



Escuela Andaluza de Salud Pública
CONSEJERÍA DE SALUD

TESIS DOCTORAL

ANÁLISIS CLÍNICO, ÉTICO Y JURÍDICO DEL DELITO DE INTRUSISMO EN ODONTOLOGÍA

para su presentación en la

FACULTAD DE ODONTOLOGÍA de la UNIVERSIDAD DE SEVILLA

para la obtención del

TÍTULO DE DOCTOR EN CIENCIAS DE LA SALUD (RD 99/2011)

DIRECTORES: *Prof. Dr. D. Francisco de Asís Garrido Peña,
Prof. Dr. D. Antonio Luís Castaño Séiquer y Prof. Dr. D. Felipe
Luís Meléndez Sánchez.*

TUTOR: *Prof. Dr. D. Cleofás Rodríguez Blanco.*

DOCTORANDO: *Diego Rodríguez Menacho*

Prof. Dr. D. Francisco de Asís Garrido Peña, Doctor en Filosofía y Profesor Titular del Departamento de Derecho Penal, Filosofía del Derecho, Filosofía Moral y Filosofía de la Universidad de Jaén,

Prof. Dr. D. Antonio Luís Castaño Séiquer, Doctor en Medicina y Cirugía, y Profesor Titular del Departamento de Estomatología de la Universidad de Sevilla, y

Prof. Dr. D. Felipe Luís Meléndez Sánchez, Doctor en Derecho y Profesor-Tutor de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) en el Centro Asociado de Cádiz,

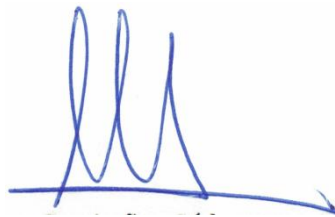
CERTIFICAN

Que el trabajo presentado por **Diego Rodríguez Menacho**, denominado "**Análisis clínico, ético y jurídico del delito de intrusismo en Odontología**", ha sido realizado bajo nuestra conjunta dirección y reúne los requisitos necesarios para su presentación y defensa ante el Tribunal Calificador.

Y para que así conste, a petición del doctorando, se firma la presente a 28 de febrero de 2017.



Prof. Dr. D. Francisco de Asís Garrido Peña,



Prof. Dr. D. Antonio Luís Castaño Séiquer



Prof. Dr. D. Felipe Luís Meléndez Sánchez.

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, en un lugar destacado de este trabajo de investigación, mi principal agradecimiento al sistema educativo del Estado español, figura principal para que este trabajo se haya convertido realidad.

Y sin que sea un tópico, una especial mención a mis guías en su redacción: mis directores.

- al Prof. Dr. D. Francisco de Asís Garrido Peña, que me inició en los estudios de tercer ciclo sin pensarlo ni un solo instante, sin conocerme, y que me ha instruido en el mundo de la Filosofía, en especial, en la Bioética y en la Ética Biomédica, materia abandonada en los planes de estudio sanitarios y jurídicos, la cual se merece el lugar que le corresponde,

- al Prof. Dr. D. Antonio Luís Castaño Séiquer, a destacar como excelente persona y dentista, profesional destacado y reconocido en la Odontología Social presente, que me ha guiado en el aspecto clínico del presente trabajo y me ha despertado la vena docente,

- y al Prof. Dr. D. Felipe Luís Meléndez Sánchez, Letrado penalista desde 1983, y docente de mis estudios de Derecho, por el cual me animé, en los primeros años de carrera, como alumno de ciencias de la salud, a formarme en lo jurídico con el Derecho Civil y Penal.

Y para cerrar esta sección, mi agradecimiento a mi pareja, a mi familia y a mis amigos.

DEDICATORIA

La presente obra está íntegramente dedicada:

- En primer lugar, a todos aquellos que han sufrido lesiones y/o han sido estafados por los intrusos en Odontología, y también a los que no, porque han sido engañados por haber sido asistidos por personas que no se encontraban habilitadas para tal fin.

- También a todos los dentistas (resaltando a mi amigo, maestro y compañero, el Dr. D. José Ramón Corona Beardo, que me acogió en su clínica siendo imberbe, y a su compañera, D^a M^a del Carmen Berenguer Alba, por su apoyo incondicional) que conforman tanto el Consejo General de Odontólogos y Estomatólogos de España, así como cada uno de los Colegios de Dentistas repartidos por toda la geografía española. En este apartado, es menester hacer una especial mención a los equipos de juristas que conforman las Asesorías Jurídicas de los anteriores, que sin su excelente trabajo no sería posible luchar contra la lacra del intrusismo.

- Y no se me puede olvidar agradecer al Dr. D. Ángel R. Rodríguez Brioso, Ilmo. Sr. Presidente del Colegio Oficial de Dentistas de Cádiz y de la Comisión de Intrusismo del Consejo General de Dentistas de España, por permitir realizar una estancia en la sede del Colegio que preside, con la estimable y reconocida ayuda de su Gerente, D. Manuel Torres. Son incalculables los frutos obtenidos gracias a la estancia concedida por esta Corporación de Derecho Público, poniendo a mi alcance todos los recursos disponibles, y los que se pudieran disponer.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	Pág. 8
2. ANTECEDENTES.....	Pág. 14
3. JUSTIFICACIÓN Y OBJETIVOS.....	Pág. 16
4. SITUACIÓN ACTUAL DEL TEMA.....	Pág. 18
4.1. COMPONENTES MÉDICO-CLINICOS.....	Pág. 18
1. Historia de la Odontología.....	Pág. 18
2. Colegios Profesionales de Dentistas.....	Pág. 27
3. Historia del intrusismo.....	Pág. 36
4. Titulados extranjeros.....	Pág. 39
5. Ejercicio de los médicos.....	Pág. 43
6. Laboratorios de prótesis dental.....	Pág. 45
7. Higienistas dentales.....	Pág. 48
8. Actos propios clínicos de la profesión..	Pág. 54
9. Peligro concreto del delito en el caso de las prótesis.....	Pág. 67
4.2. COMPONENTES ÉTICOS.....	Pág. 71
1. Historia de la bioética clínica.....	Pág. 71
2. Situación actual sanitaria.....	Pág. 76
3. Origen de la Bioética.....	Pág. 79
4. Principios básicos.....	Pág. 81
4.1. Principio de autonomía.....	Pág. 83
4.2. Principio de beneficencia.....	Pág. 93
4.3. Principio de no maleficencia.....	Pág. 97

4.4. Principio de justicia.....	Pág. 99
5. Dispositivos institucionales profesionales deontológicos de protección de los derechos de los pacientes en Odontología.....	Pág. 100
4.3. COMPONENTES JURÍDICO-PENALES.....	Pág. 116
1. Legislación.....	Pág. 116
1.1 Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental.....	Pág. 116
1.2 Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio, por el que se desarrolla lo previsto en la Ley 10/1986, que regula la profesión de Odontólogo, Protésico e Higienista dental.	Pág. 125
1.3 Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.....	Pág. 139
2. Acciones parlamentarias y jurisprudenciales sobre la legislación citada.....	Pág. 147
2.1. Acción parlamentaria de D. Carlos Manuel Navarrete Merino.....	Pág. 147
2.2 Respuesta que el Sr. Monti, en nombre de la Comisión Europea, ofreció el 17/01/1996 a la pregunta escrita E-3073/95 del Sr. Florus Wijsenbeek (ELDR) a la Comisión el 20/11/1995.....	Pág. 154
2.3. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1997, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en su Sección 4ª.....	Pág. 156
2.4. Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1998, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en su Sección 4ª.....	Pág. 157
2.5. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1998 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en su Sección 4ª.....	Pág. 160
2.6. Pregunta escrita de fecha 10/01/2000 del Sr. Bart Staes (Verts/ALE) a la Comisión cuyo asunto es el	

reconocimiento del título de "denturista-denturologista" de conformidad con las Directivas 89/48/CEE y 92/51/CEE, respondida por el Sr. Bolkestein en nombre de la Comisión el 7/02/2000..... Pág. 163

2.7. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 octubre de 2010 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en su Sección 4ª..... Pág. 168

3. Evolución histórica.....	Pág. 171
4. Bien jurídico protegido.....	Pág. 186
5. Elementos esenciales del tipo básico.....	Pág. 197
6. Actos propios legales de la profesión.....	Pág. 207
7. La acción.....	Pág. 234
8. El sujeto activo.....	Pág. 240
9. El sujeto pasivo.....	Pág. 249
10. Objeto material del delito.....	Pág. 251
11. Otros elementos del tipo.....	Pág. 254
12. Los tipos de error.....	Pág. 255
13. Ausencia de conducta antijurídica.....	Pág. 266
14. Ley penal en blanco.....	Pág. 270
15. Concursos de leyes y de delitos.....	Pág. 287
16. Tipo privilegiado.....	Pág. 305
17. Tipo agravado.....	Pág. 313
18. Responsabilidad civil.....	Pág. 323
19. Prescripción.....	Pág. 335
20. Reincidencia.....	Pág. 343
21. Detectives.....	Pág. 362
22. Comiso.....	Pág. 381

5. MATERIAL Y MÉTODO UTILIZADO.....	Pág. 386
6. RESULTADOS.....	Pág. 399
7. DISCUSION.....	Pág. 442
8. CONCLUSIONES.....	Pág. 463
9. BIBLIOGRAFIA.....	Pág. 465

1. INTRODUCCIÓN

Es un referente como Umberto Eco (1932-2016), escritor y filósofo italiano, el autor de un manual¹ recomendado a doctorandos de cualquier disciplina, mediante el cual se ofrecen una serie de consejos de gran utilidad a la hora de elegir un trabajo para elaborar una tesis doctoral: seleccionar una temática específica, por no utilizar los términos "excesivamente específica", mejor que tratar sobre un tema de ámbito demasiado general, abstracto, abierto. Esa idea es tomada por el autor de una obra similar a la suya, pero del ámbito de las ciencias² donde va desgranando cómo es mejor elegir, en el mundo del estudio de los volcanes, el título "El nacimiento y la muerte aparente del Parícutín" (que se trata de un volcán de México) que el de "Geología" o el más específico como "Vulcanología". Es mejor, por tanto, lanzarse por una tesis monográfica que una panorámica, en la cual sea posible un profundo estudio, análisis, interpretación, contradicción, y todos aquellos aspectos que son inherentes a la investigación que se le requiere a cualquier estudiante de doctorado que se lance a obtenerlo a través de la opción de redacción, depósito y defensa de una tesis doctoral.

Otra nota importante sobre una tesis doctoral es su carácter de inédito, a la vez de haber sido el fruto de un trabajo laborioso y, por qué no decirlo, atractivo tanto para el doctorando como para la comunidad científica. Pero el rasgo más importante, bajo la humilde opinión del presente autor, es que dicho material confeccionado sea de utilidad para la sociedad.

Es necesario precisar que la Odontología, como ciencia independiente pero íntimamente conexas a la Medicina, tiene un extensísimo abanico de temáticas para su estudio, como la importante y descalificada Odontología Preventiva y Comunitaria,

¹ ECO, U. *Cómo se hace una tesis*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2001, pág. 27.

² COOPER, C.W.; ROBINS, E.J. *The Term Paper – A manual and Model*, Stanford, Stanford University Press, 4ª ed, 1967, pág. 3.

la Periodoncia que estudia una patología tan prevalente en nuestros días, la Implantología tan necesaria para la rehabilitación del aparato estomatognático, la arriesgada pero agradecida Cirugía Oral, y un larguísimo etcétera.

En el presente trabajo de investigación se hace uso de una disciplina, que los actuales planes de estudio existentes por la equiparación con Europa la han dejado relegada en un segundo plano, con diferentes terminologías como "*Profesionalismo*", "*Odontología Legal y Forense*", o cualquier otra análoga, la cual se trabaja, en la mayoría de los ahora estudios de Grado, en sus últimos cursos, cuando los futuros profesionales dentistas, han adquirido las bases de casi la totalidad de las principales disciplinas de la Odontología. Como comentó el ya ausente Prof. Dr. D. Vicente Moya Pueyo, al relacionar la ciencia odontológica con el Derecho surge una nueva área de saber, la Odontología Legal, que puede establecerse en dos sentidos distintos:

- primero, mediante la aplicación del Derecho en la asistencia o cuidados odontológicos, es decir, la práctica conforme a Derecho, o siguiendo las prescripciones de la ley, lo que constituye la "*Odontología Legal Profesional*", también llamada por algunos como "*Jurisprudencia Dental*", o el término más usado de "*Odontología Legal*", sin más;

- y segundo, a la inversa, mediante la aplicación de los conocimientos odontológicos con la finalidad de resolver determinados problemas que se plantean en el Derecho, lo que constituye la "*Odontología Forense o Judicial*", también llamada "*Odontología Médico-legal*".

De las anteriores expresiones, las que han alcanzado mayor aceptación son las de Odontología Legal para la primera, y Odontología Forense, para la segunda³.

Estas definiciones son las que cita el Prof. Dr. Juan López Palafox, diferenciando el objeto de estudio de ambas subespecialidades:

³ MOYA PUEYO et al.: *Odontología Legal y Forense*, Ed. Masson, Barcelona, 1994.

- por un lado la "Odontología Legal", que estudia la actividad odontológica de acuerdo con las normas legales, dentro del marco jurídico y respetando la ética profesional,

- y por el otro, la denominada "Odontología Forense", la cual aporta los conocimientos profesionales para resolver casos judiciales⁴.

Esta subdisciplina llamada Odontología Legal y Forense es la que puede absorber el estudio del delito de intrusismo en la Odontología, entendiendo el término de "intrusismo" como "aquel ejercicio de actividades profesionales por persona no autorizada para ello"⁵, siendo un fenómeno que posee en la actualidad una importante repercusión social, la cual se ve incrementada por las migraciones internacionales⁶. En efecto, un número considerable de profesionales de distintos campos se desplazan a diferentes países, para ejercer su oficio o profesión. En la gran mayoría de los casos, poseen títulos legales e idóneos para ejercerla, pero sólo y exclusivamente en cada uno de sus respectivos países⁷, y es por ello que precisan de la respectiva homologación o convalidación de sus estudios para poder ejercerla en el exterior.

El desempeño legítimo de actividades profesionales constituye una problemática que alcanza reconocimiento expreso en la Constitución Española⁸, e incluso aparece en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa⁹. En la Constitución Española se establece tanto el deber de trabajar

⁴ LÓPEZ PALAFOX, J. *Apuntes de odontología Legal y Forense*, Ed. BDS, 2ª ed, Madrid, 2013.

⁵ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española.

⁶ LUZÓN PEÑA, D.M. (Director) *Enciclopedia penal básica*, Ed. Comares, Granada, 2002, pág. 846.

⁷ GARCÍA BLAZQUEZ, M., MOLINOS COBO, J. J. *Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica (Aspectos jurídicos y médico-forenses)*. Ed. Comares, 2ª ed., Granada, 1997, pág. 459.

⁸ En el artículo 35 de la Constitución Española se establece: "1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación (...)".

⁹ En el artículo II-75 (Libertad profesional y derecho a trabajar): "1. Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada. 2. Todo ciudadano de la Unión tiene libertad para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro. 3. Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión".

como el derecho al trabajo, así como a la libre elección de profesión u oficio de todos los españoles. Este derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio es condicionada por la Carta Magna cuando dispone en su artículo 36¹⁰ que “la Ley regulara el ejercicio de las profesiones tituladas”¹¹ por medio de las normas que rigen todo el sistema profesional. Con lo cual, se restringe el derecho consagrado en el susodicho artículo 35. Sumado a lo anterior, se debe agregar la sanción penal¹², conocida como “*ius puniendi*”¹³, para aquellos que ejercen actos de una profesión cuando carecen de título académico u oficial, reconocido por la Ley o convenio internacional, que ampare dicho ejercicio¹⁴. De la misma forma, cuando se incumple alguna de las exigencias establecidas para las profesiones reguladas, esto es, la exigencia de poseer título académico u oficial¹⁵.

Es impresionante ver cómo hay casos de intrusismo del ámbito odontológico que son capaces de acaparar y sobrecargar el ya saturado sistema judicial, característicamente arcaico, pero que poco a poco se va modernizando. De entre la amplia jurisprudencia analizada en el presente trabajo de investigación, se puede destacar el singular supuesto de hecho de un intruso vallisoletano: el acusado, tras instruir la causa en primera instancia por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Valladolid, fue absuelto del delito de intrusismo y de la falta contra el orden público por los que fue acusado. El Colegio de

¹⁰ Artículo 36 de la Constitución Española [Colegios Profesionales]: “La Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos”.

¹¹ Véase STC 111/1993, en cuyo fallo, entre otras cosas, se estableció “que, con el castigo de la intromisión en profesiones ajenas se pretendía evitar la puesta en peligro de bienes jurídicos tales como la vida, la salud o la integridad, lo que trajo como consecuencia que el elemento título fuera interpretado como título universitario.”

¹² Artículo 403 del Código Penal [Intrusismo]: “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 (...)”.

¹³ El “*ius puniendi*” es el poder del Estado para sancionar, el poder de crear normas es un poder subjetivo del Estado, que procede de las normas jurídicas y se encuentra sometido y limitado por ellas.

¹⁴ GARCÍA BLAZQUEZ, M., MOLINOS COBO, J. J. *Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica (Aspectos jurídicos y médico-forenses)*. Ed. Comares, 2ª ed., Granada, 1997, págs. 458-459.

¹⁵ LLORIA GARCÍA, P. *El delito de Intrusismo Profesional (Bien jurídico y configuración del injusto)*, Ed. Tirant lo Blanch Tratados, Valencia, 2001, pág. 21.

Odontólogos y Estomatólogos de Valladolid, junto con el Ministerio Fiscal, interpusieron recurso de apelación frente a tal resolución absolutoria, la cual llegó a manos de la Audiencia Provincial de Valladolid que estimó el recurso y condenó al acusado como autor de un delito de intrusismo. Ante ello, el condenado interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, el cual reconoció que se vulneró el derecho del solicitante a la tutela judicial efectiva, anulando la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, y por lo tanto, siendo absuelto. Todo ello sucedía de manera simultánea a que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional declaró el derecho del apelado, es decir, del acusado, al reconocimiento de la validez del título de Doctor en Odontología expedido en el extranjero y a obtener su homologación, y que la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada con posterioridad, declarase lo mismo¹⁶. ¿Es necesario movilizar toda la red estatal del sistema judicial para un solo caso de intrusismo?

Incluso el delito de intrusismo está encubierto en determinadas resoluciones judiciales como algo normal o habitual. Un ejemplo de ello es un auto procedente de un recurso de reforma subsidiario de apelación en el que se le facilita al reo que se queja de la asistencia odontológica recibida en una institución penitenciaria que "(...) *todo interno tiene derecho a llamar a un dentista o protésico privado de libre elección para que le vea a su costa en el centro penitenciario (...)*" cuando según la legislación que regula las profesiones dentales (Ley 10/1986, de 17 de marzo y RD 1594/1994, de 15 de julio) y una abundante jurisprudencia, declaran que el protésico dental no está habilitado "*para que le vea*" ya que la exploración clínica oral es un acto propio de los odontólogos y los médicos-estomatólogos, por lo que se incurriría en un delito de intrusismo, según el artículo 403 del Código Penal,

¹⁶ España. Sentencia nº 434/1996, de 8 julio de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 2ª). ARP\1996\521.

recientemente modificado para incrementar de manera muy leve, desgraciadamente, las penas¹⁷.

¹⁷ RODRÍGUEZ MENACHO, D., CASTAÑO SÉQUER, A.L., GARRIDO PEÑA, F. *Análisis de la asistencia odontológica en instituciones penitenciarias*. RCOE, Madrid, 2016; 21(3), pág. 106.

2. ANTECEDENTES

Es de extrema dificultad encontrar tesis doctorales, monografías, estudios u otros trabajos de investigación de temas sociales del ámbito sanitario, como el presente.

En cuanto a tesis doctorales, se localizan dos, de ámbito estrictamente doctrinal jurídico, que se corresponden a los siguientes títulos y autoras: por una parte, "*El delito de intrusismo: bien jurídico y configuración del injunsto*"¹⁸, de D^a Paz Lloria García, defendida en el año 2000 en la Universidad de Valencia, y por otro, "*El delito de intrusismo profesional*"¹⁹ de D^a Sonia Victoria Villa Sieiro, defendida en el año 2013 en la Universidad de Oviedo.

Si se atiende a la doctrina, se pueden destacar dos obras clave de las dos principales editoriales jurídicas, con una gran repercusión nacional:

- En primer lugar, "*El delito de intrusismo profesional*" de la Prof^a Dra. D^a. María Dolores Serrano Tárraga²⁰. Tal obra fue editada en 1997 por la Editorial Civitas. En ella se explora, desde un punto de vista doctrinal, el delito de intrusismo desde sus orígenes, tratándose de una obra posterior al inicio de la vigencia del Código Penal de 1995²¹,

- y en segundo lugar, "*El delito de intrusismo profesional: singular ilícito penal*", del Excmo. Sr. D. Francisco Soto Nieto, ex-Magistrado del Tribunal Supremo de España. Su obra es mucho más reciente, al haber sido editada por la Editorial Aranzadi en el año 2012. Es de destacar su corte más jurisprudencial debido a su experiencia procesal y, sorprendentemente, con un capítulo dedicado íntegramente al intrusismo en Odontología. No es de

¹⁸ <https://www.educacion.es/teseo/mostrarRef.do?ref=233025> [Consultado el 30/10/2016].

¹⁹ <https://www.educacion.es/teseo/mostrarRef.do?ref=1018809> [Consultado el 30/10/2016].

²⁰ Doctora en Derecho, Licenciada en Criminología y Diplomada en Criminología. En la actualidad es Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal y Criminología en la Facultad de Derecho de la UNED, Profesora Titular acreditada.

²¹ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que entró en vigor el 24/05/1996.

extrañar tal detalle tras haber sido ponente de la STS 2283/1992, de 29 octubre²², una de las sentencias más aclaratorias de los requisitos del delito de intrusismo en el ámbito odontológico, si acudimos a su fundamento jurídico tercero, y en la que se declara no haber lugar al recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por el acusado contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida en la que fue condenado dicho acusado como autor criminalmente responsable, de un delito de intrusismo profesional, a la pena de ocho meses de prisión menor, con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y a las costas del procedimiento; y absuelto de la falta de imprudencia con resultado de lesiones, condenándole a que abone a la viuda del paciente la cantidad de 80.000 pesetas, por las lesiones y 9.000 pesetas, por el resto del precio no restituido.

No obstante, no hay estudios, de tal profundidad al respecto, tan específicos relacionados con el delito de intrusismo en el campo profesional de la Odontología cuando ha sido y sigue siendo la principal lacra que sufre la ciencia médica.

²² España. RJ 1992\8604. Roj: STS 8049/1992. ECLI: ES:TS:1992:8049. Id Cendoj: 28079120011992107742.

3. JUSTIFICACIÓN Y OBJETIVOS

La repercusión, tanto social como sanitaria, que comprende el delito de intrusismo en la Odontología es la principal justificación de la elaboración de esta empresa. Es de destacar que el delito de intrusismo no sólo debe analizarse e investigarse desde la óptica legal, estrictamente de doctrina jurídica, sino que también tiene una amplia relevancia en los planos social, clínico y ético.

Aún siendo un delito de mera actividad, en la que no se requiere resultado para su comisión, es descrito como una infracción penal de peligro abstracto, el cual puede dar lugar a diferentes lesiones, e incluso hasta la muerte, además de un posible detrimento patrimonial y emocional del paciente que lo sufre.

El objetivo del presente trabajo de investigación consiste en analizar la legislación, la doctrina, y la jurisprudencia del periodo comprendido en las tres últimas décadas, en los aspectos clínico, ético y jurídico del delito de intrusismo en la Odontología en España. Por ello, se ha trabajado desde la interdisciplinariedad entre las tres ciencias que se encuentran enlazadas:

- la jurídica, emanada de las normas y de las resoluciones judiciales y del análisis de los elementos del delito;

- la ética, procedente de los principios de la bioética médica;

- y de la clínica, origen de la comisión del delito por personas que no están habilitadas para ello y de gran importancia para establecer qué se debe entender por el término de "*acto propio*", requisito del tipo del delito.

La presente obra se realiza con la intención de conocer mejor en qué consiste el delito de intrusismo, quién lo realiza, para ver su esfera social, y cómo afecta a diferentes aspectos

de lo estrictamente jurídico. Además, nace con la finalidad de ser una herramienta para cualquier persona que desee conocer de primera mano cómo se ha tratado tal delito desde hace siglos y, de una manera mucho más profunda, a lo largo de los últimos treinta y cinco años, con dos Códigos Penales vigentes, de los cuales, el que se encuentra en vigor, ha sido modificado por el poder legislativo en treinta veces, unas de manera más liviana, y otras con reformas muchas más profundas. Y de todas ellas, el delito de intrusismo sólo y únicamente ha sido levemente modificado en dicho texto legal en la última "macrorreforma" operada en el año 2015, por lo cual no podrá ser objeto de su estudio debido a que no ha sido posible su aplicación práctica y que será aplicada sólo en aquellos casos en los cuales los delitos se hayan cometido con posterioridad a la entrada en vigor de la última reforma, ya que si ha sido cometida con anterioridad, el reo puede (y debe para sus mejores pretensiones) elegir la norma penal más favorable²³, que sería la anterior a la reforma, ya que sus penas son más leves.

²³ Artículo 2.2 del Código Penal: *"No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario".*

4. SITUACIÓN ACTUAL DEL TEMA

4.1 LO MÉDICO-CLÍNICO EN ODONTOLOGÍA

La Odontología, como profesión independiente de la Medicina, está actualmente regulada, por imperativo del artículo 36 de la Constitución Española²⁴, por la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental²⁵, y ampliamente expuesto con orden y amplitud por el Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio, por el que se desarrolla lo previsto en la Ley 10/1986, que regula la profesión de Odontólogo, Protésico e Higienista dental²⁶. No obstante, para llegar al momento actual, la Odontología ha tenido distintas metamorfosis a lo largo de la Historia.

1. Historia de la Odontología

La Odontología, como profesión, es posterior respecto a la Medicina. En el antiguo Egipto, encontramos al primer dentista, conocido con el nombre de "Hesi-Re", que es descrito en el jeroglífico de una placa como "el mayor de los médicos que tratan los dientes" (3.000 a. C.)²⁷.

En aquella época, ya se diferenciaban a los médicos en especialistas, alegando que cada médico cura tan sólo una enfermedad: unos atendían a las enfermedades de los ojos, otros de los dientes, etc.

En la Grecia clásica se encuentra la primera obra sobre Odontología con el título "Sobre la dentición", cuya autoría se le atribuye a Hipócrates y se escribió en forma de breves

²⁴ Artículo 36 de la Constitución Española: "La Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas (...)".

²⁵ España. Boletín Oficial del Estado, nº 68. 20 de marzo de 1986. Págs. 10562-10563.

²⁶ España. Boletín Oficial del Estado, nº 215. 8 de septiembre de 1994. Págs. 28045-28047.

²⁷ PRADOS BOULUZ, E. *Los orígenes de la Odontología*, Estoma, Revista Médica De Estomatología y Profilaxis, Vol. V, nº 4, Madrid, 1985, pág. 562.

sentencias populares o aforismos, donde las enfermedades de la boca eran tratadas por el médico general²⁸. Sin embargo, la cirugía es ejercida por los "*Cheirourgein*", término con el que se conocía a aquellos médicos que trabajaban con las manos. Éstos últimos realizaban las exodoncias y las cirugías²⁹.

En 1723, Pierre Fauchard (1678-1761), publica "*El cirujano dentista*". Se considera la obra magna de la Odontología. Por ello, se denomina a Fauchard como "*el padre de la Odontología*". En este completo tratado se separa la Odontología de los cirujanos y de los charlatanes, y acuña un término, el de "*cirujano dentista*", para definir a los profesionales que se ocupan del tratamiento de las enfermedades de la boca y de los dientes³⁰.

A mitad del siglo XIX (1859) se crea la American Dental Association (A.D.A.) que promulga un pionero código ético para los Odontólogos. En 1884, Hayden y Harris crean el "*Baltimore College of Dental Surgery*" en el Estado de Maryland, considerada como la primera Facultad de Odontología del mundo. En ella, se puede estudiar la disciplina en dos años, el mismo tiempo que requiere la licenciatura en Medicina³¹. La Universidad de Harvard crea su propia Escuela de Odontología, hito que fue imitado por las restantes Universidades del entorno. Los requisitos para el ingreso en estas escuelas eran mínimos exigiéndose sólo "*una buena educación inglesa*". Estos estudios que se impartían en diferentes Escuelas de Odontología, tenían una duración determinada dependiendo de la institución, en una horquilla entre las 16 y las 28 semanas de enseñanza teórica. En la Escuela de la Universidad de Harvard, a finales del S. XIX, se establecía la superación de dos cursos académicos, e incluso tres. En Estados Unidos existía la figura de los "*censores*" los cuales se dedicaban a examinar a los que recién licenciados para evaluar si estaban preparados su capacitación para ejercer la

²⁸ RING, M.E. *Historia de la Odontología*, Ed. Doyma, Barcelona, 1989.

²⁹ GONZÁLEZ IGLESIAS, J. *Historia de la Odontoestomatología Española*, Ed. Avances, Madrid, 1994.

³⁰ FAUCHARD, P. *Le chirugien Dentiste ou traité des dents*, Jean Mariette, Paris, 1728.

³¹ LERMA, S. *Historia de la Odontología*, Buenos Aires, 1974.

profesión. En una gran mayoría de los Estados que conforman la nación se promulgaron leyes para regular los estudios³².

En el resto del mundo también se comienzan a establecerse Escuelas: en países americanos como Brasil, Colombia y Perú; en Europa, en países como Alemania, Rusia, Inglaterra, Italia y Bélgica; e incluso en Japón. Todas ellas se crearon en el periodo comprendido entre 1862 y 1900³³.

En París (Francia), el 15 de agosto de 1900, se crea la Federación Dental Internacional (F.D.I.), organización de ámbito mundial³⁴.

España se incorpora a la Odontología Moderna durante la Ilustración (S. XVIII). Los profesionales de la sanidad estaban divididos por estamentos. En la cúspide, se encontraban los "físicos", con preparación universitaria, aunque con conocimientos obsoletos ya que las novedades científicas se circunscribían a otras entidades como las Academias, los Colegios y los Laboratorios. Estos últimos fueron los focos de la Ilustración y del progreso. En un escalón inferior, se localizan a los "cirujanos latinos". Estaban agrupados en los Reales Colegios de Cirugía y sus conocimientos abundaban, tanto en cantidad como en calidad, hasta llegar a ser equiparados a los médicos físicos. La Real Cédula del año 1787 promulgada por el Rey Carlos III acredita esta situación.

Otros profesionales con menor cualificación y consideración social eran los cirujanos romanistas o barberos cirujanos. Tenían una escasa, o mejor dicho nula, formación teórica, se formaban por experiencia, trabajando en las instituciones sanitarias como los hospitales, mediante el cargo de ayudantes de los cirujanos latinos y de los sangradores. Estos últimos también podían ejercer el arte dental, siempre y cuando hubieran aprobado el examen que se extinguió allá por 1780, denominado "Protobarberato".

³² RING, M.E. *Historia de la Odontología*, Ed. Doyma, Barcelona, 1989.

³³ MARTÍNEZ DEL CASTILLO, J. *Historia de la Odontología*, Anuario Dental de 1924, Madrid, 1924, Págs. 5-22.

³⁴ LERMA, S. *Historia de la odontología*, Buenos Aires, 1974.

La normativa de la época, como por ejemplo, las Ordenanzas de 1764, prohibía ejercer la cirugía a aquellos que no se hubieran examinado y ordena, tanto a comadres y a oculistas, así como a los dentistas, a presentarse a un examen ante un Tribunal del Colegio. Ya en el año 1798, mediante Ordenanzas promulgadas por Antonio Gimbernat y Arbós³⁵, eminente cirujano y anatomista español, obligaban a quien quería ser dentista a cursar los estudios de cirujano y haber estado practicando durante un periodo mínimo de dos años con un dentista de especial reconocimiento³⁶.

En 1797, se crea el título de Cirujano Sangrador, mediante una Real Orden, estableciéndose como aquella categoría profesional con atribuciones en el ámbito de la salud bucodental, trabajando simultáneamente en el tiempo con los cirujanos dentistas³⁷. Es ya cuando la palabra "dentista" comienza a ser usada para denominar a tales profesionales, y de esta manera, se diferencian de otras especialidades sanitarias.

En el Diccionario de Ciencias Médicas de 1822 se define al "dentista" como *"el cirujano que se dedica a la curación de las enfermedades de los dientes, los reemplaza siguiendo las reglas de la prótesis con otros ya naturales ya artificiales, precisa conocimientos de Anatomía y Patología interna, ha de ser platero (para trabajar los metales, sobre todo oro y paladio, indispensables en las prótesis, los limpia y los emploma)"*³⁸.

En el siglo XIX los dentistas se disputaban la profesión con los sacamuelas y los charlatanes, quienes ejercían de modo ambulante en los diferentes pueblos a los que llegaban, instalándose en sus calles y plazas.

En la primera mitad del siglo XIX se desarrolla un proceso de acercamiento entre la Medicina y la Cirugía. Esta unión se consolida con la promulgación del Real Decreto de 17 de

³⁵ Cambrils, 1734 - Madrid, 1816.

³⁶ IRISOJEN COSTA, M. *La Odontología española del Siglo XVIII*, Seminario de Historia de la Medicina Española, Salamanca, 1967.

³⁷ CALLASTEGUI, I. *La Odontología Española del Siglo XIX: influencia de Florestán Aguilar en el desarrollo de la mism*, Ed. V.e, Madrid, 1980.

³⁸ GONZÁLEZ IGLESIAS, J. *Historia de la Odontoestomatología Española*, Ed. Avances, Madrid, 1994.

septiembre de 1845. Por esta norma, se eliminan los Colegios de Cirugía y se establecen cinco Facultades de Medicina (Madrid, Barcelona, Santiago de Compostela, Valencia y Cádiz) que otorgaban el título de "Médico-Cirujano"³⁹. El "Nomenclator" de 1868 indicaba que existían hasta un total de ochenta y dos profesiones que se ocupaban del arte del dentista: practicantes, ministrantes, barberos, sangradores, cirujanos, médicos, cirujanos dentistas franceses, médicos, además de sacamuelas y charlatanes⁴⁰.

La mayoría de las titulaciones existentes no formaban específicamente para ejercer la Odontología. La Odontología de la época prácticamente se reducía a la realización de exodoncias. Los verdaderos dentistas eran los procedentes del extranjero (franceses y americanos) y los españoles ministrantes, practicantes o procedentes de la Medicina o de la Cirugía que se habían especializado en el tratamiento de los dientes en otros países, o como ayudantes de dentistas, acuñándose menciones como "profesores dentistas", "cirujanos dentistas" o simplemente "dentistas", que ejercían el arte dental de manera exclusiva⁴¹.

La preocupación tanto por el progreso como por la mejora de la Odontología hizo que algunos profesionales se organizaran creándose en Sevilla, el 22 de marzo de 1864, la primera Sociedad de Dentistas de España, que recibió el nombre de "Colegio de Dentistas de Sevilla", fundada por profesionales como Pozo, Valenzuela y Garrido, llegando incluso a publicar, en 1883, una revista que era órgano y portavoz de la sociedad denominada "El Repertorio Dental", y una colección de libros⁴².

Cayetano Triviño⁴³, ministrante, convocó una reunión de dentistas, el 4 de enero de 1873, en la Academia Médico-

³⁹ ALBARRACÍN TEULÓN, F. *La titulación Médico española durante el siglo XIX*, Cuadernos de la Historia de la Medicina Española XII, Salamanca, 1973, págs. 15-18.

⁴⁰ BORJA DE GUZMÁN, P. *El señor Sequoe: el de la perla de oro*, Revista de Actualidad de Estomatología Española, Año XCIX, Nº 389, Diciembre 1989, Madrid, págs. 49-52.

⁴¹ GONZÁLEZ IGLESIAS, J. *Historia de la Odontoestomatología Española*, Ed. Avances, Madrid, 1994.

⁴² GARCÍA PERLA, A. *100 años de la Historia de la Odontología sevillana: del curandero sacamuelas al médico estomatólogo*, Tesis Doctoral, Sevilla, 1974.

⁴³ Aldrede, Málaga, 1829 - Madrid, 1899.

Quirúrgica de Madrid, con la intención de crear un Colegio Dental, de manera similar a los estadounidenses, estableciéndose una eterna discusión sobre la cualificación académica necesaria para ser dentista:

- la defensa de la Odontología, como ciencia y disciplina independiente pero amiga de la Medicina, defendida por el propio Cayetano Triviño, organizador de las reuniones, y aquellos dentistas de la época que no tenían la titulación de médico.

- otro grupo defendía la especialidad médica de Estomatología realizada por Licenciados en Medicina, como Lope de Vega, y por supuesto, los dentistas médicos o cirujanos. Estos profesionales solicitan que la Facultad de Medicina sea la que se ocupe de la formación de los Odontólogos y es inmediatamente denegada por el Decano de la Facultad de Medicina.

Esta falta de interés de las instituciones académicas, junto a la potestad que les ofrecía una norma existente en vigor, el Decreto de Libertad de Enseñanza de Manuel Ruíz Zorrilla⁴⁴, de 14 de octubre de 1868, hizo que optaran por formar un Colegio de naturaleza privada, el cual se inaugura el 11 de enero de 1874 con la denominación de Colegio Español de Dentistas. Entre los docentes de esta nueva institución se encuentran a grandes personalidades como Antonio Rotondo y Rabasco (1808-1879) que a lo largo de su vida trabajó como cirujano dentista, empresario, autor dramático, pintor, novelista e historiador, y como Cayetano Triviño, defensor de la Odontología. La superación de los estudios conducía a la obtención del título de Doctor en Medicina y Cirugía Dental, tras tres años académicos. El único requisito para poder ser investido doctor era la presentación oral de una memoria al finalizar dichos estudios⁴⁵.

El primer título universitario de Odontólogo en España fue creado en 1901 por la Reina Regente María Cristina de Habsburgo.

⁴⁴ El Burgo de Osma (Soria), 1833 - Burgos, 1895.

⁴⁵ GONZÁLEZ IGLESIAS, J. *Orígenes de la Odontoestomatología en España. Cirujanos, Dentistas y Odontólogos, 1875-1936*, Tesis doctoral, Madrid, 1976.

Esta licenciatura se impartía dentro de la Facultad de Medicina y se accedía a ella una vez completado el segundo curso de la licenciatura de Medicina. En 1910 se reforman los estudios de Odontología y se añade un año de formación odontológica específica, que se añadía a la tradicional Prótesis. Este año se crea asimismo la Escuela de Odontología, adscrita a la Facultad de Medicina.

Desde 1901 hasta la década de los 40 en el siglo XX, ya en 1944, se modificó de nuevo el título de Licenciado en Odontología y se transformó en una especialidad de la Medicina. Con la Ley de Especialidades Médicas se reguló la formación de las distintas especialidades de la Medicina y se incluyó la Estomatología como una de ellas. Para llevar a cabo dicha formación, se crearon los institutos y las escuelas profesionales. Son dos las normas fundamentales⁴⁶:

- la primera de ellas, la Orden de 25 de febrero de 1948, por la que se dispone el cambio de denominación de la Escuela de Odontología por Escuela de Estomatología y los Licenciados y Doctores que hayan cursado estudios en la misma, podrán usar el título de Licenciado y Doctor Médico-Estomatólogo⁴⁷.

- y en segundo lugar, la Orden de 14 de abril de 1948, por la que se determinan los derechos que habrán de abonarse para la obtención de los títulos de Doctor y Licenciado Médico-Estomatólogo⁴⁸.

En Madrid, la Escuela de Estomatología fue oficialmente inaugurada en 1945 en la Ciudad Universitaria de la Universidad Complutense, en el emplazamiento que dispone en la actualidad. En 1948 se reguló por ley el título de doctor licenciado Médico Estomatólogo, por el cual los licenciados en Medicina deberían cursar dos años de especialidad en las Escuelas de Estomatología. Este plan de estudios constaba en el primer año de tres asignaturas: Odontología, Prótesis Estomatológica y

⁴⁶ MENDOZA OLIVARES, F.J. *Legislación odontológica 1931-1948: nacimiento de la especialidad médica de Estomatología*, Tesis doctoral, Sevilla, 1997.

⁴⁷ España. Boletín Oficial del Estado, nº 62. 2 de marzo de 1948. Madrid. 1948. Pág. 848.

⁴⁸ España. Boletín Oficial del Estado, nº 188. 6 de julio de 1948. Madrid. 1948. Pág. 2291.

Estomatología Quirúrgica; y en el segundo año se impartían Prótesis Fija, Profilaxis Estomatológica y Ortodoncia, y Estomatología Médica⁴⁹.

El año 1957 se firma el Tratado que sería la base de la Comunidad Económica Europea o Mercado Común. Uno de los objetivos fundamentales desde su fundación era la libre circulación de profesionales, lo que suponía una tarea compleja, al tratar de homologar los distintos títulos profesionales. Con ese fin se crearon unos comités de enlace, con la misión de elaborar unas directivas de formación de obligado cumplimiento por todos los países miembros. Las Directivas Médicas se publicaron en 1975 y contemplaban el desarrollo de la Estomatología en Francia, Italia y Luxemburgo con una duración de tres años. Las Directivas Sanitarias Dentales se adoptaron en 1978, definiendo los criterios de formación mínima para la Licenciatura de Odontología como una formación universitaria independiente de la Licenciatura de Medicina, de cinco años de duración⁵⁰.

En 1982, dentro del marco de las negociaciones entre el Gobierno español y la Comunidad Económica Europea para el ingreso de España en el Mercado Común, se creó el Protocolo para la creación de la profesión de odontólogo y la formación universitaria de los odontólogos de acuerdo con las directivas europeas. El 1 de enero de 1986, España ya es miembro de pleno derecho de la Comunidad Europea, lo que exige regular las profesiones de acuerdo a las directivas comunitarias. Igualmente, se regulan las profesiones auxiliares de Protésico Dental e Higienista Dental. Este Real Decreto establece además las directrices generales de los correspondientes planes de estudios que habían de impartir las Universidades que crearan las correspondientes Facultades de Odontología⁵¹.

⁴⁹ PARDO MONEDERO, M. J. *La Escuela de Odontología de Madrid*, Tesis doctoral, Madrid, 2012, págs. 267 y ss.

⁵⁰ Unión Europea. Tratados de Roma, firmados el 25 de marzo de 1957.

⁵¹ Unión Europea. Instrumento de Ratificación del Tratado hecho en Lisboa y Madrid el día 12 de junio de 1985, relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

A partir del año 1987 comienza de nuevo la formación de Odontólogos en España, con un plan de estudios de cinco años independiente de Medicina y de acuerdo con las directivas de la Comunidad Económica Europea. En 1987, el Ministerio de Educación promulga una ley por la que se establecen unas directrices generales comunes para todos los planes de estudios universitarios. De acuerdo a estas directrices, los planes de estudios deben organizarse en una carga docente equivalente a créditos, con un valor horario cada crédito de 10 horas. Estos planes de estudios deben tener unas materias comunes en todas las Universidades, que se considera fundamentales para la formación, las cuales se denominan asignaturas troncales. Cada Universidad podrá establecer sus planes de estudios de un modo independiente, en los que además de las materias troncales podrá establecer otras que considere obligatorias, y ofertar otras con la consideración de optativas para permitir que el alumno diseñe parte de su formación⁵².

