables a la Universidad y sus Facultades (vg. Escuelas Técnicas Superiores)⁵¹. Debe entenderse como académico, tanto aquél que acredite los estudios efectuados en una Facultad o estudios que ostenten un valor análogo a los que se llevan a cabo en Facultades Universitarias⁵². Esta interpretación puede estimarse extensiva y hoy obsoleta ante el dualismo del primer inciso del precepto (título académico) y del segundo (título oficial).

Lo que no ofrece duda es que la exigencia del título académico no puede ser suplida por la superación de un concurso, de una oposición o de un concurso oposición.⁵³

Con referencia a la normativa anterior, la expresión "título oficial" del art. 321 fue resuelta por el Tribunal Constitucional -sentencia 111/1993, y también 131/ y 200/1993- al señalar que título oficial es título académico, título universitario oficial⁵⁴. Título académico, expedido o reconocido en España, es el título universitario, sea diplomatura, licenciatura o doctorado, y oficial es cualquier otro, conferido o reconocido por el Estado siempre que habilite para el ejercicio de una profesión⁵⁵. Como ha quedado señalado en la sentencia 111/1993, de 25 de marzo, del Pleno del Tribunal Constitucional, sobre una cuestión de inconstitucionalidad referida al art. 321, 1 del Código Penal, hoy derogado, en su aplicación a los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria atiende a los antecedentes del precepto, especialmente en la Ley de Bases de 1961 y en la falta del art. 572, 1º Y llega a la conclusión que "título oficial" sólo puede ser entendido como "título académico oficial".⁵⁶

Carecen de título, tanto quienes no culminaron con éxito los estudios correspondientes, como los que concluyéndolos felizmente, no han obtenido el título porque se abstuvieron de cumplir los requisitos administrativos o fiscales⁵⁷. Debe entenderse así que comete el delito del actual art. 403 el ejerciente extranjero o nacional con título extranjero aún no homologado o aprobado por la Administración, puesto que, en definitiva, el título académico aún no ha sido reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente y

⁴⁷ J. L. Manzanares, ob. cit. pág. 323.

⁴⁸ Córdoba Roda, ob. cit. pág. cit. J. L. Manzanares, ob. cit. pág. cit.

⁴⁹ Rodríguez Mourullo, ob. cit. pág. 19. J. L. Manzanares, ob. cit. pág. cit.

⁵⁰ T. S. Vives Antón, "Comentarios al Código Penal de 1995", Volumen 11 por Enrique Orts Berenguer, pág. 1771, Valencia, 1995.

⁵¹ *Ibidem*, pág. 1773.

⁵² Ver al respecto Paz Lloria García, "El concepto de título oficial en el delito de intrusismo. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 111/93, de 25 de marzo" en "Cuadernos Jurídicos". Año 3, núm. 23. Octubre de 1994, págs. 50 y sigts.

⁵³ J. L. Manzanares, ob. cit. pág. 324

⁴⁷ J. L. Manzanares Samaniego, ob. cit., pág. 322.

⁴⁸ F. Muñoz Conde, "Derecho Penal. Parte Especial", Tirant lo Blanch. Valencia, 1990, pág. 566, "Las profesiones liberales a que se refiere el art. 321 deben ser aquellas que requieren el correspondiente título oficial". Rodríguez Mourullo, ob. cit., pág. 18.

⁴⁹ Ob. cit., pág. 1047.

⁵⁰ *Ibidem*

el sujeto está ejerciendo actos propios de una profesión que requiere el reconocimiento del tal título en España. Cuestión diferente es que se estime desaparecido el delito cuando el sujeto se encuentre en posesión del resguardo acreditativo de haberse cumplido todas las formalidades de la solicitud.⁵⁸

Lo que no resulta correcto es, en un afán destipificador de conductas, estimar que "sin poseer el correspondiente título" es equivalente a "sin poseer las condiciones" -aprobación de estudios- que garantizan la expedición del correspondiente título⁵⁹. Como señala Manzanares⁶⁰ otra cosa sería si se entendiese que el delito de intrusismo no va dirigido contra la Administración (sino, p. ej. contra la sociedad) pero ello choca contra la jurisprudencia y la Instrucción de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1930.

En el caso de que el titulado continuara ejerciendo actos de la profesión tras haber sido condenado judicialmente o incluso sancionado de forma disciplinaria con inhabilitación o suspensión, parece que no existiría delito de intrusismo, pues la sentencia priva de la facultad del ejercicio, pero no afecta al propio título y habría quebrantamiento de condena en caso de suspensión o inhabilitación judicial.⁶¹

La mayoría de la doctrina entiende que no se quebranta la exclusiva facultad del Estado o de la Administración en la expedición de títulos.⁶²

Problema de interés es el de la delimitación de los "actos propios de una profesión" y debe entenderse por tales, con Córdoba Roda⁶³ "aquéllos cuya realización es atribuida por el ordenamiento jurídico positivo, única y exclusivamente a los individuos de determinadas profesiones", aunque con la matización obligada de que pueden existir actos comunes a dos o más profesiones⁶⁴. Los médicos se hallan facultados para realizar los actos propios de la profesión de ayudantes técnico sanitarios.⁶⁵

En todo caso, el acotamiento de tales actos debe realizarse atendiendo al ordenamiento jurídico positivo, pero debiendo atenerse a la totalidad del mismo, por lo que puede hablarse de un tipo penal más o menos abierto⁶⁶. La doctrina jurisprudencial se ha referido a

