

EL ART. 403 DEL CODIGO PENAL EL INTRUSISMO DENTRO DEL AMBITO FARMACEUTICO

María del Carmen Vidal Casero

Dr. en Farmacia, en Ciencias Biológicas y en Geografía y Historia. Profesora titular de Historia de la Farmacia y Legislación Farmacéutica. Facultad de Farmacia. Valencia.

1.- INTRODUCCIÓN

El acto profesional encierra toda una filosofía jurídica, de la que el intrusismo constituye una pieza fundamental. No debe olvidarse que el intrusismo supone una usurpación de funciones y, en consecuencia, comporta un engaño en el pacto contractual del ejercicio profesional.

El legislador, al enfrentarse al intrusismo, desea prevenir el peligro que pudieran acarrear en los ciudadanos personas sin la correspondiente preparación técnica, por carecer de la acreditación académica o por haberse hurtado el control profesional, que normalmente, se ejerce a través de los cauces instituidos en los colegios profesionales. Esta implicación de los colegios profesionales obliga a una actuación independiente, no corporativa, a fin de que la sociedad logre comprender su papel de intermediario.

A la hora de contemplar el intrusismo, se puede enumerar un sinnúmero de supuestos tipificados todos ellos bajo el común denominador de atribuirse públicamente la cualificación profesional por aquella persona que no la ha obtenido, aunque también se produce cuando se usurpan unas funciones que no le son propias. Por tanto, el delito puede ser cometido por personas extrañas a la profesión e, incluso, por profesionales con titulación inferior a la requerida o por profesionales que carecen del oportuno título de especialista¹.

El art. 403 del Código Penal vigente literalmente dice: "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". Este articulado ha venido a sustituir al art. 321 del anterior Código Penal que literalmente decía: "El que ejerciere 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 atribuyere públicamente la cualidad de profesional, se le impondrá además la pena de multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas"². Por consiguiente el Código Penal va a proteger tanto a los profesionales, como, a los intereses generales, en tanto que el ejercicio de tal actividad por personas cuya cualificación no está reconocida puede originar graves riesgos para la sociedad³.

La profesión farmacéutica, al constituirse en garantía de la seguridad de las personas y su salud, ofrece una especial significación en orden a la salvaguarda que el Estado y las instituciones públicas han de realizar en favor del buen hacer, al existir un interés colectivo, social, que conlleva el cuidado de los profesionales respecto a delimitar las fronteras de la licitud de su actuación, protegiendo el interés comunitario. En este artículo se realiza un análisis de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (Sala 2a): 1966-1998, limitando el estudio a la doctrina que se ha ido creando referente al art. 403 del Código Penal (art. 321 anterior CP). Se ha estudiado tanto el intrusismo en la profesión farmacéutica, como en el ejercicio de óptico. Esto último se ha realizado ya que los licenciados en farmacia han podido obtener fácilmente el título de óptico con un sencillo curso de especialidad realizado en Escuelas de capacitación adscritas a las Facultades de Farmacia. Y con este título pueden tener abierta una sección de óptica en la oficina de farmacia, o incluso abrir un establecimiento de óptica.

² Climent Durán C., Pastor Alcoy, F: *El nuevo y el viejo Código Penal comparados por artículos*. Ed. General de Derecho SL. Valencia; 1996: p. 266.

³ Asunción Rodríguez, M^a de la, Zarzuelo Descalzo, J. Usurpación de funciones médicas. *La Ley*. 1996; (4117): 1-4.

¹ "Contra el intrusismo profesional". *El Médico*. 1995; (10 marzo): 11.

2.-GENERALIDADES

2.1.-Concepto de intrusismo

El delito de usurpación de calidad, también denominado de intrusismo, es un delito formal, de mera actividad, en alguna ocasión denominada "infracción administrativa especialmente criminalizada", que pretende proteger a la sociedad en general, para evitar el peligro que supone el ejercicio por personas audaces, pero incompetentes, de tareas delicadas que exigen conocimientos y capacidades específicas⁴.

La figura delictiva, se comete por ejercer actividades propias y privativas de una profesión sin poseer el título oficial legalmente exigible para la misma⁵, ya sea tal ejercicio retribuido o gratuito⁶. *No palidece su presencia por la inexistencia de resultado lesivo alguno*⁷ o por la no atribución pública de la cualidad profesional⁸. *No precisa* para su perfección *un resultado determinado*, de mero peligro e integrante de falsedad personal, constituyendo un ejemplo de las denominadas leyes penales en blanco y preceptos punitivos incompletos, puesto que, independientemente de las penas que el CP señala, una gran parte de los elementos o requisitos de la infracción se hallan ausentes de la descripción penal y ha de tomarse de preceptos extrapenales⁹, generalmente de naturaleza administrativa, normas nacionales o internacionales que establecen las funciones propias y características de determinadas profesiones, así como las condiciones y requisitos que habilitan para la obtención del título académico oficial reconocido por disposición legal o Convenio internacional¹⁰ que autorice su ejercicio en España, si es extranjero¹¹. Por tanto, impone el reenvío a la legislación administrativa (*aspecto normativo*) y, de otra, que los hechos de invasión realizados por el intruso tengan una cierta relevancia o entidad para que produzcan resonancia dentro del marco profesional afectado (*aspecto fáctico*)¹².