En 1990 se promulgaron las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención del Título Oficial de Licenciado en Odontología, en los que se definen once asignaturas troncales en primer ciclo y otras once asignaturas también troncales en el segundo ciclo donde inicialmente la "Deontología y legislación" se incluye dentro de la Odontología Preventiva y Comunitaria⁵³, y posteriormente se trata como materia independiente denominándose "Odontología Legal y Forense"⁵⁴. En 2007 se regulan los actuales estudios de Grado, que sustituyen a los de Licenciatura, con una duración entre 3 y 4 años (de 180 a 240 ECTS), con determinadas excepciones como el

⁵² España. Real Decreto 1497/1987, de 27 de noviembre, por el que se establecen directrices generales comunes de los planes de estudio de los títulos universitarios de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional.

⁵³ España. Real Decreto 970/1986, de 11 de abril, por el que se establece el título oficial de Licenciado en Odontología y las directrices generales de los correspondientes planes de estudio. Boletín Oficial del Estado, nº 121, de 21 de mayo de 1986, pág. 18096 *in fine*.

⁵⁴ España. Real Decreto 1418/1990, de 26 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 970/1986, de 11 de abril, por el que se establece el título universitario oficial de Licenciado en Odontología y las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquél. Boletín Oficial del Estado, nº 278, de 20 de noviembre de 1990, pág. 34347.

caso de la Odontología, que suponen 300 ECTS (European Credit Transfer and Accumulation System)⁵⁵.

2. Colegios Profesionales de Dentistas

La creación de los Colegios de Odontólogos se sustentan con cuatro Reales Órdenes que se promulgaron entre 1925 y 1930 en el periodo del Directorio Militar. Las tres primeras fueron firmadas por Severiano Martínez Anido⁵⁶, estando Miguel Primo de Rivera y Orbaneja⁵⁷ en la Presidencia del Directorio Militar⁵⁸.

- En la primera de ellas, la Real Orden de 14 de Marzo de 1925, con arreglo a las conclusiones aprobadas por la Asamblea de Subinspectores de Odontología, en lo que afecta al Ministerio de Gobernación, en su último punto ordena a las asociaciones de Odontólogos que se constituyan en Colegios Regionales⁵⁹. Para la redacción de sus Reglamentos Orgánicos, se derivaba a servirse de los propios Estatutos de los Colegios provinciales de Médicos, según se desprende de la lectura de su artículo siete.

- En la siguiente, la Real Orden de 30 de abril de 1925, se aprueban y se publican los Estatutos para el Régimen de los Colegios de Odontólogos⁶⁰. En su Preámbulo se reconocían los motivos de la decisión estatal de creación de los Colegios oficiales y obligatorios de Odontólogos, aspecto que no aparecía en la norma descrita con anterioridad⁶¹. El texto es el siguiente, donde cita la persecución del intrusismo como una de las funciones y finalidades del Colegio Profesional:

⁵⁵ España. Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales.

⁵⁶ Ferrol, La Coruña, 1862 – Valladolid, 1938.

⁵⁷ Jerez de la Frontera, 1870 – París, 1930.

⁵⁸ CASADO CARRERO, A.R. *Odontoestomatología y Ley, 1875-1931*, Tesis Doctoral, Sevilla, 1995, pág. 69.

⁵⁹ España. Gaceta de Madrid nº 187. 5 de julio de 1925. Madrid. 1925. Pág. 158.

⁶⁰ España. Gaceta de Madrid nº 123. 3 de mayo de 1925. Madrid. 1925. Pág. 651.

⁶¹ CALVO SÁNCHEZ, L. *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, Madrid, Ed. Civitas, 1998, pág. 115.

"Ilmo. Sr.: Para dar cumplimiento a la base séptima de la Real orden de 14 de Marzo del corriente año disponiendo que las Asociaciones Odontológicas se constituyan oficialmente en Colegios regionales, respondiendo a la necesidad hace tiempo sentida de dotar a la expresada clase de un organismo adecuado encargado de velar por su prestigio y decoro, prestar la debida cooperación a las Autoridades sanitarias para la persecución del intrusismo en la profesión e impedir el mercantilismo profesional, que tan perniciosos efectos producen, en la misma, con mengua y perjuicio del alto nivel social que ésta ha sabido conquistar en sus últimos años de actuación."

- Y en la tercera, la Real Orden de 21 de mayo de 1925, por la que se suspende la aplicación de los Estatutos de los Colegios de Odontólogos y se convoca un plebiscito entre los Odontólogos para determinar su aceptación o no de la colegiación obligatoria. Se aclara en dicha norma que cualquiera que sea la solución votada, no seguirán rigiendo los Estatutos promulgados por la descrita Real Orden de 30 de abril, sino que habrá antes una revisión de dichos Estatutos antes de ser aprobados por el Gobierno⁶².

Y es el día 27 de mayo del mismo año cuando Francisco Murillo y Palacios (1865-1944), siendo Director General de Sanidad, remite a los Gobiernos Civiles una Circular en la que se convoca para el primer domingo de julio del mismo año a todos los odontólogos, cirujanos dentistas y médicos legalizados para ejercer la Odontología para la realización del plebiscito, llevándose a cabo de 10 a 12 de la mañana del domingo 5 de julio de 1925 en la Inspección Provincial de Sanidad, o en locales habilitados por el Gobierno Civil. La mesa electoral estaba constituida por el Inspector Provincial de Sanidad, en calidad de Presidente, y el Presidente y el Secretario del Colegio de Médicos de la misma provincia, actuaban como Vocales. La votación democrática mediante el sufragio universal, libre, igual, directo y secreto se ejecutaba con una papeleta donde se hacía constar, mediante un "sí", si se estaba a favor, o un "no", en caso contrario, con respecto a la colegiación obligatoria, arrojando un resultado de 459 votos a favor y 207

⁶² España. Gaceta de Madrid nº 142. 22 de mayo de 1925. Madrid. 1925. Pág. 1006.

en contra⁶³. Estos datos, de una manera cualitativa, aparecen en el preámbulo de la Real Orden de 27 de mayo de 1930⁶⁴, sin indicar los resultados:

"En 27 de Mayo de 1925 fue convocado dicho plebiscito, que dio por resultado una gran mayoría de votos a favor de la colegiación obligatoria."

Aún con este resultado, los partidarios de la colegiación libre, es decir, del no, opinaban que ni la mitad del total de los dentistas, que según sus fuentes eran 1027 compañeros, habían votado en el plebiscito. Los partidarios de la colegiación obligatoria, se dirigieron a Severiano Martínez Anido⁶⁵, ministro de la Gobernación, para presentarle los resultados. Sin embargo, en las sucesivas reuniones celebradas entre representantes de los dos bandos en la Dirección General de Sanidad no llegaron a ningún acuerdo, debido a la rivalidad entre los líderes de ambas posturas: por un lado, Florestán Aguilar y Rodríguez⁶⁶ en la Asociación Española de odontología (A.E.O.), que se posiciona en el bando de los contrarios a la colegiación obligatoria; y por otro lado, Bernardino Landete Aragón⁶⁷, en la Federación Odontológica Española (F.O.E.) y en la Sociedad Odontológica Española (S.E.O.), en el bando contrario, es decir, favorable a la colegiación obligatoria.

Florestán Aguilar fue el odontólogo español más influyente durante todo el siglo XX, tanto a nivel nacional como internacional. Obtuvo el título de Doctor en Dental Surgery en Filadelfia (Estados Unidos). Fue el máximo impulsor de la creación del título de Odontólogo. Presidió las Sociedades y los Congresos españoles durante treinta años, siendo el dentista de la familia Real española, es decir, Dentista de Cámara, desde 1900 hasta 1931. Se le reconoce ser el auténtico artífice de la

⁶³ BACA PONCE, A. *La Odontología española en el primer cuarto del siglo actual*. Boletín de Información Dental. Año XXVIII. Mayo -Junio. Madrid. 1968.

⁶⁴ España. Gaceta de Madrid nº 148, de 28/05/1930, págs. 1294-1299.

⁶⁵ 1862-1938.

⁶⁶ La Habana, 1872 – Madrid, 1934.

⁶⁷ Valencia, 1879 - Madrid, 1968.

construcción de la Ciudad Universitaria de Madrid, lo que le valió la concesión del título de Vizconde de Casa Aguilar por parte del rey Alfonso XIII.

La clase dental, en la Asamblea del 3 de mayo de 1929, abogada por la conciliación, y por la solicitud de unión por parte de las sociedades odontológicas de toda España, pedía la unidad de la profesión y la colegiación obligatoria, originando un proyecto de reglamento que presentan al Ministerio de la Gobernación. El 3 de marzo de 1930 se realiza una asamblea con aires de conciliación y se nombra una comisión para tratar el tema de la colegiación, acordando que los Colegios de Odontólogos no surjan de la reconversión de las Sociedades Odontológicas, sino que sean independientes de ellas, siendo organizadas por el Inspector General de Sanidad y que los Estatutos se basen en los de los Colegios de Médicos descritos en la Gaceta de Madrid de 7 de febrero de 1930. No obstante, la A.E.O., contraria a la colegiación obligatoria, no lo acepta, aunque finalmente es aprobada la norma de la colegiación obligatoria, que es la siguiente en esta exposición⁶⁸.

- La cuarta de las Reales Órdenes citadas fue la de 27 de mayo de 1930, la cual se promulgó durante el mandato de Dámaso Berenguer y Fusté⁶⁹ que presidió el penúltimo gobierno de la monarquía de Alfonso XIII de España⁷⁰, en el que se publican los Estatutos de los Colegios Oficiales de Odontólogos y concede la colegiación obligatoria a la clase de odontólogos⁷¹. Creado en el año 1930, el Consejo General de Colegios de Dentistas de España es el Órgano ejecutivo de la Organización Colegial de Dentistas. Entre sus competencias destacan la coordinación de la política general de la Organización Colegial, la ordenación del ejercicio de la profesión, la representación y la defensa de los intereses de sus profesionales, y la promoción del derecho a la salud odontológica de los españoles. Es también competencia del

⁶⁸ CASADO CARRERO, A.R. *Odontoestomatología y Ley, 1875-1931*, Tesis Doctoral, Sevilla, 1995, págs. 162-168.

⁶⁹ San Juan de los Remedios, Cuba, 1873 - Madrid, 1953.

⁷⁰ Madrid, 1886 - Roma, 1941.

⁷¹ España. Gaceta de Madrid nº 148. 28 de mayo de 1930. Madrid. 1930. Pág. 1294.

Consejo General la elaboración, desarrollo y actualización del Código Ético y Deontológico estatal de la profesión, así como de la promoción social, científica, cultural y laboral de la Odontología y la Estomatología⁷².

Tras dividirse el Estado español en XIII Regiones, se produce la primera escisión del Colegio de la VII Región, con sede en Bilbao, del cual quiere separarse los Odontólogos de San Sebastián: Lobato representando a San Sebastián e Ibarretxe a Bilbao, discuten las razones de la separación en el Consejo. La organización de los congresos es otro de los puntos conflictivos en los orígenes de los Colegios profesionales. La F.O.E. (Federación Odontológica Española), favorable en el plebiscito a la colegiación obligatoria, mantiene un conflicto con el Consejo de Colegios debido a la organización del XII Congreso Nacional Odontológico. El Consejo acuerda asumir la máxima responsabilidad en todos aquellos asuntos de ámbito socio-profesional, aconsejando a la Federación Odontológica Española que sólo se traten asuntos profesionales en el próximo Congreso Nacional Odontológico⁷³.

Las asociaciones y las sociedades odontológicas fueron perdiendo, poco a poco, el protagonismo y la importancia de etapas anteriores, debido al poder que iban acumulando los Colegios Profesionales tras su creación, por lo que, en el año 1934, se fusiona la Federación Odontológica Española (F.O.E.) con la Sociedad Odontológica Española (S.E.O.), pero este ente de nueva creación se esfumó con la Guerra Civil Española⁷⁴, quedando los Colegios Profesionales como entes representativos de la profesión⁷⁵.

La IV Región, formada por las provincias de Huelva, Cádiz, Sevilla, Córdoba y las Islas Canarias, con sede principal en la capital hispalense donde ya existía un colegio provincial, se ubicó, a partir del sábado 5 de julio de 1930, en el edificio

⁷² <http://www.consejodentistas.es/> [Consultado el 30/10/2016]

⁷³ GONZÁLEZ IGLESIAS, J. *Historia de los Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España*, Consejo General de Odontólogos y Estomatólogos de España, Madrid, 1990.

⁷⁴ 17 de julio de 1936 - 1 de abril de 1939.

⁷⁵ GONZÁLEZ IGLESIAS, J. *Historia de la Odontoestomatología Española*, Ed. Avances, Madrid, 1994.

del Colegio de Médicos en la calle Muñoz Olivé, nº 7 de Sevilla. El domingo 6, es decir, al día siguiente, a las 10 de la mañana, tuvo lugar la elección de la Junta Directiva. Dicha reunión fue presidida por el Inspector Provincial de Sanidad, señor Ferrand, donde asistieron numerosos profesionales del ámbito territorial de dicha región, y fue elegida la siguiente Junta Directiva: D. Federico García Marín, como Presidente; D. Francisco García Gayoso, como Vicepresidente; D. Enrique Tejada Medina, como Secretario y D. Ricardo Heredia Bermejo, como Tesorero. En la Junta Provincial de Cádiz, se eligió como Vocal Primero a D. Julio Piosa Depestre, y como Vocal segundo, a D. Rafael Mingo Perdigones⁷⁶.

En Sevilla, ejercían treinta odontólogos y doce cirujanos dentistas, por lo que la colegiación obligatoria levantó poco interés: fue necesario enviar cartas del Colegio Profesional firmadas por el Secretario, donde se recordaba la obligatoriedad de la colegiación, solicitando el ingreso junto con el correspondiente título profesional habilitante⁷⁷.

Durante los primeros años del funcionamiento de los Colegios Profesionales comenzaron los conflictos como la obligatoriedad de la colegiación, cuestionada por Colegios como el de Oviedo, que solicitaban la libertad de colegiación, abriéndose de manera inmediata expedientes allí donde no se seguían las normas. Los Estatutos de los Colegios fueron duramente criticados, surgiendo el descontento y la desconfianza porque el mal uso de los Estatutos podía ser utilizado a modo de venganzas personales, siendo criticados estos textos por injustos y arbitrarios, y de haber sido creados fuera de la Segunda República Española⁷⁸.

El Presidente del Consejo, Sr. Mariscal, nombró una comisión con el objeto de redactar unos nuevos Estatutos pero el

⁷⁶<http://hemeroteca.sevilla.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/sevilla/abc.sevilla/1930/07/08/017.html> [Consultado el 30/10/2016]

⁷⁷ GARCÍA PERLA, A. *100 años de la Historia de la Odontología sevillana: del curandero sacamuelas al médico estomatólogo*, Tesis Doctoral, Sevilla, 1974.

⁷⁸ GONZÁLEZ IGLESIAS, J. *Orígenes de la Odontoestomatología en España, Cirujanos, Dentistas y Odontólogos, 1875-1936*, Tesis doctoral, Madrid, 1976.

Sr. Clavero, Subinspector de Odontología en San Sebastián, antes de ser aprobados por la autoridad gubernativa, solicitó la derogación de la colegiación obligatoria, el entender que era anticonstitucional, provocando una situación que impidió que finalmente fueran aprobados esos nuevos Estatutos. Fue necesario el transcurso de ocho años para ello, debido a los cambios de Gobierno y la instauración de la Guerra Civil Española. Los años bélicos hizo que se interrumpiera la actividad del Consejo General y de los Colegios, ya que éstos quedaron en zona republicana o nacional, según el avance de las tropas. Incluso en plena guerra, el Consejo General se reúne en Valladolid (1938) para preparar los difíciles años de la postguerra. En esta época se encuentran problemas como la reorganización de los Colegios, la ratificación del Presidente del Consejo General y el temor de que la Central Sindical Nacional hiciera desaparecer los colegios por absorción. Eliminando el sistema electivo, se reconoció la permanencia a través de una ley: el Ministerio de Gobernación, a través de personas afines al Régimen, concedía arbitrariamente los nombramientos. Fueron requeridos para colaborar en expedientes de depuración, debiendo dar informes sobre el pasado político de los compañeros, forzados por la ley⁷⁹:

ORDEN de 25 de noviembre de 1939 Extendiendo a los Colegios Oficiales de Odontólogos las normas de Depuración dictadas para los Colegios de Médicos.

Para completar la labor de depuración que los Colegios Oficiales de Odontólogos están llevando a cabo entre los profesionales en ellos inscritos, Este Ministerio se ha servido hacer extensiva en todas sus partes a dichos organismos la Orden de 6 de octubre pasado (B. O. número 280), que se publicó para los Colegios Oficiales de Médicos, en atención a que se trata de Entidades que se rigen por normas y preceptos reglamentarios de características muy similares.

Madrid, 25 de noviembre de 1939.- Año de la Victoria. SERRANO SUÑER.

⁷⁹ España. Boletín Oficial del Estado. Nº 331. 27 de noviembre de 1939. Madrid. 1939. Pág. 6656.

que se trata de una derivación normativa de otra publicada previamente que afectaba a los médicos⁸⁰:

ORDEN de 6 de octubre de 1939. Dando normas para la depuración, por los Colegios de Médicos, de la conducta político-social de sus miembros.

Iniciada por los Colegios Médicos la depuración de la conducta político-social de sus miembros, en relación con el Movimiento Nacional, se hace preciso dictar normas sustantivas y procesales a las que, de modo uniforme, se atemperen dichas Corporaciones en el ejercicio de tan delicada función. Por ello, este Ministerio, ha dispuesto;

Artículo primero. - La jurisdicción disciplinaria de los Colegios Oficiales de Médicos y de sus organismos superiores se extiende a la depuración de la conducta político-social -en relación con el Movimiento Nacional- de sus colegiados y de los médicos que soliciten la colegiación.

Artículo segundo. - Podrán ser motivos de sanción o de suspensión del derecho a colegiarse, los siguientes:

a) Todos los hechos que hubieren dado lugar a la imposición de penas por los Tribunales Militares o a la exigencia de responsabilidades políticas, con arreglo a la Ley de este nombre, siempre que las ejecuciones de tales hechos tuvieran una significación de carácter profesional.

b) La aceptación voluntaria de puestos profesionales, lucrativos o representativos, durante el dominio rojo.

c) El desempeño de cargos profesionales obtenidos durante la dominación marxista, merced a la ideología política del interesado.

d) El haber iniciado o fomentando persecuciones o molestias contra otros colegiados, particulares o entidades profesionales.

e) El haber aprovechado la influencia política, propia o ajena, para privar a otros colegiados de sus medios de subsistencia o para obtener, personalmente, posiciones de privilegio.

f) El haber publicado, durante el Movimiento Nacional, escritos desfavorables a este último o en pro de las doctrinas defendidas por los Partidos del Frente Popular, así como el haber firmado documentos que beneficiaran la revolución marxista, si tal actuación ha sido espontánea y voluntaria.

g) El haber servido positivamente a la obra revolucionaria marxista, judaica y anarquizante, o cualquiera de los sectores de la Sociedad española, antes o después del Movimiento Nacional y, de un modo preferente, aquéllos que hubiesen realizado actos, aprovechando su condición de médicos y en perjuicio de sus compañeros o de sus enfermos.

⁸⁰ España. Boletín Oficial del Estado. Nº 280. 7 de octubre de 1939. 1939. Madrid. Págs. 5627-5628.

h) Las acciones u omisiones que, sin estar expresamente comprendidas en los apartados anteriores, implicaren una evidente significación antipatriótica y contraria al Movimiento Nacional.

Artículo tercero. – Las sanciones que podrán imponerse por los hechos definidos en el artículo precedente, serán:

1. Amonestación.
2. Inhabilitación para ocupar cargos directivos o de confianza en la organización o en corporaciones de índole médica o sanitaria.
3. Suspensión del ejercicio de la profesión en una localidad determinada, de un mes a cinco años.
4. Suspensión del ejercicio de la profesión en una o varias provincias, de un mes a cinco años.
5. Inhabilitación perpetua para el ejercicio de la profesión en una localidad determinada.
6. Inhabilitación perpetua para el ejercicio de la profesión en una o varias provincias.
7. Suspensión absoluta del ejercicio de la profesión en todo el territorio nacional, de uno a diez años.

Burgos, 6 de octubre de 1939.- Año de la Victoria. SERRANO SUÑER

Una Orden de 15 de Febrero de 1941 por lo que se dispone la Agrupación de Odontólogos de Sociedades de Madrid pase a formar parte del Colegio Oficial de Odontólogos de la I Región⁸¹.

La actividad del Consejo General de Colegios se reactiva después de la Guerra, volviendo a publicar diez años después el Boletín Oficial del Consejo, dirigido por D. Fernando Muñiz Toca⁸², y en ese mismo año, con la Orden de 9 de agosto de 1943⁸³ se modifican los Estatutos de los Colegios Oficiales de Odontólogos aprobados el 27 de mayo de 1930, estableciendo los siguientes cambios:

- los nombramientos correrán a cargo del Ministerio de la Gobernación, según el artículo 20;

- permite al colegiado sancionado cinco días para recurrir las sanciones, según el artículo 26;

⁸¹ España. Boletín Oficial del Estado, nº 47. 16 de febrero de 1941. Madrid. 1941. Pág. 1070.

⁸² España. Boletín Oficial del Consejo General de Colegios de Odontólogos. Año III. Nº 25. Oviedo. 1943.

⁸³ España. Boletín Oficial del Estado, nº 225. 13 de agosto de 1943. Madrid. 1943. Págs. 7890-7891.

- el Consejo será designado por la Dirección General de Sanidad, según el artículo 28;

- y la renovación del Consejo pasa de cada cuatro años a cuando lo estime conveniente la Dirección General de Sanidad, según el artículo 29.

Los Colegios Profesionales, como Corporaciones de Derecho Público, fueron creados y siguen sobreviviendo con la misión primordial de defender la profesión, y la lucha contra el intrusismo ha sido una de sus funciones, tan importante que fue el origen principal de su gestación a finales del siglo XIX.⁸⁴

3. Historia del intrusismo.

Es importante conocer cómo se ha intentado legislar la lucha contra la lacra del intrusismo en Odontología a lo largo de la historia. La legislación promulgada desde finales del S. XIX hasta la actualidad para luchar contra el intrusismo, en orden cronológico, ha sido⁸⁵:

- Real Orden de 28 de mayo de 1876, que crea los cargos de Inspector y Subinspectores de Dentistas para el control de la profesión⁸⁶.

- Real Orden de 7 de octubre de 1877, que declara que los títulos de Practicante expedidos a partir de esa fecha no son válidos para trabajar como dentista⁸⁷.

- Real Orden de 1 de octubre de 1881, por la cual la legislación vigente no reconoce el título de Licenciado o Doctor

⁸⁴ RODRÍGUEZ MENACHO, D. *Los Colegios Profesionales contra el intrusismo en Odontología*. Revista Derecho y Salud. Vol. 26, núm. 2, julio-diciembre, 2016. Pág. 62.

⁸⁵ CASADO CARRERO, A.R. *Odontoestomatología y Ley, 1875-1931*, Tesis Doctoral, Sevilla, 1995, págs. 61-63; MENDOZA OLIVARES, F.J. *Legislación odontológica 1931-1948: nacimiento de la especialidad médica de Estomatología*, Tesis doctoral, Sevilla, 1997, pág. 56.

⁸⁶ España. Gaceta de Madrid, nº 157. 4 de junio de 1876. Madrid. 1876. Pág. 721.

⁸⁷ España. Gaceta de Madrid, nº 288. 7 de octubre de 1877. Madrid. 1877. Págs. 75-76.

en Cirugía Dental expedidos por el Colegio Español de Dentistas⁸⁸.

- Real Orden de 16 de diciembre de 1881, por la que se deroga la Real Orden de 28 de mayo de 1876 que crea los cargos de Inspector y Subinspectores de Dentistas para el control de la profesión, pasando éstos a la jurisdicción de los Subdelegados de Medicina⁸⁹.

- Real Orden de 11 de febrero de 1886, por la que se ordena a todo aquel que ejerce la profesión de dentista a presentar el título profesional a las Subdelegaciones de Medicina y Cirugía para anotarlos en el registro correspondiente en un plazo de treinta días. Una vez pasado el plazo, los no autorizados serán denunciados ante los Gobernadores, y los que no tengan título, serán llevados antes los Tribunales de Justicia⁹⁰.

- Real Orden de 25 de octubre de 1901, por la cual se prohíbe ejercer la Odontología a los practicantes cuyo título sea posterior a la Real Orden de 7 de octubre de 1877⁹¹.

- Real Orden de 25 de agosto de 1913, que hace que vuelva a entrar en vigor la Real Orden de 28 de mayo de 1876, que crea los cargos de Inspector y Subinspectores de Dentistas para el control de la profesión, en el punto concreto de crear plazas de Subinspectores de Odontología en las capitales de provincia⁹².

- Real Orden de 14 de diciembre de 1913, la cual modifica la Real Orden de 25 de agosto de 1913, autorizando que sean Subinspectores de Odontología, además de los poseedores del título de Odontólogo, las personas con título de Cirujano

⁸⁸ España. Boletín de la Revista General de Legislación y jurisprudencia. 4º trimestre de 1881. Madrid. 1881. Pág. 414.

⁸⁹ España. Boletín de la Revista General de Legislación y jurisprudencia. 4º trimestre de 1881. Madrid. 1881. Pág. 554.

⁹⁰ España. Boletín de la Revista General de Legislación y jurisprudencia. Año 34. Tomo 77. Madrid. 1886.

⁹¹ España. Gaceta de Madrid, nº 304. 31 de octubre de 1901. Madrid. 1901. Pág. 509.

⁹² España. Gaceta de Madrid, nº 246. 3 de septiembre de 1913. Madrid, 1913. Pág. 547.

Dentista, con preferencia si además son Licenciados en Medicina⁹³.

- Real Orden de 9 de abril de 1918, promulgada a petición de los Subinspectores de Odontología de Madrid, por la cual la profesión de Odontólogos o Cirujanos Dentistas debe ser ejercida personalmente por los que tengan el título correspondiente, sin que pueda delegarse dicho ejercicio en otra persona que carezca de título⁹⁴.

- Real Orden de 21 de diciembre de 1923, por la que insta a los Gobernadores Civiles a que exciten el celo de Alcaldes y Subdelegados de Sanidad a fin de que se cumplan y hagan cumplir las disposiciones vigentes sobre el ejercicio ilegal de las profesiones sanitarias, y se multe y sancione a los Alcaldes y Subdelegados que no cumplan con esto⁹⁵.

- Real Orden de 3 de julio de 1924, por la cual se considera intruso a quienes realicen prótesis dentales, a no ser que trabajen como auxiliares a las órdenes de un profesional, correspondiendo al Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes nombrar a un tribunal examinador en la materia y expedición de títulos a los obreros mecánicos de prótesis. Además, no se procede a la petición de los Practicantes para ejercer la Odontología⁹⁶.

- Real Orden de 14 de marzo de 1925, por la que se nombra a los Subinspectores de Odontología en las capitales de provincia, cuyas funciones son la inscripción y la revisión de los títulos de Odontología, la persecución del intrusismo y la inspección de gabinetes, clínicas y laboratorios de prótesis⁹⁷.

- Real Orden de 1 de febrero de 1943, por la cual a instancia del Presidente del Consejo General de los Colegios de

⁹³ España. Boletín de la Revista General de Legislación y jurisprudencia. Año 62. Tomo 155. Madrid. 1914.

⁹⁴ España. Gaceta de Madrid, nº 98. 6 de abril de 1918. Madrid, 1918. Pág. 254.

⁹⁵ España. Boletín de la Revista General de Legislación y jurisprudencia. Año 72. Tomo 186. Madrid. 1924.

⁹⁶ España. Gaceta de Madrid, nº 187. 5 de julio de 1924. Madrid, 1924. Pág. 158.

⁹⁷ España. Gaceta de Madrid, nº 78. 19 de marzo de 1925. Madrid, 1925. Pág. 1414.

Odontólogos, dispone declarar en vigor la Real Orden de 9 de abril de 1918, promulgada a petición de los Subinspectores de Odontología de Madrid, por la cual la profesión de Odontólogos o Cirujanos Dentistas debe ser ejercida personalmente por los que tengan el título correspondiente, sin que pueda delegarse dicho ejercicio en otra persona que carezca de título⁹⁸.

- Real Orden de 4 de enero de 1945, por la cual se autoriza a admitir la matrícula a los súbditos extranjeros en la Escuela de Odontología de Madrid, después de haber cursado y aprobado los estudios que figuran en el plan de enseñanza⁹⁹.

4. Titulados extranjeros

Es en un principio el Ministerio de Fomento y, posteriormente, el Ministerio de Instrucción Pública, los encargados de expedir los títulos, mientras que es la Presidencia del Consejo de Ministros, o su análoga Presidencia del Directorio Militar, los encargados de las relaciones internacionales. La legislación que regula a estos titulados consiste en la siguiente:

- Tratado de reconocimiento, paz, amistad, comercio, navegación y extradición celebrado con la República Dominicana de fecha 18 de febrero de 1855¹⁰⁰, que declara en su artículo 8 que *"los ciudadanos de ambas naciones gozarán de la más completa y constante protección en sus personas y propiedades. Por consiguiente, podrán ejercer con toda libertad sus profesiones y oficios (...)"*

- Real Orden de 12 de mayo de 1881, por la cual no se concede la autorización para ejercer en España aquellos

⁹⁸ España. Boletín Oficial del Estado, nº 36. 5 de febrero de 1943. Madrid. 1943. Pág. 1204-1205.

⁹⁹ España. Boletín Oficial del Estado, nº 24. 24 de enero de 1945. Madrid. 1945. Pág. 788.

¹⁰⁰ España. Gaceta de Madrid nº 966, de 25 de agosto de 1855, págs. 1-2.

profesionales con títulos de varios establecimientos de Estados Unidos¹⁰¹.

- Real Orden de 5 de junio de 1902, por la cual los títulos profesionales de establecimientos públicos de Portugal sólo pueden ser usados en territorio español por súbditos portugueses¹⁰².

- Real Decreto de 27 de diciembre de 1920, por el cual se autoriza en el territorio español el ejercicio de la profesión de odontólogo a los titulados en países extranjeros que den igual trato a los títulos expedidos en España¹⁰³.

- Real Decreto de 22 de septiembre de 1925, por el cual se determinan los requisitos necesarios para que los extranjeros o españoles con títulos extranjeros puedan ejercer su profesión en España¹⁰⁴.

- Decreto de 7 de octubre de 1939 disponiendo que la primera fuente de derecho aplicable a los problemas que se susciten con motivo de estudios y títulos extranjeros estará constituida por los Convenios internacionales actualmente en vigor y por los que sean celebrados en lo sucesivo¹⁰⁵.

- Instrumentos de ratificación de 16 de agosto de 1953 del Tratado de Amistad entre España y la República Dominicana¹⁰⁶, que en su artículo 2 se reiteran en los acuerdos alcanzados en las disposiciones del Tratado de reconocimiento, paz, amistad, comercio, navegación y extradición celebrada con la República Dominicana de fecha 18 de febrero de 1855¹⁰⁷.

- Instrumentos de ratificación de 19 de noviembre de 1953 del Convenio Cultural entre España y la República Dominicana¹⁰⁸,

¹⁰¹ España. Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tomo 2º de 1881. Madrid. 1881.

¹⁰² España. Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tomo 116. Madrid. 1902.

¹⁰³ España. Gaceta de Madrid, nº 363. 28 de diciembre de 1920. Madrid. 1920. Pág. 1230.

¹⁰⁴ España. Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Año 74. Tomo 196. Madrid. 1926.

¹⁰⁵ España. Boletín Oficial del Estado, nº 318. 14 de noviembre de 1939. Madrid. 1939. Pág. 6377.

¹⁰⁶ España. Boletín Oficial del Estado, nº 246. 3 de septiembre de 1953. Madrid. 1953. Pág. 5284-5285.

¹⁰⁷ España. Gaceta de Madrid, nº 966, de 25 de agosto de 1855, págs. 1-2.

¹⁰⁸ España. Boletín Oficial del Estado, nº 335. 1 de diciembre de 1953. Madrid. 1953. Pág. 7100-7101.

en el que en su artículo 3 se declara que "los nacionales de ambos países que hubieran obtenido títulos o diplomas para ejercer profesiones liberales en cualquiera de los Estados Contratantes, expedidos por las autoridades competentes, se considerarán habilitados para ejercer dichas profesiones en el territorio de la otra con sujeción a las reglas y reglamentaciones de esta última."

- Decreto 190/1965, de 28 de enero, sobre regulación de los efectos de asistencia de licenciados por Universidad no española a los cursos y estudios del doctorado¹⁰⁹.

- Decreto 1676/1969, de 24 de julio, sobre convalidación de estudios y títulos extranjeros por los correspondientes españoles¹¹⁰.

- Decreto 3199/1976, de 31 de octubre, sobre convalidación de los estudios del doctorado hechos en el extranjero por españoles que han obtenido la licenciatura en España¹¹¹.

- Real Decreto 1784/1980, de 31 de julio, sobre régimen de convalidación de estudios totales y títulos superiores extranjeros obtenidos por españoles exiliados por razones políticas o por emigrantes españoles¹¹².

- Real Decreto 486/1981, de 27 de febrero, sobre acceso a estudios de doctorado y especialización postgraduada de los estudiantes con títulos universitarios extranjeros¹¹³.

- Real Decreto 185/1985, de 23 de enero, por el que se regula el tercer ciclo de estudios universitarios, la obtención y expedición del título de Doctor y otros estudios postgraduados¹¹⁴.

¹⁰⁹ España. Boletín Oficial del Estado, nº 34. 9 de febrero de 1965. Madrid. 1965. Págs. 2132-2133.

¹¹⁰ España. Boletín Oficial del Estado, nº 195. 15 de agosto de 1969. Madrid. 1969. Págs.12977-12978.

¹¹¹ España. Boletín Oficial del Estado, nº 292. 5 de diciembre de 1975. Madrid. 1975. Págs.25369-25370.

¹¹² España. Boletín Oficial del Estado, nº 215. 6 de septiembre de 1980. Madrid. 1980. Págs.20135-20135.

¹¹³ España. Boletín Oficial del Estado, nº 69. 21 de marzo de 1981. Madrid. 1981. Págs. 6159-6160.

¹¹⁴ España. Boletín Oficial del Estado, nº 41. 16 de febrero de 1985. Madrid. 1985. Págs. 3947-3953.

- Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, por el que se regulan las condiciones de homologación de títulos extranjeros de educación superior¹¹⁵.

- Convenio de Colaboración Cultural y Educativa entre el Reino de España y la República Dominicana, de fecha 15 de noviembre de 1988¹¹⁶, vigente en la actualidad, y que regula la homologación de los títulos universitarios en su artículo 4, y es por ella por la que se genera la siguiente norma específica de la profesión.

- Orden de 21 de octubre de 1992 por la que se regula y coordina el periodo complementario de formación¹¹⁷ que deben realizar los titulados en Materia de Odontología por Universidades de la República Dominicana como requisito previo para la homologación de sus títulos al título español de Licenciado en Odontología¹¹⁸, que se dicta de conformidad con el artículo 5¹¹⁹ de la Orden de 5 de junio de 1992, por la que se establecen los criterios generales para la realización de pruebas de conjunto y de aptitud previas al reconocimiento de títulos extranjeros de Educación Superior¹²⁰.

- Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior¹²¹.

- Real Decreto 967/2014, de 21 de noviembre, por el que se establecen los requisitos y el procedimiento para la

¹¹⁵ España. Boletín Oficial del Estado, nº 20, de 23 de enero de 1987. Madrid. 1987. Págs. 1987-1989.

¹¹⁶ España. Boletín Oficial del Estado, nº 287, de 30 de noviembre de 1988. Madrid. 1988. Págs. 33895-33896.

¹¹⁷ Cuyo programa supervisado de formación complementaria depende de la posesión o no del título de Licenciado en Medicina y Cirugía, debiendo cursar los que no se encuentran en posesión de tal, 42 créditos totales, con una distribución de 24 créditos teóricos y 18 prácticos, mientras que los que sí estén en posesión del título de Licenciado en Medicina y Cirugía, deberán cursar 34 créditos totales, con una distribución de 16 créditos teóricos y 18 prácticos.

¹¹⁸ España. Boletín Oficial del Estado, nº 259, de 28 de octubre de 1992, páginas 36553-36554.

¹¹⁹ Artículo 5: *“El Ministerio de Educación y Ciencia podrá establecer y regular el contenido de pruebas específicas de carácter nacional o de períodos complementarios de formación que, para la homologación de títulos extranjeros, deban realizarse en cumplimiento de lo dispuesto en Tratados Internacionales o Convenios bilaterales o multilaterales en los que España sea parte, así como coordinar el desarrollo de dichos períodos por las diferentes Universidades.”*

¹²⁰ España. Boletín Oficial del Estado, nº 141, de 12 de junio de 1992. Madrid. 1992. Págs. 19926-19926.

¹²¹ España. Boletín Oficial del Estado, nº 55, de 4 de marzo de 2004. Madrid. 2004. Págs. 9886-9891.

homologación y declaración de equivalencia a titulación y a nivel académico universitario oficial y para la convalidación de estudios extranjeros de educación superior, y el procedimiento para determinar la correspondencia a los niveles del marco español de cualificaciones para la educación superior de los títulos oficiales de Arquitecto, Ingeniero, Licenciado, Arquitecto Técnico, Ingeniero Técnico y Diplomado¹²².

5. Ejercicio de los Médicos.

Los médicos podían ejercer libremente la Odontología hasta que apareció el título de odontólogo en el año 1901, y las sucesivas normas que fueron limitando su campo de actuación.

En el periodo comprendido entre 1875 y 1913 se promulgan ocho normas al respecto¹²³:

- Real Orden de 1 de octubre de 1881, por la cual se reconocen como títulos válidos para trabajar como dentista el de medicina, el de cirujano dentista y el antiguo de Cirujano y Practicante¹²⁴.

- Real Orden de 21 de marzo de 1901, por la cual se crea el título de Odontólogo y, en su penúltimo apartado, indica que los médicos pueden tratar los dientes pero, para realizar prótesis dentales, deben haber aprobado la asignatura correspondiente de Prótesis Dentaria¹²⁵.

- Real Orden de 24 de diciembre de 1906, por la cual se ordena a los médicos que trabajan como dentistas construyendo

¹²² España. Boletín Oficial del Estado, nº 283, de 22 de noviembre de 2014. Madrid. 2014. Págs. 95973-95993.

¹²³ CASADO CARRERO, A.R. *Odontoestomatología y Ley, 1875-1931*, Tesis Doctoral, Sevilla, 1995, págs. 65-66.

¹²⁴ Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. 4º trimestre de 1881. Madrid. 1881. Pág. 414.

¹²⁵ España. Gaceta de Madrid, nº 104. 14 de abril de 1901. Madrid. 1901. Pág. 283.

prótesis deberán satisfacer la cuota correspondiente como dentista, o por lo menos, la equivalente a dicha profesión¹²⁶.

- Real Orden de 20 de octubre de 1913, por la cual se reforman los estudios de Odontología, y obliga a los médicos que quieran ejercer la Odontología, a estudiar todas las asignaturas específicas de la carrera¹²⁷.

- Real Orden de 9 de noviembre de 1914, en la cual se ratifica que los médicos deben tener los estudios especiales de Odontología para trabajar como dentistas¹²⁸.

- Real Orden de 27 de noviembre de 1924 en la cual, a petición del Colegio de Médicos de Vizcaya, se abre un plazo para que los médicos que trabajen como dentistas se legalicen¹²⁹.

- Real Orden de 28 de abril de 1925, por la cual se considera intrusos a los médicos que ejercen como dentistas después del día 6 de abril de 1918, pero para aquellos que hayan ejercido la Odontología antes de esa fecha, tienen dos meses de plazo para habilitarse como Odontólogos si aprueban la práctica de la profesión con recibo de contribución, por certificado del Subdelegado de Medicina, o por información de testigos, y siempre con la intervención del Subinspector de Odontología¹³⁰.

- Real Orden de 2 de agosto de 1927, por la cual se amplía la Real Orden de 28 de abril de 1925, declarando que los médicos que acrediten haber ejercido legalmente la profesión de Odontología en una época anterior a dicha disposición, tienen derecho a continuar su ejercicio¹³¹.

- Real Orden de 25 de febrero de 1948, por la que se dispone el cambio de denominación de la Escuela de Odontología por Escuela de Estomatología y los Licenciados y Doctores que

¹²⁶ España. Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Año 54. Tomo 1º de 1907. Madrid. 1907.

¹²⁷ España. Gaceta de Madrid, nº 295. 22 de octubre de 1913. Madrid. 1913. Pág. 157.

¹²⁸ España. Gaceta de Madrid, nº 327. 23 de noviembre de 1914. Madrid. 1914. Pág. 515.

¹²⁹ España. Gaceta de Madrid, nº 325. 4 de diciembre de 1924. Madrid. 1924. Pág. 1247.

¹³⁰ España. Gaceta de Madrid, nº 132. 12 de mayo de 1925. Madrid. 1925. Pág. 647.

¹³¹ España. Gaceta de Madrid, nº 216. 4 de agosto de 1927. Madrid. 1927. Pág. 746.

hayan cursado estudios en la misma, podrán usar el título de Licenciado y Doctor Médico-Estomatólogo¹³².

- Real Orden de 14 de abril de 1948, por la que se determinan los derechos que habrán de abonarse para la obtención de los títulos de Doctor y Licenciado Médico-Estomatólogo¹³³.

6. Laboratorios de prótesis dental.

El campo de actuación de los protésicos dentales y de los laboratorios de prótesis dental, se encuentra regulado en la siguiente legislación:

- Real Orden de 2 de enero de 1948, por la cual se aprueba la Reglamentación Nacional del Trabajo del personal de Laboratorios de Prótesis Dental y autoriza a la Dirección General de Trabajo para dictar disposiciones y aclaraciones sobre dicho Reglamento¹³⁴. En ella se aclara la clasificación del personal según su función: Maestro en Prótesis Dental, Oficial de Prótesis Dental, Ayudante de Prótesis Dental, y Aprendiz.

- Real Orden de 28 de julio de 1948, por la cual se amplía la protección de los seguros laborales complementarios a los trabajadores afectados por la Reglamentación Nacional de Trabajo, entre ellos los trabajadores de Laboratorios de Prótesis Dental.

Se ha de tener en cuenta que el oficio de Protésico Dental no existe como profesión reglada en España hasta el año 1986, con la promulgación de la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental¹³⁵ y por el Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio, por el

¹³² España. Boletín Oficial del Estado, nº 62. 2 de marzo de 1948. Madrid. 1948. Pág. 848.

¹³³ España. Boletín Oficial del Estado, nº 188. 6 de julio de 1948. Madrid. 1948. Pág. 2291.

¹³⁴ España. Boletín Oficial del Estado, nº 78. 18 de marzo de 1948. Madrid. 1948. Págs. 1058-1061

¹³⁵ España. Boletín Oficial del Estado, nº. 68, de 20 de marzo de 1986. Madrid. 1986. Págs. 10562-10563.

que se desarrolla lo previsto en la Ley 10/1986, que regula la profesión de Odontólogo, Protésico e Higienista dental¹³⁶.

Es por el aumento de la complejidad del trabajo en el gabinete dental lo que hace que, entre finales del siglo XIX y principios del XX, unos auxiliares ayuden en la parte técnica a los dentistas. Por ello, a partir del año 1914, doce años después de la creación del título de Odontólogo empiezan a aparecer una serie de laboratorios libres e independientes que trabajan no sólo para un dentista, y empiezan a trabajar en la boca de algunos pacientes.