"norma penal en blanco" y en estos casos la normativa extrapenal se aplicaría en favor del reo, en su caso⁶⁷. Cuando en ocasiones falte la relación exhaustiva de los actos propios de la profesión y queden en el aire algunas directrices o indicaciones generales será obligado actuar "conforme a intereses objetivos de valoración de validez general en el ámbito social"⁶⁸. Las reglamentaciones de los Colegios Profesionales contienen, normalmente, un catálogo de actos propios de la profesión y en caso de que no sea así debe acudirse a criterios objetivos de validez general en el ámbito social.⁶⁹

Al no exigirse habitualidad en el precepto, es suficiente con un acto único de la profesión, entendiendo la doctrina que la plural locución "actos propios ..." (también en el derogado 321) no impide tal resultado interpretativo. Ello no empece a que en relación a determinadas profesiones se exija la habitualidad por exigencia de sus propios preceptos o por dependencia con su normativa reglamentaria (gestores administrativos y Agentes de la Propiedad Inmobiliaria)⁷⁰. Pero en contraste, la repetición de actos propios de una profesión no conlleva una pluralidad delictiva⁷¹, lo que supone una ventaja del delincuente al por mayor y hace igual al que realiza un acto que al que realiza mil. Se ha repetido que el delito de intrusismo es eventualmente habitual porque basta un solo acto y la pluralidad no origina el concurso⁷². Así también lo ha entendido la jurisprudencia (ver sentencias de 3 de octubre de 1980 y 26 de febrero de 1981).

C- Sujeto pasivo.

Sujeto pasivo es la Administración Pública, estatal o autonómica, en su caso. Es minoritaria entre nosotros la posición que estima sujetos pasivos a la sociedad y a los colectivos profesionales, como hace Luzón Cuesta.⁷³

D. - Elemento subjetivo.

En cuanto al elemento subjetivo de la infracción, se discute si el delito admite comisión culposa. Tema hoy irrelevante desde el momento en que el nuevo Código sigue el sistema **de crimina culposa** y no existe figura imprudente del delito. Sólo es posible la comisión dolosa⁷⁴. Si el sujeto creyera erróneamente -con error invencible- que tiene derecho a ejercer determinados actos profesionales sin título, existirá un error de prohibición que debe tratarse conforme a lo dispuesto en el art. 14,3.⁷⁵

La jurisprudencia se ha inclinado por rechazar las formas culposas de intrusismo.

⁵⁸ Díaz Valcárcel, ob. cit. pág. 126. Córdoba Roda, ob. cit. pág. 1053. Manzanares Samaniego, ob. cit. pág. cit.

⁵⁹ Luzón Peña, ob. cit. pág. 681.

⁶⁰ Ob. cit. pág. cit.

⁶¹ Manzanares, ob. cit., pág. últ. cit.

⁶² Rodríguez Mourullo, ob. cit. págs. 37 y 38. Díaz Valcárcel, ob. cit., pág. 127.

⁶³ Ob. cit. pág. 1047.

⁶⁴ Rodríguez Mourullo, ob. cit. pág. 24.

⁶⁵ J. L. Manzanares, ob. cit. pág. 325.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Rodríguez Mourullo, ob. cit. pág. 27.

⁶⁹) F. Muñoz Conde, "Derecho Penal. Parte Especial", 11ª ed. puesta al día conforme al Código Penal de 1995. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 612

⁷⁰ J. L. Manzanares, ob. cit. pág. 326.

⁷¹ Rodríguez Mourullo, ob. cit. pág. 31. Córdoba Roda, ob. cit. pág. 1051. E. Orts Berenguer, ob. cit. pág. 1772.

⁷² Rodríguez Mourullo, ob. cit. pág. 32.

⁷³ Ob. cit. pág. 687 y 688.

⁷⁴ F. Muñoz Conde, ob. cit. últ. pág. 612

⁷⁵ *Ibidem*.

También se ha señalado la posibilidad del delito provocado que puede desencadenar la absolución, como ocurre en la sentencia de 10 de octubre de 1991, referida a la práctica de la odontología.⁷⁶

E.- Vida del delito.

Con referencia a la vida del delito hay que destacar que, por tratarse de una infracción de mera actividad, no resulta posible la frustración, aunque la doctrina haya estimado posible la tentativa. Manzanares cita la sentencia de 7 de febrero de 1966 referente a una mujer sorprendida en domicilio ajeno cuando se disponía a realizar actos propios de odontólogo, portando el instrumental necesario y añade que deben ser excluidos los actos previos, tales como anunciarse como médico o preparar la apertura de una consulta.⁷⁷

F.- Participación.

El tema de la participación no parece presentar dificultades, habiendo estimado la jurisprudencia, la inducción y complicidad. Plantea Córdoba la participación del destinatario de los servicios por el intruso, lo cual ocurrirá tan sólo en el supuesto de que conozca la falta de titulación de quien los realiza⁷⁸. Sin embargo, no faltan opiniones que suponen una matización, entendiéndose que la potestad administrativa tutelada supone una protección a los ciudadanos y la acción protectora se dirige al destinatario y no cabe considerarle partícipe⁷⁹. No puedo estar acorde con tal argumentación en base al bien jurídico protegido por la infracción, que no es el interés de los particulares afectados, sino el público o estatal de la potestad conferidora de títulos o su reconocimiento por la Administración Pública. De mayor recibo me parecen las razones de política criminal que se aducen.⁸⁰

G.- Concurso de infracciones.