En las sentencias de los años setenta¹³, sin perjuicio de declarar de que era indispensable, una cierta "assiduitas", como soporte eficaz del injusto típico, sentaron la doctrina conforme a la cual, la dinámica comisiva propia de esta infracción, no requiere para su perfección, una *habitualidad o repetición de acto*¹⁴, y por consiguiente podía consistir, indiferentemente, en el ejercicio continuado o en un simple acto aislado, siempre que fuese idóneo y peculiar de la profesión invadida¹⁵, integrando la repetición de la conducta o su continuidad una misma infracción, sin que pudiese estimarse delitos diferentes los actos distintos de ella efectuados a través del tiempo¹⁶. Las sentencias del Tribunal Supremo de los años ochenta y noventa¹⁷ partiendo de la expresión legal plural- "el que ejerciere actos propios" - han declarado que, para la perfección de la figura delictiva estudiada, no basta la comisión de un acto aislado, perteneciente a una profesión cuyo ejercicio requiere la previa posesión de título oficial, puesto que, dicho acto aislado y solitario, puede constituir actuación de "mera benevolencia", sino que es menester una conducta persistente, continuada y porfiada, llegando a exigir, alguna de las citadas resoluciones, quizás con una cierta exageración, que el sujeto activo realice los mentados actos de modo habitual y hasta profesional¹⁸. Las actuaciones esporádicas¹⁹, realizadas por necesidad, benevolencia²⁰, circunstancias excepcionales²¹, por amistad o mera complacencia sin contraprestaciones que lleva consigo el ejercicio profesional, son atípicas, sin embargo, tal exigencia de habitualidad puede provenir de la situación misma, en tanto su propio título y

¹³ SS. de 21 abril 1969 (RJ 1969,2302),5 junio 1975 (RJ 1975, 2799), 26 diciembre 1981 (RJ 1981, 5528), 28 septiembre 1982 (RJ 1982, 4981), y 23 de enero y 19 de noviembre 1984 (RJ 1984, 394, 5502).

¹⁴ En ciertos casos la habitualidad, que se dice inexistente, se infiere de la realidad comercial, por ejemplo, de la existencia de un establecimiento de óptica abierta al público que primeramente regentó el padre del encausado y, a la muerte de aquel, el recurrente; habitualidad clara, a la que hay que añadir la falta de titulación de los respectivos titulares del establecimiento para ejercer esa profesión de ópticos, sin tener, además, ninguna persona contratada con titulación suficiente para suplir esa exigencia legal (S. 31 diciembre 1991. Ar. 1992, 1101.RLaLey 1992,9291).

¹⁵ SS. 23 enero 1984 (RJ 1984, 394), 8 septiembre 1992 (*La Ley* 1992-4,616).

¹⁶ SS. 18 octubre 1985 (RJ 1985,5004), 23 enero 1984 (RJ 1984, 394).

¹⁷ SS. 16 abril 1970 (RJ 1970, 1838), 27 abril 1972 (RJ 1972, 1806),29 y 29 de enero y 19 octubre 1973 (RJ 1973,334,3853),2 de marzo, 8 de junio y 20 diciembre 1974 (RJ 1974, 1194,2815,5253), 28 mayo 1975 (RJ 1975, 2343), 23 febrero y 23 marzo 1983 (RJ 1983,1715,2171),4 marzo 1988 (RJ 1988, 1532).

¹⁸ S. 4 marzo 1988 (RJ 1988, 1532).

¹⁹ S. 20 marzo 1992 (Archivo 1992, 1718. RLa Ley 1992, 9295).

²⁰

SS. 14 marzo 1972 (RJ 1972, 1320), 29 enero 1973 (RJ 1973, 334), 2 marzo 1974 (RJ 1974, 1194), 5 marzo 1976 (RJ 1976, 980), 14 febrero 1983 (RJ 1983, 1666).

²¹ S. 18 octubre 1985 (RJ 1985, 5004).

⁴ SS. 8 septiembre 1992 (*La Ley* 1992-4,616),28 septiembre 1992 (*La Ley* 1993-1, 669 (15031-R)).

⁵ S. 10 julio 1990 (*La Ley* 1990-4,826 (13287-R)).

⁶ S. 28 octubre 1993 (*La Ley* 1994-1,416).

⁷ SS. 20 diciembre 1967 (RJ 1967,142),18 octubre 1985 (RJ 1985, 5004).

⁸ S. 4 marzo 1987 (RJ 1987, 1864).

⁹ S. 21 abril 1988 (*La Ley* 1988-3, 211).

¹⁰ SS. 3 y 17 octubre 1985 (RJ 1985,4614,5001), 31 octubre 1986 (RJ 1986,5769),27 enero y 14 marzo 1987 (RJ 1987,466 y 2162), 6 junio 1989 (*La Ley* 1989-4, 502); 28 junio 1991 (*La Ley* 1991-4, 287).

¹¹ SS. 3 octubre 1985 (RJ 1985,4614), 6 junio 1989 (*La Ley* 1989,4,502).

¹² S. 5 mayo 1982 (*La Ley* 1982-3, 153).

regulación específica contemplan como requisito la continuidad²²

2.2.-Sujeto activo y sujeto pasivo del delito de intrusismo

Es *sujeto activo* del delito de intrusismo cualquiera que sea imputable y que ejerza los actos propios de una profesión sin hallarse en posesión ni haber obtenido el correspondiente título oficial y habilitador²³. *Sujetos pasivos* lo son, de un lado el Estado, el cual se reserva la potestad de conceder los referidos títulos, previos los estudios y haber cursado las asignaturas prevenidas y tras superar las pruebas oportunas; y de otro, la sociedad²⁴, así como los pertenecientes a la profesión de que se trate, los cuales, antes el intruso, ven cercenados sus emolumentos y el ámbito de su actuación profesional²⁵.