Tal situación llevó a los Subinspectores de Odontología a perseguir el intrusismo y a que se dicten normas para que sólo puedan fabricar y colocar prótesis el Cirujano Dentista o el Odontólogo. Ésta circunstancia, sumada a otras denuncias, provoca la publicación del Real Orden de 9 de abril de 1918, promulgada a petición de los Subinspectores de Odontología de Madrid, por la cual la profesión de Odontólogos o Cirujanos Dentistas debe ser ejercida personalmente por los que tengan el título correspondiente, sin que pueda delegarse dicho ejercicio en otra persona que carezca de título¹³⁷.

En 1918, mismo año de la promulgación de la citada ley, se crea en España la primera asociación de protésicos que luchó, por un lado, por dignificar la profesión y, por otro lado, intentar aumentar sus atribuciones: pedían que se les otorgase una certificación a todo aquel que demostrase ante un tribunal la competencia para poder fabricar una prótesis¹³⁸.

Tal asociación, en la fecha indicada, tenía claro el concepto de que sus asociados no podían tener en sus talleres aparatos para intervenciones orales. En épocas posteriores reclamaban atribuciones para actuar sobre pacientes para atenderlos en sus laboratorios de prótesis dental. Por ello, y

¹³⁶ España. Boletín Oficial del Estado, nº. 215, de 8 de septiembre de 1994. Madrid. 1994. Págs. 28045-28047.

¹³⁷ España. Gaceta de Madrid, nº 98. 6 de abril de 1918. Madrid. 1918. Pág. 254.

¹³⁸ MENDOZA OLIVARES, F.J. *Legislación odontológica 1931-1948: nacimiento de la especialidad médica de Estomatología*, Tesis doctoral, Sevilla, 1997, pág. 142.

las peticiones de diferentes ámbitos, se promulgó la Real Orden de 3 de julio de 1924, por la cual se considera intruso a quienes realicen prótesis dentales, a no ser que trabajen como auxiliares a las órdenes de un profesional, correspondiendo al Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes nombrar a un tribunal examinador en la materia y expedición de títulos a los obreros mecánicos de prótesis¹³⁹. En su articulado, se disponía el siguiente texto:

"Deberán ser considerados como intrusos en la carrera Odontológica cuantos careciendo del correspondiente título se dediquen al ejercicio de la prótesis, tanto en su ejecución como en su aplicación en boca a no ser que trabajen como auxiliares a las órdenes inmediatas de un profesional".

La aplicación de esta norma fue la que, durante el mes de noviembre del mismo año de su promulgación, y sólo en la provincia madrileña, se denunciaron a treinta y seis laboratorios de prótesis. Por lo tanto, fue una norma aplaudida por el gremio de los dentistas¹⁴⁰.

La guerra entre ambas profesiones, protésicos dentales y odontólogos, continuó hasta tal punto que, tras la Guerra Civil Española, los primeros pretendieron denominarse con el término acuñado por ellos, en la nomenclatura de los sindicatos, de "Odontotécnicos". Esta circunstancia provoca que los Colegios de Odontólogos recuerden a los profesionales de la prótesis dental la normativa vigente, especialmente el detalle de que no se trata de una profesión autónoma, sino dependiente de un odontólogo, que es el que dirige el taller de prótesis. Desde el Consejo General se propició que se promulgara la Real Orden de 1 de febrero de 1943, por la cual a instancia del Presidente del Consejo General de los Colegios de Odontólogos, dispone declarar en vigor la Real Orden de 9 de abril de 1918, promulgada a petición de los Subinspectores de Odontología de Madrid, por la

¹³⁹ España. Gaceta de Madrid, nº 187. 5 de julio de 1924. Madrid. 1924. Pág. 158.

¹⁴⁰ GONZÁLEZ IGLESIAS, J. *Orígenes de la Odontoestomatología en España, Cirujanos, Dentistas y Odontólogos, 1875-1936*, Tesis doctoral, Madrid, 1976.

cual la profesión de Odontólogos o Cirujanos Dentistas debe ser ejercida personalmente por los que tengan el título correspondiente, sin que pueda delegarse dicho ejercicio en otra persona que carezca de título¹⁴¹.

La profesión verdaderamente no se crea hasta la promulgación de la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental¹⁴² y el Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio, por el que se desarrolla lo previsto en la Ley 10/1986, que regula la profesión de Odontólogo, Protésico e Higienista dental¹⁴³, citadas anteriormente.

En el preámbulo de la primera norma, se declara que la configuración y desarrollo de la profesión de Protésico dental, con una Formación Profesional de Segundo Grado, responde a la conveniencia de tener debidamente configuradas sus actividades dentro del ámbito sanitario, con plenitud de funciones y responsabilidades en cuanto al material, elaboración y adaptación de acuerdo con las indicaciones de los Estomatólogos u Odontólogos.

7. Higienistas Dentales.

La profesión de higienista dental se crea de manera conjunta a la del protésico dental. Mediante la misma ley se crea la profesión de Higienista dental que, con el correspondiente título de Formación Profesional de Segundo Grado, tendrá como atribuciones, en el campo de la promoción de la salud y la educación sanitaria bucodental, la recogida de datos, la realización de exámenes de salud y el consejo de medidas higiénicas y preventivas, individuales o colectivas. Colaborarán también en estudios epidemiológicos. Podrán,

¹⁴¹ España. Boletín Oficial del Estado, nº 36. 5 de febrero de 1943. Madrid. 1943. Págs. 1204-1205.

¹⁴² España. Boletín Oficial del Estado, nº 68. 20 de marzo de 1986. Madrid. 1986. Págs. 10562-10563.

¹⁴³ España. Boletín Oficial del Estado, nº 215. 8 de septiembre de 1994. Madrid. 1994. Págs. 28045-28047.

asimismo, realizar determinadas funciones técnico-asistenciales como Ayudantes y Colaboradores de los Facultativos Médicos y Odontólogos, según el artículo tercero de la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental¹⁴⁴.

Son las medidas preventivas de promoción de la salud y educación sanitaria de la población en esta materia las que determinan la conveniencia de contar con Higienistas dentales que, con una Formación Profesional de Segundo Grado, puedan alcanzar de forma efectiva a toda la población y, especialmente, a la población infantil, escolar y de la tercera edad. Sus funciones preventivas y de examen de salud dental se completan con aquellas otras asistenciales que puedan realizar como auxiliares, ayudantes y colaboradores de los Facultativos Médicos, Estomatólogos y Odontólogos, como reza en el preámbulo de la citada ley¹⁴⁵.

Su desarrollo normativo en Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio, por el que se desarrolla lo previsto en la Ley 10/1986, que regula la profesión de Odontólogo, Protésico e Higienista dental¹⁴⁶ es, en su artículo 10, una reiteración del artículo tercero de la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental¹⁴⁷ y un verdadero desarrollo de atribuciones en tres bloques de actividades en su artículo 11, como se va a proceder a analizar de manera pormenorizada a continuación:

- En primer lugar, en materia de Salud Pública, recoger datos acerca del estado de la cavidad oral para su utilización clínica o epidemiológica, practicar la educación sanitaria de forma individual o colectiva, instruyendo sobre la higiene bucodental y las medidas de control dietético necesarias para la

¹⁴⁴ España. Boletín Oficial del Estado, nº. 68. 20 de marzo de 1986. Madrid. 1986. Págs. 10562-10563.

¹⁴⁵ CASTAÑO SÉIQUER, A. *Higienistas dentales. Un elemento clave para la universalización de la odontología*, Odontología Preventiva y Comunitaria: La odontología social un deber, una necesidad, un reto..., Fundación Odontología Social, Santander, 2012, págs. 609-612.

¹⁴⁶ España. Boletín Oficial del Estado, nº 215. 8 de septiembre de 1994. Madrid. 1994. Págs. 28045-28047.

¹⁴⁷ España. Boletín Oficial del Estado, nº 68. 20 de marzo de 1986. Madrid. 1986. Págs. 10562-10563.

prevención de procesos patológicos buco-dentales, controlar las medidas de prevención que los pacientes realicen y realizar exámenes de salud buco-dental de la Comunidad.

- En segundo lugar, y en materia técnico-asistencial, podrán desarrollar las funciones de aplicar fluoruros tópicos en sus distintas formas, colocar y retirar hilos retractores, colocar selladores de fisuras con técnicas no invasivas, realizar el pulido de obturaciones eliminando los eventuales excesos en las mismas, colocar y retirar el dique de goma, y eliminar cálculos y tinciones dentales, y realizar detartrajes y pulidos.

- Y finalmente, desarrollarán las funciones señaladas en el número anterior como ayudantes y colaboradores de los Facultativos Médicos y Odontólogos, excluyendo de sus funciones la prescripción de prótesis o tratamientos, la dosificación de medicamentos, la extensión de recetas, la aplicación de anestésicos y la realización de procedimientos operatorios o restauradores.

Se aprecia que el elenco de funciones del segundo apartado se trata de un *"numerus clausus"* de funciones técnico-asistenciales, no pudiendo estimar que el sentido del tercer apartado cuando dice *"desarrollarán las funciones señaladas en el número anterior como ayudantes y colaboradores de los Facultativos Médicos y Odontólogos"* pueda entenderse como un *"numerus apertus"*: se limita a decir que se desarrollarán bajo la presencia coetánea del facultativo, y sólo y exclusivamente, las mencionadas, haciendo un especial hincapié en aquellas actuaciones excluidas que se consideran absolutamente propias del dentista (v.g.: la realización de procedimientos operatorios o restauradores).

Según un reciente trabajo de investigación sobre los higienistas dentales, en cuanto al análisis de las competencias clínicas permitidas por ley en España, se deduce que son más restringidas que las recomendadas por la Federación Europea de Periodoncia para la creación de nuevos planes de estudio

universitarios de Higiene dental, que además de las anteriores incluye la realización de obturaciones y coronas temporales que vayan a ser descementadas durante el tratamiento realizado por el higienista, la aplicación de anestesia local, la toma de impresiones y la realización de tareas relacionadas con la ortodoncia como colocación y remoción de bandas y brackets, y toma de fotografías y registros diagnósticos.

En España, a pesar de que la ley no habilita a los higienistas realizar algunas de las funciones clínicas anteriormente citadas, estas se han ejecutado por el personal auxiliar, debido a la tradición en la delegación de funciones por parte del dentista. Y cuando estudia la relación de los profesionales con la legislación que regula la Higiene Dental, declara que es fundamental el conocimiento de dicha legislación para que el colectivo tome conciencia de sus atribuciones profesionales. En su estudio, la mitad de los encuestados conoce la ley que regula la profesión de higiene dental, aunque la mayoría no está de acuerdo con las funciones que esta les otorga. La mitad conoce la legislación que permitió homologar a los profesionales que acreditaron estar trabajando como higienistas antes de la entrada de la misma, y al 60% le parece bien. Estos resultados son similares a los obtenidos en otro trabajo de investigación parecido que data de 1995¹⁴⁸, es decir, casi dos décadas antes.

Así concluye, en comparación de su estudio con el susodicho de 1995¹⁴⁹, que en ambos se detecta una distorsión en cuanto a las funciones realizadas en la actividad clínica. Un alto porcentaje de encuestados realiza funciones que no corresponden a su perfil profesional (toma de impresiones y cementado de brackets) y, a su vez, un número importante de profesionales no realiza funciones para las que están capacitados, fundamentalmente en el área de Odontología Preventiva (selladores de hoyos y fisuras) y que la mayoría de los

¹⁴⁸ TORREJÓN MARTÍNEZ, J. *Estudio comparativo de las competencias profesionales del higienista dental en España entre 1995 y 2013*, Tesis doctoral, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2015.

¹⁴⁹ ÁBALOS LABRUZI, C. *Pasado, presente y futuro del personal auxiliar en Odontología Preventiva*, Tesis doctoral, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1995.

higienistas dentales no están de acuerdo con las atribuciones profesionales que le otorga la ley, hecho que también ocurría en 1995.

Otra cuestión a analizar es la diferencia entre competencias educativas y competencias profesionales¹⁵⁰, bien desarrolladas, analizadas e interpretadas en la sentencia 45/99, de 17 de febrero de 1999, del Juzgado de lo Penal N° 1 de Córdoba, con fallo confirmado por la sentencia 55/99, de 21 de junio de 1999, de la Audiencia Provincial de Córdoba, en la que se condena a un higienista dental por realizar actos propios de la profesión de dentista (exactamente llevó a cabo la toma de medidas e impresiones en la boca de un menor, e incluso le colocó una prótesis) bajo el presunto amparo de que la ley educativa del currículo de higienista dental le ofrecía. En la defensa, como se refleja en el fundamento jurídico tercero de la sentencia en primera instancia y en el fundamento jurídico segundo de la sentencia emanada a causa de la interposición del recurso de apelación (que reitera el contenido de la anterior), se establece que tanto la toma de impresiones como la cementación y colocación de prótesis provisionales o fijas está comprendido en el ámbito de las funciones del Higienista dental por así establecerlo los R.D. 537/95, de 7 de abril¹⁵¹ y 549/95 de igual fecha¹⁵². Sin embargo, tales preceptos de ningún modo regulan las funciones del Higienista dental, ya que sólo establece el título oficial de formación profesional de Técnico Superior en Higiene bucodental. El hecho de que dentro de los contenidos formativos para la obtención del título de Higienista bucodental figure la toma de impresiones en boca, además de la confección y colocación de coronas provisionales, no supone que

¹⁵⁰ MORA GARCÍA, J.M. *Dentistas y otras profesiones relacionadas: aspectos jurídicos*, Vol. 1, Ed. Fundación Dental Española, Madrid, 2007, págs. 333-335.

¹⁵¹ España. Real Decreto 537/1995. de 7 de abril, por el que se establece el título de Técnico Superior en Higiene Bucodental y las correspondientes enseñanzas mínimas. Boletín Oficial del Estado nº 131, de 2 de junio de 1995, págs. 16142-16164. Esta disposición ha sido derogada por Real Decreto 769/2014, de 12 de septiembre, por el que se establece el título de Técnico Superior en Higiene Bucodental y se fijan sus enseñanzas mínimas. Boletín Oficial del Estado nº 241, de 4 de octubre de 2014, págs. 79186-79253.

¹⁵² España. Real Decreto 549/1995, de 7 de abril, por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico superior en Higiene Bucodental. Boletín Oficial del Estado nº 131, de 2 de junio de 1995, págs. 16172-16177. Esta disposición también ha sido derogada por Real Decreto 769/2014, de 12 de septiembre, indicado anteriormente.

tales actividades pueda realizarlas en el ejercicio de la profesión. Examinando el contenido de las enseñanzas de formación profesional vinculadas al título de Técnico Superior en Higiene Bucodental reguladas en el R.D. 549/95, (v. g. técnicas de operatoria dental, técnicas de cirugía oral, oclusión dental, erupción dental, vascularización e innervación bucodental, etc..) se puede entender que se trata de extender los conocimientos a muy diversas materias relacionadas con la patología bucodental, pero sin que ello suponga, lo cual resulta obvio, que tales conocimientos pueda materializarlos o aplicarlos en los pacientes, pues para ello la norma reguladora de la profesión debe permitirlo, y tal norma es el R.D. 1594/94 tantas veces referido, el cual, como antes se indicó, no permite que el Higienista bucodental realice la toma de impresiones o la colocación de prótesis, actos propios reservados al odontólogo.

Y es por ello también que, como señaló la acusación particular de los procedimientos señalados anteriormente, el R.D. 537/95 y el R.D. 549/95 aparecen firmados por el Ministro de Educación y Ciencia, a diferencia del R.D. 1594/94¹⁵³, que está refrendado por el Ministerio de Sanidad y Consumo. Por lo tanto, una cuestión es lo aprendido bajo los criterios de la preparación de los profesionales y, otra bien distinta, son las competencias profesionales que se facultan una vez finalizados con éxito dichos estudios.

Nace así el problema de la posibilidad de intrusismo de aquellos que trabajan como auxiliares en clínicas dentales realizando verdaderas funciones de Higienistas Dentales sin título para ello ya que la delimitación de funciones en estos, en cierto modo, supone una auténtica limitación para el resto de profesiones auxiliares de trabajar como colaboradores del dentista¹⁵⁴.

¹⁵³ España. Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio por el que se desarrolla la Ley 10/1986 de 17 marzo, por la que se regulan las profesiones de Odontólogo, Protésico Dental e Higienista Dental. Boletín Oficial del Estado, nº 215. 8 de septiembre de 1994. Madrid. 1994. Págs. 28045-28047.

¹⁵⁴ SEGURA EGEA, J.J. *Aspectos jurídico-legales del ejercicio profesional de los higienistas dentales*, Gaceta Dental, nº 77, abril, 1997, pág. 50.

8. Actos propios clínicos de la profesión.

En la normativa que regula el delito de intrusismo, tanto el artículo 321 del derogado Código Penal de 1973¹⁵⁵, como el artículo 403 del Código Penal de 1995¹⁵⁶, aparece de manera literal la misma frase: *"El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título (...)".*

El análisis jurídico de la composición *"actos propios"* es analizado en el apartado correspondiente, siendo ahora misión descifrarla desde el sentido estrictamente clínico. Para ello, es necesario acudir a la Norma UNE 179004/2009 sobre los Actos Odontológicos, de diciembre de 2009¹⁵⁷, cuyo objeto y campo de aplicación de la norma es unificar los términos y especificar los contenidos de los servicios dentales, siendo esta norma elaborada por el comité técnico *"AEN/CTN 179 Calidad y seguridad en los centros de asistencia sanitaria"* cuya Secretaría desempeña AENOR.

AENOR, acrónimo de Asociación Española de Normalización y Certificación, es una entidad privada sin fines lucrativos que se creó en 1986. Su actividad contribuye a mejorar la calidad y competitividad de las empresas, sus productos y servicios, que, a través del desarrollo de normas técnicas y certificaciones, contribuye a mejorar la calidad y competitividad de las empresas, sus productos y servicios, de esta forma ayuda a las organizaciones a generar uno de los valores más apreciados en la economía actual: la confianza¹⁵⁸. De la Norma UNE 179004/2009, se extraen tres tipos de actos clínicos:

- aquellos actos que son propios del dentista, de los cuales,

¹⁵⁵ España. Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

¹⁵⁶ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁵⁷ <http://www.consejodentistas.es/dentistas/normas-une.html> [Consultado el 30/10/2016].

¹⁵⁸ <http://www.aenor.es/aenor/aenor/perfil/perfil.asp#.Vy271dSLTVQ> [Consultado el 30/10/2016]

- sólo algunos son compartidos con el higienista dental, como las profilaxis,

- o con el Médico especialista en Cirugía Maxilofacial, como las exodoncias.

A continuación se procede, del citado texto, a destacar determinados actos que son cotidianos, según la jurisprudencia analizada, su ejercicio por intrusos, pseudodontistas, es decir, por los delincuentes¹⁵⁹:

- Acto 12601. Obtención de modelos dentoalveolares de estudio y diagnóstico (*2 EXPLORACIÓN, JUICIO CLÍNICO Y PRESUPUESTO; 2.2 Exploraciones complementarias; 2.2.4 Examen biomecánico oclusal y articular cráneo mandibular; 2.2.4.1 Obtención de modelos dentoalveolares de estudio o diagnóstico.*)

Se definen a los modelos dentoalveolares como aquellas reproducciones de las arcadas dentarias en yeso o escayola, obtenidas en la clínica o en el laboratorio por vaciado (mal llamado también «positivado») de las impresiones de la boca (que son moldes tomados en la clínica por el dentista o el cirujano máxilo-facial mediante algún material de impresión cargado en unos soportes adecuados al tamaño de las arcadas, llamados cubetas de impresión).

Su concepto general incluye una variedad de acciones como la toma de impresiones, superior e inferior, los materiales de impresión, los materiales de vaciado (yeso) y el proceso de vaciado (que puede ir especificado como suplido, si se realiza fuera de la clínica).

Las finalidades son múltiples, ya que se utilizan para realizar mediciones, estudios, planificaciones, predicciones y controles de la evolución del caso; en tratamientos de

¹⁵⁹ Según la RAE. Delincuente: *Del ant. part. act. de delinquir; lat. delinquens, -entis. 1. adj. Que delinque. U. m. c. s. Delinquir: Del lat. delinquere. 1. intr. Cometer delito.*

ortodoncia o de odontopediatría, de prostodoncia o rehabilitación protésica, o de cirugía ortognática. También se utilizan con fines médico-legales, forenses, antropométricos, etc., pues constituyen elementos muy valiosos para dejar constancia del estado del paciente antes de empezar un tratamiento o durante el mismo, y como no, al finalizarlo.

Es de destacar de esta norma cómo describe de manera clara que las tomas de impresiones deben ser imperativamente, obligatoriamente realizadas por dentistas o cirujanos maxilofaciales, y por lo tanto, no pudiendo delegarse en otros profesionales sanitarios, como higienistas bucodentales, protésicos dentales o personal auxiliar.

- Acto 13001. Diagnóstico y planes de tratamiento (2 *EXPLORACIÓN, JUICIO CLÍNICO Y PRESUPUESTO; 2.2 Exploraciones complementarias; 2.3 Juicio clínico, plan de diagnóstico y tratamiento*).

Se describe como aquel pronunciamiento verbal vertido por el facultativo dentista, que debe quedar reflejado resumidamente en la historia clínica (aunque en la realidad médico-legal se recomienda que cuanto más extensa sea, mejor), sobre el juicio clínico diagnóstico y pronóstico que le puede merecer la situación del paciente a la luz de las exploraciones clínicas y complementarias realizadas, y aquellas propuestas terapéuticas que a su juicio caben, con una exhaustiva información de sus dificultades, expectativas, limitaciones y demás circunstancias, de naturaleza no económica, influyentes en la adopción de una decisión por parte del paciente.

- Acto 13011. Elaboración de presupuesto (2 *EXPLORACIÓN, JUICIO CLÍNICO Y PRESUPUESTO; 2.2 Exploraciones complementarias; 2.3 Juicio clínico, plan de diagnóstico y tratamiento*).

Versa de la elaboración, por escrito, de los costes previstos (pudiendo ser cerrados o condicionados) de las opciones clínicas y terapéuticas que se proponen, debiéndose especificar en él aquellos casos en lo que puede haber más de una opción, así como la fecha.

Un detalle es que deberían de considerar o incluir la información correspondiente al consentimiento informado de los mismos, al objeto de que el paciente sopesa todas las consideraciones intervinientes en la decisión, y no sólo el presupuesto.

A solicitud del paciente, el profesional elaborará un presupuesto estimativo por escrito, detallando el tipo de tratamiento y los servicios a realizar, así como el coste de los mismos, por imperativo del artículo 4 del Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio, por el que se desarrolla lo previsto en la Ley 10/1986, que regula la profesión de Odontólogo, Protésico e Higienista dental¹⁶⁰.

- Acto 13101. Informe clínico escrito (2 *EXPLORACIÓN, JUICIO CLÍNICO Y PRESUPUESTO; 2.2 Exploraciones complementarias; 2.3 Juicio clínico, plan de diagnóstico y tratamiento*).

Se define como la emisión, por escrito y firmada por el facultativo, del diagnóstico y planes de tratamiento realizados. No es una facultad, sino una obligación "ex lege" del facultativo según la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica¹⁶¹.

¹⁶⁰ España. Boletín Oficial del Estado, núm. 215, de 8/09/1994, págs. 28045-28047.

¹⁶¹ España. Boletín Oficial del Estado, núm. 274, de 15/11/2002, págs. 40126-40132.

- Acto 24051. Ameloplastia (3 *PROFILAXIS Y ODONTOLOGÍA PREVENTIVA*)

En su concepción literal significa "modelar o dar forma al esmalte". En la práctica, este término describe pequeños retoques clínicos de la superficie del esmalte, mediante instrumental mecánico específico (generalmente, piedras diamantadas y pulido), para corregir anormalidades o imperfecciones puntuales superficiales de algún diente, eliminar por desgaste lesiones cariosas superficiales y corregir pequeñas subobturaciones en los márgenes de las restauraciones. La ameloplastia debe ser realizada imperativamente por un dentista, y al igual que la toma de impresiones, no puede ser delegada en higienistas bucodentales o personal auxiliar, ni mucho menos realizado por protésicos dentales.

Lo que de ningún modo se incluyen en este código son los denominados tallados selectivos y ajustes oclusales, que bastante difieren en cuanto a su planificación y realización de la ameloplastia.

- Acto 41201. Raspado y alisado radicular (RAR) por sesión (5 *PERIODONCIA; 5.1 Tratamientos periodontales no quirúrgicos; 5.1.1 Raspados-alisados radiculares*)

El raspado y alisado radicular, mal conocido cotidianamente por los pacientes por curetaje, es un tratamiento que implica la instrumentación de la corona y de las superficies de raíz de los dientes para eliminar tanto la placa como el cálculo, estando indicado en: pacientes con enfermedad periodontal y en pacientes que, aun no padeciendo enfermedad periodontal, hace mucho tiempo que no han recibido una profilaxis y mantienen restos de cálculo

adherido después de la profilaxis con instrumentos sónicos o ultrasónicos.

Se describe como un verdadero un acto terapéutico, no simplemente profiláctico, ya que el alisado radicular es el tratamiento definitivo realizado para la eliminación de cemento rugoso y/o cálculo contaminado. Es menester destacar que durante el procedimiento operatorio se pueda hasta eliminar cierta cantidad de tejidos blandos.

El raspado y alisado radicular puede constituir un tratamiento suficiente en algunas etapas iniciales de la enfermedad periodontal, y puede ser simplemente una parte de la terapia prequirúrgica en otros.

- Actos 65001-65002, 65101-65102, 65201-65202 y 66001. Ortodoncia y ortopedia dentofacial. (7 *ORTODONCIA Y ORTOPEDIA DENTOFACIAL*; 7.5 *Tratamiento ortodóncico correctivo*; 7.5.1 *En dentición mixta segunda fase, dentición permanente joven, o paciente adulto y 7.5.2 En dentición permanente joven o en adulto*)

Se trata de un tratamiento convencional encaminado al movimiento dentario que se puede realizar tanto en dentición mixta, como en dentición permanente joven o incluso en pacientes adultos. Dicho tratamiento puede ser realizado con aparatología removible, que aplica fuerzas de versión discontinuas sobre los dientes, con aparatología fija multibrackets, en sus versiones de adhesión vestibular o lingual, lo que permite el control tridimensional del diente, o con férulas invisibles secuenciadas que son aparatos removibles que sólo permiten movimientos de versión.

- Actos 68001 Retención fija (7 *ORTODONCIA Y ORTOPEDIA DENTOFACIAL*; 7.7 *Retención*)

De los movimientos inducidos sobre los dientes, con finalidades ortodóncicas, éstos necesitan una última fase de contención, estabilización o retención, ya que suele haber una tendencia natural de los dientes a recuperar la posición inicial.

En general, una vez retirada la aparatología que consiguió los movimientos deseados, se precisa una etapa ulterior, de duración muy variable, mediante aparatología fija o removible, de todos o parte de los dientes involucrados en los desplazamientos. Puede tratarse de una retención ortodóncica mediante elementos alámbricos fijados reversiblemente a los dientes que se deben retener.

- Actos 68101 Retención removible mediante placas (7 *ORTODONCIA Y ORTOPEDIA DENTOFACIAL; 7.7 Retención*)

Se trata de la retención ortodóncica mediante aparatos no fijos sobre los dientes que se deben retener. Por su característica de no ser fijos, el dentista deberá establecer la pauta de empleo de estos aparatos.

Las placas son elementos acrílicos y alámbricos con soporte mucoso y dentario, la cual no incluye las placas, cuyo coste se especificará en un ítem aparte.

- Actos 68201 Retención removible estética (7 *ORTODONCIA Y ORTOPEDIA DENTOFACIAL; 7.7 Retención*)

Se define como aquella retención ortodóncica mediante aparatos no fijos sobre los dientes que se deben retener. Por su

característica de no ser fijos, el dentista deberá establecer la pauta de empleo de estos aparatos.

La retención estética se realiza mediante férulas transparentes adaptadas a cada dentición, la cual no incluye los aparatos, cuyo coste se especificará en un ítem aparte.

- Acto 68301 Retención removible mediante posicionadores (7 ORTODONCIA Y ORTOPEdia DENTOFACIAL; 7.7 Retención)

Son aquellos elementos no fijos, plásticos o de caucho, elaborados en laboratorio dental mediante un "set-up", que permite un buen asentamiento dentario tras el tratamiento además de producir un efecto masajeador de las encías, el cual no incluye los aparatos, cuyo coste se especificará en un ítem aparte.

- 9 REHABILITACIÓN ESTOMATOgnÁTICA U ODONTOLOGÍA PROTÉSICA (O PROSTODÓNICA)

La rehabilitación estomatognática es el conjunto de procedimientos clínicos para reponer los dientes ausentes y, en su caso, de las estructuras de soporte, mediante productos sanitarios a medida o prótesis estomatológicas o dentales y maxilofaciales, que son «*productos sanitarios a medida*», esto son, elementos aloplásticos fabricados en un laboratorio de prótesis a partir de las prescripciones e indicaciones del facultativo dentista que proyecta y ejecuta la rehabilitación.

Los códigos de este grupo de prestaciones terapéuticas incluyen:

a) la preparación dentaria:

- el tallado de muñones coronarios,

- el tallado de nichos y planos guía;
- el ensanchamiento y la conformación de conductos radiculares.

b) la obtención de:

- las impresiones dentoalveolares;
- las relaciones cráneo-maxilares;
- los registros intermaxilares, tanto céntricos como los excéntricos;
- la prescripción e indicaciones escritas, a veces de manera secuencial a lo largo de distintas pruebas clínicas, que contendrá las características específicas de diseño de las prótesis.

c) las pruebas clínicas de las sucesivas fases de fabricación;

d) las colocación de las prótesis y su puesta en servicio (conjunto de pequeños ajustes o adaptaciones clínicas para compensar las discrepancias morfológicas y cinéticas entre los modelos maestros -a los que se adapta la fabricación-, y la boca real -cuyos dientes y encías gozan de ligero movimiento y resiliencia respectivamente-, con las que se les desprovee de potencial patogenicidad, volviéndolas seguras para la utilización).

Conviene recordar que la "colocación" no es la "inserción", en el caso de las prótesis removibles, pues ésta es un acto reversible al alcance de cualquier mano no profesional, mientras que la colocación conlleva las modificaciones irreversibles propias de la puesta en servicio.

- Acto 84101. Rehabilitación dentoalveolar mediante prótesis completa [temporal/final] - [superior/inferior] de [características de la prótesis] (9 REHABILITACIÓN

ESTOMATOGNÁTICA U ODONTOLOGÍA PROTÉSICA (O PROSTODÓNCICA); 9.1 Rehabilitación dental; 9.1.4 Rehabilitación dentoalveolar mediante prótesis removible convencional (dentosoportada o dentorretenida)

Es aquel procedimiento de rehabilitación dentoalveolar de toda una arcada (maxilar o superior; mandibular o inferior) mediante un dispositivo (prótesis) mucosoportado, bien para uso temporal (mientras se realizan otros tratamientos odontológicos, protésicos o no, y pruebas de diagnóstico y de tolerancia que aconsejan demorar la rehabilitación de la arcada edéntula; en cuyo caso debe ser sustituida por una prótesis final o definitiva), bien para uso a largo plazo.

Este código incluye la preparación tisular, la obtención de impresiones, referencias cráneo-maxilares, determinación de dimensión vertical y registros intermaxilares, la prescripción escrita e indicaciones al laboratorio para la elaboración de la prótesis, las pruebas clínicas, la colocación, con los ajustes o adaptaciones propios de la puesta en servicio y el seguimiento y plan de mantenimiento, pero este código no incluye los costes de laboratorio.

- Acto 87101 Adaptación tisular de prótesis antigua [características de la prótesis] (9 *REHABILITACIÓN ESTOMATOGNÁTICA U ODONTOLOGÍA PROTÉSICA (O PROSTODÓNCICA); 9.1 Rehabilitación dental; 9.1.7 Ajustes y reparaciones de prótesis*)

Con el transcurso del tiempo, es necesario readaptar y reajustar las prótesis removibles ya que se producen cambios en los tejidos bucales que la soportan. Tales cambios son muy variables de unos individuos a otros, en cuanto al tiempo y la intensidad, pudiendo consistir en la disminución de la altura de la encía (por reabsorción de la apófisis alveolar ósea), en

pequeñas desviaciones o modificaciones dentarias, en abrasiones dentarias, en modificaciones en la dimensión vertical, etc.

La adaptación tisular consiste en la readaptación en la clínica de las bases protéticas, mediante materiales adecuados.

- Acto 87201 Restauración de rehabilitación dentoalveolar mediante rebase de prótesis [características] (9 REHABILITACIÓN ESTOMATOGNÁTICA U ODONTOLOGÍA PROTÉSICA (O PROSTODÓNCICA); 9.1 Rehabilitación dental; 9.1.7 Ajustes y reparaciones de prótesis)

Es el proceso de reacondicionar una prótesis adaptando la base de la misma a los maxilares, limitándose este código a aquellos procedimientos clínicos que se estimen necesarios para la realización en el laboratorio de prótesis dental del rebase o rebasado (preparación y acondicionado tisular, impresiones, prescripción escrita, colocación y puesta en servicio), y remarcando que este código no incluye el coste de laboratorio, que se desagrega y se factura aparte.

- Acto 87301 Restauración de rehabilitación dentoalveolar mediante composturas (o reparaciones) de prótesis [características] (9 REHABILITACIÓN ESTOMATOGNÁTICA U ODONTOLOGÍA PROTÉSICA (O PROSTODÓNCICA); 9.1 Rehabilitación dental; 9.1.7 Ajustes y reparaciones de prótesis)

En este código se quiere limitar a los procedimientos clínicos necesarios para la reparación de prótesis por el laboratorio (impresiones o modelos, registros, prescripción escrita, colocación y puesta en servicio), y no incluye el coste de laboratorio, que se desagrega y se factura aparte.

- Acto 88001. Desprogramación [oclusal/neuro-oclusal] - [superior/inferior] de [características] (9 REHABILITACIÓN ESTOMATOGNÁTICA U ODONTOLOGÍA PROTÉSICA (O PROSTODÓNICA); 9.2 Rehabilitación Oclusal y articular cráneo-mandibular mediante prótesis dentales).

Se describe como aquel tratamiento funcional mediante un dispositivo rígido interoclusal destinado al tratamiento de ciertos trastornos de la articulación temporomandibular (ATM) y de la musculatura asociada, que promueven la desprogramación o borrado de engramas propioceptivos oclusales y neuromusculares (de ahí el nombre de desprogramadores), la relajación muscular (al suspender las incitaciones propioceptivas irritativas) y previenen la atrición dentaria.

Es por todo lo anterior que existen distintos modelos de dispositivos, a los que se aplica con discutible propiedad el nombre de «placas» o «férulas» oclusales, neurooclusales o «de descarga».

- Acto 54131. Blanqueamiento externo ambulatorio (6 TERAPÉUTICA DENTARIA/ODONTOLOGÍA RESTAURADORA/ODONTOLOGÍA CONSERVADORA; 6.2 Operatoria dental; 6.2.2 Tratamiento de las irregularidades inestéticas)

Es un tratamiento que consiste en aclarar (blanquear) los dientes de una o de ambas arcadas mediante procedimientos que se realizan de manera ambulatoria, bajo prescripción y control de su evolución por el facultativo.

Según la Orden del Ministerio de Sanidad SSI/2260/2012, de 16 de octubre, por la que se modifica el anexo III del Real Decreto 1599/1997, de 17 de octubre, sobre productos

cosméticos¹⁶², se diferencian los siguientes agentes blanqueadores:

- En primer lugar, en concentraciones $> 0,1$ y $\leq 6\%$ de peróxido de hidrógeno ($>0,3$ y $\leq 16\%$ de peróxido de carbamida), se considera que estos productos pueden ser seguros siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

1. Que se realice un examen clínico adecuado, a fin de garantizar que no existen factores de riesgo o cualquier otra patología bucal y que la exposición a dichos productos sea limitada, de manera que se garantice que éstos solo se utilizan según la frecuencia y la duración de la aplicación previstas.

2. Que en cada ciclo de utilización, el primer uso esté restringido a odontólogos cualificados o tenga lugar bajo su supervisión directa siempre que se garantice un grado de seguridad equivalente.

3. Que este tipo de productos no sean directamente accesible a los pacientes.

La compra de estos productos está restringida exclusivamente a los dentistas, quienes posteriormente podrán facilitar a los pacientes el acceso a estos productos durante el resto del ciclo de utilización.

4. Estos productos no podrán utilizarse en menores de 18 años.

5. No será necesario modificar el etiquetado de los productos afectados siempre que las frases y leyendas utilizadas respondan al contenido y significado de las advertencias y condiciones de empleo indicadas en esta Orden.

- Y en segundo lugar, en concentraciones superiores al 6% de peróxido de hidrógeno ($>16\%$ de peróxido de carbamida) se mantiene la consideración de productos de higiene personal, de acuerdo con la Disposición Adicional Segunda del RD 1599/1997 de productos cosméticos, modificada por el RD 209/2005, según la

¹⁶² España. Boletín Oficial del Estado, núm. 256, de 24 de octubre de 2012, págs. 75037-75039.

cual la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) podrá, cuando la naturaleza del producto lo requiera, limitar su utilización a determinados sectores profesionales.

En este sentido, la Agencia Española del Medicamento, en sus Instrucciones y Formularios "*Solicitud de Autorización de Comercialización para productos de Higiene Personal*", limita el uso de peróxido de hidrógeno con concentraciones superiores al 6% de la siguiente forma:

1. La distribución de estos productos será exclusiva a dentistas.

2. El uso para estas concentraciones es también exclusivo para odontólogos y estomatólogos ya que para garantizar la seguridad, es preciso que sea el dentista quien supervise la situación en que se encuentra cada usuario antes de proceder a su aplicación.

3. Los usuarios con determinados antecedentes o con una lesión previa en el tejido gingival no deben ser tratados con estos productos¹⁶³.

9. Peligro concreto del delito en el caso de las prótesis.

Entre los peligros para la salud general y estomatognática que comporta el uso de prótesis dentales sin la debida adaptación por un facultativo, se efectuó una Declaración por parte del Ilustre Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España, aprobado por unanimidad y adoptado por su Consejo Interautonómico¹⁶⁴.

¹⁶³<http://www.consejodentistas.es/comunicacion/dossier-de-prensa/notas-de-prensa-consejo/item/1096-el-consejo-general-denuncia-la-venta-ilegal-del-blanqueante-dental-white-light-smile-a-pacientes.html> [Consultado el 30/10/2016].

¹⁶⁴ Acuerdo ACI07/2003, en la reunión celebrada el día 24/01/2003, publicado el 31/01/2003. <http://www.dentistascadiz.com/peligrosprotesis2003.pdf> [Consultado el 30/10/2016].

En él se recoge que el hecho de que cada prótesis dental haya de ser confeccionada necesariamente sobre un modelo extremadamente duro (yeso y/o yeso piedra) implica que de su posterior traslado e inserción sobre tejidos biológicos (mucosa bucal, dientes, encía, etc...) se deduzca necesariamente su adaptación debido a que los tejidos bucales presentan resiliencias y cierto grado de movilidad debido a los microtraslados hídricos dentro del seno de los tejidos.

Por un lado, la capacidad de percepción de partícula que puede detectarse entre los dientes es de alrededor de 12-16 micras. Esta extraordinaria sensibilidad para discriminar contactos o partículas se deriva de la alta sensibilidad táctil interdental y no puede ser detectada por ningún dispositivo existente en la actualidad.

Además, la cinética de la articulación temporomandibular, considerada como elemento anatómico fundamental en cualquier tratamiento protético, no puede ser reproducida con total exactitud, incluso con los más sofisticados aparatos. Es por ello que la adaptación de cualquier tipo de prótesis dental a los movimientos complejos de ambas articulaciones ha de hacerse individualmente en la boca.

De todo lo descrito con anterioridad se deriva la necesidad de que los ajustes deban ser hechos en la fase clínica, con participación activa del paciente. Por ello, las posibles lesiones que las prótesis dentales pueden desencadenar en los distintos tejidos son los siguientes:

- Evidentemente, en los dientes, con lesiones de una índole de lo más variada: facetas de desgaste, erosiones, movilidad excesiva, migraciones, abscesos periodontales, dolor periodontal, parodontolisis, hiperestesia pulpar, dolor pulpar, necrosis y gangrena pulpar, alteraciones del espacio periodontal, rizolisis, hipercementosis, pulpopatías, etc..

- También en la musculatura: hipertonicidad, miositis, mialgias, limitaciones de la movilidad mandibular, hipertrofias,

productoras, en ocasiones, de asimetrías faciales, cefaleas, etc...

- En la articulación temporomandibular: dolor articular, ruidos articulares (chasquidos y crepitaciones), artritis traumática, acúfenos, sordera, vértigos, etc...

- En las bases óseas: reabsorciones en las apófisis alveolares, otras reabsorciones anárquicas, exostosis y torus, osteofitos, etc...

- Y cómo no, en las mucosas: ulceraciones, leucoplasias, procesos degenerativos neoplásicos, etc...

Existe una estrecha relación entre las lesiones que se pueden producir y el tipo de prótesis colocada:

a. En el caso de una prótesis completa de base acrílica, los mayores peligros derivan de la no consecución de la estabilidad protésica, estática y dinámica, así como de la escasa eficacia funcional resultante:

- Alteraciones del soporte (osteofibromucosa), con zonas de sobrepresión que, como mínimo, ocasionan erosión, úlceras, hiperplasia e hipertrofia mucosa con aparición de doble encía, etc... En casos avanzados existe el peligro de malignización.

- Pérdida de retención: la prótesis se desestabiliza en reposo y función, no consiguiendo buena capacidad masticatoria, lo que crea incomodidades al paciente y agrava su estado nutricional con alteraciones psicoanímicas, pudiendo desencadenar depresión, ansiedad y déficit alimenticio.

- Reabsorción ósea alveolar exagerada, por inestabilidad general de la prótesis que incrementa todas las patologías referidas y hace inservible la restauración.

b. En el caso de una prótesis parcial removible, de estructura metálica o de base acrílica:

- Aumento de movilidad dentaria y cambios de posición y pérdida de los dientes, relacionados con los complejos retentivos u otros componentes de la prótesis parcial removible.

- Acelerada reabsorción alveolar residual, sobre todo en clases a extremo libre, con pérdida de la capacidad biomecánica y funcional de la prótesis.

- Erosiones, úlceras y/o hiperplasias mucosas en relación con elementos rígidos de la prótesis parcial removible.

- Desencadenamiento de un síndrome de disfunción cráneo-mandibular.

c. Prótesis fija: Los peligros derivan de la incorrecta adaptación marginal, morfología no adecuada de pónicos y retenedores o de problemas oclusales:

- Destrucción de pilares, con pérdida de los mismos y de la restauración por filtración marginal.

- Gingivitis, hipertrofia gingival y enfermedad periodontal con pérdida ósea y fracaso a medio plazo de la restauración.

- Sobrecarga de dientes pilares, con movilidad y pérdida subsiguiente.

- Desencadenamiento de un síndrome de disfunción cráneo-mandibular.

- Problema estético.

d. Y patologías sistémicas comunes a todas las prótesis, como episodios tóxicos (derivados de la corrosión), crisis alérgicas (sensibilización a materiales), e incluso reacciones anafilácticas.