El concurso y tratándose de intrusismo sanitario plantea el problema de las lesiones o muerte provocadas. Habría que aplicar aquí, en su caso, los respectivos tipos culposos de homicidio, aborto, lesiones o lesiones al feto.

Las sentencias de 31 de marzo de 1971 y 28 de septiembre de 1992 han estimado la concurrencia del delito doloso de intrusismo con infracciones culposas.

Es concebible el concurso ideal o real de la falsedad documental y la usurpación de funciones, según sea o no instrumento necesario para el segundo delito. Otra

opción sería traer al concurso el subtipo agravado de intrusismo, toda vez que la atribución pública de título profesional no requiera la atribución de título falsificado.⁸¹

Problema más interesante es el concurso con la estafa, habida cuenta que el intrusismo no exige percibo de precio alguno, como ha repetido con frecuencia la jurisprudencia. La sentencia de 18 de mayo de 1991 ha estimado que se trata de dos hechos que lesionan diferentes bienes jurídicos, aunque la doctrina recoge que la percepción de honorarios constituye un acto propio más de los verificados por el intruso, siempre que su cuantía se encuentre dentro de la razonable y admitida en la profesión de que se trate. Así se han pronunciado diversas resoluciones de la Sala 11 del Tribunal Supremo (ad exemplum, sentencias de 24 de marzo de 1988, 5 de mayo y 10 de junio de 1992).

De todos modos el tema resulta confuso en la doctrina jurisprudencial, pues mientras permite la compatibilidad de las infracciones la de 1 de diciembre de 1970, la de 14 de febrero de 1959 sigue el criterio contrario. En general, el Tribunal Supremo declara que la consunción sólo opera cuando los honorarios percibidos sean los acostumbrados en la profesión, en otro caso exige una pluralidad de acciones y que la acción del intruso presente sustantividad propia.

Finalmente la sentencia de 18 de mayo de 1991 desplaza el problema hacia el concurso de leyes.⁸²

H- Faz negativa de la antijuricidad.

Debe mencionarse el estado de necesidad, de aplicación en la actividad sanitaria en intervenciones de urgencia⁸³. Ni la legítima defensa aludida por algún autor es predicable en ausencia de una agresión ilegítima y en cuanto a la obediencia debida, aparte de su naturaleza de causa de inculpabilidad, ha sido denegada por la sentencia de 1 de julio de 1987 con relación al ejercicio ilegal de la Odontología en una clínica dental.

I.- Jurisprudencia anterior aplicable.

Jurisprudencia anterior de aplicación y referida al ámbito sanitario merece citarse: "No tienen validez en España los títulos de Naturópata y Osteópata expedidos por el Instituto Anglo-Americano de Inglaterra -sentencia de 2 de julio de 1966 ni tampoco el de "Dotto-re Naturopata" expedido en el extranjero -sentencia de 23 de enero de 1984-, intrusismo en actos médicos -sentencias de 7 de marzo de 1983, 23 de enero de 1984, 31 de octubre de 1986 y 14 de diciembre de 1992-.

J.- Penalidad.

El nuevo texto sanciona estas conductas con multa de seis a doce meses, ya que el Código Penal atiende para su fijación al señalamiento de días de multa, oscilando la cuota diaria entre doscientas pesetas y cincuenta mil (art. 50).

⁷⁶ Rodríguez Mourullo, ob. cit. pág. 46. Córdoba Roda, ob. cit., pág. 1057.

⁷⁷ Ob. cit. pág. 328.

⁷⁸ Ob. cit. pág. 1058.

⁷⁹ Rodríguez Mourullo, ob. cit. pág. 48.

⁸⁰ Manzanares, ob. cit. pág. 329.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² José Antonio Choclan Montalvo "Intrusismo con ánimo de lucro y estafa" en "Actualidad Penal" n° 17/22, de 28 de abril de 1996, págs. 300 a 302.

⁸³ J. L. Manzanares, ob. cit. pág. 327.

K. - Responsabilidad civil.

Nada empece la no condición de sujetos pasivos del delito en el destinatario del intrusismo, ni en el Colegio Oficial o Corporación profesional para que puedan ser perjudicados por la infracción.⁸⁴

El actual art. 113 señala que la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá "no sólo los que se hubieran causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros".

3. - A. Examen de la infracción del inciso segundo del art. 403.

El que ejerciere actos propios de una profesión y no estuviere en posesión del título exigido para tal actividad profesional que acredite la capacidad necesaria y habilite legalmente para su ejercicio es sancionado con la pena de multa de tres a cinco meses. Estima el legislador más grave la carencia de título académico que la del profesional habilitante. El sujeto activo de esta infracción tiene que estar en posesión del título académico pues, en otro caso, se aplicaría el inciso precedente de más gravedad (art. 8, 4°). No es bastante con que la práctica de determinada profesión se practique por quien haya cursado estudios adecuados y conseguido el título académico, es preciso que ciertas profesiones sólo puedan ser desarrolladas por personas idóneas para ello y la única forma de lograr esa idoneidad es mediante algún tipo de control y es el Estado el que se ha atribuido la exclusiva de otorgar los títulos precisos con la realización de los estudios requeridos y superación de las pruebas marcadas.

En realidad el artículo 321 comprendía unitariamente los dos incisos del actual art. 403.

Un médico no especialista no puede dedicarse de forma continua al diagnóstico y tratamiento de enfermedades incluidas en el cuadro de especialidades médicas -sentencia de 13 de junio de 1990-.