2.3.-Elementos necesarios para la usurpación

El delito de usurpación de funciones necesita, en la *praxis*, para su vivencia o apreciación, los condicionamientos o *elementos* siguientes: a) la realización de actos pertenecientes a una profesión sin poseer título académico oficial, reconocido por disposición legal o Convenio internacional²⁶, destacando la doctrina que dicha carencia no puede sustituirse por una suficiencia científica. La asunción de la profesión, tanto puede hacerse oralmente o por la vía de hecho²⁷; b) que exista no solamente conciencia y voluntad del acto realizado²⁸, sino también la intención de arrogarse la profesión que se realiza indebidamente. Es decir, que se tenga conciencia, no solamente de la actividad que se realiza, sino además, de la violación de los preceptos que regulan la profesión que se ejecutan²⁹; y c) violación antijurídica de la normativa extrapenal ordenadora de la profesión invadida³⁰, es decir, que se infrinja la normativa que exige y regula la existencia del título con entidad de norma en blanco³¹, a través de una serie de actos de los que se desprende la repulsa social y mayoritaria, en atención a la naturaleza de la actividad desarrollada y al ele-

mento intencional del agente de la infracción³²; y, a título complementario, puede unirse la idea de trascendencia y de peligro en función de las características de la actividad profesional desarrollada³³. El elemento subjetivo se infiere de esa conducta continuada y del reconocimiento de esa exigencia legal³⁴.

2.4.- Tipicidad del intrusismo

Como se ha indicado anteriormente, sólo pueden dar lugar a acciones típicas de intrusismo aquellas que constituyan el ejercicio de una profesión que requiere un título otorgado por el Estado (o que goza del reconocimiento directo por una ley del Estado o a través de un Convenio internacional)³⁵. No se puede considerar típica la acción, sólo por haber ejercido una determinada actividad *sin la respectiva colegiación*, toda vez que la colegiación no se podría entender como un título oficial sin incurrir, como consecuencia de la extensión analógica de la ley, en una infracción del principio de legalidad previsto en el art. 25.1 CE; *lo que define en la ley el delito de intrusismo es la falta de título, no la falta de colegiación*³⁶.

2.5.-Ratio legis del art. 403 CP

La *ratio legis* del art. 403 CP vigente (art. 321 anterior CP) se dirige, por una parte, a la protección de aquellas profesiones, científicas o técnicas, reguladas por el Estado, y cuya titulación se obtiene después de prolongados, costosos y complejos estudios y tras superar pruebas y exámenes de variada índole en los que el examinado o aspirante debe acreditar su capacitación y suficiencia para el ejercicio competente de la disciplina de que se trate, obteniendo finalmente un título que le habilita para el ejercicio legal de la profesión y tendiendo dicha protección a evitar manifestaciones de competencia desleal por parte de quienes no han obtenido el referido título y que merman el ámbito de acción o campo profesional de los titulados y les restan percepción de honorarios³⁷, de emolumentos o de la justa retribución de sus tareas, a veces, en unos pseudoconocimientos adquiridos con la práctica o de modo autodidacta, ejerza actividades que, además, de infringir lo dispuesto por el Estado en este orden, suponen un peligro para el común de las gentes al ser ejercidas por personas carentes de capacitación³⁸ y de la suficiencia precisa que el

²² S. 10 enero 1991 (*La Ley* 1991-2,825 (13571-R)).

²³ S. 5 febrero 1993 (Ar. 1993,2740. *La Ley* 1993, 8630). Est. sentencia es contraria a la S. 20 marzo 1992 (Ar. 1992, 1718. *La Ley* 1992, 9295).

²⁴ S. 19 junio 1989 (RJ 1989, 5165).

²⁵ S. 21 abril 1988 (RJ 1988,2838).

²⁶ SS. 14 julio 1983 (RJ 1983,4179),28 mayo 1975 (RJ 1975, 2343).

²⁷ SS AP Madrid S. 25 septiembre 1995 (*La Ley* 1995-4, 479), 28 mayo 1975 (RJ 1975, 2343).

²⁸ S. 4 marzo 1987 (RJ 1987, 1864).

²⁹ S. 27 septiembre 1984 (*La Ley* 1984-4,651).

³⁰ S. 20 julio 1994 (*La Ley* 1994-4, 515).

³¹ S. 17 octubre 1985 (RJ 1985, 5001).

³² S. 20 febrero 1981 (RJ 1981,761).

³³ S. 2 julio 1992 (*La Ley* 1992-4, 330, RLa Ley 1992, 9272).

³⁴ S. 10 julio 1990 (*La Ley* 1990-4,826 (13287-R)).

³⁵ S. 13 mayo 1989 (*La Ley* 1989-4,497).

³⁶ S. 13 mayo 1989 (*La Ley* 1989-4,497).

³⁷ SS. 28 mayo 1969 (RJ 1969,2996), 7 diciembre 1970 (RJ 1970, 5036 y 5175).

³⁸ S. 3 febrero 1992 (Ar. 1992, 1303. *La Ley* 1992,9292).

título oficial garantiza³⁹, y por tanto, frente a competidores presuntamente ignorantes e inhábiles⁴⁰.