4.2. COMPONENTES ÉTICOS

1. Breve historia de la bioética clínica

Desde el inicio de la medicina occidental, es decir, desde los escritos que la tradición atribuyó al médico griego Hipócrates¹⁶⁵, la ética médica ha venido utilizando para discernir lo bueno de lo malo un criterio de carácter "naturalista". Al margen de que incurra o no en la que desde principios de siglo viene conociéndose con el nombre de "falacia naturalista", es lo cierto que tal criterio ha solido identificar lo bueno con el orden natural, y considerar malo su desorden. La Naturaleza es obra de Dios, decían los teólogos cristianos de la Edad Media, y en consecuencia el orden natural es formalmente bueno.

Esto explica por qué toda la cultura medieval giró en torno a la idea de orden, que abarcaba no sólo a las cosas que se suelen llamar "naturales", sino también a los hombres, a la sociedad y a la historia. Por lo primero se consideraba malo, por ejemplo, todo uso desordenado o no natural del cuerpo, o de cualquiera de sus órganos. Lo segundo llevó a pensar que la relación médico-enfermo, en tanto que relación social y humana, había de efectuarse también según orden. Éste orden no era unívoco, ya que en él, el médico era considerado sujeto agente y el enfermo sujeto paciente. El deber del médico era hacer el bien para el paciente, y el de éste el de aceptarlo. La moral de la relación médico-enfermo había de ser una típica moral de beneficencia. Lo que el médico pretendía lograr era un bien objetivo, la restitución del orden natural, razón por la que debía imponérselo al enfermo, aún en contra de la voluntad de éste, en contra de lo que actualmente se conoce como el principio de autonomía. Ciertamente que el enfermo podía no considerar bueno aquello que el médico propugnaba como tal, pero

¹⁶⁵ Cos, c. 460 a. C. - Tesalia c. 370 a. C.

ello se debía a un error subjetivo que obviamente no podía tener los mismos derechos que la verdad objetiva. En consecuencia, en la relación médico-paciente el médico no era sólo el agente técnico sino también el moral, y el enfermo un paciente necesitado a la vez de ayuda técnica y ética. El conocedor del orden natural, en el caso de la enfermedad, era el médico, que podía y debía proceder por ello aun en contra del parecer del paciente. Fue la esencia del paternalismo, una constante en toda la ética médica del orden natural.

En pocos documentos literarios se ve esto tan claro como en la "República" de Platón¹⁶⁶, el libro que, por otra parte, ha configurado la politología occidental durante más de un milenio. Para Platón, toda sociedad política bien constituida ha de estar formada por varios tipos de personas. En primer lugar, por aquellos que se dedican al cultivo de las llamadas artes serviles o mecánicas (agricultura, industria fabril, carpintería, herrería, albañilería, etc.). De éstos dice Platón que son, como consecuencia de su propio trabajo, deformes de cuerpo e innobles de espíritu. En ellos no hay salud ni moralidad posible. Por ello su estatuto político no puede ser el de las personas libres, sino el de los siervos o esclavos. Carecen de libertades políticas y civiles. Lo contrario les sucede aquellos otros hombres que dentro de la ciudad se dedican al cultivo de las artes liberales o escolares (aritmética, geometría, música, astronomía, etc...), y que Platón identifica con el estamento de los guardianes. Éstos han de cumplir en la ciudad una doble función, la de defenderla de las amenazas exteriores, para lo cual deben ser sanos y fuertes de cuerpo, y la de poner orden y paz en las disputas internas, lo que no puede conseguirse más que con una buena educación moral y un exquisito sentido de las cuatro virtudes cardinales, como son la prudencia, la justicia, la fortaleza y la templanza. Si los artesanos eran de condición enfermiza y poco moral, éstos han de considerarse, por el contrario, como sanos de cuerpo y de alma. Por eso pueden ser hombres libres y gozar de libertades. De

¹⁶⁶ PLATÓN. *Diálogos*. Volumen IV: República, Ed. Gredos, Madrid, 2003.

entre los mejores de ellos saldrán los gobernantes, que para Platón han de tener la categoría de hombres perfectos. De ahí que al gobernante de la República le sea inherente la condición de filósofo, y por tanto el dominio de la ciencia más elevada, la dialéctica. Mediante ella, el filósofo puede diferenciar lo verdadero de lo falso, lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, y transmitirlo, en tanto que monarca, a la comunidad.

El gobernante platónico impone los valores a los demás miembros de del cuerpo social. Es un soberano absoluto y absolutista, todo lo contrario de un gobernante democrático. Los seres humanos, los habitantes de la ciudad, no son sujetos primarios de derechos y libertades políticas, algunas de las cuales delegan en el soberano; muy al contrario, al gobernante lo es por naturaleza, y las libertades de que gozan los ciudadanos les vienen impuestas desde arriba. El orden moral, en concreto, es la consecuencia de la percepción privilegiada que el monarca tiene del mundo de las ideas, sobre todo de la idea del bien. La función del gobernante no es otra que la de mediar entre el mundo de las ideas y el de los hombres. Por extraño que parezca, pues, el orden moral no surge de la libre aceptación, sino de la imposición. Es bien sabido que en la tradición socrática ambos conceptos no son antagónicos, ya que quien percibe el bien no puede apetecerlo. Lo libre no se opone a lo necesario. Obligando a sus súbditos a cumplir con el orden moral impuesto, el gobernante platónico no hace otra cosa que promocionar la libertad de todos y cada uno de los individuos. Tal es la justificación moral del absolutismo político. Y si el término de monarca o gobernante se sustituye por el de médico, y el de súbdito por el de enfermo, se tiene una imagen rigurosamente fiel de lo que tradicionalmente ha sido el *"despotismo ilustrado del médico"*. El médico ha sido siempre al cuerpo lo que el monarca a la república: hasta las revoluciones democráticas modernas, un soberano absoluto y absolutista, siempre oscilante entre el paternalismo de las relaciones familiares y la tiranía de las relaciones esclavistas.

Este universo intelectual no cambió de modo sustancial hasta bien entrado el mundo moderno. Si la reforma protestante pretendió y consiguió algo, fue sustituir la idea de orden por la de autonomía; o también, el orden natural por el orden moral o de la libertad. Surgió así el gran paradigma moral de la historia de Occidente. Su historia se confunde con la del progresivo descubrimiento de los derechos humanos, desde Locke hasta nuestros días. Según fue imponiéndose esta mentalidad, las viejas relaciones humanas establecidas conforme a la idea medieval del orden jerárquico, empezaron a verse como excesivamente verticales, monárquicas y paternalistas. Como alternativa a ellas, se propusieron otras de carácter más horizontal, democrático y simétrico. Con este espíritu se realizaron las grandes revoluciones democráticas del mundo moderno, primero la inglesa, luego la norteamericana, más tarde la revolución francesa.

Es imposible entender el sentido de la bioética médica si se desliga de este contexto. La bioética es una consecuencia necesaria de los principios que vienen informando la vida espiritual de los países occidentales desde hace dos siglos. Si a partir de la Ilustración ha venido afirmándose el carácter autónomo y absoluto del individuo humano, tanto en el orden religioso (principio de libertad religiosa) como en el político (principio de democracia inorgánica), es lógico que esto llevara a la formulación de lo que podemos denominar el principio de libertad moral, que puede formularse así: todo ser humano es agente moral autónomo, y como tal debe ser respetado por todos lo que mantienen posiciones morales distintas. Lo mismo que el pluralismo religioso y el pluralismo político son derechos humanos, así también debe aceptarse como un derecho de pluralismo moral. Ninguna moral puede imponerse a los seres humanos en contra de los dictados de su propia conciencia. El santuario de la moral es insobornable.

El pluralismo, la democracia, los derechos humanos civiles y políticos han sido conquistas de la modernidad. También lo ha sido la ética en sentido estricto, es decir, lo moral como

contradistinto de lo físico. No puede extrañar, por ello, que el desarrollo de la ética haya estado unido al de la democracia y los derechos humanos. Todas las revoluciones democráticas, las que han tenido lugar en el mundo occidental a partir del S. XVIII, se hicieron para defender estos principios. Ahora bien, lo curioso es que este movimiento pluralista y democrático, que se instaló en la vida civil de las sociedades occidentales hace ya siglos, no ha llegado a la medicina hasta muy recientemente. La relación entre el médico y el paciente ha ido obedeciendo más a las pautas señaladas por Platón que a las de corte democrático. En la relación médico-enfermo se ha venido considerando que el enfermo, no es sólo un incompetente físico sino también moral, y que por ello debe ser conducido en ambos campos por su médico. La relación ha sido tradicionalmente paternalista y absolutista. El pluralismo, la democracia y los derechos humanos; es decir, la ética, entendida ésta en sentido moderno, no ha llegado a ella hasta los últimos años. Fue en la década de los setenta cuando los enfermos empezaron a tener conciencia plena de su condición de agentes morales autónomos, libres y responsables, que no quieren establecer con sus médicos relaciones como la de sus padres con sus hijos, sino como la de personas adultas que mutuamente se necesitan y se respetan. La relación médica ha pasado así a basarse en el principio de autonomía y de libertad de todos los sujetos implicados en ella, los médicos, los enfermos, etc...

Adviértase lo que esto significa. Cuando todos los seres humanos que componen un grupo social viven de forma adulta y autónoma, hay mucha probabilidad de que no sólo en el mundo de la política, sino también en el de la moral y en el de la religión, mantengan posiciones diferentes. De aquí derivan dos consecuencias. Primera, que una sociedad basada en la libertad y en la autonomía de todos sus miembros ha de ser por necesidad plural y pluralista; es decir, que sus miembros no sólo tendrán opiniones políticas, religiosas, morales, etc... distintas, sino que además se comprometerán a respetar las de todos los demás, a condición de que también éstos respeten las suyas. Y segunda, que además de plural, esa sociedad habrá de ser secularizada, ya

que resultará prácticamente imposible lograr la uniformidad en materia religiosa.

Durante los muchos siglos en que prevaleció la filosofía griega del ámbito natural, que pronto cristianizaron los teólogos, la ética clínica la hicieron los moralistas y la aplicaron los confesores. Al médico se le daba todo hecho, pidiéndole o exigiéndole que lo cumpliera. Tampoco se entendía muy bien que los casos concretos pudieran provocar conflictos graves, sustantivos, ya que una vez establecidos los principios generales, de carácter inmutable, lo único que podían variar eran las circunstancias. Dicho en otros términos: a lo largo de todos esos siglos no existió verdadera ética clínica, si por ella se entiende la moral autónoma de los médicos y de los enfermos; existió otra cosa, en principio heterónoma, que podemos denominar "*ética de la medicina*". Esto explica por qué los médicos no han sido por lo general competentes en cuestiones de ética, quedando reducida su actividad al ámbito de la ascética (cómo formar al buen médico o al médico virtuoso) y de etiqueta (qué normas de corrección y urbanidad deben presidir el ejercicio de la medicina). La historia de la llamada ética clínica es buena prueba de ello.

2. Situación actual de la relación sanitaria.

El panorama actual es muy distinto. En una sociedad en que todos sus individuos son, mientras no se demuestre lo contrario, agentes morales autónomos, con criterios distintos sobre lo que es bueno y lo que es malo, la relación médica, en tanto que relación interpersonal, puede ser no ya accidentalmente, sino esencialmente conflictiva. Cualquier historia clínica lo demuestra. Se procede a exponer uno de los ejemplos más típicos. Un testigo de Jehová sufre un accidente de automóvil y llega a un centro de urgencia afectado de un grave shock hipovolémico. A la vista de ello, el médico de urgencia decide, desde un criterio de moralidad tan coherente y de tanta raigambre en la

profesión médica, como es el de la beneficencia, practicarle una transfusión sanguínea. La esposa del paciente, que se halla al lado de éste, advierte que su marido es testigo de Jehová y ha dicho reiteradas veces que no desea recibir sangre de otras personas, aunque peligre su vida. Al manifestar su opinión, la mujer del paciente está pidiendo que se respete el criterio de moralidad de este, lo comparta o no el médico. Frente al criterio moral de beneficencia, que esgrime el médico, la mujer de nuestro ejemplo defiende el de autonomía según el cual todo humano es, mientras no se demuestre lo contrario, agente moral autónomo y responsable absoluto de todas sus acciones. He aquí, pues, cómo la relación médica más simple, aquella que se establece entre un médico y un enfermo, se ha convertido en autónoma, plural, secularizada y conflictiva.

El conflicto sube el grado si se tiene en cuenta que la relación sanitaria pueden intervenir, además del médico y del paciente, la enfermera, la dirección del hospital, la seguridad social, la familia, el juez, etc. Todos estos agentes o factores de la relación médico-paciente pueden reducirse a tres, el médico, el enfermo y la sociedad.

Cada uno de ellos tiene una significación moral específica:

- el enfermo actúa guiado por el principio moral de autonomía;

- el médico, por el de beneficencia,

- y la sociedad, por el de justicia.

Naturalmente, la familia se rige en relación al enfermo por el principio de beneficencia, y en este sentido actúa moralmente de un modo muy parecido al del médico, en tanto que la dirección del hospital, los gestores del seguro de enfermedad y el propio juez, tendrán que mirar sobre todo por la salvaguarda del principio de justicia. Esto demuestra, por lo demás, que la relación médico-enfermo están siempre presentes estas tres dimensiones, y que es bueno que así sea. Si el médico y la familia se pasaran con armas y bagajes de la beneficencia a la

justicia, la relación sanitaria sufriría de un modo irremisible, como sucedería también si el enfermo renunciara a actuar como sujeto moral autónomo. Los tres factores son esenciales. Lo cual no significa que siempre hayan de resultar complementarios entre sí, y por tanto no conflictivos. La realidad es más bien la opuesta. Nunca es posible respetar completamente la autonomía sin que sufra la beneficencia, respetar ésta sin que se resienta la justicia. De ahí la necesidad de tener siempre presentes los tres principios, ponderando su peso en cada situación concreta. Como diría David Ross¹⁶⁷, estos tres principios funcionan a modo de deberes primarios, que es preciso ponderar en cada situación concreta. Sólo entonces se verá cómo pueden articularse entre sí, dando lugar a deberes concretos o efectivos. Así, por ejemplo, a pesar de que todos consideramos necesarios respetar escrupulosamente la autonomía de las personas, se cree que en los casos de guerra justa el Estado puede obligar a los individuos a que den su vida (es decir, su autonomía) en favor de los demás. Aquí se ve bien cómo un deber primario, el de respetar la autonomía de las personas, puede no coincidir con el deber concreto y efectivo, precisamente como consecuencia de la necesidad de respetar otro deber primario, el de justicia, que en este caso parece ser de rango superior.

La ética médica ha de hacer lo posible por respetar escrupulosamente, y al mismo tiempo, la autonomía, la beneficencia y la justicia. Está obligada a hacerlo así, y sin embargo, sabe que este objetivo es en la práctica muy difícil, y a veces, rigurosamente imposible. Así las cosas, es evidente que la urgencia de los problemas concretos y cotidianos no pueden liberarnos de la exigencia de rigor sino que, muy al contrario, nos obliga a extremar las precauciones y fundamentar del modo más estricto posible los criterios de decisión. Cuando las cuestiones son tan graves que en ellas se decide la vida de los individuos y de las sociedades, como con frecuencia sucede en la Medicina, entonces es preciso aguzar la racionalidad al máximo y

¹⁶⁷ Filósofo escocés, conocido por su trabajo en la ética. Su trabajo más conocido es *"The Right and the Good"* (1930), y quizás es más conocido por desarrollar una forma de sociedad pluralista, deontológica de la ética intuicionista en respuesta del intuicionismo de George Edward Moore.

dedicar todo el tiempo necesario a los problemas de fundamentación¹⁶⁸.

3. Origen de la Bioética

La Bioética es aquella rama de la Ética que se dedica a proveer los principios para la conducta correcta del humano respecto a la vida, tanto de la vida humana como de la vida no humana (animal y vegetal), así como al ambiente en el que pueden darse condiciones aceptables para la vida. Se trata de una disciplina relativamente nueva, y el origen del término corresponde al pastor protestante, teólogo, filósofo y educador alemán Fritz Jahr, quien en 1927 usó el término "*Bio-Ethik*" en un artículo sobre la relación ética del ser humano con las plantas y los animales¹⁶⁹.

En la década de los 70, el bioquímico estadounidense dedicado a la oncología Van Rensselaer Potter, utilizó el término "*bio-ethics*" en un artículo sobre "*La ciencia de la supervivencia*" y posteriormente, en 1971, en su libro "*Bioética un puente hacia el futuro*"¹⁷⁰.

En su sentido más amplio, la Bioética, a diferencia de la Ética clínica, no se limita al ámbito médico, sino que incluye todos los problemas éticos que tienen que ver con la vida en general, extendiendo de esta manera su campo a cuestiones relacionadas con el medio ambiente y al trato debido a los animales.

Se han formulado una serie de definiciones respecto a la disciplina de la Bioética, siendo una de ellas la adoptada por la Unidad Regional de Bioética de la Organización Panamericana de la Salud (O.P.S.), con sede en Santiago de Chile y que,

¹⁶⁸ GRACIA GUILLÉN, D.: *Fundamentos de Bioética*, Ed. Triacastela, Madrid, 2007.

¹⁶⁹ SASS, H.M. *Kennedy Institute of Ethics Journal*, Vol. 17, Nº 4, 2007.

¹⁷⁰ LOLAS, F. *Bioethics and animal research: A personal perspective and a note on the contribution of Fritz Jahr*, *Biol. Res*, Santiago, 41(1), 2008, Págs. 119-123.

modificada por el S.J. Alfonso Llano Escobar en una revista de la especialidad, define a la Bioética como "el uso creativo del diálogo interdisciplinar y transdisciplinar entre ciencias de la vida y valores humanos para formular, articular y, en la medida de lo posible, resolver algunos de los problemas planteados por la investigación y la intervención sobre la vida, el medio ambiente y el planeta Tierra"¹⁷¹.

Sin embargo, cabe destacar que ya en 1978, el Kennedy Institute de la jesuita Universidad de Georgetown, en Estados Unidos, había publicado la primera "Enciclopedia de Bioética" en cuatro volúmenes, dirigida por Warren Reich, un teólogo católico, donde se define a la Bioética como el "estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la salud, examinado a la luz de los valores y principios morales"¹⁷².

En 1974 comenzaban los trabajos del ente norteamericano National Commission, generador del rumbo de la disciplina, por lo que en 1978, como fruto de cuatro años de trabajo, los miembros de la comisión crearon el documento denominado "Informe Belmont": uno de aquellos miembros es Tom L. Beauchamp, persona de gran reconocimiento en el ámbito de la bioética. En el citado informe se encuentran, de manera clara, tres principios considerados canónicos en Bioética, como son el respeto a las personas, la beneficencia y la equidad. En 1979, el citado autor Beauchamp, junto a Childress, publicaron la primera edición del manual básico sobre Bioética, "Principios de ética biomédica", en la que recogían aquellos tres principios del Informe Belmont renombrados y añade uno nuevo: autonomía, beneficencia, justicia y no maleficencia¹⁷³.

Hasta el presente momento, se han publicado seis ediciones: 1979, 1983, 1989, 1994, 2001 y 2009, con la particularidad de que, en las últimas ediciones, el libro ha sido reelaborado,

¹⁷¹http://pujportal.javeriana.edu.co/portal/page/portal/Bioetica/1pdfs_docs/revistaseleccionesNo.15.pdf [Consultado el 30/10/2016]

¹⁷² REICH, W. *Encyclopedia of Bioethics*, Schuster, New York, 1978.

¹⁷³ BEAUCHAMP, TL., CHILDRESS, JF. *Principles of Biomedical Ethics*, 1ª ed, New York, Orxford University Press, 1979.

reordenado y mejorado, gracias a haber escuchado e integrado muchas de las críticas que se habían hecho a las ediciones precedentes¹⁷⁴. Según Diego Gracia¹⁷⁵, "*Principles of Biomedical Ethics*" es un libro "llamado a permanecer a través de los años"¹⁷⁶.

La historia de la Bioética desde mediados del S. XX ha supuesto una constante reivindicación del principio de autonomía del enfermo. Esta trayectoria ha engrandecido a la Bioética como disciplina y la ha adaptado a las exigencias de una sociedad comprometida con las libertades individuales. Sin embargo, este firme y deseable compromiso con la autonomía del enfermo también ha dificultado que la Bioética tome en consideración, con el mismo rigor e interés, todos aquellos temas y problemas éticos relacionados con la salud y la vida que no se pueden abordar correctamente con una mayor protección de la autonomía. En la Bioética del futuro, presidida por los desafíos de la potenciación genética y las desigualdades extremas de salud, habrá que reivindicar con mayor fuerza que hasta ahora los valores y principios de la beneficencia y la justicia¹⁷⁷.

4. Principios básicos de la bioética clínica.

En este apartado se describirán, de manera detallada, cada uno de los principios bioéticos existentes hasta la fecha, como son el de autonomía, el de beneficencia, el de no maleficencia y el de justicia. Una primera definición de estos conceptos puede ser la siguiente (aunque serán estudiados de manera pormenorizada en los siguientes epígrafes):

¹⁷⁴ MIR TUBAU, J., BUSQUETS ALIBÉS, E. *Bioètica & debat: 40 años de literatura bioètica*, Vol. 17, Nº 64, Barcelona, 2011, Pág. 3.

¹⁷⁵ Médico, escritor y filósofo español, especialista en Psicología y Psiquiatría, que ha trabajado como investigador para el CSIC, y al que se considera uno de los grandes expertos españoles en bioética.

¹⁷⁶ BEAUCHAMP, TL; CHILDRESS, JF. *Principios de Ética Biomédica*, 1ª ed. en español, Barcelona, Ed. Masson, 1999.

¹⁷⁷ PUYOL, A. *Hay bioética más allá de la autonomía*, Revista de Bioética y Derecho, núm. 25, mayo 2012, pág. 47.

- Autonomía: Es la capacidad de las personas de deliberar sobre sus finalidades personales y de actuar bajo la dirección de las decisiones que puedan tomar. Todos los individuos han de ser tratados como seres autónomos y las personas que tienen la autonomía reducida tienen derecho a la protección.

- Beneficencia: Hacer el bien, la obligación moral de actuar en beneficio de los otros. Curar el daño y promover el bien o el bienestar. Es un principio de ámbito privado y su no cumplimiento no está penado legalmente.

- No maleficencia: Es el "*primum non nocere*". No producir daño y prevenirlo. Incluye no matar, no provocar dolor no sufrimiento, no producir incapacidades, no hacer daño. Al contrario que el de beneficencia, es un principio de ámbito público y su incumplimiento está penado por la ley.

- Justicia: Equidad en la distribución de cargas y beneficios. El criterio para saber si una actuación es o no ética, desde el punto de vista de la justicia, es evaluar si la actuación es equitativa. Ha de ser posible para todos aquellos que la necesiten. Incluye el rechazo a la discriminación por cualquier motivo. Es también un principio de carácter público y legislado.

Si se produce un conflicto de principios éticos, los de no maleficencia y justicia (de nivel público y obligatorio) están por encima de los de beneficencia y autonomía (considerados de nivel privado), aunque siempre es necesario el estudio caso por caso, porque puede darse el caso de que un principio de nivel privado supere a uno público¹⁷⁸. No obstante, existen otros autores que describen el reconocimiento de esos cuatro principios y de su aparente igual importancia que no ha evitado que la historia reciente de la Bioética esté presidida por una

¹⁷⁸ ADALID I VILLAR, C.; BATALLA I MARTÍNEZ, C. *Reflexiones de la práctica cotidiana*. http://projectes.camfic.cat/CAMFIC/Seccions/GrupsTreball/Docs/etica/cast_autonomia.pdf. [Consultado el 30/10/2016]

enorme preponderancia de todo lo que tiene que ver con el principio de autonomía¹⁷⁹.

4.1 El principio de autonomía

La palabra autonomía deriva del griego "autos" (propio) y "nomos" (regla, autoridad, ley), término que en la actualidad se utiliza para las personas con diferentes significados, ya que se trata de un término unívoco, como el de autogobierno, el derecho de libertad, la intimidad, la elección individual, la libre voluntad, el elegir el propio comportamiento y el ser dueño de uno mismo¹⁸⁰.

Este término no hay que confundirlo con la "autorregulación política", que se trata de la regulación personal de uno mismo, libre, sin interferencias externas que pretendan controlar, y sin limitaciones personales. Una persona autónoma actúa libremente de acuerdo con un plan elegido, como un gobierno independiente maneja sus territorios y establece sus políticas de acción. No obstante, una persona con un déficit de autonomía es controlada por otros al menos en algún aspecto de su vida, o es incapaz de reflexionar y actuar en función de sus propios deseos o planes, mientras que las personas institucionalizadas (presos, deficientes mentales) tienen una autonomía reducida. La incapacidad mental limita la autonomía de los deficientes y la institucionalización obligatoria la disminuye¹⁸¹.

De todas las teorías sobre la autonomía, se pueden extraer dos condiciones esenciales comunes a ellas:

¹⁷⁹ PUYOL, A. *Hay bioética más allá de la autonomía*, Revista de Bioética y Derecho, núm. 25, mayo 2012, pág. 48.

¹⁸⁰ BEAUCHAMP, TL; CHILDRESS, JF. *Principios de Ética Biomédica*, 1ª ed. en español, Barcelona, Ed. Masson, 1999, pág. 113.

¹⁸¹ BERLIN, I. *Two concepts of Liberty*, en *Four Essays on Liberty* (Oxford: Oxford University Press, 1969), pág. 118 – 172; Joel Feinberg, *Harm to self*, Vol. III, en *The moral limits of Criminal Law* (New York: Oxford University Press, 1986) cap. 18 y 19; HILL, T.E.: *Autonomy and Self-Respect*, Cambridge: Cambridge University Press, 1991, caps. 1-4.

- en primer lugar, la libertad, es decir, actuar independientemente de las influencias que pretenden controlar,
- y en segundo lugar, ser agente, tener la capacidad de actuar intencionadamente.

Lo que tales teorías les diferencia es el significado de cada una de ellas, e incluso sobre la necesidad de añadir alguna más. Por lo tanto, se deduce que una persona autónoma debe tener capacidad de autogobierno que es la suma de la comprensión, el razonamiento, la reflexión y la elección independiente, siendo ésta última, también denominada elección autónoma, la más destacada en la autonomía referida a la Bioética. Es por ello que aquellos autores de la teoría ética actual afirman que la autonomía consiste, de manera fundamental, en ser capaz de controlar los deseos y preferencias básicas, de primer orden, distinguiéndolos de aquellos de un nivel superior, o de segundo orden. En resumen, la autonomía consiste en aceptar o rechazar los deseos de primer orden con la capacidad de modificar la estructura de las preferencias¹⁸².

Las acciones autónomas se analizan en función los siguientes agentes: intencionadamente, con conocimiento y en ausencia de influencias externas. La primera de ellas, intención, no posee graduación, ya que la intención existe o no, pero en cambio, el conocimiento y las influencias externas sí pueden estar presentes en un grado determinado, en mayor o menor grado¹⁸³. Para otros autores, para que una acción sea autónoma no es necesario que el conocimiento y la independencia sean totales, sino que bastará simplemente con cierto grado de ambas¹⁸⁴.

¹⁸² DWORKING, G. *The Theory and Practice of Autonomy*, New York: Cambridge University Press, 1988, cap. 1-4; FRANKFURT, H. G.: *Freedom of the Will and the Concept of a Person*, *Journal of Philosophy*, 68, 1971, págs. 5-20.

¹⁸³ ALDERSON, P. *Consent to Children's Surgery and Intensive Medical Treatment*, *Journal of Law and Society* 17, 1990, págs. 52-65; BARBARA, S. y cols.: *The Functional Competency of Elderly at Risk*, *The Gerontologist* 28, supl, 1988, págs. 53-58.

¹⁸⁴ BEAUCHAMP, TL; CHILDRESS, JF. *Principios de Ética Biomédica*, 1ª ed. en español, Barcelona, Ed. Masson, 1999, pág. 115.

Es por todo ello que ser autónomo no es lo mismo que ser respetado como agente autónomo, ya que esto último implica, como mínimo, asumir su derecho a tener opiniones propias, a elegir y a realizar acciones basadas tanto en sus valores como en sus creencias personales, teniendo en cuenta que este respeto debe ser activo, y no una simple actitud. Implica no sólo la obligación de no intervenir en los asuntos de otras personas, sino también en la de asegurar las condiciones necesarias para que su elección sea autónoma, mitigando los miedos y todas aquellas circunstancias que puedan dificultar o impedir la autonomía del acto, pero si un sujeto tiene ideas falsas o mal calibradas, existe la obligación de intentar persuadirle¹⁸⁵.

Una gran cantidad de las críticas que se han recibido sobre la forma en la que la Ética biomédica actual utiliza el principio del respeto de la autonomía señalan que ni la autonomía es el único valor, ni el respeto de la autonomía el único imperativo moral¹⁸⁶. Tales críticas insisten correctamente en que muchas de las decisiones que se toman en el ámbito de la asistencia sanitaria dependen más del mantenimiento de la capacidad para ser autónomo y de las condiciones para que la vida sea significativa, que del propio respeto de la autonomía¹⁸⁷.

Es de destacar que en las ciencias médicas existe, por parte del facultativo, una tentación para favorecer o perpetuar la dependencia de los pacientes en lugar de favorecer su autonomía, ya que para que suceda esto, los pacientes deben estar preparados para dejar de sentirse dependientes y conseguir todo el control posible o deseado de la situación. Tal obligación de respetar la autonomía, como la de exponer la información de manera detallada y conversar usando un bien tan

¹⁸⁵ MILL, J.S. *On liberty*, en *Collected Works of John Stuart Mill*, vol. 18 (Toronto: University of Toronto Press, (1977) Cap. 1 y 3).

¹⁸⁶ CALLAHAN, D. *Autonomy: A Moral Good, Not a Moral Obsession*, *Hastings Center Report* 14, Octubre 1984, págs. 40-42; VEATCH, R.M.: *Autonomy's Temporary Triumph*, *Hastings Center Report* 14, Octubre 1984, págs. 38-40; CHILDRESS, J. F.: *The Place of Autonomy in Bioethics*, *Hastings Center Report* 20, Enero-Febrero 1990, págs. 12-16.

¹⁸⁷ BEAUCHAMP, TL; CHILDRESS, JF. *Principios de Ética Biomédica*, 1ª ed. en español, Barcelona, Ed. Masson, 1999, pág. 119.

escaso como es el tiempo tanto en la sanidad pública como en la privada, deriva en parte de la relación fiduciaria especial que existe entre los profesionales y sus pacientes. El facultativo debe tener presente la obligación de conseguir que los enfermos se encuentren en una situación que permita cierta autonomía, por lo que este principio bioético no es algo que estigmatice a los profesionales médicos como agentes paternalistas y que les invite a descuidar a los pacientes difíciles¹⁸⁸.

El consentimiento ha sido uno de los temas principales de la Ética biomédica desde que en los juicios de Nuremberg¹⁸⁹ se presentaran informes espeluznantes sobre los experimentos médicos llevados a cabo en los campos de concentración. Pero el término "*consentimiento informado*" no comenzó a ser estudiado con detalle hasta 1972. Últimamente, el interés no está centrado en la obligación del médico o del investigador en exponer la información, sino se basa en la calidad, por parte de la recepción del paciente, de la comprensión y del consentimiento del paciente o sujeto, motivado principalmente por la superioridad del principio bioético de autonomía que son ajenos, en principio, a los diferentes códigos de ética, tanto de la medicina como de la investigación¹⁹⁰.

El siguiente paso se dio en 1973 cuando la Asociación Americana de Hospitales aprobó su Carta de Derechos del Paciente (*Patient's Bill of Rights*), que aunque su contenido fuera parcial y ambiguo, su influencia ha sido enorme, sobre todo desde que en 1974 el Departamento Federal de Salud, Educación y Bienestar recomendara a los hospitales y demás centros sanitarios la adopción del Código de Derechos de los Pacientes,

¹⁸⁸ CALLAHAN, D. *Autonomy: A Moral Good, Not a Moral Obsession*: Clements, Colleen D., Sider, Roger C. Medical Ethics Assault Upon Medical Values. Journal of the American Medical Association 250 ,21 octubre 1983, págs.2011-2015.

¹⁸⁹ Los Juicios o Procesos de Núremberg fueron un conjunto de procesos jurisdiccionales emprendidos por iniciativa de las naciones aliadas vencedoras al final de la Segunda Guerra Mundial, en los que se determinaron y sancionaron las responsabilidades de dirigentes, funcionarios y colaboradores del régimen nacionalsocialista de Adolf Hitler en los diferentes crímenes y abusos contra la Humanidad cometidos en nombre del III Reich alemán a partir del 1 de septiembre de 1939 hasta la caída del régimen alemán en mayo de 1945.

¹⁹⁰ GRACIA GUILLÉN, D. *Los derechos de los enfermos*, en Javier Gafo, Ed., Dilemas éticos de la medicina actual, Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 1986, págs. 43-87.

así como su distribución, en la forma que les pareciera más efectiva, a todos los pacientes que ingresaran en sus establecimientos¹⁹¹.

Aun así, en una encuesta realizada por la Asociación Americana de Hospitales, a finales de 1975, demostraba que sólo el 30% de los hospitales había adoptado las recomendaciones del código, y menos del 10% lo habían distribuido entre sus pacientes: se aducía como motivo el aumento de la vulnerabilidad legal de la institución. Además, muchos hospitales consideraban que el código había exacerbado los problemas para cuya solución fue originariamente compuesto¹⁹².

La lectura detenida del código aprobado por la Asociación Americana de Hospitales el 6 de febrero de 1973 es muy instructiva porque demuestra cómo sus doce puntos no son otra cosa que especificaciones del derecho general al consentimiento informado, y el comienzo de nuevos desarrollos¹⁹³.

Se puede alegar que a día de hoy (casi) todos los códigos éticos más relevantes en los campos de la medicina y de la investigación, además de la mayor parte de las reglas institucionales éticas, establecen que todo médico y/o investigador (ya que se puede tener ambos calificativos en la misma persona), debe obtener el consentimiento informado de sus pacientes y/o sujetos, respectivamente, previa a la realización de la intervención. Es por ello que se han diseñado procedimientos para el consentimiento que permitan que la elección sea autónoma, para proteger a los pacientes y/o sujetos, parte débil de la relación, y para animar a los profesionales médicos a actuar de forma responsable.

En la actual legislación española, la autonomía del paciente, y específicamente, la regulación del consentimiento informado, forma parte del título de uno de los capítulos que

¹⁹¹ ANNAS, G.J. *Patients' Right Movement*, en Warren T. Reich, ed., *Encyclopedia of Bioethics*, Nueva York, The Free Press. 1978, vol. 3, págs. 1201-1205.

¹⁹² GRACIA GUILLÉN, D. *Fundamentos de Bioética*, Ed. Triacastela, Madrid, 2007, pág. 174.

¹⁹³ American Hospital Association. *A Patients Bill of Rights*, reproducido en Warren T. Reich, ed., *Encyclopedia of Bioethics*, Nueva York, The Free Press. 1978, vol. 4, págs. 1782-1783.

conforman la norma principal en cuestión de regulación básica de la autonomía del paciente, y de los derechos y de las obligaciones en materia de información y documentación clínica, donde se desarrollan, normativamente, diferentes aspectos de la autonomía como el consentimiento informado, sus límites, el consentimiento por representación, las condiciones de la información, el consentimiento por escrito, las instrucciones previas, la información en el Sistema Nacional de Salud y el derecho a la información para la elección de médico y de centro sanitario¹⁹⁴.

En la literatura se encuentran dos posturas, que son dominantes respecto al resto, sobre la función y la justificación de la necesidad de obtener el consentimiento informado previo:

- una primera, en la que se considera como un método para disminuir el perjuicio potencial a los sujetos que participaban en los proyectos de investigación y que, posteriormente, fue trasladado tal idea a la práctica clínica diaria de aquellas intervenciones médicas más invasivas o con un mayor potencial de riesgo. Para muchos controles profesionales, reguladores e institucionales, reducir los riesgos y evitar las injusticias y la explotación siguen siendo razones importantes;

- y una segunda, muchos más reciente que la anterior, en la que el principal motivo que ha justificado la necesidad de consentimiento informado ha sido proteger la elección autónoma, que lamentablemente se trata de un objetivo muy poco declarado y definido, y que se tiende a perder esta función primordial en cuanto a la protección del bienestar y de los derechos de los pacientes y de los sujetos de la investigación. Es por ello que algunos autores consideren que el consentimiento informado, y se recalca que debe ser previo, consiste simplemente en la toma de decisiones conjunta entre el médico y/o investigador y el

¹⁹⁴ España. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. CAPÍTULO IV: *El respeto de la autonomía del paciente.*

paciente, por lo que convierten en sinónimos los conceptos de "consentimiento informado" y de "toma de decisiones conjunta"¹⁹⁵.

Se trata de una propuesta de definición muy acertada cuando en dicho proceso de consentimiento informado existen constantes intercambios de información entre el paciente y el médico y/o investigador, pero en cambio, no es tan válida cuando sólo existe un único y exclusivo encuentro entre ambas partes y lo que se plantea es decidir en cuanto a la ejecución de una intervención médica con un sí o con un no¹⁹⁶.

Por todo lo indicado, en la literatura actual ética y/o médica se expone un doble significado de consentimiento informado, es decir, dos formas distintas de entender el concepto:

- Una primera en la que se puede analizar a través del estudio de la elección autónoma tratándose, por ello, de una "autorización autónoma" para una determinada intervención, o para participar en un proyecto de investigación. En este caso el individuo, además de aceptar y cumplir una propuesta, debe dar su autorización a través de un consentimiento informado, de manera voluntaria. Se deduce que este consentimiento existe, sólo y exclusivamente, si un paciente y/o sujeto con suficiente capacidad de comprensión y que no está siendo controlado por otros, autorice a un facultativo a realizar el acto médico, siempre que sea intencionadamente.

- La segunda forma de entender el concepto es aquella en la cual se analiza en función de las "reglas sociales del consentimiento" en aquellas instituciones que necesitan obtener un consentimiento legalmente válido de los pacientes o sujetos antes de iniciar procedimientos terapéuticos y/o de investigación¹⁹⁷.

¹⁹⁵ KATZ, J. *The silent world of Doctor and Patient*, New York: The free press, 1984, págs. 86-87.

¹⁹⁶ LIDZ, C.W. and cols. *Two Models of Implementing Informed Consent*, Archives of Internal Medicine, 148 (junio 1988), págs. 1385-1389.

¹⁹⁷ FADEN, R.R.; BEAUCHAMP, A. *A history and theory of informed consent*, New York. Oxford University Press, 1986, cap. 8.

Según estas reglas descritas en el párrafo anterior, el consentimiento informado no tiene que necesariamente un acto autónomo, e incluso, en ocasiones, ni siquiera una autorización significativa. El consentimiento informado es simplemente lo que, según las reglas en vigor, constituye una autorización institucional o legalmente efectiva. Un paciente y/o sujeto puede autorizar autónomamente una intervención, constituyendo ello un consentimiento informado de acuerdo con el primer significado, y que la autorización no sea efectiva, de manera que el segundo significado no puede considerarse un consentimiento informado. Es el caso de los pacientes y/o sujetos menores de edad, los cuales no están legalmente capacitados para prestar su conformidad, aunque puede autorizar autónomamente una intervención sin que ello constituya un consentimiento efectivo de acuerdo con la normativa vigente, aunque hay ciertas leyes en las que describen a un grupo de ellos como "menores maduros", a lo que les otorgan el derecho a autorizar tratamientos médicos en una serie limitada de circunstancias¹⁹⁸.

A partir de ahora se pueden especificar los dos componentes del consentimiento informado, dándole la vuelta literalmente al concepto:

- el "informativo", que consiste en exponer la información y que ésta sea comprendida,

¹⁹⁸ España. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Artículo 9.3: "Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia. c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor". Artículo 9.4: "Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo".

- y el componente de "consentimiento" que hace referencia a la decisión voluntaria de someterse o no a una intervención médica.

Así, la gran mayoría de publicaciones de los ámbitos médico, legal, regulador, filosófico y psicológico, comparten la idea principal de que los componentes analíticos del consentimiento informado son los siguientes: competencia, exposición, comprensión, voluntariedad y consentimiento. La suma de tales elementos conforma el término de consentimiento informado. Por lo que se deduce que para prestar un verdadero consentimiento informado, hay que ser competente, recibir una buena explicación de la información, comprenderla, actuar de manera voluntaria y, finalmente, ofrecer el consentimiento, verbal y/o escrito¹⁹⁹.

Se entiende que esta definición que se constituye por cinco elementos es mucho más definida que aquella que considera únicamente la exposición de la información, la cual se ha propuesto con frecuencia por parte de la literatura médica y las resoluciones judiciales, aunque está indebidamente influida por la convención médica y la negligencia en la práctica médica²⁰⁰.

Diferenciando el consentimiento informado si se trata de un acto clínico de uno de investigación, se establece que en la relación médico-paciente la dimensión preponderante es la fiduciaria (basado en la confianza de las partes, prudencial siguiendo a Ricœur²⁰¹), mientras que en la relación investigador-participante lo es la deontológica, íntimamente asociada a la contractual. Este cambio hace pensar en la necesidad de tomar en cuenta una idoneidad propia del médico investigador, no sólo compatible sino, además basada en la del médico, pero diferente. Junto a la formación profesional sólida como médico y la experiencia en su campo, el investigador debe tener

¹⁹⁹ National Commission for the protection of humans subjects of Biomedical and Behavioral research. *The Belmont Report*. Washington DC: DHEW Publication OS 78-0012, 1978. Pág. 10.

²⁰⁰ *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428. U.S. 52 y 67. Nº 8. 1976. U.S. Supreme Court.

²⁰¹ Filósofo y antropólogo francés conocido por su intento de combinar la descripción fenomenológica con la interpretación hermenéutica.

conocimientos de ética de la investigación, de Bioética, nociones básicas de Bioderecho, además de formación en investigación propiamente tal²⁰².

La necesidad de proteger la autonomía de los enfermos es el resultado del fracaso de la confianza entre el médico y el paciente, que es un ejemplo de una desconfianza interpersonal que abunda en las sociedades actuales, dominadas por un lado, por el excesivo individualismo y, por otro lado, por una impersonalidad y una rivalidad social que inunda demasiados aspectos de las relaciones sociales. Las relaciones entre médicos y pacientes también se ven afectadas por esa desafección creciente: los hospitales son demasiado grandes y fríos, hay demasiados especialistas y pocos médicos que vean a los enfermos desde el principio de la enfermedad hasta el final, y todo eso junto dificulta el establecimiento de relaciones de confianza.

Esa falta de confianza presiona para que seamos aún más celosos del respeto a nuestra autonomía. Naturalmente, la confianza por sí misma no garantiza que se respetará la autonomía (siglos de pacientes que confiaban plenamente en sus médicos, y viceversa, no dieron lugar a una ética menos paternalista hasta épocas muy recientes). Esa confianza entre iguales, con un respeto igual entre las partes, que es la que permite que no haga falta exigir la protección de la autonomía porque esta viene de suyo con la confianza mutua. Lo sorprendente es que la confianza es una condición más del respeto a la autonomía. Así pues, se produce la siguiente paradoja: se necesita una cierta confianza entre el médico y el paciente para que la autonomía de este último se respete con más facilidad, pero si la confianza es alta ya no hace falta insistir en la necesidad de proteger la autonomía del enfermo, y mucho menos en firmar un documento legal de consentimiento.