Con el título de licenciado en Medicina no se habilita para ejercer actos propios de la profesión de odontólogo -sentencias de 12 y 19 de marzo y 2 de octubre de 1990- porque para tales actos se precisa el título de Odontólogo o de Médico estomatólogo -sentencia de 5 de febrero de 1993-.

Aquí se tipifica el intrusismo en las profesiones que requieren un título oficial, que no equivale exactamente al título académico, pero que se requiere para el ejercicio de determinadas profesiones y con ello se pone fin a la polémica surgida con relación al Código

Penal anterior si por título oficial había que comprender tan sólo el académico.⁸⁵

Respecto al ejercicio de especialidades, la cuestión es más discutible⁸⁶, aunque el intrusismo puede cometerse también entre profesionales, cuando los de una profesión o especialidad invaden la de otra.⁸⁷

B.- El problema de los médicos especialistas sin título oficial o sin título homologado.

La Ley de 20 de julio de 1955 reguló las especialidades médicas, desde el triple aspecto significado en la denominación de la norma: enseñanza, título y ejercicio de las especialidades⁸⁸. Mas dicha normativa fue derogada por la Ley de Ordenación Universitaria de 4 de agosto de 1970 que la mantuvo con carácter de reglamento, lo que perdió incluso por la Disposición Derogatoria del Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, que recoge en su art. 10 que "el título de Médico Especialista expedido por el Ministerio de Educación y Ciencia, sin perjuicio de las facultades que asisten a los Licenciados en Medicina y Cirugía, será obligatorio para utilizar de modo expreso, la denominación de Médico Especialista, para ejercer la profesión con este carácter y para ocupar un puesto de trabajo en establecimientos o instituciones públicas o privadas con tal denominación. En el Ministerio de Sanidad y Consumo existirá un Registro Nacional de Médicos Especialistas y de Médicos Especialistas en formación".

La entrada en nuestro ordenamiento de las Directivas 86/457 y 93/16 que al exigir la especialidad de Medicina Familiar y Comunitaria, determinó la publicación del Real Decreto 931/1995, de 9 de junio, sobre acceso a tal especialidad y cuya Exposición de Motivos parte de la vigencia del Real Decreto 127/1984, que requiere la posesión de la especialidad para ocupar un puesto de trabajo en establecimientos en instalaciones públicas o privadas con tal denominación⁸⁹, ha reiterado la anterior exigencia.

Pero los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social han desconocido tal exigencia y han dado interinidades en sus Centros de asistencia, así jerarquizados como abiertos y en el Pacto suscrito el 17 de julio de 1990 entre la Administración Sanitaria del Estado y los Sindicatos C.C.O.O. y C.S.I.F.. se acordó con referencia a la cobertura de plazas de Pediatras en Atención Primaria, que "... en el supuesto de no encontrar Pediatras para su contratación, en el marco de las disponibilidades presupuestarias y de plantilla se contratarán Médicos de Medicina General hasta la cobertura definitiva de plaza de Pediatra" (ver Resolución de 10 de agosto de 1990).⁹⁰

⁸⁵ F. Muñoz Conde, ob. cit. últ. pág. 612.

⁸⁶ *Ibidem*

⁸⁷ Vázquez Iruzubieta. "Código Penal comentado", 1996, pág. 552.

⁸⁸ José María Martín Correa, "Breves consideraciones sobre la valoración iuslaboralista de las especialidades médicas en relación con los servicios sanitarios de la Seguridad Social" en "Actualidad Laboral" n° 26/24 de 30 de junio de 1996, pág. 498.

⁸⁹ *Ibidem*, pág. 498.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*, pág. 331.

Toda esta política ha determinado que el 61 por 100 de los médicos licenciados en España entre 1980 y 1995 carece de título especialista, según el único estudio sobre médicos españoles sin título homologado realizado bajo los auspicios de la Organización Médica Colegial, con recogida censal de todas las Comunidades Autónomas, excepto Cataluña y Madrid con la terrible conclusión de que en los quince años señalados, de los 99.836 licenciados (casi cien mil), nada menos que 61.403 carecen de cualquier título de especialidad, frente a los 38.433 que la poseen⁹¹. Supone, por cierto el 61'50 de galenos sin título de especialidad, mientras los poseedores alcanzan el 38,49 del total.

En España el sistema de concesión de títulos de especialistas médicos se realiza por el sistema del MIR, a través de las plazas designadas y provistas presupuestariamente por los Ministerios de Educación y de Sanidad, pero las plazas convocadas cada año no consiguen eliminar la ingente cantidad de médicos que no logran alcanzar la especialización oficial. La nueva especialidad de Medicina Familiar y Comunitaria con el procedimiento de acceso establecido por el Real Decreto 931/1995, de 9 de junio, no ha supuesto sino una gota de agua en el océano. El resultado de todo ello es un remanente de profesionales abocados al paro, trabajo en la ilegalidad o precariedad de la interinidad.

En diversas ocasiones la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha declarado la legalidad del cese del interino para contratar al especialista. (Ver sentencias de 22 de diciembre de 1995 y 21 de mayo de 1996). Aunque es a partir de 1990 cuando se puede detectar una mínima atención a la Especialidad Médica, porque en los nombramientos de Médicos interinos, la Administración de la Seguridad Social inicia la introducción de una cláusula en que se establece como otra causa más de extinción de la interinidad, la posibilidad de ocupar la plaza, también interinamente, por un Facultativo con Especialidad y no sólo se introduce dicha cláusula, sino que se intenta actuar y se acuerda el cese por su concurrencia.⁹²

La realidad es que numerosos licenciados han prestado durante años y prestan servicios a la Administración Sanitaria que les contrató para ocupar plazas de especialistas a falta de titulados. Oftalmología, Pediatría y Ginecología han sido las especialidades en las que la Administración ha solido contratar frecuentemente a simples licenciados en Medicina para ocupar plaza a falta de titulados. Pero no sólo en estas especialidades.