2.6.-Distinción y caracterización entre delito y falta de intrusismo

2.6.1.-Distinción

Las sentencias dictadas desde 1966 a 1996 han ido aclarando que en la redacción dada al art. 321 CP se suprimió la palabra "académico", pese a lo cual, y por un elemental respeto al principio de la jerarquía de las normas (art. 9.3 de la CE), la exigencia del título académico⁴¹ debe entenderse recogida en el tipo del delito, y *es evidente que la expresión "académico" debe ser referida a los casos en que la expedición del título se haga después de haber cursado unos estudios más o menos importantes, cuya culminación es lo que habilita para obtener dicha titulación*. Esto no ocurre en el caso, en el que, tras un somero examen sobre materias más o menos simples, sin exigencia de ninguna clase de cursos previos, se expide título⁴² por una institución que no es un órgano administrativo que tenga encomendadas funciones de educación o formación profesional⁴³. En consecuencia, *el término "título oficial" al que se refiere el art. 321 CP ha de ser entendido como "título académico oficial"*⁴⁴. *Este error de redacción del anterior Código Penal ha sido subsanado en el CP de 1996.*

2.6.2.-Caracterización

El delito y la falta de usurpación de calidad se *caracterizan* atendiendo a: 1º) La naturaleza y la intensidad del contenido del acto realizado, en relación con la función de la actividad profesional; 2º) la publicidad y trascendencia social que tiene la conducta punitiva, en atención con la finalidad de la profesión protegida legalmente; 3º) la habitualidad o repetición de actos⁴⁵.

La diferencia entre delito y falta es por consiguiente, básicamente cualitativa y radica en que en el delito, la conducta que se tipifica requiere que la actividad profesional no esté legitimada por la presencia de un título académico, mientras que en

la infracción leve la acción que se realiza no lo está reglamentariamente⁴⁶.

2.7.-Bien jurídico primario tutelado

El *bien jurídico primario tutelado* por el art. 403 CP, es privativo de la Administración,⁴⁷ correspondiéndole al Estado velar para que los títulos de determinadas profesiones sean concedidos con la garantías de orden moral y cultural indispendibles⁴⁸.

2. 8.-Formas de aparición

Como ponen de manifiesto Vives Antón y col.⁴⁹ siendo la intromisión un delito de mera actividad, la consumación del delito de intrusismo se produce tan pronto como se realiza un acto propio de la profesión invadida. No se castiga la impericia, sino la intromisión ilegítima en una profesión. También hay que tener en cuenta que la cooperación o complicidad en este delito es perfectamente posible. Y hay asimismo que considerar que en la esfera concursal, existen supuestos en los que a raíz de una mala praxis profesional, verificada por el intruso, se ocasiona un perjuicio al cliente. En ocasiones puede surgir un concurso con la estafa, si concurren todos los ingredientes de esta infracción.

3.-EL INTRUSISMO EN LA PROFESIÓN FARMACÉUTICA

Precedentemente se ha insistido que el art. 403 CP (al igual que el art. 321 CP anterior) ha de ser calificado de *ley penal en blanco*⁵⁰, lo que hace necesario acudir a otras normas que lo completen, como es en el supuesto de la distribución de especialidades farmacéuticas veterinarias al RD 109/1995⁵¹; y en el supuesto del ejercicio de óptico al D. 1387/1961⁵².

Doctrinalmente viene reconociéndose que, en razón del intrusismo, pueden verse comprometidos o afectados los intereses

⁴⁶ SS. 17 octubre 1985 (RJ 1985,5001), 28 junio 1989 (La Ley 1989-4,344).

⁴⁷ S. 18 octubre 1985 (RJ 1985, 5004).

⁴⁸ AP Toledo S. 17 diciembre 1991 (La Ley 1992-2,166), S. 4 marzo 1987 (RJ 1987, 1864), 1 julio 1987 (La Ley 1987-4, 105).

⁴⁹ Vives Antón, T. S. (Coord.). *Comentarios al Código Penal de 1995*. Vol. 11. Tirant Lo Blanch. Valencia; 1996: pp. 1769-1774.

⁵⁰ El prof. Cabo del Real advierte de la utilización excesiva de la denominada técnica de las leyes penales en blanco en el nuevo Código Penal. Esto sucede con el art. 403 del nuevo Código Penal y con el art. 321 del antiguo Código Penal (Cf: Coba del Rosal, M. Consideración general sobre el nuevo Código Penal. *La Ley*; 1996: (24 mayo): 2).

⁵¹ RD 109/1995, de 27 de enero. *BOE*, de 3 de marzo.

⁵² D. 1387/1961 de 20 julio. *BOE*, de 7 de agosto.

³⁹ Así se declara en las SS de 11 noviembre 1967 (RJ 1967,4947), 20 diciembre 1967 (RJ 1968, 142),28 mayo 1969 (RJ 1969,2996),28 mayo 1975 (RJ 1975,2343) y 5 marzo 1976 (RJ 1976,980).

⁴⁰ S. 30 septiembre 1991 (La Ley 1992-1,695 (14253-R)).

⁴¹ AP Toledo S. 17 diciembre 1991 (La Ley 1992-2, 166).

⁴² S. 4 marzo 1987 (RJ [987, 1864).

⁴³ S. 28 junio 1989 (La Ley 1989-4, 344).

⁴⁴ No tendrían tal carácter otros de rango inferior como diplomas, certificados, permisos etc (Cf: Bustos Ramírez, J: *Manual de Derecho Penal*. 2a ed. Barcelona; 1991: p. 352).

⁴⁵ S. 27 junio 1980 (RJ 1980, 3061).

del grupo profesional, siendo difícil concretar en la práctica el titulado que sufrió la afección por causa del usurpador⁵³.

3.1.-Intrusismo en el campo de los farmacéuticos

3.1.1.-En relación con los medicamentos veterinarios

En el aspecto normativo, la venta al público de medicamentos (incluidos los destinados a la medicina humana o veterinaria) se atribuye con exclusividad a las oficinas de farmacia según se dispuso en la Base 16 de la Ley de Bases de Sanidad Nacional⁵⁴ y, más concretamente, por lo que a los productos zoonosanitarios se refiere, en el RD de 23 de enero de 1981⁵⁵ sobre producción, distribución, utilización y control de tales productos, distribución que se hará, según su art. 7 a través de los almacenes de distribución farmacéutica legalmente autorizados, de las oficinas de farmacia y de entidades ganaderas autorizadas y para uso de sus miembros, almacenes farmacéuticos a los que, ya desde el D. de 10 de agosto de 1963⁵⁶ se les exige la existencia de técnico farmacéutico colegiado, reglamentación que está indicando claramente no sólo la exclusiva en la mediación o venta de los productos otorgadas a las mentadas oficinas o almacenes, sino, además, la garantía técnica y sanitaria de quienes por su condición de Licenciados o Doctores en Farmacia son los responsables de dicha expedición.