Se procede a anexionar una cita, a modo de conclusión, que es tan clarificadora que se transcribe de manera literal, sobre las relaciones entre la autonomía y el consentimiento:

²⁰² TRIANA ORTIZ, M. *Asimetría en las relaciones investigador-participante y médico-paciente*, ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura, CLXXXIV, 730, marzo-abril 2008, pág. 229.

"No hay duda de que hay que proteger la autonomía de los enfermos y de que hay que esforzarse por obtener consentimientos válidos, pero no debemos idolatrar el principio de autonomía ni el poder de los consentimientos. La Bioética y sus problemas son mucho más amplios y sería bueno que los defensores de la autonomía (entre los que me encuentro) tuviésemos la altura de miras suficiente para adaptar nuestras reflexiones a los retos de la Bioética del futuro"²⁰³.

4.2 El principio de beneficencia

De una manera muy esquematizada, el principio de beneficencia se define como hacer el bien, es decir, la obligación moral de actuar en beneficio de los otros. Por lo que se inserta dentro de esta definición, en el ámbito de la sanidad, la acción de curar el daño y promover el bien o el bienestar.

Dentro del campo de la moralidad, se encuentran aquellas acciones con las cuales se contribuyan al bienestar de las personas de manera individual. Se trata de la beneficencia, que se compone de dos subprincipios:

- por un lado, la "*beneficencia positiva*", que requiere el aporte de beneficios,
- y por otro lado, la "*utilidad*", que exige que los beneficios y los inconvenientes estén equilibrados.

Tales subprincipios, de forma conjunta, se distinguen de la virtud de la benevolencia, de varias formas de cuidado y de los ideales de beneficencia no obligatorios.

El concepto de beneficencia, de su procedencia inglesa ("*beneficence*") tiene connotaciones de misericordia, bondad y caridad, incluso a veces son consideradas como otras formas de beneficencia el altruismo, el amor y la humanidad, pero en su

²⁰³ PUJOL, A. *Hay bioética más allá de la autonomía*, Revista de Bioética y Derecho, núm. 25, mayo 2012, pág. 58.

concepción global incluye todo tipo de acción que pretenda beneficiar a otras personas²⁰⁴.

En este apartado es necesario distinguir varios conceptos:

- la "beneficencia", que se refiere a una acción realizada en beneficio de otros;

- la "benevolencia", que se refiere al rasgo del carácter o a la virtud de estar dispuesto a actuar en beneficio de otros;

- y el "principio de beneficencia", el cual se refiere a la obligación moral de actuar en beneficio de otros.

Un ejemplo puede ayudar a diferenciar tales conceptos: muchos actos de "beneficencia" no son obligatorios, pero un "principio de beneficencia" impone una obligación de ayudar a otros a promover sus importantes y legítimos intereses.

El "paternalismo" es el hábito de tratar o gobernar a los otros como el padre trata y gobierna a sus hijos, dándose esta figura en diferentes áreas como la vida familiar, la política, la religión y, por supuesto, en la Medicina. Pero el término es reciente ya que comenzó a usarse en 1880²⁰⁵, y ello sucedió porque se empezaba a combatir a partir de finales del siglo XVIII, cuando en las relaciones humanas empezaron a salir de "la minoría de edad", iniciando su proceso de emancipación de los antiguos moldes paternalistas²⁰⁶.

En muchos aspectos, el nexo relacional que generalmente se establece en la asistencia sanitaria se asemeja al de la familia, con el sanitario asumiendo un rol cuasi-paternal que hace más fácil el adecuado manejo del paciente, y el paciente jugando un rol cuasi-infantil²⁰⁷.

²⁰⁴ BEAUCHAMP, TL; CHILDRESS, JF. *Principios de Ética Biomédica*, 1ª ed. en español, Barcelona, Ed. Masson, 1999, págs. 245-246.

²⁰⁵ CHILDRESS, J.F. *Who should decide?: Paternalism in Health Care*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 1982, pág. 4.

²⁰⁶ ERHARD, J.B. *et al. ¿Qué es la Ilustración?*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, pág. 9.

²⁰⁷ PARSONS, T. *The doctor-patient relationship in the changing health scene*, U.S. Government Printing Office, Whashington, 1978, págs. 445-446.

Por ello, se puede establecer la definición de "paternalismo" como "el rechazo a aceptar o a consentir los deseos, opciones y acciones de las personas que gozan de información suficiente y de capacidad o competencia adecuada, por el propio beneficio del paciente"²⁰⁸.

Esa diferencia entre conocimientos de las dos partes de la relación, sanitario (o investigador) y paciente, se conoce con el concepto de "asimetría". En la relación médico-paciente, la dimensión preponderante es la fiduciaria (prudencial siguiendo a Paul Ricœur²⁰⁹), mientras que en la relación investigador-participante lo es la deontológica, íntimamente asociada a la contractual. Este cambio hace pensar en la necesidad de tomar en cuenta una idoneidad propia del médico investigador, no sólo compatible sino, además basada en la del médico, pero diferente. Junto con la formación profesional sólida como médico y la experiencia en su campo, el investigador debe tener conocimientos de ética de la investigación, de Bioética, nociones básicas de Bioderecho, además de formación en investigación propiamente tal²¹⁰.

Si atendemos a una forma simple, la idea de que la beneficencia expresa la obligación primaria de la atención sanitaria es muy obsoleta ya que en la historia de dicha atención, las obligaciones y las virtudes profesionales han sido interpretadas como si fueran compromisos de beneficencia. Los médicos han sido capaces de confiar en sus propios juicios de valor sobre diferentes extremos de la relación sanitaria, como la necesidad de tratamiento, de información al paciente, o hasta incluso de consultar sus acciones a los afectados. No obstante, en la Medicina se ha ido confrontando con declaraciones de los derechos de los pacientes a formarse un juicio independiente sobre su destino médico, y a la vez que han ido aumentando a lo

²⁰⁸ GRACIA GUILLÉN, D. *Fundamentos de Bioética*, Ed. Triacastela, Madrid, 2007, pág. 102.

²⁰⁹ El paciente o la paciente no se limitan a decidir, en el mejor de los casos, sino que tienen responsabilidades: cuidar de sí, observando el tratamiento, o colaborando con quien se lo administre, en caso de no poder hacerlo por sí mismo. También se debe enfatizar la promesa implícita de cada protagonista.

²¹⁰ TRIANA ORTIZ, M. *Asimetría en las relaciones investigador-participante y médico-paciente*, ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura, CLXXXIV, 730, marzo-abril 2008, pág. 229.

largo del siglo XX las declaraciones de los derechos de los pacientes derivados de la autonomía, principio estudiado con anterioridad, los problemas del paternalismo han ido tomando una mayor relevancia. Un problema central de la Ética biomédica ha sido decidir si el respeto a la autonomía de los pacientes debe o no tener prioridad sobre la beneficencia profesional, existiendo dos vertientes:

- por un lado, para los defensores de los derechos derivados de la autonomía de los pacientes, las obligaciones del sanitario hacia el paciente de revelar la información, de búsqueda del consentimiento informado, de la confidencialidad del proceso, y del respeto a la intimidad personal, se establecen como jerárquicamente superiores al principio de beneficencia, por la supremacía del principio de respeto a la autonomía,

- y al contrario, otros autores consolidan tales obligaciones descritas con anterioridad, en la beneficencia obligatoria profesional, ya que la obligación primordial del facultativo es actuar en beneficio del paciente, y no las propuestas de tomas de decisiones de tipo autónomo a los pacientes.

Sin embargo, ambas tendencias se han embrollado, quizás por un fracaso en la distinción entre un principio de beneficencia que compite con un principio de respeto a la autonomía, y un principio de beneficencia que incorpora la autonomía de los pacientes, en el sentido de que las preferencias del paciente ayudan a determinar qué resulte ser un beneficio médico.

Se puede confirmar que la discusión sobre qué principio o modelo debe predominar en la práctica sanitaria no puede resolverse de una manera tan perfeccionista con la defensa de un principio contra el otro, o convirtiendo un principio en absoluto: no hay autoridad principal, o predominante, ni en el paciente ni en el sanitario, y hay que destacar que en la Ética

biomédica no existe ningún principio preeminente, ni siquiera la advertencia para actuar en el mejor interés de los pacientes²¹¹.

4.3 El principio de no maleficencia

Es un principio que se diferencia bastante del anterior, aunque parezca que sea un antónimo por la literalidad del término. Mediante el principio de no maleficencia se obliga a no hacer daño intencionadamente. En ética clínica tal principio está ligado y relacionado con la máxima "*primun non nocere*"²¹². Se considera como el principio fundamental de la tradición hipocrática a pesar de que no aparece en el "*corpus hipocraticum*", suele confundirse con la frase "*al menos, no hagas daño*".

El Juramento Hipocrático²¹³, de naturaleza pública, es el que hacen los sanitarios que se gradúan ante los otros médicos, otros doctores y ante la comunidad, y su contenido es de carácter ético, para orientar la práctica de su oficio. Es también definido como el juramento que se basa a partir de la responsabilidad del ser humano y conciencia de ella. Dicho juramento mantiene la obligación de los profesionales tanto a la

²¹¹ BEAUCHAMP, TL; CHILDRESS, JF. *Principios de Ética Biomédica*, 1ª ed. en español, Barcelona, Ed. Masson, 1999, págs. 257-258.

²¹² "*En primer lugar, no hacer daño*".

²¹³ Texto del juramento hipocrático clásico: "*Juro por Apolo médico, por Esculapio, Higía y Panacea, por todos los dioses y todas las diosas, tomándolos como testigos, cumplir fielmente, según mi leal saber y entender, este juramento y compromiso: Venerar como a mi padre a quien me enseñó este arte, compartir con él mis bienes y asistirles en sus necesidades; considerar a sus hijos como hermanos míos, enseñarles este arte gratuitamente si quieren aprenderlo; comunicar los preceptos vulgares y las enseñanzas secretas y todo lo demás de la doctrina a mis hijos y a los hijos de mis maestros, y a todos los alumnos comprometidos y que han prestado juramento, según costumbre, pero a nadie más. En cuanto pueda y sepa, usaré las reglas dietéticas en provecho de los enfermos y apartaré de ellos todo daño e injusticia. Jamás daré a nadie medicamento mortal, por mucho que me soliciten, ni tomaré iniciativa alguna de este tipo; tampoco administraré abortivo a mujer alguna. Por el contrario, viviré y practicaré mi arte de forma santa y pura. No tallaré cálculos sino que dejaré esto a los cirujanos especialistas. En cualquier casa que entre, lo haré para bien de los enfermos, apartándome de toda injusticia voluntaria y de toda corrupción, principalmente de toda relación vergonzosa con mujeres y muchachos, ya sean libres o esclavos. Todo lo que vea y oiga en el ejercicio de mi profesión, y todo lo que supiere acerca de la vida de alguien, si es cosa que no debe ser divulgada, lo callaré y lo guardaré con secreto inviolable. Si el juramento cumpliere íntegro, viva yo feliz y recoja los frutos de mi arte y sea honrado por todos los hombres y por la más remota posteridad. Pero si soy transgresor y perjuro, avéngame lo contrario.*"

no maleficencia como a la beneficencia: "Haré uso del régimen de vida para ayuda del enfermo, según mi capacidad y recto entender. Del daño y de la injusticia me preservaré".

En este caso, la moral se basa no solo en las responsabilidades, sino en los perjuicios producidos por el daño "per se". Aceptando que se puede y que se debe proteger a las personas frente a determinados tipos y grados de daño, y evitar causarles perjuicio, estamos sólo a un paso de aceptar que existe la obligación positiva de proporcionar a todo individuo determinados beneficios, como la asistencia sanitaria, siendo este paso aún más corto de lo previsto si tenemos en cuenta la incertidumbre tanto conceptual como moral que existe en torno a las distinciones entre la obligación de evitar causar daño a otros, la obligación de beneficiar a los demás y la obligación de tratarles justamente²¹⁴.

Es importante no confundir y diferenciar claramente el principio de beneficencia con el de no maleficencia. Mediante el de no maleficencia, es obligación de todos de modo primario y anterior a cualquier tipo de información o de consentimiento, que no tiene nada que ver con el consentimiento informado, al contrario que el principio de beneficencia. Se ha de plantear la siguiente cuestión: nunca es ilícito hacer el mal, pero a veces no es lícito hacer el bien. Por ello, el principio de beneficencia ha sido y seguirá siendo el pilar de la ética médica²¹⁵.

Los principios y reglas de la beneficencia también se distinguen de los de no maleficencia de varias maneras:

- Las reglas de no maleficencia, a) son prohibiciones negativas de acción, que b) deben ser obedecidas imparcialmente, y c) ofrecen razones para establecer prohibiciones legales a determinadas normas de conducta.

²¹⁴ BEAUCHAMP, TL., CHILDRESS, JF. *Principios de Ética Biomédica*, 1ª ed. en español, Ed. Masson, Barcelona, 1999, pág. 237.

²¹⁵ GRACIA GUILLÉN, D. *Fundamentos de Bioética*, Ed. Triacastela, Madrid, 2007, pág. 103.

- Al contrario, las reglas de la beneficencia, a) presentan demandas positivas de acción, b) no siempre tienen que ser obedecidas imparcialmente, y c) raramente ofrecen razones para la sanción legal cuando se fracasa en cumplirlas²¹⁶.

4.4 El principio de justicia

Se define, a primera vista, como la equidad en la distribución de cargas y beneficios. El criterio para saber si una actuación es o no ética, desde el punto de vista de la justicia, es evaluar si la actuación es equitativa. Ha de ser posible para todos aquellos que la necesiten. Incluye el rechazo a la discriminación por cualquier motivo. Es también un principio de carácter público y legislado.

Piénsese en las destacadas y actuales desigualdades en el acceso a la asistencia sanitaria y al seguro sanitario, combinadas con espectaculares incrementos de los costes a la asistencia sanitaria: ello ha estimulado debates sobre justicia social en países donde la sanidad no es universal, como Estados Unidos y otros muchos. Existe una gran incertidumbre sobre sopesar y conciliar objetivos como la libertad de elegir un plan de salud, una economía de libre mercado, la eficiencia social y el estadio benéfico, y también al analizar cuáles de los objetivos descritos y qué principios expresan lo que la justicia exige en la distribución de la asistencia sanitaria y en la financiación de la investigación sobre la enfermedad y el daño.

Los conceptos de equidad, mérito y titularidad han sido usados por los filósofos para intentar explicar lo que es la justicia: interpretan la justicia como un trato igualatorio, equitativo y apropiado a la luz de lo que se debe a las personas, o es propiedad de ellas. Una situación de justicia se presenta siempre que las personas son acreedoras, tienen

²¹⁶ BEAUCHAMP, TL., CHILDRESS, JF. *Principios de Ética Biomédica*, 1ª ed. en español, Ed. Masson, Barcelona, 1999, pág. 248.

derecho, de beneficios o cargas a causa de sus cualidades o circunstancias particulares, tales como causar daño o haber sido dañado por los actos de otra persona, ya que quien tiene una exigencia válida basada en la justicia tiene un derecho. Una injusticia sería, por lo tanto, un acto erróneo o una omisión que niega a las personas beneficios a las que tienen derecho, o que fallan en la distribución justa de las cargas²¹⁷.

El término "justicia distributiva" se refiere a la distribución igual, equitativa y apropiada en la sociedad, determinada por normas justificadas que estructuran los términos de cooperación social, cuyo ámbito incluye las políticas que asignan diversos beneficios y cargas, como la propiedad, los recursos, los impuestos, los privilegios y las oportunidades, estando implicadas en ella las instituciones tanto públicas como privadas, donde se incluyen al Estado y a su sistema sanitario²¹⁸. Por lo tanto, el término es usado en sentido amplio para referirse a la distribución de todos los derechos y responsabilidades en la sociedad²¹⁹.

5. Dispositivos institucionales profesionales deontológicos de protección de los derechos de los pacientes en Odontología

El estudio de los problemas de ética clínica en el ámbito de las profesiones sanitarias ha evolucionado gracias a los códigos formales y positivados, a los códigos éticos de investigación y a los informes realizados por comisiones financiadas por el Estado.

Los códigos particulares para grupos específicos, como es el caso de los dentistas, apelan con frecuencia a normas

²¹⁷ RAWLS, J. *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1979.

²¹⁸ DE CASTRO CID, B., MARTÍNEZ MORÁN, N. *18 lecciones de Filosofía del Derecho*, Ed. Universitas, Madrid, 2008, pág. 245.

²¹⁹ BEAUCHAMP, TL; CHILDRESS, JF. *Principios de Ética Biomédica*, 1ª ed. en español, Barcelona, Ed. Masson, 1999, pág. 312.

generales como no hacer daño a los demás (principio de no maleficencia) o respetar la autonomía y la intimidad, aunque éstas no fueran específicamente consideradas en los borradores de los códigos. Así, al igual que otras muchas normas y regulaciones públicas, que han sido formuladas para guiar la conducta de los profesionales, pueden ser criticados o defendidos apelando a las normas generales.

Un breve estudio de la naturaleza de las profesiones hace que Talcott Parsons defina el término "profesión" como un conjunto de roles profesionales, es decir, roles según los cuales los sujetos en cuestión realizan una serie de funciones valoradas por la sociedad en general, y por estas actividades ganan un sueldo trabajando a tiempo completo²²⁰. Siguiendo a esta definición, los dentistas son profesionales, al igual que los camareros y los acróbatas, pero las prostitutas probablemente no lo son, ya que su función no es valorada por la sociedad en general, a pesar de que es considerada la profesión más antigua del mundo. Sin embargo, no debe sorprender el hecho de que la prostitución sea considerada habitualmente una profesión, y es que la palabra "profesión" se aplica, de acuerdo con su uso común, a cualquier ocupación mediante la cual alguien se gana la vida.

Se necesita un significado más restringido de la palabra "profesión" para comprender cómo se utiliza en el término "ética profesional". Los profesionales generalmente se caracterizan por tener la obligación de proporcionar importantes servicios a unos clientes o usuarios y por haber recibido un adiestramiento especializado. Las profesiones mantienen organizaciones autorreguladoras que controlan el ingreso de los candidatos en la profesión mediante un certificado explícito de que han adquirido los conocimientos y habilidades necesarios. El concepto de profesión odontológica implica una formación y educación distintivas, de las cuales los pacientes típicamente carecen, y que moralmente deben utilizar para beneficiar a los enfermos. En profesiones eruditas como la Odontología, la base

²²⁰ TALCOTT, P. *Essays in Sociological Theory*, Ed. Glencoe, IL: The Free Press, 1954, pág. 372.

del conocimiento de los profesionales deriva de una formación estrechamente supervisada, pues el profesional proporciona servicios específicos al resto de la sociedad: no todas las profesiones son tan eruditas ni están orientadas a proporcionar servicios.

Las profesiones sanitarias especifican e imponen típicamente obligaciones, asegurando de esta forma que toda persona que mantenga una relación con alguno de sus miembros lo encuentre competente y digno de confianza. Las obligaciones que las profesiones tratan de imponer son obligaciones de función relacionadas con los derechos de otras personas. Los problemas de ética profesional generalmente surgen por conflictos entre valores, por conflictos internos de la profesión o por conflictos entre las obligaciones profesionales y los compromisos adquiridos por personas ajenas a la profesión. Un código profesional es un documento que expone la función de la moral entre los miembros de la profesión, y de esta manera distingue entre las pautas profesionales y las normas impuestas por organismos externos a ella, como el gobierno, aunque sus normas a menudo coinciden. Los códigos establecen también con frecuencia las reglas de cortesía que se han de observar y los compromisos adquiridos con el resto de los miembros de la profesión. Por ejemplo, un código característico de la American Medical Association insta a los médicos a no criticar al compañero que estaba antes a cargo de un caso y a practicar la cortesía profesional²²¹.

En el ámbito de la profesión dental en España, se refleja en su Código que se considera falta profesional el comentario, insinuación o crítica despreciativa respecto a las actuaciones profesionales de otros compañeros y más aún sin una base argumental válida. Además, hacerlo en presencia de pacientes, de

²²¹ El código de ética de la American Medical Association de 1847, adaptado en gran medida de la obra de Thomas Percival llamada *"Médical Ethics; or a Code of Institutes and Precepts, Adapted to the Professional Conduct of Physicians and Surgeons"* (Manchester: S. Russell, 1803), fue la respuesta a una crisis en la confianza pública y profesional. Véase Donald, E., Konold, A. "History of American Medical Ethics 1847-1912" (Madison: State Historical Society of Wisconsin, 1962), caps 1-3; y Chester Burns, *"Reciprocity in the Development of Anglo-American Medical Ethics"*, en *Legacies in Medical Ethics*, dir., Chester Burns (New York: Science History Publications, 1977).

sus familiares o terceros es una circunstancia agravante. Indica también que las desavenencias, desacuerdos o disentimientos sobre asuntos o temas odontológicos, bien sean de naturaleza científica, profesional o deontológica, nunca darán lugar a polémicas públicas, debiendo resolverse internamente y con carácter privado, bien de forma particular o en sesiones clínicas. El Colegio Profesional tiene la misión de arbitraje o mediación en éste tipo de conflictos entre profesionales²²².

Estos códigos tienden a promover y reforzar la unidad entre sus miembros y la conformidad institucional con los valores predominantes de la profesión. Son beneficiosos siempre que incorporen de una forma efectiva normas morales defendibles. Por desgracia, algunos códigos profesionales simplifican los requerimientos morales o exigen un cumplimiento y una autoridad superior a la que están capacitados para exigir. Como consecuencia, los profesionales pueden suponer erróneamente que si cumplen estrictamente las reglas del código satisfacen todos los requerimientos morales, del mismo modo que mucha gente cree que está dispensado de las obligaciones morales si respeta escrupulosamente todas las exigencias de la ley. Una pregunta pertinente es si las normas morales de los códigos específicos de la ciencia, la medicina y la asistencia sanitaria son exhaustivas, coherentes y plausibles. Muchos códigos éticos evalúan las implicaciones de algunos principios generales, como "no hará daño", y de algunas reglas, como las de secreto profesional. Pero muy poco estudian las implicaciones de otros principios y reglas como la veracidad o el respeto a la autonomía o a la justicia, tema hoy día motivo de intenso debate. Algunos de estos principios y reglas se han incorporado recientemente a las declaraciones de los derechos de los

²²² Artículo 66 del Código Español de Ética y Deontología Dental aprobado por Acuerdo AA06/2012, modifica el aprobado por dicha Asamblea en su sesión de los días 9 y 10 de Julio de 1999, mediante Acuerdo AA17/99 (modificado, a su vez, en la Asamblea de 9 y 10 de Junio de 2000, por los Acuerdos AA07/2000 y AA13/2000).

pacientes que reclaman, entre otras cosas, el respeto a la autonomía y a la veracidad²²³.

Estas declaraciones, que establece cuál debería ser la conducta profesional adecuada, no derivan de los códigos profesionales y difieren mucho de los códigos que se centran en los derechos de los pacientes más que en las obligaciones de los profesionales sanitarios. Por desgracia, estas declaraciones suelen ser también incompletas y carecen de defensa argumentada.

La importancia que tienen los derechos de los pacientes como eje básico de las relaciones clínico-asistenciales se pone de manifiesto al constatar el interés que han demostrado por los mismos casi todas las organizaciones internacionales con competencia en la materia. Ya desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, entes como Naciones Unidas, UNESCO o la Organización Mundial de la Salud, o más recientemente, la Unión Europea o el Consejo de Europa, entre muchas otras, han impulsado declaraciones o, en algún caso, han promulgado normas jurídicas sobre aspectos genéricos o específicos relacionados con esta cuestión.

En este sentido, es necesario mencionar la trascendencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del año 1948, que ha sido el punto de referencia obligado para todos los textos constitucionales promulgados posteriormente o, en el ámbito más estrictamente sanitario, la Declaración sobre la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, promovida el año 1994 por la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud, aparte de múltiples declaraciones internacionales de mayor o menor alcance e influencia que se han referido a dichas cuestiones²²⁴.

Además de ser incompletos y carecer de una justificación establecida, hay otras razones que explican el escepticismo que existe sobre la adecuación de los códigos profesionales en la

²²³ FADEN, R.R., BEAUCHAMP, A. *A history and theory of informed consent*, New York. Oxford University Press, 1986, cap. 3.

²²⁴ España. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Exposición de motivos.

asistencia sanitaria. Desde los tiempos de Hipócrates, los médicos han creado sus propios códigos sin tomar en consideración la opinión de los pacientes. Estos códigos rara vez han apelado a pautas éticas generales o a fuentes de autoridad moral distintas de las tradiciones y los juicios de sus miembros. En algunos casos, las reglas de los códigos entran en conflicto e incluso parecen prevalecer sobre otras normas morales más generales. El cumplimiento de las normas profesionales en estas circunstancias parece proteger los intereses de la profesión más que ofrecer un punto de vista moral imparcial y exhaustivo. Otras reglas han sido tradicionalmente expresadas con formulaciones abstractas de manera que ofrecen un consejo moral indefinido abierto a distintas interpretaciones²²⁵.

En 1972, el psiquiatra Jay Katz expresó emotivamente sus reservas acerca de los códigos de ética médica. Inspirado por su indignación ante el destino de las víctimas del holocausto, Katz creía que sólo un esfuerzo educativo persistente, que no se basara única y exclusivamente en los códigos tradicionales, podría proporcionar unas directrices útiles para la investigación con los seres humanos:

"A medida que me fui introduciendo en el mundo del Derecho, aprendí mucho de mis compañeros y de los estudiantes sobre temas tan complejos como el derecho a la autodeterminación y a la intimidad y la magnitud de la autoridad de las instituciones gubernamentales, profesionales, etc., para entrometerse en mi vida privada.. Rara vez había reflexionado sobre estos temas durante mi formación médica. Se había asumido sin crítica que podían resolverse siendo fiel a principios tan indefinidos como el "primum non nocere" (lo primero es no hacer daño) o a códigos éticos visionarios²²⁶.

La Federación Dental Internacional (FDI) se estableció en París en 1900 como la organización más importante del mundo en representación de la profesión dental. Sirve como cuerpo principal representante de más de un millón de dentistas en todo

²²⁵ BEAUCHAMP, TL., CHILDRESS, JF. *Principios de Ética Biomédica*, 1ª ed. en español, Barcelona, Ed. Masson, 1999, págs. 4-6.

²²⁶ KATZ, J. *Experimentation with humans beings*, New York, Russell Sage Foundation, 1972, págs. IX-X.

el mundo para el desarrollo de políticas de salud y programas de educación continua, habla como una voz unificada para la Odontología en la promoción internacional, y el apoyo a las asociaciones miembros en las actividades de promoción de la salud bucal en todo el mundo. Los miembros de la FDI incluye aproximadamente 200 asociaciones nacionales miembros y grupos de especialistas de más de 130 países²²⁷.

Este organismo internacional publicó una Declaración de principios con el título "*Papel de la FDI en la ética odontológica*", creada por el Grupo de trabajo sobre ética odontológica y el Comité de práctica odontológica, y posteriormente fue aprobada por la Asamblea General del ente internacional en septiembre de 2015 en Bangkok (Tailandia), donde reconoce que la Odontología está evolucionando y es cada vez más compleja debida a diversos factores como la globalización de la profesión y el entorno de la práctica odontológica como resultado de la mayor labor realizada por los proveedores de servicios dentales en la salud general, la movilidad transfronteriza de los proveedores de servicios dentales, la migración de pacientes y las nuevas oportunidades de turismo dental; el papel cada vez mayor de la industria, accionistas y otras terceras partes en la configuración de la práctica odontológica y la investigación, y una tendencia hacia clínicas de grandes marcas y dentistas con acuerdos empresariales; los cambios en la relación dentista-paciente, incluyendo el favorecimiento de la autonomía del paciente, la necesidad de cuidados intra e interprofesionales y un mayor alcance de la práctica odontológica; un mayor acceso de los pacientes a la información y un creciente interés en la estética; y los problemas persistentes para lograr el acceso universal a la atención sanitaria bucodental. Declara que estos factores, entre otros, están generando nuevos desafíos éticos, lo que hace absolutamente necesario tener una conciencia ética, la reflexión y la orientación. Esta declaración se justifica porque en la Constitución de la Federación Dental Internacional

²²⁷ <http://www.fdiworldental.org/home.aspx> [Consultado el 30/10/2016]

se reconoce su responsabilidad en la promoción de la ética en la Odontología, considerando una de sus cuatro misiones, que la describe como *"hacer avanzar y promover la ética, las habilidades, la ciencia y la práctica de la odontología"*, a fin de garantizar al paciente una relación beneficiosa con el equipo clínico y una salud bucodental óptima²²⁸.

Siendo consciente de su misión, la FDI ha publicado varios documentos sobre temas relacionados con la ética como la práctica de la Odontología, publicaciones en materia de Odontología, acceso a cuidados, derechos de los pacientes y responsabilidades de los dentistas. No obstante, no existía ninguna declaración de política global sobre el papel de la FDI en cuestiones de ética odontológica. Por ello, la declaración de principios proporciona recomendaciones específicas para la puesta en marcha de esta misión en cuestiones relacionadas con la ética, que son las siguientes:

- Abogará por el reconocimiento y la importancia de la ética odontológica en todo el mundo.

- Alentará y facilitará la formación y la investigación sobre ética odontológica.

- Consultará a organizaciones y partes interesadas, tanto nacionales como internacionales, en el campo de ética odontológica.

- Promoverá las relaciones entre organizaciones que regulen la profesión odontológica a nivel nacional con organizaciones nacionales e internacionales en el ámbito de la ética odontológica.

- Iniciará y realizará actividades relacionadas con la ética en reuniones y congresos de la FDI.

- Mantendrá un completo y dinámico código deontológico en la práctica de la odontología.

²²⁸ Artículo 3 de los Estatutos de la FDI World Dental Federation en vigor desde septiembre de 2005 y enmendada en septiembre de 2008, septiembre de 2011 y agosto de 2012.

- Elaborará una declaración de principios sobre ética de la investigación clínica odontológica.

- Establecerá en el seno del Comité de práctica odontológica un Grupo de expertos sobre cuestiones relacionadas con la ética odontológica²²⁹.

En el ámbito estrictamente nacional, las diferentes normas que regulan los colegios profesionales de dentistas (como corporaciones de Derecho Público amparadas por la ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines) citan a los códigos deontológicos de la siguiente forma:

- Los Estatutos de los Colegios, o los Códigos Deontológicos que, en su caso, aprueben los Colegios, podrán contemplar previsiones expresas dirigidas a exigir a los profesionales colegiados que su conducta en materia de comunicaciones comerciales sea ajustada a lo dispuesto en la ley, con la finalidad de salvaguardar la independencia e integridad de la profesión, así como, en su caso, el secreto profesional²³⁰.

- Corresponde a los Colegios Profesionales el ejercicio de las siguientes funciones, dentro de su ámbito territorial, ordenar en el ámbito de su competencia la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial²³¹.

- Son funciones de los colegios profesionales ordenar, en el ámbito de sus competencias, la actividad profesional,

²²⁹ http://www.fdiworldental.org/media/80551/9-fdi_draft_ps-dental_ethics_esp.pdf [Consultado el 30/10/2016]

²³⁰ España. Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales. Artículo 2.5.

²³¹ España. Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales. Artículo 5.i.

elaborando las normas deontológicas comunes a la profesión respectiva²³².

- Las actividades profesionales deberán desarrollarse de conformidad a las normas deontológicas de la profesión²³³.

- Los Consejos andaluces de Colegios tendrán como función la de elaborar las normas deontológicas comunes a la profesión respectiva²³⁴.

- Son fines esenciales de la Organización Colegial de la Odontología y la Estomatología el dictado, salvaguardia y observancia de sus principios éticos, deontológicos y jurídicos²³⁵.

- Para la consecución de sus fines, corresponde a la Organización Colegial de la Odontología y la Estomatología, en su ámbito territorial respectivo, el ejercicio de las funciones que les atribuye la legislación sobre Colegios Profesionales y las disposiciones emanadas de las respectivas Comunidades Autónomas, y, en especial, las siguientes: elaborar, vigilar el cumplimiento y hacer cumplir los Códigos Ético y Deontológico en la práctica profesional de la Odontología y la Estomatología²³⁶.

- Ordenar la actividad profesional de los colegiados, en el ámbito de sus competencias, para velar por la ética y dignidad profesional, y por el respeto debido a los derechos de los particulares, y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial²³⁷.

²³² España. Ley 10/2003, de 6 de noviembre, reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía. Artículo 18.2.c.

²³³ España. Ley 10/2003, de 6 de noviembre, reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía. Artículo 28

²³⁴ España. Ley 6/1995, de 29 de diciembre, de Consejos Andaluces de Colegios Profesionales. Artículo 6.c.

²³⁵ España. Real Decreto 2828/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Odontólogos y Estomatólogos y de su Consejo General. Artículo 7.c.

²³⁶ España. Real Decreto 2828/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Odontólogos y Estomatólogos y de su Consejo General. Artículo 8.c.

²³⁷ España. Real Decreto 2828/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Odontólogos y Estomatólogos y de su Consejo General. Artículo 8.j.

- Corresponden a los colegiados los siguientes derechos: ejercer la profesión con plena libertad, dentro del marco jurídico, deontológico y estatutario²³⁸.

- Es deber fundamental de todo colegiado ejercer la profesión con arreglo a la más pura ética y dentro del espíritu que dimana de los presentes Estatutos y del Código Deontológico²³⁹.

- En general, se prohíbe expresamente a los colegiados realizar prácticas profesionales contrarias a lo dispuesto en la legislación vigente o a las normas éticas, deontológicas y jurídicas de la Odontología y la Estomatología, estipuladas en su Código y normativas de desarrollo²⁴⁰.

- Para atender selectivamente actividades concretas, los Colegios Oficiales podrán constituir Secciones colegiales, de las que es recomendable el Comité de Ética y Deontología, para la vigilancia del cumplimiento ético y deontológico profesional, e instruir expedientes²⁴¹.

- Los colegiados están sujetos a responsabilidad disciplinaria e incurrirán en ella en los supuestos y circunstancias establecidos en estos Estatutos. Dicha responsabilidad está basada en los principios, tanto ético-deontológicos como legales, que vertebran el ejercicio profesional del odontólogo o estomatólogo²⁴².

- La elaboración, el desarrollo y la actualización de los Códigos Ético y Deontológico Estatales de la profesión²⁴³.

²³⁸ España. Real Decreto 2828/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Odontólogos y Estomatólogos y de su Consejo General. Artículo 17.a.

²³⁹ España. Real Decreto 2828/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Odontólogos y Estomatólogos y de su Consejo General. Artículo 18.1.

²⁴⁰ España. Real Decreto 2828/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Odontólogos y Estomatólogos y de su Consejo General. Artículo 19.

²⁴¹ España. Real Decreto 2828/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Odontólogos y Estomatólogos y de su Consejo General. Artículo 23.1.a.

²⁴² España. Real Decreto 2828/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Odontólogos y Estomatólogos y de su Consejo General. Artículo 35.1.

²⁴³ España. Real Decreto 2828/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Odontólogos y Estomatólogos y de su Consejo General. Artículo 45.2.d.

- En materia de Ética y Deontología profesional, compete al Consejo General, aprobar el Código Deontológico actualizado, con las normas correspondientes ordenadoras del ejercicio de la Odontología y la Estomatología, de ámbito estatal, y crear un Comité Central de Ética y Deontología²⁴⁴.

En los albores el S. XIX, con la aparición tanto de nuevas Escuelas de Odontología como de nuevos profesionales, se funda la American Dental Association (A.D.A.), que promulga un pionero Código Ético para los Odontólogos en 1859²⁴⁵.

Tras la creación de los Colegios Profesionales de Dentistas en 1930, y junto a sus Estatutos y sus Reglamentos, faltó la figura del Código de Ética ya que, desde el lejano código publicado por Triviño, y los sucesivos de la Federación Odontológica Española y los presentados por la Sociedad Odontológica Valenciana, la tradición de contar con unos principios éticos no se había interrumpido. El Consejo General de Dentistas encarga la redacción de un Código de Ética a Cervera, Caballero y a Domínguez Villagrás, acorde a la época. La obra creada por Cervera recogía el siguiente articulado:

- Servir siempre los intereses y la cultura y la Salud Pública.
- Fomentar la divulgación de la higiene dental.
- Estudiar la Odontología constantemente.
- Acrecentar el prestigio profesional.
- Aconsejar siempre desinteresadamente al cliente.
- No engañar al cliente en lo que no se pueda cumplir.
- Si se vive en las alturas de la profesión, no invadir el campo de los modestos.
- Proteger a los compañeros necesitados.

²⁴⁴ España. Real Decreto 2828/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Odontólogos y Estomatólogos y de su Consejo General. Artículo 45.5.

²⁴⁵ LERMA, S. *Historia de la Odontología*, Buenos Aires, 1974.

- No desprestigiar al compañero.
- Cumplir los acuerdos de la mayoría.

El Consejo aprobó el texto, acordando que figurase como apéndice de los Estatutos²⁴⁶.

En la actualidad, se encuentra vigente en nuestro país el Código Español de Ética y Deontología Dental, que fue aprobado por mayoría en la Asamblea del Ilustre Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España, celebrada los días 14 y 15 de Junio de 2012, por Acuerdo AA06/2012, el cual modifica el aprobado por dicha Asamblea en su sesión de los días 9 y 10 de Julio de 1999, mediante Acuerdo AA17/99 (modificado, a su vez, en la Asamblea de 9 y 10 de Junio de 2000, por los Acuerdos AA07/2000 y AA13/2000), y constituye la versión vigente desde esta fecha hasta la del presente estudio²⁴⁷. Dicho Código se compone de noventa y cuatro artículos que se estructuran en seis títulos, que acogen una suma de veinte capítulos.

A grandes rasgos, los seis títulos versan sobre las siguientes materias:

- El Título I, como introductorio del Código, describe aquellos conceptos y principios básicos necesarios para la correcta interpretación del texto. Al ser una parte básica del texto, y necesaria para la interpretación del resto, se somete a un estudio más exhaustivo.

Se define al Código de Ética y Deontología Dental Español como aquel texto que integra los valores morales, normas éticas y principios deontológicos que deben inspirar, guiar y precisar la conducta profesional del dentista. Para ello, la Organización colegial son objetivos prioritarios y fundamento básico de su atribución social el respeto, promoción, y desarrollo de la Ética y Deontología profesional, por lo que proveerá con atención preferente las acciones pertinentes en

²⁴⁶ GONZÁLEZ IGLESIAS, J. *Historia de la Odontoestomatología Española*, Ed. Avances, Madrid, 1994.

²⁴⁷ <http://www.consejodentistas.es/pdf/formularios/codigo.pdf> [Consultado el 30/10/2016]

orden a favorecer el conocimiento de este Código, obligándose a velar por su cumplimiento.

El Código obliga a todos los dentistas en el ejercicio de su profesión, cualquiera que sea la modalidad en que la practiquen e independientemente de su ideología social, religiosa, política o cualquier otra condición que pueda interferir en la calidad de su actuación profesional. Dicho profesional está sujeto a responsabilidad disciplinaria interna de carácter corporativo-colegial. Dicha responsabilidad está basada en los preceptos ético-deontológicos y legales que vertebran el ejercicio profesional del dentista y amparada por los Estatutos de los Odontólogos y Estomatólogos y de su Consejo General, por lo que el incumplimiento de los preceptos imperativos a que éste Código obliga constituye falta disciplinaria tipificada en los Estatutos de los Odontólogos y Estomatólogos y de su Consejo General, cuya corrección se hará a través del procedimiento establecido en los citados Estatutos, en los específicos de cada Colegio y demás normativa de desarrollo.

En él se definen dos términos importantes como son, por un lado, el "acto clínico" que se entiende como tal en el ámbito de las competencias del dentista, toda actividad lícita, desarrollada por un profesional dentista, legítimamente capacitado, sea en su aspecto asistencial, docente, investigador, pericial u otros, orientado a la curación de una enfermedad, al alivio de un padecimiento o a la promoción integral de la salud en el ámbito del aparato estomatognático. Se incluyen actos diagnósticos, terapéuticos o de alivio del sufrimiento, así como la preservación y promoción de la salud, por medios directos e indirectos, y por otro lado, el "dentista" como principal agente de la preservación de la salud oral, debe velar por la calidad y la eficiencia de su práctica, principal instrumento para la promoción, defensa y restablecimiento de la salud.

Para todos los dentistas a lo largo de su vida profesión la formación continuada es un deber ético, un derecho y una

responsabilidad. Además, el dentista ha de ser consciente de sus deberes profesionales para con la comunidad. Está obligado a procurar la mayor eficacia de su trabajo y el rendimiento óptimo de los medios que la sociedad pone a su disposición.

El dentista debe atender con la misma probidad y diligencia a todos los pacientes, independientemente de su condición individual, sin distinción por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, naturaleza del problema de salud o cualquier otra situación o circunstancia personal o social, siendo la principal lealtad del dentista la que debe a su paciente, y tanto la salud general como la salud bucodental de éste, deben anteponerse a cualquier otra conveniencia. Por consiguiente, el dentista, en el ejercicio de su profesión, dará preferencia a los intereses del enfermo sobre cualesquiera otros, incluidos los propios por lo que el dentista se abstendrá de toda conducta perjudicial hacia la vida y la salud de los pacientes, atendiéndole conforme al conocimiento científico del momento y situación.

Por lo tanto, son deberes primordiales del dentista, dado que su vocación consiste en defender la salud y aliviar el sufrimiento de sus pacientes, dentro del ámbito odontológico, mediante un ejercicio profesional fundamentalmente humanitario, con la siguiente triada: en primer lugar, el respeto a la vida y a la dignidad de las personas; en segundo lugar, el cuidado preventivo, terapéutico y/o paliativo de la salud estomatognática de los seres humanos; y finalmente, la promoción y protección de la salud dental de la comunidad.

- En segundo lugar está ubicado el Título II, que trata sobre el ejercicio profesional del dentista, en la que trata de asuntos tan variados como la atención del paciente, la historia clínica, la información del paciente, el secreto profesional, la calidad en la asistencia, las condiciones del ejercicio y los honorarios.

- El Título III, con el nombre "*Actitud profesional*", tiene cuatro grandes apartados que versan sobre la imagen y dignidad

profesional, la publicidad, la peritación y la dimensión social del dentista.

- Las relaciones profesionales y para profesionales es materia tratada en el Título IV. Más específicamente, sobre las relaciones entre compañeros, con otros profesionales sanitarios, con la organización Colegial y con otras instituciones.

- El penúltimo Título, el V, titulado "*De la investigación y las publicaciones profesionales*", desarrolla ambos conceptos de manera individual.

- Y finalmente, como cláusula de cierre del Código, se ubica el Título VI, del Código de Ética y Deontología y la Organización Colegial, que trata sobre la responsabilidad de la Organización Colegial en materia de Ética y Deontología, sobre la/s futura/s actualización/es del Código de Ética y Deontología, y sobre las dudas y litigios de carácter ético-deontológico que se puedan presentar.

4.3. COMPONENTES JURÍDICO-PENALES

1. Legislación

Se describen, de manera sucinta, las dos primeras normas de forma independiente para, posteriormente, enlazar ambas y llegar a unos criterios normativos unánimes de ambos textos legales. Tras ello, se analiza la tercera, la ley de ordenación de las profesiones sanitarias, que enumera a todas las profesiones relacionadas con el sector dental.

1.1 Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental²⁴⁸.