Según el primer estudio oficial promovido por la Organización Médica Colegial sobre Médicos Españoles sin título Homologado (Mestho) a nivel nacional, el perfil es el de un médico entre 36 y 40 años, en paro o trabajando como interino en el sector público y en las especialidades quirúrgicas aparecen 6.017 mesthos, así como 42.392 a especialidades médicas y los 1.200 restantes no han podido definirse.⁹³

Como nadie, al parecer, ha dudado de la calidad de sus servicios para resolver el problema de la falta de titulación, se aprobó el Real Decreto 1776/1994, que estaba destinado a conceder el título bajo el cumplimiento de ciertos requisitos a quienes no hubieran cursado la especialidad vía MIR. Pero tal norma se aprobó bajo importantes presiones que mediatizaron su pretendida amplitud y ello provocó su impugnación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo⁹⁴, donde se encuentra aún pendiente de fallo y puede pronosticarse un plazo de dos años. No es un secreto a voces que el Ministerio de Educación ha sido notoriamente restrictivo en la admisión de expedientes para el otorgamiento de títulos al amparo del Real Decreto citado.

La publicación del nuevo Código Penal y su posterior entrada en vigor ha motivado graves repercusiones laborales. Existe un proceso penal pendiente iniciado por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Ceuta contra un ex gerente del Hospital de la Cruz Roja por contratar a un licenciado para desempeñar interinamente la plaza de especialista y un nombramiento ilegal, e incluso la propia falsedad por consignar en los datos del interino que posee la titulación exigida.⁹⁵

Rememoremos que no es el nuevo Código Penal, sino normas extrapenales como el art. 1 del Real Decreto 127/1984 las que hacen obligatorio el título de Médico Especialista "para ocupar un puesto de trabajo en establecimientos o instituciones públicas o privadas". No es por ello novedad del Código vigente porque también el art. 321 del derogado, bajo la referencia de "título oficial", lo aplicó señalando que un médico no especialista no puede dedicarse de manera continua al diagnóstico y tratamiento de enfermedades incluidas en el cuadro de especialidades médicas -sentencia de 13 de junio de 1990-. Lo que ha hecho el nuevo Código ha sido separar el intrusismo del carente del título académico -título de médico- y el oficial -de especialista- haciendo más grave aquella conducta. Pero no cabe duda de que se ha extendido el pánico entre los gestores públicos que han procedido a ceses en varias Comunidades Autónomas donde se había pactado cierta estabilidad laboral mientras se resolvía su situación administrativa.

Se dijo que la Organización Médica Colegial iba a solicitar al Ministerio de Justicia y al Consejo General del Poder Judicial una tregua en la aplicación de los artículos del nuevo Código Penal que están provocando el cese de especialistas sin título (sic),⁹⁶ con lamentable olvido de que una vez la Ley -en este caso Orgánica- se

⁹¹ "Diario Médico" de 2 de octubre de 1995, pág. 6.

⁹² José María Marín Correa, ob. cit., pág. 498. Ver también "Diario Médico" de 24 de abril y 24 de junio sobre dichas resoluciones, así como el de 30 de abril del mismo año, en que éste compañero de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo hizo declaraciones al respecto.

⁹³ "Diario Médico" de 2 de octubre de 1995, pág. 6.

⁹⁴ "Diario Médico" de 26 de mayo de 1995.

⁹⁵ "Diario Médico" de 6 de julio de 1996, pág. 7.

⁹⁶ Declaraciones del Presidente de la Organización Médica Colegial en "Diario Médico" de 8 de julio de 1996, pág. 6.

apruebe por el Parlamento, se publique y entre en vigor, los Jueces y Tribunales no tienen más remedio que aplicarla y si no lo hacen, prevarican e incurrir en grave responsabilidad delictiva. Lo que sí es cierto es que ha sido la Administración la que ha creado el problema, admitiendo a unos compañeros que han ido solucionando la asistencia y ahora consiente que sean eliminados por intrusos".⁹⁷

La división entre dos organizaciones de los propios interinos ha favorecido la reticencia de la Administración en otorgar soluciones. Una se denomina MESTO (Médicos especialistas sin título oficial) y aunque de ámbito nacional tiene su origen en Cataluña y fue la primera que aportó datos a la Administración sobre su situación real⁹⁸ y agrupa exclusivamente a médicos de atención especializada (hospitales). La otra se denomina MESTHO (Médicos españoles sin título homologado) y reúne asimismo a los médicos de primaria. Parece que por fin se han decidido a negociar juntas con la Administración, gracias a la mediación, nunca ponderada, de la Organización Médica Colegial.⁹⁹

Fue preciso para agilizar el tema de los no especialistas la creación de una Comisión Mixta de los Ministerios de Sanidad y Educación¹⁰⁰, porque la lentitud o desidia del Ministerio de Sanidad aparecía patente, habida cuenta que los primeros datos del colectivo MESTO se le entregaron en 1994 y empezó a elaborar un censo propio a partir de marzo de 1996¹⁰¹. Lo que no debe silenciarse es que los trabajos avanzaron con toda rapidez y parecen estar completados.¹⁰²