La mentada reglamentación ha continuado en sucesivas disposiciones de mayor o menor rango normativo, tales como el RD 796/82, de 2 de abril⁵⁷. El RD 794/83, de 30 de marzo⁵⁸ y las OOMM de 13 de junio de 1983⁵⁹ y 30 de julio de 1984⁶⁰, la segunda de tales Órdenes distingue entre almacenes que comercializan medicamentos de uso veterinario y almacenes que no comercializan tales productos, exigiendo para los primeros, además de ocupar locales suficientes y adecuados, disponer de los servicios de un farmacéutico responsable, a fin de garantizar la calidad del producto como medida más destacada. Es decir, que todo este desarrollo posterior que arranca del RD de 1981 tiene como leit motif la ya mentada asistencia farmacéutica.

El repetido art. 7 del Real Decreto de 1981, por tanto, circunscribe la autorización del medicamento o especialidad farmacéutica de uso veterinario (art. 4), así como la homolo-

gación técnico-sanitaria de los almacenes de distribución y comercialización (art. 5.3) a los almacenes de distribución farmacéutica legalmente autorizados. La Ley General de Sanidad 14/86, de 25 de abril⁶¹, en su Disposición adicional Cuarta deja subsistente la legislación relativa a la distribución y dispensación de medicamentos y productos zootécnicos, legislación que se ha recogido en los términos expuestos. La directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 28 de septiembre de 1981, con el designio de armonizar las disposiciones que regulan los intercambios de medicamentos en el seno de la Comunidad, no ha introducido nuevas vías o canales de venta, aunque ha acentuado para éstos el rigor de los controles de fabricación y comercialización mediante la presencia de técnicos cualificados en estos procesos⁶².

La legislación farmacéutica otorga a las oficinas de farmacia la venta exclusiva de los medicamentos y fármacos en un doble aspecto, propio de toda mediación: El de que los almacenistas de drogas, productos y especialidades farmacéuticas y plantas medicinales, solo podrán vender tales especialidades a las oficinas de farmacia legalmente establecidas, prohibiéndoseles la venta de las mismas al público, y el de que son dichas oficinas de farmacia las únicas que pueden vender al público las especialidades en cuestión. Estos criterios han sido ratificados por la Base de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944, y que se prevé para quienes, sin estar autorizados, *trafiquen* con especialidades farmacéuticas, la imposición de las sanciones correspondientes, entre las cuales están, las de naturaleza penal⁶³; en cuyo caso se encuentran los que sin ser titulados en Farmacia y careciendo de la correspondiente oficina o local legalmente establecido realicen actos de tráfico con productos farmacéuticos o los expendan con o sin personal beneficio, pero con indudable perjuicio para los que tienen la exclusiva de tal actividad mediadora, aparte de la garantía técnica y sanitaria inherentes a quienes por su condición de Licenciados o Doctores en Farmacia son los responsables de dicha expedición⁶⁴.

Es evidente, que no ha existido vacío normativo alguno en la exigencia de un técnico responsable en la distribución de productos farmacéuticos a través de depósitos o almacenes desde el año 1963 en que fueron autorizados tanto para los destinados a medicina humana como veterinaria, pues ello equivaldría, a dejar sin control técnico-sanitario un sector importante de productos y especialidades farmacéuticas, lo que es contrario a la letra y al espíritu de todas las disposicio-

⁵³ S. 4 marzo 1987 (RJ 1987, 1864).

⁵⁴ R. 1611 y N. Dicc. 27017.

⁵⁵ RD 23 enero 1981 (R. 342 y Ap. 1975-85, 4898).

⁵⁶ D.10 agosto 1963 (R. 1868 y N. Dicc. 12055).

⁵⁷ RD 796/82, de 2 de abril (R. 1003 y Ap. 1975-85,5898, nota).

⁵⁸ (RD 794/83, de 30 de marzo (R. 744 y Ap. 1975-85,4898, nota).

⁵⁹ D. 13junio 1983(R.1235yAp.1975-85,4913).

⁶⁰ D. 30 julio 1984 (R. 1984, 19982 Y R. 1985, 1799 y Ap. 197585,4924).

⁶¹ Ley 14/86, de 25 de abril (R. 1316).

⁶² S. 21 febrero 1991 (RJ 1991, 1313).

⁶³ La prescripción y dispensación de medicamentos veterinarios en España, ha sido frecuentemente objeto de polémica por los sectores implicados en el tema (Cf: Vidal Casero, Ma C. Medicamentos de uso animal. Descontrol. *Farmacia Profesional*; 1995: (3): 44-52).

⁶⁴ S. 5 marzo 1976 (RJ 1976,1004).

nes en esta materia, rigORIZADAS en Directivas de la Comunidad Europea, que han sido transpuestas al ordenamiento jurídico español en virtud del RD 1091/1995, de 27 de enero⁶⁵.