El fundamento de esta ley fue la creación y estructuración de las profesiones sanitarias de Odontólogo, Protésico e Higienista dental, con la finalidad de hacer posible y efectiva la atención en materia de salud dental a toda la población. Uno de los principales problemas a la hora de acometer la necesaria reestructuración en materia de salud dental era el déficit de profesionales existentes en la época, ya que hay que remontarse a la década de los 80. En el preámbulo de la ley se asegura que el primer paso necesario es el de la formación de un grupo de profesionales más amplio y diferenciado de los que existen en la fecha de publicación de la ley, cuyos índices en relación con la población coloca al Estado español en posiciones muy desfavorables, es decir, en uno de los lugares más bajos de los países comunitarios.

En una Odontología donde los tratamientos estrella son las extracciones, se determina la importancia de las medidas preventivas de promoción de la salud y de educación sanitaria de

²⁴⁸ España. Boletín Oficial del Estado, nº 68. 20 de marzo de 1986. Páginas 10562-10563.

la población en esta materia, por lo que se estima la conveniencia de contar con Higienistas dentales que, con una Formación Profesional de Segundo Grado, puedan alcanzar de forma efectiva a toda la población y, especialmente, a la población infantil, escolar y de la tercera edad. Sus funciones preventivas y de examen de salud dental se completan con aquellas otras asistenciales que puedan realizar como auxiliares, ayudantes y colaboradores de los facultativos médicos estomatólogos y odontólogos. Estas funciones serán desarrolladas más adelante tanto en esta ley como en su real decreto de desarrollo²⁴⁹.

Otra profesión que requería una regulación, una configuración y un desarrollo era la profesión de Protésico dental (mal denominada vulgarmente como "*mecánico dental*" o "*mecánico dentista*"), con una Formación Profesional de Segundo Grado, y que responde a la conveniencia de tener debidamente configuradas sus actividades dentro del ámbito sanitario, con plenitud de funciones y responsabilidades en cuanto al material, elaboración y adaptación de acuerdo con las indicaciones de los dentistas de esa época: los ya establecidos Médicos especialistas en Estomatología, es decir y abreviando, los Estomatólogos, junto con los recién devueltos a la profesión, los Odontólogos, ya que se trataba de una profesión que ya existía a principios del siglo XX.

Por ello, el restablecimiento de la profesión de Odontólogos responde a una necesidad sanitaria y social de hacer real y efectiva la prevención, atención y rehabilitación en materia de salud dental. Su titulación universitaria, con los cursos de formación general y las correspondientes prácticas, de acuerdo con los criterios vigentes en los países de la Comunidad Económica Europea, completa el conjunto profesional en esta materia y se corresponde con la situación existente en los países de similar nivel de desarrollo. Hay que recordar que

²⁴⁹ España. Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental. Artículo 3., España. Real Decreto Legislativo 1594/1994, de 15 de julio, por el que se desarrolla lo previsto en la Ley 10/1986, que regula la profesión de Odontólogo, Protésico e Higienista dental. Artículos 10 y 11.

España entró en el año 1986, junto con Portugal, en la Comunidad Económica Europea²⁵⁰.

No obstante, las especialidades médicas, tanto en Estomatología como en Cirugía Maxilo-Facial, continuarían siendo el máximo nivel médico especializado en este campo de salud, y verán completadas sus posibilidades efectivas de actuación con la colaboración e integración de los odontólogos, los higienistas dentales y los protésicos dentales. Por otra parte, la Ley posibilita la reordenación de los recursos humanos actualmente existentes en el sector sanitario, facilitando al Gobierno para que mediante los programas educativos oportunos se puedan dirigir un número de Licenciados en Medicina y Cirugía sin especialidad, actualmente en subempleo o en paro, hacia la nueva profesión de Odontólogo.

El desarrollo de todas estas profesiones sanitarias ha de cumplir las exigencias de calidad y nivel formativo acordes con los actuales conocimientos técnicos y científicos, con las necesidades sanitarias y asistenciales de la población, y con los requisitos de homologación internacionalmente admitidos, especialmente, los derivados de las directrices comunitarias en esta materia:

- Directiva sobre reconocimiento recíproco de los diplomas, certificados y otros títulos de odontólogo, que contiene además medidas destinadas a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios²⁵¹,

- Directiva sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas a las actividades de los odontólogos²⁵²,

- Decisión del Consejo sobre la creación de un comité consultivo para la formación de los dentistas²⁵³,

²⁵⁰ España. Instrumento de Ratificación del Tratado hecho en Lisboa y Madrid el día 12 de junio de 1985, relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica. Publicado en: «BOE» núm. 1, de 1 de enero de 1986, páginas 3 a 687

²⁵¹ Comunidad Económica Europea. Directiva 78/686/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978.

²⁵² Comunidad Económica Europea. Directiva 78/687/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978.

- Directiva por la que se completan las Directivas 75/362/CEE, 77/452/CEE, 78/686/CEE y 78/1026/CEE, referentes al reconocimiento mutuo de los diplomas, certificados y otros títulos de médico, enfermero responsable de cuidados generales, de odontólogo y de veterinario respectivamente, en lo que se refiere a los derechos adquiridos²⁵⁴.

- y concordantes.

Con la promulgación de esta ley se verá cumplida la necesaria armonización que en este campo impone nuestra entrada en la Comunidad Económica Europea, como se describe detenidamente en la ley, cuando dice que la titulación, los planes de estudio, el régimen de formación y la especialización de los Odontólogos se acomodarán a los contenidos, niveles y directrices establecidos en las normas de la Comunidad Económica Europea²⁵⁵, satisfaciendo, al mismo tiempo, las exigencias de rango formal previstas en la Constitución ya que es imperativo que sea una ley la que regule las peculiaridades propias del ejercicio de las profesiones tituladas²⁵⁶.

Esta ley describe de manera muy sucinta la definición y funciones básicas de cada una de las tres profesiones (los odontólogos, los higienistas dentales y los protésicos dentales), haciendo determinadas alusiones a las especialidades médicas relacionadas, tanto en Estomatología como en Cirugía Maxilo-Facial.

Para ejercer la profesión de dentista, se rescata el título de Odontólogo para el que se exigirá el título universitario de Licenciado en Odontología. Dicho título lo estableció el Gobierno, a propuesta del Consejo de Universidades. Se estableció en el mismo año 1986, que lo define a grandes

²⁵³ Comunidad Económica Europea. Directiva 78/688/CEE, del Consejo, de 25 de julio de 1978.

²⁵⁴ Comunidad Económica Europea. Directiva 81/1057/CEE, del Consejo, de 14 de diciembre de 1981.

²⁵⁵ España. Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental. Artículo 1.4.

²⁵⁶ España. Constitución Española de 1978. Artículo 36.

rasgos²⁵⁷ y es derogado por un real decreto mucho más desarrollado, que describe los siguientes parámetros:

- Los planes de estudios deberán articularse como enseñanzas de primero y segundo ciclo, con una duración de dos y tres años respectivamente y determinarán, en créditos, la carga lectiva global que en ningún caso será inferior a 300 créditos.

- La carga lectiva establecida en el plan de estudios oscilará entre veinte y treinta horas semanales, incluidas las enseñanzas prácticas. En ningún caso, la carga lectiva de la enseñanza teórica superará las quince horas semanales.

- Se relacionan las materias troncales de obligatoria inclusión en todos los planes de estudios conducentes a la obtención del título oficial de Licenciado en Odontología, con una breve descripción de sus contenidos, los créditos que deben corresponder a la enseñanza teórica y práctica, así como la vinculación de las mismas a una o más áreas de conocimiento²⁵⁸.

Siguiendo la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental, los odontólogos tienen capacidad profesional para realizar el conjunto de actividades de prevención, diagnóstico y de tratamiento relativas a las anomalías y enfermedades de los dientes, de la boca, de los maxilares y de los tejidos anejos, y para ello podrán prescribir los medicamentos, prótesis y productos sanitarios correspondientes al ámbito de su ejercicio profesional.

En segundo lugar de descripción normativa, se encuentra la profesión de Protésico dental, con el correspondiente título de Formación Profesional de Segundo Grado, cuyo ámbito de actuación se extiende al diseño, preparación, elaboración, fabricación y reparación de prótesis dentales, mediante la utilización de los productos, materiales, técnicas y procedimientos conforme a las

²⁵⁷ España. Real Decreto 970/1986, de 11 de abril, por el que se establece el título oficial de Licenciado en Odontología y las directrices generales de los correspondientes planes de estudio.

²⁵⁸ España. Real Decreto 1418/1990, de 26 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 970/1986, de 11 de abril, por el que se establece el título universitario oficial de Licenciado en Odontología y las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquél.

indicaciones y prescripciones de los Médicos Estomatólogos u Odontólogos.

Para ello, estos profesionales tendrán plena capacidad y responsabilidad respecto de las prótesis que elaboren o suministren y de los centros, instalaciones o laboratorios correspondientes. Por lo tanto, los laboratorios de prótesis dentales deberán ser dirigidos autónomamente por los protésicos.

Y en tercer lugar, se crea la profesión de Higienista dental que, con el correspondiente título de Formación Profesional de Segundo Grado, tendrá como atribuciones, en el campo de la promoción de la salud y la educación sanitaria bucodental, la recogida de datos, la realización de exámenes de salud y el consejo de medidas higiénicas y preventivas, individuales o colectivas. Colaborarán también en estudios epidemiológicos. Podrán, asimismo, realizar determinadas funciones técnico-asistenciales como ayudantes y colaboradores de los facultativos médicos y odontólogos.

Como se señalaba con anterioridad, la única disposición adicional que presenta la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental, detalla que en ningún modo limita la capacidad profesional de los Médicos y, concretamente, de los especialistas en Estomatología y Cirugía Maxilo-Facial, que seguirán ejerciendo las mismas funciones que desarrollan actualmente, además de las señaladas para los odontólogos en esta Ley. Es por ello, que un tratamiento dental como una endodoncia, que se incluye dentro de la definición de las funciones del Odontólogo (*"Los Odontólogos tienen capacidad profesional para realizar el conjunto de actividades de prevención, diagnóstico y de tratamiento relativas a las anomalías y enfermedades de los dientes, de la boca, de los maxilares y de los tejidos anejos"*), podría, legalmente, ser ejecutada por un Médico especialista en Estomatología, como es obvio, pero también por un Médico especialista en Cirugía Maxilo-Facial, cosa que no tiene tanta lógica, ya que éstos especialistas no están formados para ello. Su campo de

actuación, según el apartado 2 del Anexo de la norma que aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Cirugía Oral y Maxilofacial, es la que se ocupa de la prevención, estudio, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la patología de la boca, cara y territorio craneofacial, así como de los órganos y estructuras cervicales relacionadas directa o indirectamente con las mismas.

El campo de acción parte de la concepción integral de este conjunto orgánico interrelacionado, sustentado sobre rigurosos criterios embriológicos y anatomofuncionales, es por lo que debe entenderse que la actuación y responsabilidad profesional es absoluta, tanto con respecto a terapéuticas médicas específicas como en relación al empleo de técnicas quirúrgicas. De acuerdo con la diversa patología que puede encontrarse a este nivel regional, el espectro de la especialidad, de acuerdo con las guías europeas, incluye, fundamentalmente, los siguientes ámbitos:

- a) Tratamiento del dolor y de la ansiedad.
- b) Cirugía dentoalveolar y periodontología.
- c) Tratamiento de las infecciones que involucran los huesos y tejidos blandos de la cabeza y el cuello.
- d) Traumatismos cráneo-maxilofaciales (partes óseas y tejidos blandos), tanto agudos como secuelas.
- e) Patología oral- Medicina oral.
- f) Cirugía preprotésica e implantología.
- g) Tratamiento quirúrgico y no quirúrgico de las afecciones de la articulación témporo-mandibular.
- h) Cirugía oncológica de cabeza y cuello, incluyendo cirugía cervical.
- i) Tratamiento de los tumores benignos y malignos de las glándulas salivales.

j) Cirugía reconstructiva de cabeza y cuello, incluyendo disección de colgajos de tejidos blandos y óseos.

j) Técnicas microquirúrgicas.

k) Cirugía ortognática-ortopédica facial.

l) Cirugía plástica, estética y reparadora cervico-facial.

m) Tratamiento de las malformaciones congénitas faciales que incluyen a su vez las fisuras labio-palatinas.

ñ) Cirugía craneofacial²⁵⁹.

Es por ello que a esta disposición adicional se le añade en el año 2013 un párrafo cuya literalidad es la siguiente: *“Lo previsto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de que los Médicos Especialistas en Cirugía Oral y Maxilofacial realicen actividades correspondientes a su especialidad en el ámbito de la cavidad oral, siempre que no ejerzan la profesión de dentista.”*. Por lo tanto, a partir de la fecha que entró en vigor este párrafo²⁶⁰, los Médicos especialistas en Cirugía Oral y Maxilofacial no pueden ejercer como dentistas ejecutando actos propios de la profesión. Este párrafo fue incluido por trasposición de una Directiva de armonización de la Unión Europea²⁶¹.

Este párrafo no se añade en su análoga disposición segunda del Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio, por el que se desarrolla lo previsto en la Ley 10/1986, que regula la profesión de Odontólogo, Protésico e Higienista dental: el motivo es el principio de jerarquía normativa que garantiza la

²⁵⁹ España. Orden SCO/2753/2007, de 4 de septiembre, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Cirugía Oral y Maxilofacial. Boletín Oficial del Estado nº 230, de 25 de septiembre de 2007.

²⁶⁰ A partir del 26 de julio de 2013.

²⁶¹ España. Ley 10/2013, de 24 de julio, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, sobre farmacovigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, y se modifica la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios («B.O.E.» 25 julio). Disposición adicional redactada por la disposición final séptima.

Constitución Española²⁶², ya que carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior²⁶³. Como la Ley 10/1986 es de rango superior al Real Decreto 1594/1994, por economía legislativa, es suficiente la adicción del párrafo limitativo de las funciones de los Médicos especialistas en Cirugía Oral y Maxilofacial en la ley, aunque se debería haber trasladado también al real decreto por motivos de claridad normativa. La doctrina científica, al hablar sobre el deber general de cumplimiento de las normas, y más específicamente, de la ignorancia de la ley, deja claro que las normas no las crean los órganos con ánimo pedagógico²⁶⁴, por lo que son necesarios conocimientos jurídicos para la interpretación conjunta del ordenamiento jurídico para entender que ese párrafo añadido que aparece en la Ley 10/1986, se supone que está presente en el Real Decreto 1594/1994 por el principio de jerarquía. Ello choca con Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa²⁶⁵, que en el apartado 101 del Anexo declara:

"101. Lenguaje claro y preciso, de nivel culto, pero accesible. El destinatario de las normas jurídicas es el ciudadano. Por ello deben redactarse en un nivel de lengua culto, pero accesible para el ciudadano medio, de manera clara, precisa y sencilla. Se utilizará un repertorio léxico común, nunca vulgar, y se recurrirá, cuando proceda, al empleo de términos técnicos dotados de significado propio; en ese caso, se añadirán descripciones que los aclaren y se utilizarán en todo el documento con igual sentido (...)".

Finalmente, esta ley en su disposición final segunda, indica que corresponderá al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Sanidad y Consumo desarrollar, en cuanto sea preciso, lo dispuesto en el articulado de la presente Ley y definir los requisitos básicos y mínimos correspondientes a los Centros, Servicios y Establecimientos de salud dental y a las relaciones entre las distintas profesiones de este ámbito sanitario, en

²⁶² España. Constitución Española de 1978. Artículo 9.3.

²⁶³ España. Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último. Artículo 1.2.

²⁶⁴ LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho Civil I. Parte general y derecho de la persona*, Ed. Marcial Pons, Ed. 21ª, Madrid, 2015, pág. 104.

²⁶⁵ España. Boletín Oficial del Estado nº 180, de 29 de Julio de 2005, págs. 26878-26890.

tanto afecten a los usuarios de dichos Servicios y al coste de los mismos. Dicha reglamentación se produce con la promulgación del Real Decreto 1594/1994, que regula la profesión de Odontólogo, Protésico e Higienista dental, que es analizado a continuación.

1.2 Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio, por el que se desarrolla lo previsto en la Ley 10/1986, que regula la profesión de Odontólogo, Protésico e Higienista dental²⁶⁶.

Como se ha desarrollado en el epígrafe anterior, la creación y estructuración de las profesiones sanitarias de Odontólogo, Protésico dental e Higienista dental fue regulada mediante la Ley 10/1986, de 17 de marzo, con el propósito de hacer posible y efectiva la atención en materia de salud dental a toda la población mediante la formación de un grupo de profesionales más amplio y diferenciado.

A este fin, la Ley regula dichas profesiones, así como sus cometidos principales, capacidades y responsabilidades, y como se ha expuesto con anterioridad, se habilita al Gobierno (en la disposición final segunda), para definir los requisitos básicos y mínimos correspondientes a los centros, servicios y establecimientos de salud dental, y a las relaciones entre las distintas profesiones de este ámbito sanitario, en tanto afecten a los usuarios de dichos servicios y al coste de los mismos.

En desarrollo de dichas previsiones legales, se procede, en primer lugar, fijar el contenido funcional de las profesiones vinculadas a los correspondientes títulos académicos habilitantes y, en segundo lugar, cómo determinar los requisitos sanitarios mínimos de los centros, servicios y establecimientos de salud dental, en conexión con el imperativo descrito en la Ley General de Sanidad cuando indica que la Administración del Estado, sin menoscabo de las competencias de las Comunidades

²⁶⁶ España. Boletín Oficial del Estado, nº 215. 8 de septiembre de 1994. Págs. 28045-28047.

Autónomas, desarrollará la determinación con carácter general de las condiciones y requisitos técnicos mínimos para la aprobación y homologación de las instalaciones y equipos de los centros y servicios²⁶⁷. En consecuencia, este Real Decreto se dicta al amparo de las competencias exclusivas determinadas para el Estado como es la sanidad exterior, y las bases y coordinación general de la sanidad, además de la legislación sobre productos farmacéuticos²⁶⁸ y regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales, y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución (el derecho a la educación), a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia²⁶⁹.

En la redacción de este real decreto, en cuya tramitación se han oído a las corporaciones y asociaciones afectadas, se ha ajustado a la normativa fijada en materia de formación profesional por la ley educativa de la época, abreviada como LOGSE²⁷⁰, en cuanto a la titulación requerida para ejercer como protésico dental e higienista dental. La citada reforma educativa para higienistas dentales y Protésicos dentales ha permitido establecer una mayor definición en sus perfiles profesionales y, en el caso de los higienistas dentales, diferenciarlo mejor de los auxiliares de Clínica.

Por otro lado, los requisitos técnicos y funcionales que se establecen, sin menoscabo de las competencias de las Comunidades Autónomas, han de tener el carácter de normas básicas, a tenor de lo dispuesto anteriormente en los artículos 149.1.16.^a de la Constitución Española y el 40.7 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

El articulado del Real Decreto desarrolla en el mismo orden las profesiones descritas en la Ley 10/1986, que regula la

²⁶⁷ España. Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Artículo. 40.7.

²⁶⁸ España. Constitución Española de 1978. Artículos 149.1.16^a y 30^a.

²⁶⁹ España. Constitución Española de 1978. Artículo. 149.1.30^a.

²⁷⁰ España. Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo.

profesión de Odontólogo, Protésico e Higienista dental, y el orden descrito en el título de la ley.

En primer lugar nos encontramos al odontólogo, en la que reitera lo descrito como básico en la Ley, al decir que *"está capacitado para realizar el conjunto de actividades de prevención, diagnóstico y tratamiento relativas a las anomalías y enfermedades de los dientes, de la boca, de los maxilares y de sus tejidos anejos, tanto sobre individuos aislados como de forma comunitaria. Asimismo estarán capacitados para prescribir los medicamentos, prótesis y productos sanitarios correspondientes al ámbito de su ejercicio profesional"*.

En cuanto a las prescripciones o indicaciones que se refieran a prótesis o aparatología, la norma lo desarrolla indicando que deberán incluir de forma clara las características del tipo de prótesis o aparato, o la reparación o modificación requerida, con inclusión del nombre del facultativo, dirección, localidad donde ejerce su actividad, número de colegiado, fecha de la prescripción y firma.

Indica que las prescripciones de medicamentos o productos sanitarios deberán cumplir los requisitos especificados:

- en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento,
- en el Real Decreto 1910/1984, de 26 de septiembre, que regula las características de la receta médica,
- y en las normas reguladoras de las dispensaciones que deban ser efectuadas con cargo a la Seguridad Social, en su caso.

Las primeras dos normas, en vigor en el momento de la promulgación del Real Decreto, están actualmente derogadas.

En el primer caso, la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, indicaba que el ejercicio clínico de la Medicina, Odontología y de la Veterinaria será incompatible con cualquier clase de intereses económicos directos derivados de la fabricación, elaboración y comercialización de los medicamentos

y productos sanitarios²⁷¹ que ha sido objeto y apoyo de determinados intrusos.

La entrada en vigor a partir del 28 de julio de 2006, de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, ha derogado la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, legisla con la misma frase, sobre la incompatibilidad del ejercicio de la Odontología con cualquier clase de intereses económicos directos derivados de la fabricación, elaboración, distribución y comercialización de los medicamentos y de los productos sanitarios²⁷², sancionando su incumplimiento como infracciones administrativas, describiéndose en el mismo cuerpo legal²⁷³. Es de vital importancia la inclusión, como disposición adicional decimotercera el siguiente texto:

“La colocación o puesta en servicio de productos sanitarios a medida por un facultativo, en el ejercicio de sus atribuciones profesionales, no tendrá la consideración de dispensación, comercialización, venta, distribución, suministro o puesta en el mercado de los mismos, a los efectos de los artículos 3.1 y 101. En todo caso, el facultativo deberá separar sus honorarios de los costes de fabricación”²⁷⁴.

Este texto fue clave para desechar la intención de determinados intrusos que denunciaban el mercantilismo por parte de los dentistas cuando éste colocaba una prótesis dental. A partir del 26 de julio de 2013, el texto sufre una leve modificación, pasando a ser literalmente el siguiente:

“La colocación o entrega de productos sanitarios a medida por un facultativo, en el ejercicio de sus atribuciones profesionales, no tendrá la consideración de dispensación, comercialización, venta, distribución, suministro o puesta en el mercado de los mismos, a los

²⁷¹ España. Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento. Artículo 4.1.

²⁷² España. Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Artículo 3.1.

²⁷³ España. Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Artículo 101.bis y 102.

²⁷⁴ España. Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Disposición adicional decimotercera originaria.

efectos de los artículos 3.1 y 101. En todo caso, el facultativo deberá separar sus honorarios de los costes de fabricación”.

Se cambia el término “puesta en servicio” por “entrega” delante “de productos sanitarios a medida por un facultativo” por imperativo de una transposición de una Directiva europea²⁷⁵.

Y por último, la entrada en vigor el 25/07/2015 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios²⁷⁶, que modifica la ubicación numérica de la materia: la incompatibilidad se localiza en el artículo 4.1 y las infracciones en el artículo 111, reflejándose la excepción de las prótesis dentales en la disposición adicional duodécima, con la misma literalidad que la disposición adicional decimotercera de la recién derogada Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios :

“La colocación o entrega de productos sanitarios a medida por un facultativo, en el ejercicio de sus atribuciones profesionales, no tendrá la consideración de dispensación, comercialización, venta, distribución, suministro o puesta en el mercado de los mismos, a los efectos de los artículos 4.1 y 111. En todo caso, el facultativo deberá separar sus honorarios de los costes de fabricación”.

En el segundo caso, el Real Decreto 1910/1984, de 26 de septiembre, que regula las características de la receta médica, que estuvo vigente hasta el 21 de Enero de 2011, con la entrada en vigor del Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación, que será de aplicación en la actuación de los profesionales sanitarios autorizados, en el ejercicio de sus funciones, en el ámbito de la asistencia

²⁷⁵ España. Ley 10/2013, de 24 de julio, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, sobre farmacovigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, y se modifica la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios («B.O.E.» 25 julio). Apartado sesenta y siete del artículo único.

²⁷⁶ España. Boletín Oficial del Estado nº 177, de 25 de julio de 2015, págs. 62935-63030.

sanitaria y atención farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, así como de las demás entidades, consultas médicas, establecimientos o servicios sanitarios similares públicos o privados, así como centros sociosanitarios y penitenciarios, sin perjuicio de las peculiaridades que, en su caso, proceda establecer²⁷⁷.

Volviendo al Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio, se definen a las consultas dentales como aquel espacio físico destinado únicamente al desarrollo de las funciones y prescripciones de los dentistas, y deberán cumplir, además de los requisitos adicionales establecidos por las comunidades autónomas para obtener la autorización de apertura, los siguientes:

- Una sala de espera con espacio y con instalaciones suficientes para asegurar al paciente una eventual espera previa con un grado de comodidad adecuado.

- Una consulta dotada con equipamiento apropiado para los tipos de tratamiento que allí se realicen, encaminados a conseguir un grado razonable de eficiencia bucodental.

- Un equipamiento y unas instalaciones necesarias para garantizar un adecuado nivel de higiene y la esterilización sistemática del material que lo precise, utilizando medios eficaces para evitar la contaminación por agentes productores de enfermedades transmisibles, con el fin de salvaguardar la salud general.

- Unas condiciones de trabajo adecuadas para evitar riesgos al paciente y al personal, especialmente en el uso de radiaciones ionizantes, y en la manipulación y almacenamiento de sustancias potencialmente tóxicas o irritantes.

- Y deberán cumplir lo dispuesto en la normativa vigente en materia de higiene y seguridad en el trabajo.

²⁷⁷ España. Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación. Artículo 2.1.

Respecto a los requisitos adicionales establecidos por las Comunidades Autónomas, en el caso específico de Andalucía, se establece en la norma el procedimiento para la solicitud de la autorización sanitaria de instalación y, una vez obtenida ésta, la autorización sanitaria de funcionamiento²⁷⁸. Para ello, es necesario la cumplimentación de un cuestionario de garantía de adaptación y adecuación del proyecto, previsto en el artículo 10.2.c) del Decreto 69/2008, de 26 de febrero²⁷⁹, además de ser necesarios otros requisitos adicionales sobre urbanismo y accesibilidad²⁸⁰.

Existe una normativa autonómica específica que establece las condiciones y requisitos técnicos que deben cumplir las consultas y clínicas dentales, y los laboratorios de prótesis dental, tanto públicos como privados, ubicados en el territorio de la comunidad autónoma andaluza, para su instalación y funcionamiento²⁸¹. En su articulado se definen, y a la vez se diferencian, las clínicas dentales de los laboratorios de prótesis dental:

- mientras que la "consulta o clínica dental" es el establecimiento sanitario, cualquiera que sea su denominación, destinado a la realización del conjunto de actividades profesionales encaminadas a la promoción de la salud bucodental y a la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de anomalías y enfermedades de los dientes, de la boca, de los maxilares y de los tejidos anejos,

²⁷⁸ Andalucía. Decreto 69/2008, de 26 de febrero, por el que se establecen los procedimientos de las Autorizaciones Sanitarias y se crea el Registro Andaluz de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios.

²⁷⁹ Andalucía. Orden de 11 de febrero de 2009, por la que se publica el modelo de formulario del cuestionario de garantía de adaptación y adecuación del proyecto, previsto en el art. 10.2.c) del Decreto 69/2008, de 26 de febrero, por el que se establecen los procedimientos de las Autorizaciones Sanitarias y se crea el Registro Andaluz de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios.

²⁸⁰ Andalucía. Decreto 293/2009, de 7 de julio, por el que se aprueba el reglamento que regula las normas para la accesibilidad en las infraestructuras, el urbanismo, la edificación y el transporte en Andalucía.

²⁸¹ Andalucía. Decreto 416/1994, de 25 de octubre, por el que se establecen las condiciones y requisitos técnicos de instalación y funcionamiento de las consultas y clínicas dentales y laboratorios de prótesis dental.

- el "laboratorio de prótesis dental" es el establecimiento dedicado a diseñar, preparar, elaborar, fabricar y reparar las prótesis y aparatos dentofaciales.

La citada norma describe, de manera detallada, en su Anexo I las características establecidas para la instalación de una clínica dental; en su Anexo II, el equipamiento mínimo establecido en la clínica dental y, en el Anexo III, todo sobre espacios y equipamiento de los laboratorios de prótesis dental.

El Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio, es muy claro en cuanto declara que las clínicas o consultas dentales estarán necesariamente organizadas, gestionadas y atendidas, de una manera directa y personal, por un odontólogo o un médico especialista en Estomatología. Esta triada de acciones (organizadas, gestionadas y atendidas) no implica que la titularidad o propiedad también deba recaer sobre tales profesionales, por lo que es muy habitual que clínicas (y macroclínicas y/o franquicias) sean de propiedad ajena a un dentista.

Tal norma obliga a las citadas clínicas a disponer de un fichero de pacientes en las que se conserve su historia clínica (incluidas sus radiografías, en el caso de que existan) que deberá conservarse, al menos, durante cinco años tras la finalización del último tratamiento, y es por ello que la historia clínica tendrá como fin principal facilitar la asistencia sanitaria, dejando constancia de todos aquellos datos que, bajo criterio médico, permitan el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud. Por ello, incorporará la información que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente. Todo paciente o usuario tiene derecho a que quede constancia, por escrito o en el soporte técnico más adecuado, de la información obtenida en todos sus procesos asistenciales, realizados por el servicio de salud tanto en el ámbito de atención primaria como

de atención especializada²⁸² y las clínicas dentales tienen la obligación de conservar la documentación clínica en condiciones que garanticen su correcto mantenimiento y seguridad, aunque no necesariamente sea en el soporte original, para la debida asistencia al paciente durante el tiempo adecuado a cada caso y, como mínimo, como se indica en el Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio, cinco años contados desde la fecha del alta de cada proceso asistencial²⁸³.

Es llamativo que una norma que se redactó para regular una serie de profesiones obligue al profesional, a solicitud del paciente, la elaboración de un presupuesto estimativo por escrito, detallando el tipo de tratamiento y los servicios a realizar, así como el coste de los mismos. Además, estará obligado a emitir la factura correspondiente y el informe de alta, a petición del paciente o una vez finalizado el tratamiento: son obligaciones tributarias que también estarán ubicadas en otros cuerpos legales. En el caso de tratamientos prostodónticos, en la factura el facultativo se deberá separar sus honorarios de los costes de fabricación, como se obliga en la legislación referente a los medicamentos y productos sanitarios descritos con anterioridad²⁸⁴.

En segundo lugar, define al Protésico dental como aquel titulado de formación profesional de grado superior que diseña, prepara, elabora, fabrica y repara las prótesis dentales, mediante la utilización de los productos, materiales, técnicas y procedimientos conforme a las indicaciones y prescripciones de los Médicos Estomatólogos u Odontólogos.

Para ello, estos profesionales están facultados para desarrollar el siguiente elenco de funciones en el estricto ámbito del laboratorio de prótesis:

²⁸² España. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Artículos 15.1 y 15.2.

²⁸³ España. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Artículo 17.1.

²⁸⁴ España. Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Disposición adicional decimotercera originaria.

- Positivado (o mejor dicho técnicamente, vaciado) de las impresiones tomadas por el odontólogo, el estomatólogo o el cirujano máxilo-facial.

- Diseño, preparación, elaboración y fabricación, sobre el modelo maestro, de las prótesis dentales o máxilo-faciales y de los aparatos de ortodoncia o dispositivos que sean solicitados por el odontólogo, el estomatólogo o el cirujano máxilo-facial, conforme a sus prescripciones e indicaciones. A este respecto podrán solicitar del facultativo cuantos datos e información estimen necesarios para su correcta confección.

- Reparación de las prótesis, dispositivos y aparatos de ortodoncia prescritos por el odontólogo, el estomatólogo o el cirujano máxilo-facial, según sus indicaciones.

Por la suma de todas estas funciones que se han descrito, los protésicos dentales tienen plena capacidad y responsabilidad, ante el profesional que lo prescribió (es decir, el odontólogo, el estomatólogo o el cirujano máxilo-facial), respecto a las prótesis y aparatos que elaboran en el ejercicio de su actividad profesional. No obstante, están exentos de cualquier tipo de responsabilidad por aquellas derivaciones achacables a las iniciales impresiones, a los posteriores registros buco-dentales y/o la posterior colocación de las prótesis en el paciente efectuadas por los facultativos citados.

Al igual que el dentista con respecto al paciente, los protésicos dentales están obligados a suministrar a los facultativos que lo soliciten un presupuesto previo a la realización del trabajo, y todos los datos sobre composición y características técnicas de los materiales empleados, así como a garantizar que se han respetado las especificaciones técnicas del fabricante durante la elaboración del producto. Para su cumplimiento, tendrán plena capacidad y responsabilidad respecto de los laboratorios que dirijan, estando obligados a llevar un fichero de los trabajos realizados y a conservar las fichas durante, al menos, cinco años tras la entrega de los trabajos,

es decir, el mismo periodo que las clínicas dentales tienen la obligación de conservar la documentación clínica (historia clínica) en condiciones que garanticen su correcto mantenimiento y seguridad²⁸⁵.

Es también motivo de regulación, al igual que las consultas o clínicas dentales, el laboratorio de prótesis dental, donde se desarrollará el ejercicio de la actividad profesional del Protésico dental, definiéndose como aquel establecimiento ubicado en un espacio físico inmueble dedicado únicamente a este fin, en el que podrá diseñar, fabricar, modificar y reparar las prótesis y aparatología mediante la utilización de los productos, materiales, técnicas y procedimientos adecuados.

Estos laboratorios podrán ser de distinta titularidad jurídica: bien privados, o bien encuadrados en instituciones públicas docentes o asistenciales, situándose en este caso anexos a los Servicios de Odonto-Estomatología y Cirugía Máxilo-Facial. En este caso, sí se cita la libertad de titularidad de los laboratorios dentales, pudiendo desarrollarla cualquier persona física o jurídica, pero siempre estarán necesariamente organizados, gestionados y dirigidos por protésicos dentales²⁸⁶.

En todo caso, tendiendo la titularidad que tenga, los laboratorios de prótesis deberán reunir los siguientes requisitos mínimos, y al igual que las clínicas dentales, los requisitos adicionales establecidos por las comunidades autónomas:

- El local donde se elabore, empaquete, almacene e inspeccione el producto contará con espacio suficiente para permitir las tareas de higiene y mantenimiento, tanto en las zonas destinadas a actividades productivas como en las reservadas para tareas administrativas. El diseño del espacio

²⁸⁵ España. Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio por el que se desarrolla la Ley 10/1986 de 17 marzo, por la que se regulan las profesiones de Odontólogo, Protésico Dental e Higienista Dental. Artículo 3., Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Artículo 17.1.

²⁸⁶ Frase similar a la usada en el artículo 3 del mismo cuerpo legal para los dentistas con respecto a las clínicas dentales: "(...) estarán necesariamente organizadas, gestionadas y atendidas, de una manera directa y personal."

físico delimitará de forma adecuada aquellos lugares destinados a tareas que, por sus características o por el tipo de materiales empleados, precisen una separación del resto de los procesos productivos.

- El personal en contacto o vecindad con materiales y productos elaborados deberá estar suficientemente equipado y con un nivel de higiene adecuado para no afectar al producto que se sirve. Cuando alguien no cumpliera tales requisitos y ello pudiera repercutir sobre el producto, el interesado deberá abstenerse de su manipulación hasta corregir la deficiencia.

- El medio ambiente del lugar de trabajo deberá ser adecuado para evitar la contaminación de materiales y productos. Las condiciones de producción y almacenamiento deberán garantizar que no provocan riesgos ambientales o al personal. El laboratorio deberá contar con los medios adecuados para evitar la contaminación por agentes productores de enfermedades transmisibles. Asimismo, el laboratorio deberá cumplir la normativa vigente en materia de seguridad e higiene en el trabajo.

Y en tercer lugar, se encuentra el desarrollo de la profesión de higienista dental, como titulado de formación profesional de grado superior que tiene como atribuciones, en el campo de promoción de la salud y la educación sanitaria bucodental, la recogida de datos, la realización de exámenes de salud, el consejo de medidas higiénicas y preventivas, individuales y colectivas, y la colaboración en estudios epidemiológicos, y podrán, asimismo, y como ayudantes y colaboradores de los Facultativos Médicos y Odontólogos, realizar las funciones técnico-asistenciales que se determinen.

Esta mezcla de funciones se sistematiza en tres grandes grupos que se estructura como un esquema en el artículo 11 del Real Decreto 1594/1994, que se recoge en su literalidad por la claridad de su exposición legislativa:

- En primer lugar, en materia de Salud Pública, podrán desarrollar las siguientes funciones:

- Recoger datos acerca del estado de la cavidad oral para su utilización clínica o epidemiológica.

- Practicar la educación sanitaria de forma individual o colectiva, instruyendo sobre la higiene buco-dental y las medidas de control dietético necesarias para la prevención de procesos patológicos buco-dentales.

- Controlar las medidas de prevención que los pacientes realicen.

- Realizar exámenes de salud buco-dental de la Comunidad.

- En segundo lugar, en materia técnico-asistencial, podrán desarrollar las siguientes funciones:

- Aplicar fluoruros tópicos en sus distintas formas.

- Colocar y retirar hilos retractores.

- Colocar selladores de fisuras con técnicas no invasivas.

- Realizar el pulido de obturaciones eliminando los eventuales excesos en las mismas.

- Colocar y retirar el dique de goma.

- Eliminar cálculos y tinciones dentales y realizar detartrajes y pulidos.

- Y en tercer y último lugar, desarrollarán las funciones señaladas como ayudantes y colaboradores de los facultativos médicos y odontólogos, pero citando de manera expresa aquellas funciones que son prohibidas, como son la prescripción de prótesis o tratamientos, la dosificación de medicamentos, la extensión de recetas, la aplicación de anestésicos y la realización de procedimientos operatorios o restauradores.

En cuanto a esta última función, a modo de "cajón de sastre", con la frase "desarrollarán las funciones señaladas

como ayudantes y colaboradores”, ha sido objeto de consulta interpretativa sobre su extensividad:

- en primer lugar, la primera y reciente a la entrada en vigor del Real Decreto 1594/1994, 15 de julio, la resolución emitida por la Abogacía del Estado a las consultas efectuadas por el Ilustre Consejo General de Colegios Oficiales de Odontólogos y Estomatólogos de España al Ministerio de Sanidad y Consumo sobre algunos artículos del desarrollo de la Ley 10/86 que se prestaban a confusión, de 11 de octubre de 1994²⁸⁷, en la cual se aclara que las funciones de los higienistas dentales, en materia técnico-asistencial del Real Decreto 1594/1994, 15 de julio, se realizarán exclusivamente como ayudantes y colaboradores de los estomatólogos y odontólogos, no realizando una interpretación extensiva a la mención “*facultativo médico*”, ya que el referido concepto es muy amplio, pues podría extenderse a cualquier profesional de la Medicina, fuera o no especialista en Estomatología.

- en segundo lugar, a nivel estatal por el ente que lo emite, la Declaración de los dentistas en relación con la actividad de los Higienistas Dentales, emitido por la Organización Colegial de la Odontología y la Estomatología Españolas en Madrid el 31 de enero de 2003²⁸⁸, donde se establece con claridad que los higienistas dentales no son profesionales sanitarios que puedan trabajar de manera autónoma sobre los pacientes, sino que deben actuar bajo la inmediata supervisión y dirección responsable de un facultativo, sea éste odontólogo o médico estomatólogo,

- en tercer lugar, a nivel de la comunidad autónoma andaluza, con los precedentes provinciales del Informe de la Asesoría Jurídica del Colegio de Sevilla del 09/02/2009 sobre Formación y competencias de las Auxiliares de Clínica²⁸⁹ y del Informe de la Asesoría Jurídica del Colegio de Málaga del

²⁸⁷ <http://www.dentistascadiz.com/Legislacion/AbogadoEstadoPDF.pdf> [Consultado el 30/10/2016]

²⁸⁸ <http://www.dentistascadiz.com/HigienistasConsejo2003.pdf> [Consultado el 30/10/2016]

²⁸⁹ <http://www.dentistascadiz.com/Legislacion/Asesor%C3%ADa%20Jur%C3%ADica%20Sevilla%20Auxiliares%20Truncado.pdf> [Consultado el 30/10/2016]

20/05/2010 sobre Formación y competencias de las Auxiliares de Clínica²⁹⁰, se desarrolla el Informe del Consejo Andaluz de Dentistas intitulado "Competencias profesionales de Higienistas Dentales y Auxiliares de Clínica", firmado en Cádiz el 5 de octubre de 2012²⁹¹, en su apartado QUINTO.iv, descarta que ni los higienistas dentales ni los auxiliares pueden realizar, ni con el consentimiento del dentista y ni con su presencia coetánea, tomar impresiones, colocar, ajustar o retirar prótesis o brackets, ya que su labor en el gabinete es la de auxiliar o ayudar, no la de intervenir en una o varias de sus fases.

- y en cuarto y último lugar, la consulta realizada por el doctorando, en el tercer día posterior a su ponencia en el XXIV Congreso Nacional de Higienistas Dentales con el título "*Responsabilidad civil y penal del higienista dental*" el 21 de octubre de 2012, mediante burofax a la Presidenta del Ilustre Colegio Oficial de Higienistas Dentales de la Comunidad Valenciana, D^a Rosario Velarde Saiz, tras discutir de manera pública ante cientos de asistentes durante la citada ponencia sobre la admisibilidad de la toma de impresiones por parte de los profesionales que representa su corporación, y que con la solicitud de ayuda ante el silencio pedida por parte del Consejo General de Odontólogos y Estomatólogos de España con fecha 19 de noviembre de 2012, se pronunció con fecha 30 de enero de 2013 con una resolución cuyo simple contenido es la palabra "No" ante la cuestión planteada en un burofax: ¿Puede, según la legislación vigente, un higienista dental tomar impresiones dentales, aun cuando sea ordenado por un dentista?.

1.3 Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias²⁹².

²⁹⁰ <http://www.dentistascadiz.com/Legislacion/Asesor%C3%ADa%20Jur%C3%ADdica%20Malaga%20Auxiliares.pdf> [Consultado el 30/10/2016]

²⁹¹ <http://www.dentistasjaen.com/pdf/Funcionesdentistas.pdf> [Consultado el 30/10/2016]

²⁹² España. Boletín Oficial del Estado nº 280. 22 de noviembre de 2003. Entrada en vigor el 23/11/2003.

En la exposición de motivos de esta ley se hace un repaso histórico sobre la regulación de las profesiones sanitarias en España, que se produce por primera vez a mediados del siglo XIX, con el Reglamento para las Subdelegaciones de Sanidad Interior del Reino de 24 de julio de 1848, donde se determinaba que el ejercicio de las profesiones de Medicina, Farmacia y Veterinaria estaba comprendido dentro del ramo de la Sanidad.

Posteriormente, por la Ley de 28 de noviembre de 1855, sobre el Servicio General de Sanidad, se instituyeron los Jurados Médicos Provinciales de Calificación, que tenían por objeto prevenir, amonestar y calificar las faltas que cometieran los profesionales en el ejercicio de sus facultades, y regularizar sus honorarios, reprimir los abusos y establecer una severa moral médica. Esta ley y la Instrucción General de 12 de enero de 1904, se preocuparon de reglamentar el ejercicio profesional de lo que denominaron "el arte de curar" con el establecimiento de un registro de profesionales que pusieron a cargo de los Subdelegados de Sanidad. Pero, con la entrada en vigor de otras leyes sanitarias, se produjo el abandono del sistema de ordenación seguido hasta entonces. La Ley de Bases de la Sanidad Nacional, de 25 de noviembre de 1944, dedicó únicamente su base 12 a la organización profesional de médicos, practicantes y odontólogos, con una única previsión, la de la existencia de corporaciones profesionales.