Otros datos pueden aducirse. Al detectarse por la Sociedad Española de Cardiología la presencia de "mestos" en su especialidad, se pretendió una solicitud de aumento de plazas en el MIR, pero ello daba un tufillo a "caza de brujas" y provocó la censura de la Federación de Asociaciones Científico-Médicas de España.¹⁰³

Pero en general existe actualmente un clima casi general de simpatía hacia los mestos y al problema que sufren, así como el reconocimiento a los servicios que prestan o han prestado y la necesidad de concederles una salida justa. Así los mestos y el Colegio de Médicos de Valencia llegaron a un acuerdo con la mayor parte de las sociedades científicas de la Comunidad Valenciana para que éstas avalasen los expedientes de los profesionales que reunieron la suficiente formación

para acceder al título de la especialidad¹⁰⁴, pero la Federación de Asociaciones Científico-Médicas de España (FACMA) no apoyó tal iniciativa porque la proliferación de respaldos locales podría amenazar la homogeneidad en la calidad de tal reconocimiento¹⁰⁵, sugiriendo que fuese la Organización Médico Colegial la que asumiese el papel a nivel nacional, lo que fue acogido por OMC.¹⁰⁶

También las Administraciones Sanitarias de Cataluña y Andalucía han exigido el título para los mestos que consideran suficientemente formados a través del mero ejercicio de la especialidad¹⁰⁷ y Canarias se ha comprometido a mantenerlos en la red pública.¹⁰⁸

El Presidente de la Real Academia de Medicina propuso otorgar a los mestos "títulos de cualificaciones especiales", no equiparables al logrado a través del MIR, pero que les permitieran ejercer de manera legal a dichos profesionales. La reacción de los mestos no fue muy homogénea. Mientras que el representante de Madrid afirmaba que aunque no era una solución ideal resolvía el problema más urgente: el de trabajo, uno de los autores del censo Mesto no estaba de acuerdo y resultaba la propuesta un parche por su carencia de homologación en Europa y una representante de los mesthos expresó su tristeza por tratarse de una propuesta de los médicos y pese a sus buenas intenciones "es un planteamiento de racismo" (sic)¹⁰⁹. El propio Ministerio de Sanidad, por boca del Director General de Ordenación Profesional, señalaba que no se descartaba ninguna posible solución¹¹⁰ y Segovia de Arana, Presidente del Consejo Asesor del Ministerio de Sanidad, propuso un título profesional que permita el desempeño de la plaza sin problemas legales, ciñéndose dicho título a la plaza ocupada y sometiendo asimismo a un plazo de reciclamiento.¹¹¹

Los Presidentes de varias Comisiones Nacionales de Especialidades del Ministerio de Sanidad y encargados de la revisión de los expedientes de titulación que más "mestos" concentran (Oftalmología, Ginecología y Pediatría) se han mostrado partidarios de ofertar a estos médicos formados al margen del MIR una prueba que les sirva para demostrar su preparación y poder conseguir el título oficial. Tal posibilidad no está contemplada en el Real Decreto 1776/1994, pero se pretende aplicar a los "Mestos" la misma medida que disfrutaban los extranjeros con título no homologado.¹¹²

Después de este largo recorrido sobre la situación de mestos y mesthos hay que hacer algunas consideraciones sobre el segundo inciso del párrafo primero del artículo 403 del vigente Código Penal. No se trata de que los mesthos vayan a ir a la cárcel por intrusismo, como pretende victimalmente el Presidente del Grupo

⁹⁷ *Ibidem*

⁹⁸ "Diario Médico" de 5 de mayo de 1994.

⁹⁹ "Diario Médico" de 9 de julio y 16 de septiembre de 1996.

¹⁰⁰ "Diario Médico" de 6 y 24 de junio de 1996.

¹⁰¹ "Diario Médico" de 8 de marzo de 1996.

¹⁰² "Diario Médico" de 12 de julio de 1996.

¹⁰³ "Diario Médico" de 3 de junio de 1996.

¹⁰⁴ "Diario Médico" de 8 de marzo de 1996.

¹⁰⁵ "Diario Médico" de 11 de marzo de 1996.

¹⁰⁶ "Diario Médico" de 12 de marzo de 1996.

¹⁰⁷ "Diario Médico" de 17 de julio de 1996.

¹⁰⁸ "Diario Médico" de 15 de marzo de 1992.

¹⁰⁹ "Diario Médico" de 5 de febrero de 1996.

¹¹⁰ "Diario Médico" de 9 de febrero de 1996.

¹¹¹ "Diario Médico" de 8 de julio de 1996.

¹¹² "Diario Médico" de 18 de septiembre de 1996. Tengo que hacer aquí expresamente mi reconocimiento y gratitud a Don Carlos Gil de "Diario Médico" por su aportación de todos los datos precedentes.

de Trabajo Mesthos-OMC, pretendiendo que el nuevo texto punitivo va a solucionar los problemas, precipitando las cosas a todos presos o todos absueltos y pretendiendo que las autoridades tengan que cubrir los servicios de urgencia¹¹³. Ello resulta exagerado. En primer lugar porque el delito está castigado con pena de multa de tres a cinco meses y como la cuota diaria se mueve de 200 a 50.000 pesetas, según el art. 50, 4, la multa podría no sobrepasar las veinte mil pesetas y tal suma se la pueden imponer en tráfico por una infracción cualquiera. En segundo lugar, porque a mi parecer la mayoría de los médicos de estos colectivos tendrían que ser juzgados con la apreciación de un error de prohibición (art. 14, 1) o de tipo (art. 14, 3) y concurriría un estado de necesidad propio en cuanto a la propia subsistencia y trabajo y general en cuanto a la asistencia sanitaria a los pacientes (art. 20, 5º).