En la sentencia de 26 de mayo de 1970⁶⁶, se suscita el caso en el que un droguero dispensaba medicamentos en una zona apartada y montañosa "a distancia aproximada de 30 kilómetros de la población más cercana dotada de farmacia, y habiendo fracasado previos intentos conducentes a instalar en dicho núcleo rural botiquín farmacéutico correctamente autorizado, al encargarse el droguero (...) de proporcionar a sus desatendidos convecinos los preparados farmacéuticos, que necesitaran, a tal fin adquiridos antes por él, con módico descuento, en oficinas de farmacia de otros lugares, todo ello con la aquiescencia de personas tan autorizadas y representativas como el Alcalde, el Párroco y también el Médico, quien, además, vigilaba esta actividad y aún prescribía expresamente los específicos susceptibles de receta". La sentencia aduce en este caso que "falta a todas luces (...), el imprescindible conocimiento de la básica ilicitud de su concreta actividad, y por ende, el dolo requerido por el art. 10 del texto punitivo, en su relación, aquí, con el ya mentado art. 321, cuya preceptiva remisión a elementos normativos extrapenales integradores del tipo cuestionado viene a disculpar al transgresor, cuando los hechos denotan (...) ausencia de malicia a virtud de su razonable aunque errónea creencia de actuación legítima por su parte".

En la sentencia de 5 de marzo de 1976⁶⁷ un ayudante técnico sanitario, de acuerdo con otra persona dueña de un almacén de drogas y productos farmacéuticos, fue comprando a éste durante más de medio año partidas de medicamentos por un importe de 647.049 ptas con un descuento que oscilaba entre el 12 y el 24 por 100, Y posteriormente, el ayudante técnico sanitario revendía los mismos productos a diversos enfermos, cobrándoles el precio de venta al público con el correspondiente beneficio. De tal actividad se desprende que "el ayudante ejerció actos propios de la profesión farmacéutica en el doble aspecto de mediación que se encuentra protegido por la legislación administrativa que regula la profesión, como también han de considerarse tales actos de entidad bastante, hasta constituir un verdadero tráfico, tanto por el tiempo que duró el mismo como por la subida cantidad que los productos importaban, con los que se lucró el ayudante técnico sanitario al hacer suyos los descuentos que le otorgaba el mayorista con correlativo perjuicio para los profesionales de la farmacopea".

Otras sentencias se han dado relacionadas con la distribución y dispensación de medicamentos veterinarios. Concretamente

en las sentencias de 26 de diciembre de 1981⁶⁸, 14 de febrero de 1983⁶⁹ y 30 de septiembre de 1988⁷⁰ sostienen que el art. 7 del RD 163/1981 de 23 enero⁷¹ establece la distribución de los productos zoonosanitarios a los almacenes legalmente autorizados, y las moratorias de adecuación concedidas en una reglamentación posterior a dicho Real Decreto se refieren a las instalaciones y actuaciones, pero no exoneran de la autorización ministerial correspondiente, ya que ello equivaldría a dejar sin control técnico-sanitario la venta de tales productos, y por tanto, "la actuación del procesado bajo la legislación en vigor comercializando en un almacén de productos zoonosanitarios especialidades farmacéuticas de uso veterinario, careciendo de titulación y de asistencia técnico-farmacéutica alguna, incidió en el injusto penal contemplado en el art. 321 CP, al ejercer actos propios de la profesión farmacéutica, a la que se encomienda la dirección y control de los establecimientos de distribución por ser profesionales cualificados-art. 4 del citado RD"⁷².

En la misma dirección se encuentra la sentencia de 27 de abril de 1989⁷³, la que estima que "al procederse por el acusado a la comercialización y venta de medicamentos de uso veterinario sin la presencia de un técnico farmacéutico, además de otras irregularidades administrativas que no afectan al aspecto penal, se realizaron actos propios de dicha profesión, con quebranto de las garantías que la intervención de aquellos técnicos ofrece, incurriéndose en el intrusismo previsto y penado en el art. 321 CP, sin que pueda argüirse (...) que el acusado pudiera estar en la firme creencia de que su actuación era jurídicamente correcta".

Ulteriormente, en la sentencia de 17 de mayo de 1990⁷⁴ se incide en que la conducta de los procesados reúne las características del tipo del art. 321 CP "al proceder a la venta de productos zoonosanitarios sin control de un técnico farmacéutico o cualificado". Y en la sentencia de 21 de febrero de 1991⁷⁵ se considera que "que el acusado constituyó en la localidad un depósito de productos zoonosanitarios, procediendo a la venta directa de los preparados, para lo cual se dio de alta fiscal bajo el epígrafe de "específicos farmacéuticos al por menor", prescindiendo de la asistencia y control de un técnico farmacéutico, cumpliendo las exigencias del tipo penal previsto en el art. 321 CP, sin que sea de aplicación la nota de error invencible de la sentencia de instancia, al admitir que el

⁶⁸ S. 26 diciembre 1981 (RJ 1981,5227).

⁶⁹ S. 14 febrero 1983 (RJ 1983, 1666).

⁷⁰ S. 30 septiembre 1988 (*La Ley* 1988-4,421).

⁷¹ Art. 7 RD 163/1981. *BOE*, de 11 de febrero.

⁷² S. 30 septiembre 1988 (*La Ley* 1988-4,421).

⁷³ S. 27 abril 1989 (*La Ley* 1989-2,232).

⁷⁴ *RLa Ley* 1990,21.

⁷⁵ S. 21 febrero 1991 (Ar. 1991, 1695. *RLa Ley*, 8694).

⁶⁵ RD 109/1995, de 27 de enero. *BOE*, de 3 de marzo.

⁶⁶ S. 26 mayo 1970 (RJ 1970,2211).