En la era más contemporánea, tras la transición española, la Ley General de Sanidad²⁹³, sólo y exclusivamente se refiere al ejercicio libre de las profesiones sanitarias, sin afrontar su regulación, aunque prevé, como competencia del Estado, la homologación de programas de formación postgraduada, perfeccionamiento y especialización de personal sanitario, así como la homologación general de los puestos de trabajo de los servicios sanitarios. Sucede así porque esta ley es una norma de naturaleza organizativa con el objetivo primordial de establecer la estructura y funcionamiento del sistema sanitario público en

²⁹³ España. Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Órgano Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado nº 102, de 29 de Abril de 1986. Vigencia desde 19 de Mayo de 1986.

el nuevo modelo político y territorial del Estado democrático y de Derecho nacido de la Constitución de 1978.

Es por ello que el ejercicio de la Medicina y del resto de las profesiones sanitarias (v.g. la Veterinaria, la Farmacia), queda deferido a otras disposiciones del tipo: reguladoras del sistema educativo, de las relaciones con los pacientes, relativas a los derechos y deberes de los profesionales en cuanto tales, o las que regulan las relaciones de servicio de los profesionales con los centros o las instituciones y corporaciones públicas y privadas. La única excepción de regulación expresa de la profesión es la Odontología y otras profesiones relacionadas con la salud dental, a las que se refiere la Ley 10/1986, de 17 de marzo²⁹⁴.

La creación de un tratamiento legislativo específico y diferenciado de las profesiones sanitarias ha sido originada por dos factores principales:

- por un lado, la descrita situación de práctico vacío normativo,

- y por otro lado, la íntima conexión del ejercicio de las profesiones sanitarias con diferentes derechos de la persona como son el derecho a la protección de la salud, el derecho a la vida y a la integridad física, el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Afecta también a esta ley, al igual que con la Ley 10/1986, de 17 de marzo, la normativa de las Comunidades Europeas (la actual Unión Europea), debido a la transposición de determinadas directivas sobre reconocimiento recíproco, entre los Estados miembros, de diplomas, certificados y otros títulos relativos al ejercicio de las profesiones sanitarias que, ya que obligan para el acceso a las actividades profesionales sanitarias a la posesión de los específicos títulos que en las directivas se precisan, introduciendo una limitación al ejercicio profesional

²⁹⁴ España. Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental. Boletín Oficial del Estado, nº 68. 20 de marzo de 1986. Págs. 10562-10563.

que ha de establecerse, en nuestro ordenamiento jurídico interno mediante una norma con rango formal de ley como se describió al citar el artículo 36 de la Constitución Española.

Es por ello que el contenido de esta ley debe de centrarse en regular las condiciones de ejercicio y los respectivos ámbitos profesionales y las medidas que garanticen la formación de los tipos básica, práctica y clínica de los profesionales. Además, tiene por finalidad dotar al sistema sanitario de un marco legal que contemple los diferentes instrumentos y recursos que hagan posible la mayor integración de los profesionales en el servicio sanitario, tanto en lo preventivo como en lo asistencial, tanto en su vertiente pública como en la privada, facilitando la corresponsabilidad en el logro de los fines comunes y en la mejora de la calidad de la atención sanitaria prestada a la población, garantizando que todos los profesionales sanitarios cumplen con los niveles de competencia necesarios para tratar de seguir salvaguardando el derecho a la protección de la salud.

En esta ley se le da una máxima importancia en ofrecer una definición unánime del concepto de profesión, ya que es como cita el preámbulo de esta ley un concepto elusivo²⁹⁵, que ha sido desarrollado desde la sociología en función de una serie de atributos como formación superior, autonomía y capacidad auto-organizativa, código deontológico y espíritu de servicio, que se dan en los diferentes grupos ocupacionales que se reconocen como profesiones. A pesar de dichas ambigüedades y considerando que nuestra organización política sólo y exclusivamente se reconoce como profesión existente aquella que está normada desde el Estado, los criterios a utilizar para determinar cuáles son las profesiones sanitarias, se deben basar en la normativa preexistente. Esta normativa corresponde a dos ámbitos: el educativo y el que regula las corporaciones colegiales. Por ello, en esta ley se reconocen como profesiones sanitarias aquellas que la normativa universitaria reconoce como

²⁹⁵ Según la RAE: “Elusivo: 1. Evitar con astucia una dificultad o una obligación. 2. Esquivar el encuentro con alguien o con algo. 3. No tener en cuenta algo, por inadvertencia o intencionadamente.”

titulaciones del ámbito de la salud, y que en la actualidad gozan de una organización colegial reconocida por los poderes públicos.

Esta ley regula los aspectos básicos de las profesiones sanitarias tituladas en lo que se refiere a su ejercicio por cuenta propia o ajena, a la estructura general de la formación de los profesionales, al desarrollo profesional de éstos y a su participación en la planificación y ordenación de las profesiones sanitarias. Por lo tanto, las disposiciones de esta ley son aplicables tanto si la profesión se ejerce en los servicios sanitarios públicos como en el ámbito de la sanidad privada.

Se comienza por definir a las profesiones sanitarias, tituladas y reguladas, como aquellas cuya formación pregraduada o especializada se dirige específica y fundamentalmente a dotar a los interesados de los conocimientos, habilidades y actitudes propias de la atención de salud, y que están organizadas en colegios profesionales oficialmente reconocidos por los poderes públicos, de acuerdo con lo previsto en la normativa específicamente aplicable, que se trata del artículo 36 de la Constitución Española²⁹⁶.

La ley estructura a las profesiones sanitarias en dos grupos, según el nivel académico:

- En el primero, denominado "*De nivel Licenciado*", se encuentran aquellas profesiones para cuyo ejercicio habilitan los títulos de Licenciado, como es el caso de la Odontología, y los títulos oficiales de especialista en Ciencias de la Salud para Licenciados, como es el de Médico especialista en Estomatología, y en Cirugía Oral y Maxilofacial.

- y en el segundo grupo, que se denomina "*De nivel Diplomado*", recoge las profesiones para cuyo ejercicio habilitan los títulos de Diplomado, como sucede en Enfermería.

²⁹⁶ Cuyo contenido es: "*La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas.*"

Es de importancia que en el articulado de la ley hace una mención expresa sobre las profesiones dentales, declarando lo establecido en la descrita Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental: tienen carácter de profesión sanitaria la de protésico dental y la de higienista dental. Este adjetivo de "profesión sanitaria" también ha sido usado por los protésicos intrusos.

No obstante, tanto a protésicos dentales como las higienistas dentales, y de conformidad con el artículo 35.1 de la Constitución²⁹⁷, los agrupa como profesionales del área sanitaria de formación profesional, dentro del grupo "de Grado Superior", mientras que pertenecen al grupo "de grado medio" al título de Técnico en Cuidados Auxiliares de Enfermería.

Es por ello que siguiendo ambos artículos de la Constitución Española, el 35.1 y el 36, se reconoce el derecho al libre ejercicio de las profesiones sanitarias, con los requisitos previstos en esta ley y en las demás normas legales que resulten aplicables, como la ley 10/1986, de 17 de marzo. Y para el ejercicio de una profesión sanitaria, por cuenta propia o ajena, se requiere la posesión del correspondiente título oficial que habilite expresamente para ello y se atenderá, en su caso, a lo previsto en ésta, en las demás leyes aplicables y en las normas reguladoras de los colegios profesionales.

Es de destacar que los profesionales sanitarios no sólo desarrollan funciones en el ámbito asistencial, sino también en el investigador, en el docente, en el de gestión clínica, en el de prevención, y en el de información y educación sanitarias.

Será necesario cumplir las obligaciones y requisitos previstos en el ordenamiento jurídico vigente para el ejercicio de una profesión sanitaria pero, en todo caso, son requisitos imprescindibles:

²⁹⁷ Cuyo contenido es el siguiente: "Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo."

- Estar colegiado, cuando una ley estatal establezca esta obligación para el ejercicio de una profesión titulada o algunas actividades propias de ésta²⁹⁸.

- No encontrarse inhabilitado o suspendido para el ejercicio profesional

- por sentencia judicial firme, durante el periodo de tiempo que fije ésta,

- ni por resolución sancionadora impuesta por un colegio profesional sanitario, cuando una ley estatal establezca para este ejercicio la obligación de estar colegiado, durante el periodo de tiempo que fije ésta,

- y ni por resolución administrativa sancionadora firme, durante el periodo de tiempo que fije ésta, cuando se ejerza la profesión en el ámbito de la asistencia sanitaria pública.

- Tener suscrito y vigente un seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera, sean de protección personal o colectiva, que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de la responsabilidad profesional por un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicios cuando se ejerza la profesión en el ámbito de la asistencia sanitaria privada.

A los odontólogos y a los médicos especialistas en Estomatología, como "*licenciados sanitarios*", dentro del ámbito de actuación para el que les faculta su correspondiente título, les corresponde la prestación personal directa que sea necesaria en las diferentes fases del proceso de atención integral de salud y, en su caso, la dirección y evaluación del desarrollo global de dicho proceso, sin menoscabo de la competencia, responsabilidad y autonomía propias de los distintos profesionales que intervienen en el mismo. Por lo que, y sin perjuicio de las funciones que, de acuerdo con su titulación y

²⁹⁸ España. Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales; Andalucía. Ley 10/2003, de 6 de noviembre, reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía.

competencia específica corresponda desarrollar a cada profesional sanitario, ni de las que puedan desarrollar otros profesionales, son funciones de los:

- Médicos, es decir, a los Licenciados en Medicina sin especialidad, la indicación y realización de las actividades dirigidas a la promoción y mantenimiento de la salud, a la prevención de las enfermedades y al diagnóstico, tratamiento, terapéutica y rehabilitación de los pacientes, así como al enjuiciamiento y pronóstico de los procesos objeto de atención,

- y a los Dentistas, que corresponde tan definición a los licenciados en Odontología y a los médicos especialistas en Estomatología, sin perjuicio de las funciones de los médicos especialistas en Cirugía Oral y Maxilofacial, las funciones relativas a la promoción de la salud bucodental y a la prevención, diagnóstico y tratamiento señalados en la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud bucodental.

Objeto de normativización son las relaciones interprofesionales y trabajo en equipo, ya que la atención sanitaria integral supone la cooperación multidisciplinaria, la integración de los procesos y la continuidad asistencial, y evita el fraccionamiento y la simple superposición entre procesos asistenciales atendidos por distintos titulados o especialistas.

Así que, cuando una actuación sanitaria se realice por un equipo de profesionales, se articulará de forma jerarquizada o colegiada, atendiendo a los criterios de conocimientos y competencia, y en su caso al de titulación, de los profesionales que integran el equipo, en función de la actividad concreta a desarrollar, de la confianza y conocimiento recíproco de las capacidades de sus miembros, y de los principios de accesibilidad y continuidad asistencial de las personas atendidas, donde será posible la delegación de actuaciones, siempre y cuando estén previamente establecidas dentro del equipo las condiciones conforme a las cuales dicha delegación o

distribución de actuaciones pueda producirse, cuya condición necesaria para la delegación o distribución del trabajo es la capacidad para realizarlo por parte de quien recibe la delegación, capacidad que deberá ser objetivable, siempre que fuere posible, con la oportuna acreditación.

2. Acciones parlamentarias, jurisprudenciales y resoluciones relacionadas con la legislación citada.

En orden cronológico, se procede a analizar aquellos conflictos frente a cuerpos normativos de diferente índole e instancias:

2.1. Acción parlamentaria de D. Carlos Manuel Navarrete Merino

Don Carlos Manuel Navarrete Merino (Málaga, 1938) es un abogado (Licenciado en Derecho por la Universidad de Sevilla) y político español, ya que ha sido diputado por la provincia de Huelva al Congreso desde la Legislatura Constituyente de forma ininterrumpida en las listas hasta las elecciones de marzo de 2004, siendo Consejero de Trabajo en el Primer Gobierno Preautonómico de Andalucía constituido en 1978 y desde la I hasta la VII Legislatura²⁹⁹.

Su relación con la profesión dental nace de manera positiva en el año 1981 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales³⁰⁰ con una consulta que se traslada a la comisión de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social. Su intención fue la de ordenar la publicación de preguntas relacionadas sobre la situación de la salud dental y la profesión de protésico dental: la solicitud

²⁹⁹http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Diputados/BusqForm?_piref73_1333155_73_1333154_1333154.next_page=/wc/fichaDiputado&idDiputado=66&idLegislatura=7
[Consultado el 30/10/2016]

³⁰⁰ España. BOCG, nº 621-I, Serie E (Preguntas con respuesta oral), de 07/05/1981.

indica que es necesaria la tramitación de estas preguntas por esta vía ya que desde su grupo parlamentario había sido rechazada en el Congreso de los Diputados una proposición de ley sobre los problemas más acuciantes de la salud dental y del colectivo profesional citado anteriormente. Declara literalmente que *"constituye un clamor popular el deseo de que el trabajo de los odontólogos y estomatólogos se realice en unas condiciones que lo hagan más asequible, menos costoso y más eficaz para los ciudadanos en general. Por otra parte, hace más de veinte años que un Comité de Expertos de la OMS recomendaba los equipos de Higiene Bucal, constituidos por odontólogos y personal auxiliar"*.

Tras la emisión de tales consideraciones, el parlamentario vierte un total de nueve preguntas, en su mayoría sobre Odontología Preventiva y Comunitaria, pero en la que destacan las siguientes por el calado que puede representar para el objeto del presente estudio, con sus respectivas respuestas:

- *¿Cuándo piensa reestructurar la profesión odontológica, adecuar los cursos de su carrera a lo que rige en Europa, multiplicar el número de estos profesionales, revisar sus honorarios, romper prácticas monopolísticas, abolir privilegios y alinearse definitivamente con el interés colectivo que el ciudadano tiene por la conservación de su salud bucal?*

Es mediante la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental, por la cual se dirige a la creación y estructuración de las profesiones sanitarias de Odontólogos, Protésicos e Higienistas dentales, con la finalidad de hacer posible y efectiva la atención en materia de salud dental a toda la población.

- *¿Cuándo piensa solicitar al Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos aclaraciones sobre el sentido de estos acuerdos que fueron adoptados bajo los números 1, 3 y 4 del Pleno celebrado los días 28 y 29 de marzo de 1980, correspondientes a las actas números 9 y 10?*

Los acuerdos que se tomaron en dichos acuerdos fueron los siguientes: 1º queda informado el Pleno, de las gestiones, estado de tramitación y de resultados obtenidos hasta ahora en el tema de la Proposición de Ley sobre Colegios de Protésicos; 2º contactar privadamente con el Presidente del Consejo de la Abogacía, Sr. Pedro Rius, sobre la idoneidad de la posible creación de Colegios Oficiales de "Técnicos Especialistas de Prótesis Dental"; y 3º, que conste en Acta la felicitación al Dr. Gallastegui por la gestión del tema de la Proposición de Ley a las Cortes solicitando la creación de Colegios Oficiales de Protésicos y ampliación de sus funciones³⁰¹.

- *¿Para cuándo deja acometer la creación, planes de estudio y atribuciones profesionales de los auxiliares de Odontología, protésicos dentales, higienistas dentales y enfermeros de odontología escolar?*

El desarrollo de todas estas profesiones sanitarias ha de cumplir las exigencias de calidad y nivel formativo acordes con los actuales conocimientos técnicos y científicos, con las necesidades sanitarias y asistenciales de la población y con los requisitos de homologación internacionalmente admitidos, especialmente los derivados de las directrices comunitarias en esta materia, como son 78/686/CEE, 78/687/CEE y 78/688/CEE, de 25 de julio de 1978, 81/1057/CEE, de 14 de diciembre de 1981 y concordantes. De esta forma se verá cumplida la necesaria

³⁰¹ Libro de Actas del Consejo General de Odontólogos y Estomatólogos de España, tomo IV. Actas del Pleno del Consejo de marzo de 1980. 251-274.

armonización que en este campo impone nuestra entrada en la Comunidad Económica Europea, satisfaciendo, al mismo tiempo, las exigencias de rango formal previstas en el artículo 36 de la Constitución.

La Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental se dirige a la creación y estructuración de las profesiones sanitarias de odontólogos, protésicos e higienistas dentales, con la finalidad de hacer posible y efectiva la atención en materia de salud dental a toda la población. Uno de los principales problemas a la hora de acometer la necesaria reestructuración en materia de salud dental es el déficit de profesionales existentes en la actualidad. Se puede asegurar que el primer paso necesario es el de formación de un grupo de profesionales más amplio y diferenciado de los que existen en la actualidad. La configuración y desarrollo de la profesión de protésico dental, con una formación profesional de segundo grado, responde a la conveniencia de tener debidamente configuradas sus actividades dentro del ámbito sanitario, con plenitud de funciones y responsabilidades en cuanto al material, elaboración, adaptación de acuerdo con las indicaciones de los Estomatólogos u Odontólogos.

- ¿Por qué se restringe con argumentos contrarios a la técnica jurídica la posibilidad de crear colegios profesionales a los colectivos modestos?

La Corporación de Derecho Público se creó con la Ley 2/2001, de 26 de marzo, por la que se crea el Consejo General de Colegios de Protésicos Dentales³⁰². La dicción de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, y la Ley 7/1997, de 14 de abril, establece que cuando, en una determinada profesión, existan varias organizaciones colegiales de ámbito territorial

³⁰² España. Boletín Oficial del Estado, nº 75, de 28 de marzo de 2001.

inferior al nacional, se constituirá un Consejo General de Colegios, cuya creación ha de tener lugar mediante Ley del Estado, a tenor de lo previsto en la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico. La situación antes descrita se produce en la actualidad en relación con la profesión de protésico dental, creada y regulada por la Ley 10/1986, de 17 de marzo, y cuyo título oficial de formación profesional de segundo grado fue establecido por el Real Decreto 541/1995, de 7 de abril, por lo que resulta procedente constituir mediante esta norma el correspondiente Consejo General de Colegios de Protésicos Dentales.

Son de mencionar las siguientes declaraciones a medios públicos por parte de D. Carlos Manuel Navarrete Merino. En el primero de ellos³⁰³, realiza las siguientes afirmaciones:

- *"(...) los médicos estomatólogos querían conservar como un gueto cerrado de difícil acceso y de carácter muy endogámico la especialidad, por lo cual sistemáticamente boicoteaban cualquier otro sistema de garantía científica que pudiera tener acceso a la sanidad bucal (...)"*,

- *"(...) fueron boicoteados (se refiere a los médicos) por los estomatólogos que únicamente querían el sistema de acceso que ellos habían seguido y que era muy difícil, hasta tal punto que cuando se vieron obligados a democratizar un poco el acceso exigieron como requisito disponer de una cantidad de dinero para invertir en la clínica que nuevamente volvía a ser un obstáculo (...)"*,

- *"(...) Se fue definiendo un núcleo de opinión y de acción dispuesto a acabar con esta situación, integrado por protésicos que casi ejercían su profesión en condiciones de clandestinidad y muchas veces no sólo de clandestinidad sino que ejercían la profesión de un modo penalizado por las denuncias de los que evitaban cualquier tratamiento global del problema de sanidad bucal de nuestro país, y continuamente estaban denunciando a los protésicos y sentándolos en el banquillo de los acusados de los diversos juzgados y audiencias de nuestro país (...)"*,

- *"(...) Esto facilita que cualquier actuación profesional en el ámbito que es propio en el oficio del protésico tuviera que situarse bajo el paraguas protector del dentista, por lo tanto el protésico tenía que ejercer por cuenta y bajo la dependencia del dentista, lo cual también quiere decir que quien pasaba la minuta era el dentista. Lo que significa que había dos tipos de honorarios, los que el dentista cobraba por la actuación profesional del dentista y los honorarios que en realidad el protésico recibía del dentista que eran considerablemente más pequeño. Es decir que el trabajo del protésico no enriquecía al protésico sino a su protector, al dentista (...)"*,

³⁰³http://consejoproteticosdentales.es/images/biblioteca/Notas%20de%20prensa/Entrevista_a_Navarrete.pdf [Consultado el 30/10/2016]

- "(...) Yo informé de este asunto a Felipe González, que aún no era presidente del Gobierno. Hubo algunas reuniones con los protésicos dentales y me llegó información a través de algunos profesionales que atendían personalmente a Felipe González, de que estaban desfigurando nuestro propósito, que como podíamos nosotros amparar el intrusismo que había detrás de esta iniciativa. Evidentemente si hablamos de intrusismo habría que hacerlo al revés de cómo ellos lo contaban, ellos eran los que estaban invadiendo ámbitos que no le eran propios, como el de la prótesis y el higienismo dental, o el que las competencias europeas habían reservado a los odontólogos, pero bueno la historia muchas veces se escribe según quien la cuenta (...)”,

- "(...) Probablemente hay algunas cosas que funcionan mal. El problema se plantea de esta manera por razón de los honorarios y probablemente nadie se perjudicaría si el nivel de los honorarios descendiera pero la asistencia llegara a una mayor cantidad de personas, sería una forma de permitir que hubiera una serie de personas que accedieran a un puesto de trabajo (...)”,

- "(...) Anécdotas. La prótesis para quien la trabaja, surgió a través de aquella consigna de “la tierra para quien la trabaja” y forma parte de mi propia filosofía política. Siempre he pensado que las cosas deben pertenecer a quien las genera. Era un poco irritante la situación del protésico que realiza la pieza dental pero luego resulta que se ve obligado a transferirla para que el dentista la venda en las condiciones que quiera y que él reciba la cola del ratón y el dentista la cabeza del león. Sirvió para que mucha gente se diera cuenta y comprendiera realmente qué era lo que discutíamos (...)”,

- "(...) Repercusión personal. La revista del Consejo General de Colegios de Estomatólogos se dedicó durante algunos meses, los que comprendieron los trabajos preparatorios y luego la elaboración del texto legal, a insultar sistemáticamente a Ernest Lluch y a mi diciendo verdaderas barbaridades. Lo que demostraba cual era el estilo, la prepotencia y el carácter y la educación fascista que dirigían ese Consejo General. Cada vez que salía un artículo nuevo yo lo leía y en una de ellas fui a ver a Lluch y le dije -mira estoy completamente indignado y me dijo Ernest: haz lo que yo, -no lo leas- (...) ”,

- "(...) Así eran las cosas y en alguna medida siguen siendo. Porque hay mayor número de dentistas. Rompí un monopolio y una estructura de poder económica (...)” y

- "(...) Yo ya estaba comenzando a compatibilizar mi trabajo como funcionario y abogado, pero a partir del momento que pedí la excedencia me dediqué exclusivamente al despacho con cierta fortuna. Prácticamente todos los asuntos laborales importantes conflictivos que se daban en la provincia de Huelva venían a mi despacho (...)”.

y en el segundo de ellos³⁰⁴, se realizan las siguientes:

- "(...) Esta situación evidentemente tenía repercusión entre las relaciones entre los dentistas y los protésicos dentales, ya que éstos dada la situación en que estaban no tenían más que un paraguas

³⁰⁴ <http://www.colegioproteticosmurcia.es/carlos%20navarrete.pdf> [Consultado el 30/10/2016]

protector y éste era el paraguas del dentista y por tanto en la medida en que quisieran emanciparse o gozar de un cierto grado de autonomía o independencia, se veían obligados a ejercer su profesión en condiciones de clandestinidad o para ser más exactos en condiciones de criminalidad. No tengo ningún tipo de animadversión ni hacia los odontólogos, ni hacia los higienistas. Es decir, si yo estuviera invitado en un Congreso de Dentistas diría exactamente las mismas cosas que les estoy exponiendo aquí, de igual forma que si el Congreso fuera de Higienistas Dentales y prueba de ello es que he sido ponente en la regulación de una disposición que regula las funciones de los tres profesionales (...)”,

- “(...) La dependencia exagerada coartaba los honorarios que podía percibir por sus funciones los protésicos dentales, es decir cuanto menos cobraba el protésico dental más ganaba el estomatólogo y como el número de unos y de otros era limitado, influía en que el número de pacientes o clientes fuera menor al deseado, por lo que se estaba en un caso de autodestrucción de las perspectivas profesionales de los propios interesados en mantener esta situación. Estos antecedentes obligan a que los protésicos se asocien y accedan a algún partido político y a la cámara parlamentaria para que se atendieran sus reivindicaciones (...)”,

- “(...) Leído literalmente el artículo fundamental de la norma que hace referencia a vuestra profesión, cabe recalcar que, si bien en ella no se habla de la posibilidad de contacto directo entre el paciente y el protésico, de ninguna manera está excluida esa posibilidad. Podréis preguntaros por qué los legisladores no nos pronunciamos con mayor claridad en cuanto a esta posibilidad y yo os podría responder que lo que está muy claro es que en el texto de la Ley no se puso nada que prohibiera la posibilidad de contacto directo entre el paciente y el protésico dental (...)”,

- “(...) En la exposición que os estoy haciendo he tratado de explicaros lo que nos llevó a la creación de la Ley y las circunstancias que rodearon a la misma, y ahora me quiero centrar en algo que excede al cometido de la denominación que les daba en esta intervención, y que son las cuatro tareas que tienen pendientes actualmente los protésicos dentales y que son: 1°. La definición de la posibilidad de contacto directo entre el protésico dental y el cliente. 2°. La necesidad de universalización y caracterización pública de la asistencia bucal. 3°. Lo que conlleva como desafío para vuestra profesión, la globalización en que nos vemos inmersos. 4°. El tema de la elevación del nivel de estudios. Los protésicos dentales tendrán plena capacidad y responsabilidad respecto a las prótesis que elaboren o suministren... Leído literalmente el artículo fundamental de la norma que hace referencia a vuestra profesión, cabe recalcar que, si bien en ella no se habla de la posibilidad de contacto directo entre el paciente y el protésico, de ninguna manera está excluida esa posibilidad. Podréis preguntaros por qué los legisladores no nos pronunciamos con mayor claridad en cuanto a esta posibilidad y yo os podría responder que lo que está muy claro es que en el texto de la Ley no se puso nada que prohibiera la posibilidad de contacto directo entre el paciente y el protésico dental. En cuanto al primer, relativo al contacto entre el protésico y el paciente yo me posiciono totalmente a favor y no por una cuestión sentimental de los lazos de afecto que me unen a vosotros sino por otras razones más frías y más intelectuales. Primero porque es un derecho esencial dentro de la medicina pública la elección del profesional que te atiende, de la misma forma que se elige una farmacia donde comprar medicamentos, también con esta libre elección se tendría la posibilidad de una segunda opinión. En el momento en que se cohibe el contacto directo

entre el paciente y el protésico dental se le está impidiendo utilizar estos derechos. Segundo, porque el Reglamento de la Ley habla de que el dentista deberá realizar un presupuesto aproximado y que el protésico dental deberá presentar un presupuesto a requerimiento del dentista (el del protésico solo es presupuesto, no aproximado), se obliga igualmente al dentista a expedir una factura pero no se habla de la factura del protésico dental y yo creo que desde el punto de vista del interés del paciente, es necesario para que pueda elegir una buena opción y para ello debe tener el presupuesto del dentista y el del protésico dental y elegir aquellos que se ajuntan más a su presupuesto y es necesaria la factura de ambos para confirmar que se corresponde con ambos presupuestos. También es necesario este contacto directo para que el ejercicio de la profesión del protésico no dependa del favoritismo del odontólogo y se rompa así una situación de dependencia y para terminar creo que lo más natural que exista este contacto porque la norma reguladora de vuestra profesión no lo prohíbe y lo que no está prohibido está permitido. En la nueva Ley del Medicamento se expresa que hay libertad de contrato y elección con el profesional que te atiende y esto refuerza lo ya constituido en vuestra Ley (...)"

2.2. Respuesta que el Sr. Monti, en nombre de la Comisión Europea, ofreció el 17/01/1996 a la pregunta escrita E-3073/95 del Sr. Florus Wijsenbeek³⁰⁵ (ELDR) a la Comisión el 20/11/1995³⁰⁶:

Son tres las cuestiones que se plantean a la Comisión Europea, que se enumeran a continuación con su correspondiente respuesta:

- En primer lugar, se pregunta a la Comisión si tiene conocimiento de que la Ley de Amnistía³⁰⁷ excluye explícitamente a un centenar de denturistas, mientras que en Dinamarca, los Países Bajos, Finlandia y España esta profesión está reconocida legalmente; en el Reino Unido, Bélgica e Irlanda se está examinando el procedimiento para su reconocimiento legal; y en Austria, Alemania y Francia también se han presentado solicitudes para su reconocimiento. La respuesta dada por la Comisión es que no tenía conocimiento de que la ley francesa de amnistía de 3 de agosto de 1995 excluía explícitamente de su ámbito de aplicación a los protésicos dentales. La Comisión no

³⁰⁵ Político holandés del Grupo del Partido Europeo de los Liberales, Demócratas y Reformistas.

³⁰⁶ Comunidad Económica Europea. DOC 79 de 18/3/1996.

³⁰⁷ Promulgada el 3 de agosto de 1995 con ocasión de la elección del presidente Chirac.

es competente para pronunciarse sobre si esta exclusión respeta o no las buenas costumbres, sino sólo sobre si es compatible con el derecho comunitario. Puesto que la profesión de protésico dental no ha sido armonizada a nivel comunitario, los Estados miembros son los únicos competentes en la materia. Por lo tanto, siguen siendo libres de regular eventualmente la profesión. El hecho de que ésta esté regulada en otros Estados miembros no tiene ninguna incidencia en ese sentido. Consiguientemente, tratándose de posibles infracciones cometidas por protésicos dentales con arreglo a la legislación francesa, sólo es competente el derecho francés, del mismo modo que sólo es competente el legislador francés a la hora de determinar las infracciones que pueden acogerse a la amnistía.

- En segundo lugar, se plantea si no considera la Comisión que esta exclusión es contraria a las buenas costumbres y a la aceptación de las normas de homologación de estudios de la IFD (Federación Internacional de Denturistas) por parte de la Comisión. La Comisión responde que, en cuanto a las normas que regulan esta formación, dictadas por la Federación Dental Internacional (FDI), hay que señalar que la Comisión no ha considerado necesaria su aceptación. La razón es que, a su juicio, dentro del mecanismo de reconocimiento de títulos merced a las directivas que establecen el "*sistema general de reconocimiento de títulos*", Directiva 89/48/CEE³⁰⁸ y Directiva 92/51/CEE³⁰⁹, directivas que no coordinan ni las formaciones ni las actividades profesionales, pero en las que deberían tener cabida los títulos de protésicos dentales, las plataformas comunes establecidas por las asociaciones profesionales europeas en torno a las condiciones de formación, entre ellas las normas dictadas por la FDI, contribuyen ya a facilitar el reconocimiento de las formaciones y, consiguientemente, la libre circulación de estos profesionales por la Comunidad. Por ello, la Comisión da su apoyo a este tipo de iniciativas, pero sin otorgarles un reconocimiento oficial ni intervenir en su

³⁰⁸ Comunidad Económica Europea. DO no L 19 de 24.1.1989.

³⁰⁹ Comunidad Económica Europea. DO no L 209 de 24.7.1992.

creación o instauración, ya que todo ello sigue siendo competencia de las asociaciones profesionales afectadas.

- Y finalmente, se plantea si está dispuesta la Comisión a intervenir ante las autoridades francesas para que, a pesar de todo, se incluya en la Ley de amnistía a los denturistas, que ejercen su profesión de buena fe y de forma responsable desde el punto de vista médico y ético. En este caso la Comisión considera que no procede intervenir ante las autoridades francesas respecto a la inclusión de los protésicos dentales en la Ley de amnistía.

2.3. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1997, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en su Sección 4^a³¹⁰.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior Justicia de Cataluña dictó Sentencia el 29/5/1992 rechazando la causa de inadmisibilidad opuesta y desestimando el recurso interpuesto por el Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Cataluña contra la Orden del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña por la que se aprueban los Estatutos del Colegio Oficial de Protésicos Dentales de Cataluña. El Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Cataluña interpuso recurso de casación frente a tal resolución.

En la demanda se solicitó la anulación de determinados artículos de los Estatutos del Colegio de Protésicos Dentales de Cataluña, a fin de que se añadan, se sustituyan y se supriman determinados aspectos de su articulado.

Se fundamenta en los siguientes considerandos:

- infracción de determinadas normas, como la Orden de 13 de agosto de 1914 por la que se crea la Escuela de Odontología en la Facultad de Medicina de Madrid y se dictan disposiciones sobre enseñanza, profesorado, exámenes y matrículas; en el Real Decreto 970/1986, de 11 de abril, por el que se establece el

³¹⁰ España. RJ/1997/387. Roj: STS 71/1997. ECLI: ES:TS:1997:71. Id Cendoj: 28079130041997100596.

título universitario oficial de Licenciado en Odontología y las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquél; en la Orden de 9 de septiembre de 1988, de acceso a las especialidades del apartado 3 del anexo del Real Decreto 127/1984, de 11 de enero; en la Ley 10/1986, de 17 marzo, sobre odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental; y en el artículo 36 de la Constitución,

- vulneración del ordenamiento jurídico,
- y una invasión de competencias respecto a las de los Colegios de Médicos y de los de Odontólogos-Estomatólogos, violando el artículo 36 de la Constitución.

En el escrito de interposición del recurso de casación, la parte recurrente, se limita en buena medida a reproducir las alegaciones formuladas en la sentencia "a quo" (Tribunal Superior de Justicia) por lo que el Tribunal "ad quem" (Tribunal Supremo) se vuelve a fundamentar en los mismos considerandos para desestimar tal recurso de casación, imponiendo las costas al recurrente, es decir, el Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Cataluña.

2.4. Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1998, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en su Sección 4^a³¹¹.

Es el primer intento de impugnar, de manera parcial, el Real Decreto 1594/1994, de 15 julio, por el que se desarrolla la Ley 10/1986, de 17 marzo, de Odontólogos y otros Profesionales relacionados con la Salud Dental.

Iniciado por la interposición de un recurso contencioso-administrativo por la Asociación Provincial de Protésicos Dentales Autónomos de Cádiz contra el Real Decreto 1594/1994, de 15 julio. Son recurridos en este proceso el Letrado del Estado y

³¹¹ España. RJ\1998\10525. Roj: STS 7512/1998. ECLI: ES:TS:1998:7512. Id Cendoj: 28079130041998100256.

el Consejo General de Colegios Oficiales de Odontólogos y Estomatólogos de España.

La impugnación se limita a determinados artículos que se entiende por la Asociación actora que son los que afectan a la profesión de protésico dental:

- el artículo 1 en cuanto a ciertos extremos concretos relativos a su redacción,

- el artículo 6 respecto al que se pretende una modificación sustancial para los intereses de los demandantes,

- y el artículo 7 que se refiere en definitiva, como en buena parte los anteriores, a las relaciones entre los odontólogos y los protésicos dentales.

Los recurrentes acuden con el argumento de que tales artículos infringen:

- la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, que califica como tal a las prótesis dentales,

- el artículo 88 de la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 abril, en el que *"se reconoce la libertad de empresa en el sector sanitario, conforme al artículo 38 de la Constitución"*.

- y la Ley 10/1986, de 17 marzo, sobre odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental.

Se estudian de forma conjunta las alegaciones relativas a la pretendida ilegalidad de los artículos 1, 6 y 7 del Real Decreto 1594/1994, de 15 julio. En todas ellas se apunta a la necesaria independencia del protésico dental, manteniéndose:

- que ha de suprimirse la especificación relativa a los detalles indicados por el odontólogo para la elaboración de la prótesis, pretensión que se formula respecto al artículo 1,

- que las prótesis han de ser prescritas y no solicitadas por el odontólogo, como actualmente se prevé en el artículo 6,

- y que ha de suprimirse en el artículo 7 la declaración de que el protésico es responsable ante el odontólogo y ha de presentarle un presupuesto.

Las pretensiones se solventan a tenor de la norma con rango legal que regula la materia, esto es, la Ley 10/1986, de 7

marzo, cuyo artículo 2 regula la profesión de protésico dental. Dicho artículo distingue claramente en sus números 1 y 2 los supuestos en que los protésicos deben actuar según las indicaciones de los odontólogos y estomatólogos de aquellos aspectos del ejercicio profesional de los protésicos en que éstos tienen plena capacidad y responsabilidad, y a decir verdad no pueden entenderse que esos supuestos se excluyan. Pues desde luego, a tenor del número 1 del precepto que acaba de citarse, los protésicos han de actuar según las indicaciones de los odontólogos y no sólo de sus prescripciones, lo que muestra que los odontólogos pueden referirse a determinados detalles de las prótesis y que la prescripción médica del odontólogo no supone la remisión a cualquier protésico profesional, al menos cuando se trate del supuesto en que se produzcan uno o varios encargos concretos. En tal caso la relación existente implica que deben atenderse las indicaciones del odontólogo que menciona el artículo 2 de la ley, y no es contrario a Derecho que el protésico sea responsable ante el odontólogo y deba facilitarle un presupuesto.

El Tribunal Supremo desestima el recurso y dispone que no ha lugar a hacer declaración expresa sobre las costas del proceso a la vista del artículo 131.1 de ley procesal vigente en ese momento, es decir, la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa³¹².

Como anécdota, el Tribunal antes de resolver sobre la cuestión planteada examinó, por su carácter procesal, que la entidad recurrente, es decir, la Asociación Provincial de Protésicos Dentales Autónomos de Cádiz, no acreditó en debida forma la representación que decía ostentar, situación que fue desechada o no acogida, ya que, si bien es cierto que se produjeron inicialmente defectos en el sentido indicado, esos defectos han sido posteriormente subsanados mediante la aportación de los Estatutos de la Asociación y los certificados que acreditan que el órgano rector de la misma adoptó el acuerdo

³¹² Su literalidad era la siguiente: *“Las Salas de lo Contencioso-administrativo, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante las mismas se promovieren, impondrán las costas a la parte que sostuviere su acción, o interpusiere los recursos con mala fe o temeridad.”*

de impugnar el Real Decreto 1594/1994, de 15 julio, y que el Presidente de la referida Asociación se encuentra ejerciendo válidamente sus funciones.

2.5. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 diciembre de 1998, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en su Sección 4^a³¹³.

Sólo diez días después, el mismo Tribunal desecha el que es el segundo intento de impugnar, esta vez de manera total, el Real Decreto 1594/1994, de 15 julio, por el que se desarrolla la Ley 10/1986, de 17 marzo, de Odontólogos y otros Profesionales relacionados con la Salud Dental.

En esta ocasión, es la Federación Española de Asociaciones de Protésicos Dentales la que interpone recurso contencioso-administrativo por contra el RD 1594/1994, de 15 julio, por el que se desarrolla la Ley 10/1986, de 17 marzo, de Odontólogos y otros Profesionales relacionados con la Salud Dental.

El Tribunal Supremo rechaza la causa de inadmisión, opuesta por el Abogado del Estado, por la cuestión planteada por el carácter procesal de la entidad recurrente: al igual que sucedió en la sentencia anterior, la Federación Española de Asociaciones de Protésicos Dentales subsanó la legitimación activa para intervenir.

Las pretensiones de la interposición del recurso son las que se reproducen a continuación, con su correspondiente contestación por parte del Alto Tribunal:

- Una primera pretensión, que es la principal, que consiste en la declaración de nulidad de pleno derecho de la totalidad del Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio, con base en alguno de estos tres fundamentos:

- por infracción de los artículos 130 y 131 de la Ley de Procedimiento Administrativo y de los artículos 10, núm. 6 y núm. 17 y 24 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración

³¹³ España. RJ\1999\775. STS 7770/1998. ECLI: ES:TS:1998:7770. Id Cendoj: 28079130041998100246.

del Estado³¹⁴: el Real Decreto aparece publicado en el Boletín Oficial del Estado de 8 de septiembre de 1994 con la constancia de que se dispone "a propuesta de la Ministra de Sanidad y Consumo, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 15 de julio de 1994" apareciendo firmado por el Jefe del Estado y refrendado por la Ministra de Sanidad y Consumo. Ello es a juicio de la Sala suficiente acreditación del cumplimiento de tan esencial requisito para la validez de la norma,

- por infracción del artículo 105.a) de la Constitución Española, en relación con el artículo 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo: para sostener la ausencia de la preceptiva audiencia, la parte actora efectúa una distinción entre una audiencia que sería meramente formal y otra verdaderamente material o sustantiva que no puede ser acogida. Existió y se aprovechó la oportunidad de audiencia por la Federación que recurre con su amplia propuesta obrante en el expediente sobre el proyecto de reglamento de desarrollo de la Ley 10/1986, de 17 de marzo, incluso aunque no fueran tenidas en cuenta, en el sentido de que no tuvieran influencia en la plasmación del contenido de los preceptos reglamentarios.

- y/o por incurrir el Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio, en desviación de poder: indican que ha existido una utilización de la potestad reglamentaria desviada del fin para el que es otorgada por el ordenamiento jurídico. La regulación del Real Decreto son aspectos de la norma que, si exceden del ámbito de la discrecionalidad inherente al ejercicio de la potestad reglamentaria, y llegan a constituir verdaderas vulneraciones de la ley que se trata de desarrollar, constituirían vicios con sustantividad propia para acarrear la nulidad de los preceptos reglamentarios, sin acudir a la figura de la desviación de poder, en la que por sí mismos los argumentos no tendrían virtualidad para integrarse, ya que no serían suficientes, por falta de prueba, para revelar el

³¹⁴ España. Ley de 20 de julio de 1957 sobre régimen jurídico de la Administración del Estado. Boletín Oficial de Estado núm. 187, de 22 de julio de 1957, págs. 603-607.

apartamiento del fin con que la potestad reglamentaria es concebida.

- y una pretensión alternativa y subsidiaria, que consiste en la nulidad parcial de del Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio referida a los artículos 6, 7, 8.3, 1 y 4:

- en cuanto al artículo 6, se reprocha que circunscriba la actividad del protésico al ámbito del laboratorio, cuando el artículo 2.2 de la ley que desarrolla, Ley 10/1986, establece que los protésicos dentales tienen plena capacidad y responsabilidad respecto de las prótesis que elaboren o suministren y de los centros, instalaciones o laboratorios correspondientes,

- respecto al artículo 7 del Reglamento, se considera contrario al principio de plena capacidad y responsabilidad del protésico porque la limita *"ante el profesional que lo prescribió, respecto a las prótesis y aparatos que elaboren en el ejercicio de su actividad profesional"*. El reconocimiento de tal responsabilidad no puede considerarse contraria a Derecho, sino que se inscribe en las previsiones del artículo 2.1 de la Ley 10/1986, de 17 de marzo, referida a la prescripción facultativa de la prótesis y en las consecuencias inherentes a la naturaleza contractual de la relación que se constituya.

- se reprocha también al artículo 8.1 del reglamento que, frente a lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley 10/1986, reduzca al laboratorio la actividad del protésico, pero es el mismo reproche que se efectúa al artículo 6 que se acaba de mencionar.

- de la conexión del artículo 8.3 del Reglamento con el 3 se aduce, por la parte actora, infracción del principio de seguridad jurídica del artículo 14 (principio de igualdad) y el artículo 38 (principio de libertad de empresa) de la Constitución Española, todo ello porque mientras las consultas dentales deben estar necesariamente organizadas, gestionadas y atendidas, directa y personalmente, por un odontólogo o un estomatólogo, los titulares de los laboratorios de prótesis dental pueden ser personas físicas o jurídicas. Pero, aunque a

efectos dialécticos se admitiera la validez del término comparativo, lo que no podría, en ningún caso, eludirse, es que en la tesis actora expuesta subyace una confusión inasumible entre "organización, gestión y atención directa" y propiedad o titularidad empresarial,

- objeto de específica crítica es el artículo 1, por cuanto a juicio de la actora realiza una distinción entre prótesis y productos sanitarios, como si fueran elementos contrapuestos, cuando resulta que, por un lado, el producto sanitario es el género, y por otro, la prótesis la especie.