Ello no significa, que no constituya delito el ejercicio de una especialidad médica sin poseer el correspondiente título oficial, porque el Código Penal de 1995 sanciona igualmente, si bien con penas distintas el ejercicio profesional sin título académico, cuando éste es preciso, como sin título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para ello.

Por lo demás, ya bajo el texto precedente se sancionaron estas conductas. Veamos, además, las normas extrapenales constituidas por la Ley de 20 de julio de 1955 reguladora de las especialidades médicas y el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, que llevan a estimar obligatorio tanto para la utilización de la denominación de Médico Especialista, para el ejercicio de la profesión con tal carácter y para ocupar un puesto de trabajo en establecimientos e instituciones públicas o privadas con tal denominación.

Por ello Alonso Olea, Catedrático de Derecho del Trabajo y Asesor de la anterior Ministra de Sanidad, repetía que "es rigurosamente falso que el médico general pueda ejercer como especialista". Añade también: "La *lex artis* viene determinada por la titulaciones, que son las que determinan las capacidades que cada médico debe tener. Existe una sentencia del Tribunal Supremo que dice, anacrónicamente, en una jurisprudencia mal fundada y defectuosa, que el licenciado lo es en medicina y cirugía y que, por consiguiente, el médico licenciado puede hacer cualquier intervención".

"Esto es rigurosamente falso hoy por más que la colegiación sea común para todos, puesto que el sistema de titulaciones es muy variado, muy complejo y puesto que para todos los puestos públicos y privados no basta con la titulación general, sino con la de la especialidad de que se trate, lo que hace de la carrera de

medicina la más compleja, la más larga y la más costosa del país".

"Para ser cirujano o cardiólogo, como para la mayoría de las especialidades, hacen falta cinco o seis años más de formación en la especialidad".¹¹⁴

A todo ello debe añadirse la titulación exigida por las directivas europeas para el ejercicio de las especialidades médicas (Ver Directiva 86/457, refundida en la 93/16, la 75/363 y la 81/1057) y la sentencia del Tribunal Constitucional que confirmó la condena a un médico general que ejercía como estomatólogo, que recoge que si generalmente se había entendido que los licenciados podían ejercer libremente, sin anunciarse como especialistas, la profesión médica concebida como una sola, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo lo rechazó abiertamente, en una línea jurisprudencial consolidada, que se inició el 18 de octubre de 1969. No debe olvidarse que la base del recurso consistía en que el Real Decreto 127/1984 carecía de rango de Ley para regular las especialidades, pero el Tribunal Constitucional recuerda al respecto la Ley de Especialidades Médicas de 1955.

No obstante otros autores se han basado en el carácter de norma reglamentaria del Real Decreto 127/84 y la exigencia de la reserva de Ley¹¹⁵, pero a mi parecer este asunto está ya resuelto.

4.- La agravación común a ambas figuras delictivas.

El segundo y último párrafo del art. 403 del Código Penal señala que "si el culpable, además se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años".

La exigencia relativa a que la atribución de la cualidad profesional se haga públicamente (mediante anuncios, etc.) vuelve a relacionar este delito con la fe pública, no siendo suficiente que el sujeto se atribuya tal cualidad frente al particular, el cliente, por ejemplo, que puede ser sujeto pasivo de un delito de estafa.¹¹⁶

Pero la simple arrogación de esta cualidad profesional, no acompañada de la realización de actos propios de la misma, no tiene cabida en el citado precepto, aunque sí en la infracción venial tipificada en el artículo 637.¹¹⁷

Se exige una ostentación pública de la condición profesional, pero sólo alcanza esta infracción, si se efectúa conjuntamente con la actuación intrusa¹¹⁸. Tal atribución pública tiene lugar de manera ostensible, notoria y manifiesta de quien se presenta a los demás como miembro de dicha profesión -sentencias de 30 de mayo de

¹¹⁴ "Diario Médico" de 15 de noviembre de 1995, pág. 6.

¹¹⁵ Ricardo de Lorenzo "¿Delito de intrusismo entre especialistas?" en "Madrid Médico". Boletín del Colegio de Médicos de Madrid. Octubre de 1996. También tengo que recordar aquí su magnífico Informe sobre legislación española y de la Unión Europea sobre titulación y ejercicio de las especialidades médicas, a solicitud del Grupo de Trabajo Mesthos en septiembre de 1996, aunque llegue a conclusiones distintas de las aquí señaladas.

¹¹⁶ F. Muñoz Conde, ob. cit., pág. 613.

¹¹⁷ E. Orts Berenguer, ob. cit., pág. 1773.

¹¹⁸ Vázquez Iruzubieta, ob. cit., pág. 553.

¹¹³ "Tribuna Médica", 17 a 23 de junio de 1996.

1975, 28 de septiembre de 1982 y 14 de marzo de 1987-¹¹⁹. Es suficiente, sin embargo, la potencialidad falsaria de la atribución sin que sea imprescindible que el cliente que acude al intruso haya resultado confundido y crea por ello que se encuentra ante un profesional auténtico.¹²⁰

Pero debe hacerse una observación sobre la redacción deplorable de este segundo párrafo del artículo 403, pues debería hablar en plural de "los títulos referidos" (el académico y el oficial). Por otra parte, ello es grave defecto del Código, que unifica la pena en las dos figuras agravadas, pese a que se construyen sobre tipos básicos de diferente entidad.¹²¹

5.- La infracción venial del artículo 637 del Código Penal.