⁶⁷ S. 5 marzo 1976 (RJ 1976, 1004).

sujeto acusado no tuvo conciencia de la antijuricidad de su conducta, pues no puede desconocerse por unos laboratorios dedicados a la producción y comercialización de especialidades de uso veterinario, y, por supuesto, de quien ostenta su representación y delegación que no podría excusarse simplemente con base en el cumplimiento de los requisitos fiscales y en haber pasado, sin denuncia de irregularidades, las inspecciones farmacéuticas y veterinarias de los organismos oficiales". En la sentencia de 21 de mayo de 1990⁷⁶, de manera similar a las sentencias precedentes, una persona que no era farmacéutica vendía al público en el comercio de piensos compuestos y otros productos para el ganado, preparados farmacéuticos de uso veterinario como Bi-neosilin y otros. Finalmente, otro caso similar se estudia en la sentencia de 21 de febrero de 1991⁷⁷, el intruso constituyó en Almadén para esa ciudad y su zona de influencia un depósito de especialidades farmacéuticas y productos farmacéuticos veterinarios, prescindiendo de la asistencia y control de un técnico farmacéutico.

3. 1.2.-En relación con los análisis clínicos

El título de Licenciado en Farmacia de acuerdo con el Decreto de Ordenación de la Facultad de Farmacia de 1944⁷⁸ habilita "para el ejercicio de las actividades científicas de análisis químicos y biológicos". No obstante, la AP Madrid en sentencia de 25 de septiembre de 1995⁷⁹ aclara que el art. 4 de la OM Trabajo de 25 de abril de 1950 (indemnización de analistas por gastos de material) *excepción de las tomas de muestras practicables por los analistas las punciones lumbares exploradoras, así como las endoscopias y otras intervenciones especializadas*. Siendo así, es claro que dentro de las excepciones del precepto ha de comprenderse, una *amniocentesis*, toda vez que los riesgos que genera no son menores que los de una punción lumbar, pues una punción abdominal en una mujer embarazada, con el fin de extraer el líquido amniótico puede generar gravísimos riesgos para el feto de no practicarse adecuadamente. Se trata, por tanto, de una intervención especializada, para cuya práctica ha de contarse con conocimientos científicos del cuerpo humano y acreditada pericia para realizar la punción y realizar la técnica de la ecografía. *El acusado por intrusismo profesional-doctor en farmacia, especialista en análisis clínicos*⁸⁰ - ha ejecutado, por consiguiente, un acto médico sin tener el título universitario para poder realizarlo.

⁷⁶ S. 21 mayo 1990 (RJ 1990,4203).

⁷⁷ S. 21 febrero 1991 (RJ 1991,1313).

⁷⁸ D. 7 julio 1944. *BOE*. de 4 de agosto.

⁷⁹ AP Madrid Secc. 15. S. 25 septiembre 1995 (*La Ley* 1995-4, 479).

⁸⁰ Los recursos a la especialización farmacéutica en análisis clínicos ha sido el objetivo investigado en: Vidal Casero, M^a C. Las impugnaciones a la especialización farmacéutica en análisis clínicos. *El Farmacéutico*. 1997; (mayo): 130-133.

3.1.3. -Cooperador

En la sentencia de 31 de marzo de 1991⁸¹ el intrusista se dedicaba de modo habitual a poner inyecciones tanto intramusculares como de las otras, careciendo de título facultativo, lo que conseguía con la cooperación del titular farmacéutico. Utilizaba de la farmacia como centro de operaciones, dejando a veces en ésta los clientes los avisos para que se acudiese a poner las inyecciones.

3.2.-Intrusismo en el campo de los ópticos

El ejercicio de la profesión de óptico está regulado básicamente por el D. de 20 de julio de 1961⁸², cuyo art. 1 establece, en su primer párrafo, que, a partir de la entrada en vigor del decreto, y con excepción de lo dispuesto en su disposición transitoria, todos los establecimientos de óptica o secciones de esta especialidad en oficinas de farmacia deberán de tener a su frente a un óptico diplomado en la forma prevista por el art. 2. El párrafo segundo de ese art. 1 determina que se considerarán establecimientos de óptica y secciones de óptica de oficina de farmacia los capacitados para el tallado, montaje, adaptación y venta de los artículos ópticos destinados a la corrección o protección de la visión. Y el art. 2, que se reputarán ópticos diplomados quienes se hallen en posesión del diploma óptico de Anteojería, expedido por el Ministerio de Educación Nacional, conforme al D. de 22 de junio de 1956⁸³. Haciéndose alusión seguidamente a estudios complementarios que deberán seguir los licenciados en Ciencias, Medicina y Farmacia y los ingenieros y peritos de Escuelas Técnicas para obtener ese diploma sin la realización de los cursos a que se refiere el Decreto de 1956⁸⁴.

Ese Decreto de 1956, creador del diploma de óptico, comprende, en sus siete artículos, un régimen de estudios y exámenes, bajo la organización, como el acceso, del Instituto de Óptica, integrado en el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, y bajo la inspección de un comité del que forman mayoritariamente parte catedráticos universitarios, según la redacción dada el art. 4 por el D. de 1961.

Del reseñado conjunto normativo- al que cabe agregar la O. de 4 de abril de 1962⁸⁵, complementaria del D. de 1961, el D.

⁸¹ Martínez Pereda Rodríguez, J.M. *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*. Colex. Madrid; 1990: p. 123.

⁸² D. 20 julio 1961 (R. 1138 y Ap. 51-66, 10778).

⁸³ D. 22 junio 1956 (R. 1018 y N. Dice. 22664).

⁸⁴ Para el funcionamiento de los establecimientos de óptica se requiere la correspondiente autorización administrativa (Cf: Vidal Casero, M^a C. Establecimientos y secciones de óptica. Autorizaciones administrativas. *Farmacia Profesional*. 1996; 10 (6): 52-57).