Característica de la nueva regulación es la desaparición de la falta del artículo 572 del anterior Código Penal: "Será castigado con la multa de 10.000 a 100.000 pesetas el titulado o habilitado que ejerciere la profesión sin hallarse inscrito en el respectivo Colegio, Corporación o Asociación oficial, siempre que sea exigido reglamentariamente este requisito". La desaparición de tal figura resulta más llamativa debido a la constitucionalidad de esta sanción penal a la falta de colegiación que fue reconocida en la sentencia 74/1994, de 14 de marzo del Tribunal Constitucional.

Esta normativa del nuevo Código Penal sólo sanciona como delito venial en el artículo 637 al que "se atribuyere públicamente la cualidad de profesional amparada por un título académico que no posea". La pena es de arresto de uno a cinco fines de semana o multa de diez a treinta días.

La atribución misma de la cualidad profesional ha de estar amparada por un título académico -y sólo académico- que no se posea y ello supone una falta contra el orden público¹²². Por ello no resulta exacto, como se ha afirmado alguna vez que tanto en el delito como en la falta el tipo legal requiere que la atribución sea de cualidad de profesional, como atribuirse la cualidad de Doctor en Medicina, o Doctor en Derecho, porque no constituyen profesiones¹²³, porque si ello es cierto con respecto al último párrafo del artículo 403, no con relación a la falta del artículo 637, que expresamente

se refiere a "profesión amparada por un título académico".

III. CONCLUSIÓN

Tenemos que reconocer que el bien jurídico protegido en las figuras penales del intrusismo no es otro que el interés público, que se respete la exclusiva potestad administrativa para expedir títulos que capaciten para el ejercicio de determinadas profesiones¹²⁴. Pero en la regulación actual, cualquier usurpación de un título académico o de un título oficial que acredite la capacitación habilita para el ejercicio, comporta la misma pena en cada caso. No se distingue entre las diversas actividades que amparan los títulos, que pueden ser muy diversas y en las que el intrusismo puede presentar consecuencias hasta diferentes. Con acierto, a mi juicio, nuestro primer Código Penal distinguió el intrusismo médico y lo separó de los demás. Resulta incongruente pretender que toda la población tenga una cobertura sanitaria y luego permitir que campen libremente los pseudomédicos, los curanderos, brujos y charlatanes que engañan a los pobres dolientes e impiden que la actuación sanitaria les ayude.

Poner el acento en este bien jurídico no es suficiente, ya que el derecho exclusivo del Estado a otorgar o reconocer títulos académicos y profesionales no es un derecho abstracto, sino que con tales títulos se satisfacen necesidades sociales.

El tema de los médicos no titulados y ejercientes como especialistas en la sanidad pública y privada es muy grave y no puede ser resuelto por la criminalización a través del Código Penal. Ha sido provocado, mantenido y tolerado por la Administración sanitaria y ella debe resolverlo con criterios racionales y de equidad.

La publicación de un Código Penal con la tipicidad del art. 493 donde se destaca la dicotomía título académico-título oficial, cuando más de 60.000 galenos se encuentran en la ilegalidad es un alarde de irresponsabilidad al que nos tienen acostumbrados los autores de este nuevo texto punitivo, que parece que hace agua por todas partes. Cuando esto escribo, se le señalan por doquier lagunas en la tutela de los menores, especialmente en el tema de la corrupción¹²⁵, y los tratadistas constantemente le proclaman sus defectos.

Con independencia de ello, la Administración sanitaria tiene que resolver este problema de mestos y mesthos, porque es un tema de justicia. Lo que ahora ya no es admisible es que después de la entrada en vigor del Código cierre los ojos a la situación creada, o la utilice como arma de despido. Este es un tema urgente que tiene que ser resuelto, para legalizar la actuación de tantos interinos y evitarle s las multas de la Ley penal.

Finalmente, creo que la supervisión de la falta del artículo 572 del texto anterior no ha sido un acierto. Dicha falta sancionaba con multa de 10.000 a 100.000 pesetas al "titulado o habilitado que ejerciere su profesión sin hallarse inscrito en el respectivo Colegio,

¹¹⁹ E. Orts Berenguer, ob. cit., pág. cit.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ J. L. Manzanares Samaniego, "El intrusismo médico en el Nuevo Código Penal", Conferencia pronunciada en las "Jornadas de Derecho y Medicina" organizadas por el Sindicato Profesional de Médicos, en Las Palmas de Gran Canaria, abril, 1996.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ Vázquez Iruzubieta, ob. cit., pág. cit.

¹²⁴ José L. Manzanares Samaniego, "El delito de intrusismo", ob. cit., pág.321.

¹²⁵ Como botón de muestra "ABC" de 20 de octubre de 1996, podrían aducirse muchos más

Corporación o Asociación oficial, siempre que sea exigido reglamentariamente este requisito". No debemos olvidar que nos encontramos en presencia de una Administración corporativa donde el Estado, la Administración Pública, delega facultades a estos entes. La vigilancia sobre la colegiación alcanzaba no sólo al carente de ella pero con título, sino al que carecía de

ambos. La mayor persecución del intrusismo ha correspondido a los Colegios Profesionales.

Estimo que en ciertas profesiones, como la Abogacía, por ejemplo, la colegiación y la pertenencia a un grupo de profesionales es algo importante, muy importante y que debe ser protegido. La configuración como falta de tal incumplimiento no parecía exagerada criminalización.