⁸⁵ R. 678 y N. Dice. 22666, nota.

de 12 de febrero de 1964⁸⁶, creador del Colegio Nacional de Ópticos, y el RD de 13 de julio de 1979⁸⁷, que aprobó los Estatutos colegiales- se desprende: a) la actividad de los ópticos recae sobre factor tan importante para la salud como la dirección técnica en el tallado, montaje y adaptación de las lentes protectoras o correctoras de la vista; b) el correspondiente interés social en exigir garantías precisas de capacidad-preparación, formación y habilidad- a quienes desempeñen aquella actividad determina la atribución al Estado de la potestad policial consistente no sólo en la exclusividad para la expedición del título habilitante sino en exigir que ese título sea poseído para dicho ejercicio; y c) el título, aunque no proceda de una "facultad", ni siquiera merezca la calificación formal de universitario, debe reputarse académico.

Diversas sentencias- tales como las sentencias de 10 de mayo de 1974⁸⁸, 5 de mayo de 1982⁸⁹, 18 de octubre de 1985⁹⁰, 3 de mayo de 1988⁹¹, 29 de enero de 1990⁹², 10 de julio de 1990⁹³ y 22 de enero de 1993⁹⁴ condenan por intrusismo a inculpados que realizaban labores propias de los diplomados eh óptica, sin serio. Y en la sentencia de 30 de marzo de 1990⁹⁵ se considera incurso al procesado titular dominical de dos establecimientos de óptica, el cual teniéndolos abiertos al público, sólo en uno de ellos disponía de óptico titulado. Ello implica que, en el otro establecimiento, dolosamente el acusado ejercía los actos propios de la profesión de referencia sin tener el correspondiente título; o, al menos, como empresario que mantenía abierto el establecimiento, practicaba actos ejecutivos a partir de los cuales otras personas tampoco diplomadas realizaban las tareas características de los ópticos, o inducía a efectuarlas, o cooperaba necesariamente a llevarlas a cabo⁹⁶.

4.-CONCLUSIONES

Del análisis legislativo y jurisprudencial efectuado se deduce:

1.-El delito de usurpación de calidad, es un delito forma!, de mera actividad, que pretende proteger a la sociedad en general, con la finalidad de evitar el peligro que supone el ejercicio por personas audaces, pero incompetentes, de tareas delicadas que exigen conocimientos y capacidades específicas.

La figura delictiva, se comete por ejercer actividades propias y privativas de una profesión sin poseer el título oficial legalmente exigible para la misma, ya sea tal ejercicio retribuido o gratuito. No precisa para su perfección de un resultado determinado, ni palidece su presencia por la inexistencia de resultado lesivo alguno. Constituye un ejemplo de las denominadas leyes penales en blanco y preceptos punitivos incompletos. Lo que define en la ley el delito de intrusismo es la falta de título, no la falta de colegiación.

2.-Es sujeto activo del delito cualquier a que sea imputable y que ejerza los actos propios de una profesión sin hallarse en posesión ni haber obtenido el correspondiente título oficial y habilitador. Sujetos pasivos son: el Estado, la sociedad, así como los pertenecientes a la profesión de que se trate.

3.-Los elementos necesarios para la usurpación son: la realización de actos pertenecientes a una profesión sin poseer título académico oficial, reconocido por disposición legal o Convenio internacional; que exista no solamente conciencia y voluntad del acto realizado, sino también la intención de arrogarse la profesión que se realiza indebidamente; y violación antijurídica de la normativa extrapenal ordenadora de la profesión invadida. Complementariamente se puede unir la idea de trascendencia y de peligro en función de las características de la actividad profesional desarrollada.

4.-La diferencia entre delito y falta es básicamente cualitativa, radicando en que en el delito, la conducta que se tipifica requiere que la actividad profesional no esté legitimada por la presencia de un título académico, mientras que en la infracción leve la acción que se hace no lo está reglamentariamente.

5.-La consumación del delito de intrusismo se produce tan pronto como se realiza un acto propio de la profesión invadida, sin requerirse la causación de resultado alguno, ya que no se castiga la impericia sino la intromisión ilegítima en una profesión. La cooperación en este delito es perfectamente posible, y en la esfera concursal!, existen supuestos en los que a raíz de una mala praxis profesional, se ocasiona un perjuicio al cliente, e incluso a veces puede surgir un concurso con la estafa.

6.-En el período investigado (1966-1998) ha existido intrusismo en el campo de los farmacéuticos, distribuyéndose y dispensándose medicamentos y productos farmacéuticos veterinarios por personas que carecían del título de Licenciado en Farmacia, intrusismo que hasta 1995 ha estado favorecido por la ambigüedad de las disposiciones, y en general por el desorden de lo concerniente a los medicamentos veterinarios; y también por realizar determinados análisis que en razón de su especificidad debían ser efectuados por médicos.

⁸⁶ R. 368 y N. Dicc. 22667.

⁸⁷ R. 2302 y Ap. 1975-85, 10362.

⁸⁸ S. 10 mayo 1974 (RJ 1974,2255).

⁸⁹ S. 5 mayo 1982 (RJ 1982,2630).

⁹⁰ S. 18 octubre 1985 (RJ 1985,5004).

⁹¹ S. 3 mayo 1988 (RJ 1988, 3448).

⁹² S. 29 enero 1990 (RJ 1990,2955).

⁹³ S. 10 julio 1990 (AL 1991,71. RLa Ley 1991, nota 8689).

⁹⁴ S. 22 enero 1993 (RJ 1993,294).

⁹⁵ S. 30 marzo 1990 (RJ 1990,2654).

⁹⁶ Art. 28 CP vigente (Art. 14, números 1,2 y 3 CP anterior).