- y para finalizar, frete al artículo 4 de la vigente en ese momento Ley 25/1990, de 20 de diciembre, Ley del Medicamento, y de diversos preceptos de la Ley de Usuarios y Consumidores (arts. 2, 7, 11.2 y 13.1) para sostener que existe un principio general de incompatibilidad profesional que se incumple por el artículo 4, en íntima conexión con el artículo 7.1, ambos del Real Decreto impugnado, al dejarse a la elección del facultativo el solicitar o no los datos sobre la composición, características y garantías del producto (protésico), así como el presupuesto del coste de la prótesis. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1997, que fue desarrollada en el epígrafe anterior, se señaló que a partir de lo establecido en los artículos 1.1 y 13, entre otros, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, deben protegerse los derechos económicos y de información de los usuarios, entre los cuales está directamente el de saber quién y por qué le cobra.

El Tribunal Supremo desestima el recurso y entiende que no se aprecian especiales circunstancias para una condena en costas.

2.6. Pregunta escrita de fecha 10/01/2000 del Sr. Bart Staes (Verts/ALE) a la Comisión cuyo asunto es el reconocimiento del título de "denturista-denturologista" de conformidad con las

Directivas 89/48/CEE y 92/51/CEE, respondida por el Sr. Bolkestein en nombre de la Comisión el 7/02/2000.

Se alega en el citado escrito que en los diferentes Estados miembros se denominan de manera diferente a los mecánicos dentales que efectúan todas las fases de la construcción de la prótesis dental (desde la toma de medidas hasta la instalación) y que han seguido a ese fin una formación clínica adicional. Ejemplos de la variabilidad son los siguientes:

- en Bélgica se utiliza la denominación "*protésico dental-denturista*";

- en los Países Bajos, "*protésico dental*";

- en Dinamarca y el Reino Unido, "*mecánico dental clínico*";

- y en Francia, "*denturologista*";

- mientras que la federación profesional internacional se atiene a la denominación "*denturista-denturologista*".

Vista la creciente movilidad dentro de la Unión Europea, conviene poder controlar si las formaciones profesionales que en los diferentes Estados miembros conducen al ejercicio de la profesión de "*denturista-denturologista*" quedan o no cubiertas por las Directivas 89/48/CEE y 92/51/CEE, que prevén un sistema de reconocimiento de títulos de enseñanza superior que concluyen formaciones profesionales de, al menos, tres años. También conviene saber cuál es la relación entre quienes ejercen la profesión de "*denturista-denturologista*" y los dentistas. Algunos Estados miembros proporcionan a los dentistas una posición de monopolio para todas las operaciones efectuadas dentro de la boca, por ende, también para operaciones no médicas como tratamientos mecánicos y clínicos. En cambio, en otros Estados miembros los "*denturistas-denturologistas*" pueden instalar prótesis sin intervención del dentista. Entre ambas

situaciones se encuentran legislaciones que permiten a los "*denturistas-denturologistas*" instalar prótesis dentales después de que el paciente haya obtenido de su dentista un certificado. Es evidente que la legislación al respecto dista mucho de estar armonizada.

Se plantean las siguientes cuestiones, las cuales se responden en conjunto a continuación del elenco de cuestiones: ¿Puede comunicar la Comisión cuál es la situación en relación con el reconocimiento de las diferentes formaciones en el ámbito de la profesión de "*denturista-denturologista*" en los 15 Estados miembros?, ¿Puede comunicar la Comisión cuál es la relación entre los dentistas y los "*denturistas-denturologistas*" en los 15 Estados miembros? y ¿Qué postura adopta frente a una iniciativa que permita a los "*denturistas-denturologistas*" ejercer su profesión con plena independencia, en su caso en colaboración con un dentista?.

Si la formación profesional de "*denturista-denturologista*" puede considerarse conforme a las Directivas 89/42/CEE y 92/51/CEE?, ¿puede entonces aceptar la Comisión que exista una legislación nacional o que se promulgue tal legislación que imposibilite a esta categoría profesional el ejercicio legal de la profesión? ¿Puede aceptar la Comisión que las personas de formación médica (dentistas) se vean atribuir una posición de monopolio para la realización de operaciones no médicas, concretamente tratamientos clínicos y técnicos? ¿Considera la Comisión en este caso la concesión de una posición de monopolio para la aplicación de determinados tratamientos ("*operaciones dentro de la boca*") a una categoría profesional determinada contraria o no a la legislación comunitaria? En caso afirmativo, ¿qué medidas va a tomar en contra de ello? En caso negativo, ¿cuál es su argumentación al respecto?

En primer lugar, y como se puede deducir ya de la respuesta que la Comisión dio a la pregunta escrita E-3073/95 del Sr. Wijzenbeek (reproducida con anterioridad en el presente estudio), las profesiones de "*ortodoncista dental*" y "*mecánico*

dental" no han sido objeto de armonización alguna, por lo que los Estados miembros siguen siendo los únicos en tener competencias a la hora de conceder un estatuto oficial a estas profesiones y su normativa. Esto se aplica tanto a las condiciones de formación y de acceso a estas profesiones como a las condiciones para ejercerlas y, en concreto, al campo de actividad, que puede incluir o no los "*trabajos dentro de la boca*".

Por lo que a falta de una directiva comunitaria que trate específicamente estas profesiones, el reconocimiento entre los Estados miembros de la titulación que da acceso a las profesiones debe atenerse, por lo tanto, a las Directivas:

- 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años,

- y 92/51/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, que completa la Directiva 89/48/CEE.

Según las Directivas citadas, el sistema previsto se aplica cuando la profesión de que se trate está "*regulada*" en el Estado miembro de acogida, es decir, cuando el acceso a esta profesión o su ejercicio están directa o indirectamente subordinados a disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas nacionales o a la posesión de un título. Una vez concedido el reconocimiento, la persona que desee ejercer esta profesión tendrá que respetar para hacerlo las mismas condiciones (y, en concreto, ceñirse al mismo campo de actividad) que los nacionales del Estado miembro de acogida. En estas circunstancias y dado que en las Directivas citadas no se coordina el contenido de la formación, no se puede hablar propiamente de si una formación profesional dada es conforme o no a las Directivas. En efecto, o bien la profesión de que se trate está regulada en el sentido de las Directivas (89/48/CEE o

92/51/CEE, según el nivel de formación) o bien no lo está. Si no lo está, o bien el ejercicio de la profesión o actividad de que se trate es libre (es decir, no está supeditado a condiciones de cualificación), o bien está reservado a otros profesionales.

Conforme al contenido de las Directivas descritas, no se deriva para la Comisión la obligación de proceder a realizar estudios en profundidad sobre todas las profesiones a las que se podrían aplicar estas Directivas. Por esta razón, la Comisión no dispone de información detallada sobre estas profesiones y, en concreto, sobre la relación entre los dentistas, por un lado, y los "*ortodoncistas dentales*" y los "*mecánicos dentales*", por el otro. No obstante, según la información de que dispone la Comisión, las profesiones citadas, con un campo de actividad que permite realizar "*trabajos dentro de la boca*", tienen un reconocimiento oficial en Dinamarca, España, Países Bajos y Finlandia.

Por todo lo expuesto con anterioridad, la Comisión no es competente para pronunciarse sobre una posible iniciativa que permitiese a los denominados "*ortodoncistas dentales*" y a los "*mecánicos dentales*" ejercer su profesión con total independencia, y llegado el caso, en colaboración con un dentista, y tampoco es competencia suya tomar este tipo de iniciativas.

Es por ello que, a falta de medidas comunitarias de armonización, la competencia nacional prevalece en este ámbito, implicando que los Estados miembros citados pueden perfectamente reservar una actividad dada, como los "*trabajos dentro de la boca*" a otra categoría profesional, que, en este caso, sería la de los dentistas. Como se trata del ejercicio de actividades médicas no armonizadas, estas restricciones de la actividad no están en contra del ordenamiento jurídico comunitario a la vista

de la sentencia del Tribunal de Justicia de 3/10/1990 en el Asunto C-61/89 Bouchoucha³¹⁵.

En último lugar, en cuanto a lo que se refiere a si, llegado el caso, se podrían aplicar las normas de competencia comunitarias al hecho de que algunos Estados miembros concedan una posición de monopolio a una categoría profesional determinada para los "*trabajos dentro de la boca*", esto sólo se podría considerar en la hipótesis, bastante inverosímil, de que las profesiones que poseyesen el monopolio fuesen manifiestamente incapaces de satisfacer la demanda de servicios, como ocurrió en el Asunto C-41/90 Höfner. La Comisión no dispone de ningún dato que permita considerar que se da este caso en el servicio que nos ocupa.

2.7. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 octubre 2010, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en su Sección 4^a³¹⁶.

La Sección 8^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid dictó Sentencia n° 2131/2008, de 29 octubre³¹⁷, estimando el recurso interpuesto por el Colegio Profesional de Protésicos Dentales contra Orden 92/2006, de 1 de febrero, de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales³¹⁸, declarando la nulidad del artículo 5, punto 1, letra d) de la Orden recurrida, en lo relativo a la limitar la justificación de gastos de las prótesis a factura expedida por odontólogo o clínica odontológica autorizada.

En el susodicho artículo, se dispone que entre los documentos que se presentarán para obtener las ayudas económicas

³¹⁵ <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d579bd63daab984bd08eefba702554ef35.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuQbNv0?text=&docid=96523&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=630341> [Consultado el 30/10/2016]

³¹⁶ España. RJ\2010\7206. STS 5077/2010. ECLI:ES:TS:2010:5077. Id Cendoj: 28079130042010100490.

³¹⁷ España. JUR 2011\34226.

³¹⁸ Madrid. BOCM de 15 de febrero de 2006.

a las personas mayores para la implantación de prótesis dentales para el año dos mil seis, se acompañará:

"Factura expedida, de conformidad con los requisitos establecidos en la normativa vigente, por odontólogo colegiado en Madrid o clínica odontológica autorizada por la Comunidad de Madrid que haya efectuado el servicio dentro del año correspondiente a cada convocatoria, acompañada del correspondiente diagnóstico facultativo. En la factura se incluirán únicamente alguna o algunas de las prótesis contempladas en el artículo 1 de esta Orden. En ella se hará constar el número de colegiado del odontólogo o, en su caso, el número de autorización de la clínica odontológica."

El Letrado de la Comunidad de Madrid interpuso recurso de casación y el Colegio Profesional de Protésicos Dentales de la Comunidad de Madrid presentó escrito de oposición.

La Sala de instancia, para anular el precepto impugnado, indicó que infringe el artículo 2.2 y 2.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, ya que, correctamente sigue la doctrina sustentada en nuestras sentencias de 21 de diciembre de 1998 y 14 de enero de 1997, que de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 10/1986, de 17 de marzo, reconocen a los protésicos dentales como profesión independiente que pueden facturar directamente a los usuarios o a los pacientes las prótesis que elaboren conforme a las indicaciones y prescripciones de los médicos odontólogos o estomatólogos.

Además, infringe el artículo 4.1 de la vigente en ese momento Ley 25/1990, de 20 de diciembre, Ley del Medicamento, y legislación concordante en la medida en la que se impone obligatoriamente, como requisito único para pagar las subvenciones a los ciudadanos, al odontólogo o clínicas dentales como las entidades que deben facturar el producto sanitario excluyendo a los laboratorios y protésicos dentales de poder facturar

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto y de conformidad con lo establecido por el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo de 1956, procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente, es decir, a la Comunidad de Madrid, si bien la Sala de acuerdo con lo

establecido en el apartado tercero del citado precepto limita el importe máximo a percibir por los honorarios del Abogado de la parte recurrida en la cantidad de tres mil euros.

Se critica de la citada sentencia la comparación que realiza en el fundamento jurídico segundo con la Sentencia de 9 febrero 1990 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª)³¹⁹ que dice:

"en un supuesto de incompatibilidad sanitaria como es el presente supuesto declara que "en cuanto a que la receta sea enviada directamente por el médico al farmacéutico, creemos que no sería posible si atendemos a los artículos 108.2b), 7.2a) y 4.1 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, Ley del Medicamento, pues implicaría una asociación ilícita, concurrencia de unos mismos intereses o inteligencia (...). Lo anterior significaría dejar al enfermo sin la posibilidad de elegir la farmacia, incurriendo por ello en una infracción grave."

De su lectura se puede declarar lo siguiente: cuando el médico (y/o el dentista) emite una receta para poder adquirir un medicamento no tiene nada que ver cuando el dentista le realiza una prótesis a un paciente, ya que, aunque el paciente tiene libertad en la elección del protésico dental que sea de su confianza, lo debe de ser también del dentista ya que es éste último el responsable en la posterior colocación y puesta en funcionamiento de la prótesis, mientras que el protésico dental sólo es responsable de posibles defectos en la fabricación.

En el ámbito de competencias de la Comunidad de Madrid, la citada Orden 92/2006, de 1 de febrero, fue derogada por el Acuerdo de 13 de diciembre de 2010, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban las normas reguladoras y se desarrolla el procedimiento de concesión directa de las ayudas económicas de pago único a las personas mayores para la implantación de prótesis dentales en el ámbito de la Comunidad de Madrid³²⁰, cuyo artículo 5.1.d) es el siguiente:

"Factura expedida, de conformidad con los requisitos establecidos en la normativa vigente, por odontólogo colegiado en Madrid, protésico dental colegiado en Madrid o clínica odontológica autorizada por la

³¹⁹ España. RJ 1990\980.

³²⁰ Madrid. BOCM de 13 de enero de 2011.

Comunidad de Madrid que haya efectuado el servicio dentro del período subvencionable. En la factura se incluirán únicamente alguna o algunas de las prótesis contempladas en el apartado primero de este Acuerdo. En ella se hará constar el número de colegiado del odontólogo, protésico dental o, en su caso, el número de autorización de la clínica odontológica, la identificación de la prótesis (etiqueta) que contenga, al menos, la fecha de fabricación, nombre y domicilio del fabricante, número de licencia sanitaria y número de declaración de conformidad."

En definitiva, se ha añadido un documento más a lo solicitado con anterioridad, la factura del protésico dental, complicando aún más la solicitud que tendrán que presentar los desdentados, en su mayoría, personas mayores, de la Comunidad de Madrid. Es normal, según la legislación vigente, que requiera de la factura del dentista con su correspondiente número de colegiado, ya que es el único habilitado para la implantación de una prótesis removible, y que en su desglose aparezca los gastos de laboratorio, correspondiente a la factura del protésico dental.

3. Evolución histórica del delito de intrusismo.

En la actualidad, el delito de intrusismo se puede definir como el ejercicio de una actividad profesional por persona que no se halla autorizada para ello por no tener capacitación ni titulación adecuada³²¹.

Tal infracción penal se encuentra tipificado dentro del vigente Código Penal³²², en el Libro II, "*Delitos y sus penas*", en el Título XVIII "*De las falsedades*", en el Capítulo V "*De la usurpación de funciones públicas y del intrusismo*", en su artículo 403, que se desarrolla como sigue a continuación:

³²¹ MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial*, (Coordinador Morillas Cueva), Ed. Dykinson, Madrid, 2011, pág. 907.

³²² España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Boletín Oficial del Estado, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

"1. 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 12 a 24 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 6 a 12 meses.

2. Se impondrá una pena de prisión de 6 meses a 2 años si concurriese alguna de las siguientes circunstancias:

a) Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido.

b) Si el culpable ejerciere los actos a los que se refiere el apartado anterior en un local o establecimiento abierto al público en el que se anunciare la prestación de servicios propios de aquella profesión."

El delito de intrusismo tiene una larga tradición histórica en nuestro país, siendo pionero el Código Penal de 1995 en cuanto a la denominación de la infracción con la denominación de "intrusismo", dejando atrás el uso tradicional anterior desde 1848 del concepto de "usurpación de calidad". Que no apareciera con anterioridad en los sucesivos textos penales no significa que el término "intrusismo" no fuera utilizado: tanto la doctrina como la jurisprudencia usaba el término como sinónimo del clásico "usurpación de calidad o de funciones", incluso describía su forma como "intrusismo profesional"³²³.

Se describe al delito como "usurpación de funciones, vulgar, o comúnmente intrusismo" en variadas sentencias a lo largo de la vigencia del actual Código Penal. Por lo tanto, podemos deducir que, aunque no estaba recogida en el Derecho positivo, el uso del término "intrusismo" era una forma descriptiva admitida.

A partir de 1963, en la cual se realizó una importante reforma del Código Penal, la doctrina mayoritaria veía conveniente que para adecuarse mejor al contenido del tipo básico del delito que estaba contenido en el artículo 321 del citado texto legal, sustituir a la tradicional nomenclatura de "usurpación de calidad" por el ya arraigado término de "intrusismo".

³²³ SERRANO TÁRRAGA, M. D. *El delito de intrusismo profesional*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, págs. 13 y ss.

El propio Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española describe al término "intrusismo" de forma parecida a cómo lo realiza la legislación penal: "ejercicio de actividades profesionales por persona no autorizada para ello. Puede constituir delito".

Los primeros antecedentes del intrusismo en el Derecho positivo podemos encontrarlo en Las Siete Partidas, cuerpo normativo redactado en la Corona de Castilla durante el reinado de Alfonso X (1252- 1284), con el objetivo de conseguir una cierta uniformidad jurídica del Reino. Su nombre original era *Libro de las Leyes*, y hacia el siglo XIV recibió su actual denominación, por las secciones en que se encontraba dividida³²⁴.

Podemos apreciar en la Partida VII, dedicada al Derecho Penal y Procesal Penal, es decir, a las infracciones penales y al procedimiento penal (de carácter inquisitivo), que en su Título VII "De los homiciellos" (de los homicidios) detalla en la Ley VI que se castigaría a los que se metían a cirujanos (incluimos aquí a los dentistas) sin saber, y por su culpa, debido a sus prácticas, moría alguna persona. El castigo era un "yerro" (castigo) de un destierro en una isla durante 5 años. Se deduce que es un delito de resultado, en el que se castigaba el daño muerte por la impericia profesional a diferencia de la actual regulación del intrusismo, que adelantamos que es un delito de mera actividad sin que sea necesario ningún resultado, y aún menos la muerte. Consideramos que lo que se quería proteger, es decir, el bien jurídico protegido, era la salud e integridad de las personas y el interés protegido era que determinadas profesiones de gran relevancia social como el ejercicio de la cirugía sean realizadas por aquellos individuos que posean un título que acredite fehacientemente que han adquirido los suficientes conocimientos para la práctica del ejercicio profesional. Si se realizaban estos actos a sabiendas y maliciosamente, la pena se agravaba con la pena de muerte³²⁵.

³²⁴ ESCUDERO LÓPEZ, J.A. *Curso de Historia del Derecho: fuentes e instituciones político-administrativa*, 4ª ed, Ed. Edisofer, Madrid, 2012.

³²⁵ Real Academia de Historia. *Las Siete Partidas*, Madrid, Imprenta Real, 1807.

Desde los primeros años de reinado de Alfonso X, el monarca ya había manifestado una clara tendencia a la homogeneización del Derecho de los distintos territorios pertenecientes a la Corona de Castilla. Conforme a este propósito, el rey inició en el año 1255 un nuevo proyecto, en el que en vez de servirse de otros textos forales en uso, tomó la decisión de dar vigencia a un nuevo fuero del cual él había sido creador. Como consecuencia de ello, en el mes de marzo de 1255, Alfonso X otorgó a los vecinos de Aguilar de Campoo el texto conocido con el nombre de Fuero de las Leyes o Fuero Real³²⁶.

En el citado texto, en su Libro IV dedicado al Derecho Penal, Título XVI, Ley I, declaraba que los "maestros de llagas" (cirujanos), para poder curar tenían que haber sido aprobados por los físicos de la villa, dando una carta testimonial de ello, castigando con una multa de 300 sueldos al que se dedicase como "maestro sangrador" sin haber sido probado y otorgada la carta acreditativa de ello, exigiendo el fuero, además, que el "maestro de llagas" tenía que obrar con el consentimiento del paciente o de algún familiar³²⁷. En este caso, se asemeja más a la configuración actual del delito ya que castiga a la actividad sin la carta acreditativa, cosa que se asemeja a un título actual. Es muy destacable el último inciso de la ley descrita: "tenía que obrar con el consentimiento del paciente o de algún familiar". Es el inicio del denominado principio bioético de autonomía que determina el derecho al consentimiento informado.

Desde los inicios de la legislación positiva, se observa como en Las Partidas es un delito de resultado mientras que en el Fuero Real se convierte en un delito de actividad, como sucede en la actualidad. Se piensa que este cambio en la conducta delictiva se produce cuando la medicina se convierte en ciencia o como ciencia, porque adquiere un rango intelectual y social³²⁸.

³²⁶ ESCUDERO LÓPEZ, J.A. *Curso de Historia del Derecho: fuentes e instituciones político-administrativa*, 4ª ed., Ed. Edisofer Madrid, 2012.

³²⁷ <http://dadun.unav.edu/handle/10171/23944> [Consultado el 30/10/2016]

³²⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed, Madrid. 1966, pág. 168.

Posteriormente aparece la Novísima Recopilación, editada en 1805, un código sistematizado del Derecho castellano y español, usado también como texto para los estudios jurídicos durante el siglo XIX. Como consecuencia de la importancia que adquirieron las corrientes codificadoras y el movimiento ilustrado, y las numerosas críticas que había contra la Nueva recopilación, en el siglo XVIII surgió esta moderna recopilación de Derecho castellano, conocida como Novísima Recopilación de las Leyes de España.

En ella podemos apreciar los verdaderos antecedentes del delito de intrusismo actual, suponiendo un verdadero avance con respecto a los textos anteriores³²⁹. Se castigaba el ejercicio de determinadas profesiones sin poseer el título correspondiente, estableciendo los requisitos mínimos exigidos para poder presentarse al examen de la disciplina, la duración del mismo, las partes de las que constaba y la materia sobre la que debía versar cada una de ellas y la composición de los Tribunales. La profesión de cirujano y de barbero para curar (que realizaban extracciones dentarias) eran algunas de las profesiones reglamentadas que exigían la realización de un examen para la obtención del título que facultaba para su ejercicio: exactamente, en el Libro VIII denominado "*De las ciencias, artes y oficios*", destacado en dos apartados:

- en el Título X "*De los médicos, cirujanos y barberos*",
- y en el Título XI "*De la Cirugía; su estudio y ejercicio*"³³⁰.

Se castigaban los actos según una escala de grados de gravedad:

- a los médicos que ejercieran sin título porque no hubieran realizado los dos años de prácticas necesarios para

³²⁹ SERRANO TÁRRAGA, M. D. *El delito de intrusismo profesional*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 18.

³³⁰ Novísima Recopilación de las Leyes de España. Tomo VI. Madrid. 1807. <http://bvpb.mcu.es/es/consulta/registro.cmd?control=CCPB000133899-4> [Consultado el 30/10/2016]

poder graduarse y sin el título de grado, a la pena de ocho años de suspensión para curar.

- al médico o cirujano que curase sin tener carta de examen (carta de solicitud en la que se pide la aprobación del docente para realizar el examen correspondiente) se establece una pena de seis mil maravedís³³¹.

- debido a la circunstancia de que habían muchas personas que curaban sin licencia, por ser la pena señalada muy leve, en la Ley VI del Título XI se endurecen las penas estableciendo un agravamiento por reincidencia:

- la primera vez, la multa ya descrita de seis mil maravedís;

- la segunda, una multa mayor, de doce mil maravedís;

- la tercera, la misma cantidad, doce mil maravedís, además de dos años de destierro de la Corte y cinco leguas, y de la ciudad, villa o lugar donde sucediere.

- a los médicos y cirujanos que eran expulsados de una ciudad por su falta de conocimiento y se establecían en la Corte, se les exigía presentarse a un segundo examen que tenía como objetivo el de comprobar los conocimientos que poseían los profesionales, obligándolos a estudiar y evitando así su ignorancia.

Otro aspecto destacable en la regulación de la Novísima Recopilación, exactamente en el Libro VIII, en su Ley VIII del Título XI, y en su Ley XII del Título XII, era que se castigaba la extralimitación en el ejercicio de las funciones para las que habilitaba el título: a los sangradores (que sólo estaban autorizados a sangrar, sacar dientes y muelas, aplicar sanguijuelas y vejigatorios, ventosas y sajarlas) que se propasasen al ejercicio de la cirugía sin tener título para ello se les castigaba con la misma pena que a los que ejerciesen sin título una profesión.

³³¹ Un equivalente muy aproximado de 1125 € en el año 2017.

A diferencia de la legislación anterior, en la Novísima Recopilación se amplían los bienes jurídicos o intereses afectados que se quieren proteger (llegando a los niveles actuales) con la penalización de la figura del intrusismo:

- el daño y perjuicio que se ocasiona a las personas, especial y específicamente, a los enfermos si se trataban de médicos, cirujanos y sangradores,

- el beneficio del Estado y de la salud pública en castigar los casos en los que se exceda los facultativos en el ejercicio de las competencias que les otorga el correspondiente título,

- el interés de la salud pública, la equidad y el buen orden exigen que los intrusos de la cirugía sean castigados ejecutivamente para evitar los gravísimos daños que causan a la humanidad los que ejercen tan importante facultad sin la instrucción y aprobación competentes, y el perjuicio que irrogan a los legítimos profesores, usurpándoles si privativo derecho,

- y la facultad de la Academia para expedir con exclusividad los títulos, siendo nulo cualquier otro título que se conceda sin estas circunstancias.

El inicio de la etapa de la Codificación, con la aparición del Código Penal de 1822³³² produjo apartar de la escena los excelentes avances que se propinaron en la Novísima Recopilación, produciendo un atraso en la figura penal, que tomó como referente a Las Siete Partidas. Ahora, en la Medicina y en la Cirugía, sólo se castigaban supuestos que se habían causado un daño o menoscabo en la salud o integridad de las personas, es decir, se castiga la impericia profesional, protegiendo sólo de manera parcial a la salud pública ya que no considera la forma preventiva de penalizar los actos propios de la profesión, sino sólo el daño ya causado. Se describía la conducta en el Título IV, *"De los delitos contra la salud pública"*, en su Capítulo I, *"De los que, sin estar aprobados, ejercen la medicina, cirugía,*

³³²<http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/Dosier/la%20constitucion%201812/codigoPenal1822.pdf> [Consultado el 30/10/2016]

farmacia, arte obstetricia o flebotomía”, con dos artículos, el 363 y 365, que se transcriben a continuación en su literalidad:

“Artículo 363: “Cualquiera que sin legal aprobación, conforme a los reglamentos respectivos, ejerciere la medicina, cirugía, farmacia, arte obstetricia 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.

Artículo 365: En conformidad de la disposición del artículo 363, y con sujeción a las penas establecidas en él, por ningún motivo ni bajo protesto o denominación alguna se permitirán curanderos o charlatanes, ya sea en la ocupación de asistir a enfermos, o ya en la de dar o vender remedios simples o compuestos de ninguna especie. Cualquiera persona que sin autorización competente venda o suministre remedios simples o compuestos de cualquiera especie, aunque se titulen preservativos o de otra cualquier manera, será también castigada con arreglo al artículo 363.”

En el Título V, *“De los delitos contra la fe pública”,* Capítulo XI *“De los que se suponen con títulos o facultades que no tienen, o usan de condecoraciones o distintivos que no les están concedidos”,* en sus cuatro únicos artículos (del 447 al 450) se describen la regulación de la usurpación de funciones, pero no la acompaña el intrusismo, como sí sucede en la actualidad en el Código Penal de 1995, Libro II, *“Delitos y sus penas”,* Título XVIII, *“De las falsedades”,* en su Capítulo V, denominado *“De la usurpación de funciones públicas y del intrusismo”*.

La Real Cédula de S.M. y Señores del Consejo, por la cual se manda observar en todo el Reino el nuevo Reglamento que ha tenido a bien aprobar para el régimen y gobierno de los Colegios de Médicos y Cirugía, y de los profesores que ejerzan en estas facultades³³³ tipificó el intrusismo en Medicina en el 3º párrafo del artículo 29, constituyendo una infracción administrativa, castigado con una multa que sancionaba la autoridad gubernativa:

³³³ Palacio, 10 de diciembre de 1828. Imprenta Real, Madrid, 1828.

cincuenta ducados a los que por primera vez ejerzan el arte de curar sin el título correspondiente³³⁴.

Posteriormente, en el Código Penal de 1848, el delito de intrusismo no se circunscribe exclusivamente a la actividad médica, sino que lo hace con un carácter general a las profesiones. Por ello, desaparece la especialidad dentro del apartado referente a los "*Delitos contra la salud pública*" para aglutinarlos dentro del de "*De las falsedades*": se deduce que el intrusismo, en su vertiente general, es un delito donde están presentes los rasgos de simulación o alteración de la verdad. Este hecho marcará una tendencia taxonómica en los posteriores Códigos Penales, ya que a partir de aquí, no volverá a clasificarse en otro apartado, aunque hay un sector doctrinal, que propugna que la ubicación más correcta sería en el título de los delitos contra la Administración³³⁵. Determinados autores, tras el estudio de la figura, hacen una consideración final en la que defienden este cambio de ubicación, como sucede en el Código Penal italiano³³⁶, consistiendo dicho delito en la infracción del deber de policía que ejerce la Administración sobre sus títulos y sobre el ejercicio de determinadas profesiones, consideradas de gran relevancia social, por el carácter de los bienes e intereses sobre los que incide³³⁷.

En el Código Penal de 1848, la infracción penal se describe:

- de manera más grave como delito, que se presenta en el Libro 2º, "*Delitos y sus penas*", en el Título IV "*De las falsedades*", en el Capítulo VII "*De la usurpación de funciones, calidad y nombres supuestos*", en el artículo 251.

³³⁴ TERUEL CARRALERO, D. *Intrusismo*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", Tomo XIII, Madrid, 1960, pág. 530.

³³⁵ CASAS BARQUERO, E. *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades del Título III del Libro II del Código Penal*, en "Documentación Jurídica", enero-junio, núm. 37-40, vol. 2, Madrid, 1983, pág. 311.

³³⁶ Art. 348 del ejercicio abusivo de una profesión: "*Cualquier persona que ilegalmente participa en una profesión, para lo cual requiere una autorización especial del Estado será castigado con penas de prisión de hasta seis meses o una multa de doscientos mil a un millón de liras*"

³³⁷ SERRANO TÁRRAGA, M. D. *El delito de intrusismo profesional*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 115.

"El que se fingiere empleado público o profesor de una facultad que requiera título, y ejerciere actos propios de dicha profesión o cargo, será castigado con la pena de prisión menor; en el segundo y tercero con la pena de prisión correccional."

- y de forma más leve como falta, en el Libro 3º, "De las faltas", en su Título I, "De las faltas graves", en el artículo 471.5º.

"Se castigarán con la pena de arresto de cinco a quince días, o una multa de cinco a quince duros: 5º Los que ejercieren sin título actos de una profesión que lo exija."

Poco después, en el Código Penal de 1850, se varía la numeración de ambas infracciones penales de la siguiente manera:

- en el delito, que incluye en la usurpación de funciones al que se fingiere autoridad y aplicándole una pena mayor que al resto detallado en el artículo, que se presenta en el Libro 2º, "Delitos y sus penas", en el Título IV "De las falsedades", en el Capítulo VII "De la usurpación de funciones, calidad y nombres supuestos", en el artículo 251:

"El que se fingiere Autoridad, empleado público o profesor de una facultad que requiera título, y ejerciere actos propios de dicha profesión o cargos, será castigado, en el primer caso con la pena de prisión menor; en el segundo y tercero con la de prisión correccional."

- y en la falta, en el Libro 3º, "De las faltas", en su Título I, "De las faltas graves", en el artículo 485.4ª:

"Se castigarán con la pena de arresto de cinco a quince días, o una multa de cinco a quince duros: 4º Los que ejercieren sin título actos de una profesión que lo exija."

A estas alturas se produce un conflicto de competencias entre la incriminación y el castigo del delito de intrusismo en

Medicina ya que la Real Cédula de 10 de diciembre de 1828, ley administrativa que sancionaba tal suceso, aún seguía vigente. La Real Orden de 7 de enero de 1947, previa al Código Penal de 1850, declaraba que se aplicara la pena de cincuenta ducados determinados en el artículo 29, en su apartado 3º de la de 1828, a los que por primera vez ejerzan el arte de curar sin título competente. Sólo en caso de reincidencia, se debían de instruir las primeras diligencias contra el intruso, pasando a ser un asunto de la jurisdicción ordinaria. En el artículo 505 del Código Penal de 1850 se declaraba que no se excluían ni se limitaban aquellas leyes especiales que competan a los agentes de la Administración (es decir, el Gobernador Civil), por lo que el intrusismo en Medicina tenía un tipo privilegiado de tipo administrativo en su primera vez, pero su reiteración no³³⁸.

En el Código Penal de 1870 se modifica la rúbrica del Capítulo: "*De la usurpación de funciones, calidad, títulos y uso indebido de nombres, trajes, insignias y condecoraciones*", y el número del artículo, que pasa a ser el 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."

La falta tiene la misma redacción, y se sitúa en el Título I, "*De las faltas de imprenta y del orden público*", en el Capítulo II, "*Faltas contra el orden público*", en el artículo 591.1º. Lo curioso es que el contenido se ha mantenido intacto hasta el Código Penal de 1995. El conflicto de competencias descrito con anterioridad (dualidad de sanciones administrativas y penales en el intrusismo médico) acaba con el Real Decreto resolutorio de competencias de 9 de abril de 1890: en él se dictaba que las disposiciones existentes hasta la fecha eran inaplicables por que se definía el delito sin distinguir si era

³³⁸ MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. *Diccionario de la Administración Española*, 3ª ed., Tomo III, Madrid, 1977, pág. 540.

la primera o una posterior comisión para dictaminar si le correspondía una simple sanción administrativa frente a una sanción penal.

En el Código Penal de 1928 cambia de nuevo la numeración (pasa a ser el artículo 408) y se modifica su redacción de manera sustancial:

"El que, sin estar legítimamente autorizado, ejerza públicamente una profesión cualquiera o practique cualquier acto propio de las que no pueden ejercerse sin título oficial, aunque los medios empleados parezcan no ofrecer peligro, incurrirá en pena de cuatro meses a dos años de prisión y multa de 1.000 a 15.000 pesetas.

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

Este segundo párrafo es una forma agravada de la primera, como sucedía en el Código Penal de 1822, en la que se requiere un resultado frente a la forma básica que sólo necesita la actividad.

En cuanto a la falta, el Capítulo que la contiene cambia de rúbrica *"De las faltas de imprenta"* y, como no, la numeración: artículo 797.

"Serán castigados con multa, que no podrá ser inferior a 50 pesetas ni llegar a 1.000, los que, no estando comprendidos en el artículo 408, ejercieren sin título actos de una profesión que lo exija, aunque lo hagan sin causar daño en la salud ni de otro orden."

Es discreta la diferencia entre delito y falta: en el delito es necesario que el título sea oficial mientras que en la falta sólo indica título.

En el Código Penal de 1932 se modifica mínimamente la rúbrica del Capítulo: *"De la usurpación de funciones y calidad y uso indebido de nombres, trajes, insignias y condecoraciones"*.

Sólo se ha eliminado la palabra "título" que iba tras "calidad" y de nuevo, cambia la numeración, siendo el artículo 326:

"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."

La lectura del artículo repite la del artículo 343 del Código penal de 1870. En cuanto a la falta, cambia la rúbrica del Capítulo II: *"Faltas de imprenta y contra el orden público"* y la numeración, artículo 567:

"Serán castigados con la pena de 5 a 150 pesetas de multa, los que ejercieren sin título actos de una profesión que lo exija. Los reincidentes serán condenados, además de la multa, a la pena de arresto de uno a diez días."

Se puede apreciar que se conserva intacto el contenido del primer párrafo con respecto a códigos muy anteriores, como los de 1848, 1850 y 1870, pero crea de nuevo un segundo párrafo para los reincidentes.

El Código Penal de 1944 cambia la ubicación (pasa a estar en el Título III, en el Capítulo VII) y la numeración: artículo 321.

"El que atribuyéndose la cualidad de profesor ejerciere públicamente actos propios de una facultad que no pueda ejercer sin título oficial, incurrirá en la pena de prisión menor".

La falta se localiza en el artículo 572, que mantiene la rúbrica del código anterior: *"Faltas de imprenta y contra el orden público"*. El contenido se modifica poco:

"Serán castigados con la multa de 50 a 500 pesetas los que ejercieren sin título actos de una profesión que lo exija. Los reincidentes serán condenados, además de la multa, a la pena de arresto menor."

El Código Penal de 1973 mantiene la ubicación (en el Título III, en el Capítulo VII) y la numeración, artículo 321. Cambian la rúbrica del Capítulo: *"De la usurpación de funciones y calidad y uso indebido de nombres, trajes, insignias y condecoraciones"* y la redacción del artículo sufre una sustancial modificación:

"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 profesional, se le impondrá además la pena de multa de 10.000 a 50.000 pesetas."

Se aprecia cómo el contenido del segundo párrafo del delito es el contenido habitual de la falta, es decir, la falta pasa a formar parte del tipo básico del delito. La falta se sigue localizando en el artículo 572 pero se modifica sustancialmente el contenido:

"Serán castigados con la multa de 250 a 2.000 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 este requisito.

A los reincidentes se impondrá, además de la multa, la pena de arresto menor."

Con la Ley Orgánica de 21 de junio de 1989, de actualización del Código Penal, se modifican el contenido del delito, agravando la pena de multa:

"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."

También lo hace el contenido de la falta a causa de la citada Ley Orgánica de 1989:

"Será castigado con la multa de 10.000 a 100.000 pesetas titulado o habilitado que ejerciere su profesión sin hallarse inscrito en el respectivo Colegio, Corporación o Asociación oficial, siempre que sea exigido reglamentariamente este requisito."

Es decir, elimina la reincidencia y el número 1º, además de agravar la pena.

En el Código Penal de 1995, publicado el 24/11/1995, en vigor a partir del 24/05/1996, modifica el delito de intrusismo. Es pionero por cuanto olvida la tradicional denominación de "usurpación de calidad" para usar el término "intrusismo". El artículo se localiza en el Libro II, en el Título XVIII, "De las falsedades", en el Capítulo V, "De la usurpación de funciones públicas y del intrusismo", cambiando la numeración por el artículo 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 6 a 12 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 3 a 5 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 6 meses a 2 años."

En el primer párrafo repite la esencia del tipo básico del Código anterior pero con una detallada y mejorada redacción: especifica que el título requerido ha de ser académico. Un segundo párrafo recoge las formas de intrusismo relacionadas con la ausencia de título oficial que, como se analizará más adelante, que es bastante diferente del académico. El artículo lo cierra un tercer párrafo que acoge a la forma agravada del tipo básico. La falta de intrusismo desaparece en este Código Penal.

Desde su implantación, el Código Penal de 1995 ha sufrido innumerables reformas, unas menores y otras de mayor calado, como la sufrida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que ha modificado más de doscientos artículos, entre ellos y lo más importante, por primera vez, el artículo 403, dedicado al intrusismo:

"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 12 a 24 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 6 a 12 meses.

2. Se impondrá una pena de prisión de 6 meses a 2 años si concurriese alguna de las siguientes circunstancias:

a) Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido.

b) Si el culpable ejerciere los actos a los que se refiere el apartado anterior en un local o establecimiento abierto al público en el que se anunciare la prestación de servicios propios de aquella profesión."

En ella, se aumentan las penas para el tipo básico (título académico) y el tipo privilegiado (título oficial), pero la mantiene en el tipo agravado que acoge en un nuevo párrafo extensivo a la publicidad de la cualidad profesional.

4. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es el objeto formal de los elementos materiales o funcionales del delito, que está bajo la amenaza de un castigo penal que se impone al que lo lesione o al menos, lo ponga en peligro, es decir, es el interés o valor que motiva la tipificación como delito de tal conducta. De ordinario no se hace explícito dicho bien, que por vía interpretativa se descubre con mayor o menor facilidad³³⁹. Según la opinión mayoritaria en la dogmática penal, se sostiene que el Derecho Penal cumple una función de protección de bienes jurídicos, esto es, de los bienes y valores que son consubstanciales a la convivencia humana y se consideran imprescindibles para la vida social³⁴⁰. El concepto de bien jurídico (más precisa sería la expresión "*bien jurídico-penal*") se utiliza por la doctrina penal en dos sentidos distintos:

a) en el sentido político-criminal ("*de lege ferenda*") de lo único que merece ser protegido por el Derecho penal (en contraposición, sobre todo, a los valores sola mente morales), y

b) en el sentido dogmático ("*de lege lata*") de objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate.

Aquí interesa este sentido dogmático de bien jurídico, como "*objeto de la tutela jurídica*", en cuanto el Código Penal castiga determinados ataques contra estos bienes³⁴¹.

De una manera abreviada, el bien jurídico protegido es el bien tutelado por el Derecho Penal en cada norma penal, que resulta lesionado cuando se comete el delito. Atendiendo a la función sistemática (o metodológica) como criterio clasificatorio del Código Penal, el delito se encuentra ubicado dentro de las falsedades, teniendo que concluir que el bien jurídico protegido es la fe pública, pero que se encuentre

³³⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Compendio de Derecho Penal*, Ed. Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2010, Pág. 106.

³⁴⁰ POLAINO NAVARRETE, M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Ed. Tecnos, 2ª Ed., Madrid, 2015, pág. 73.

³⁴¹ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Edisofer, 10ª ed., Barcelona, 2015, pág. 171.

ubicado en tal apartado no implica que sea el bien jurídico, sino al medio de comisión de la falsedad. Así, encontramos que la doctrina ha considerado diferentes bienes jurídicos protegidos, como la fe pública, los medios de prueba, el tráfico jurídico, o la suma de diversos bienes jurídicos³⁴².

En cambio, otros autores estiman que implícitamente sí se realiza en el tipo básico una falsa atribución de cualidad, ya que al no exigirse en él la atribución de calidad de profesional, ni de manera pública ni privada, no existe un ataque a la fe pública, no hay una simulación o una alteración de la verdad manifiesta³⁴³.

Se estima que el simple hecho de ejercer sin título actos propios de una profesión implica una de estas situaciones:

- la primera en la cual, aunque el sujeto no se atribuya expresamente la cualidad de profesional, con el ejercicio de la profesión, está dando a creer o entender que ostenta la cualificación profesional, generando una usurpación de calidad *directa o implícita*;

- y la segunda en la cual se establece que el ejercicio, sin atribuirse la condición de profesional, sin arrogarse la capacidad para realizarlos, aun sin esa cualificación, puede inducir a error al público y poner en duda el carácter propio de esos actos, provocando, de modo secundario e indirecto, un atentado a la fe pública, no tratándose de una verdadera usurpación de calidad, pero sí una usurpación o atribución indebida de funciones profesionales que es el contenido del tipo básico la atribución privada de la cualidad profesional, ya que la pública conduciría a la aplicación del tipo agravado³⁴⁴.

La doctrina ha seguido dos posturas en cuanto a cuál es el bien jurídico protegido del delito de intrusismo:

³⁴² SERRANO TÁRRAGA, M. D. *El delito de intrusismo profesional*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, págs. 40 y 41.

³⁴³ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M^a, SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho Penal. Parte especial*, 18^a ed., Dykinson, Madrid, 1995, pág. 945.

³⁴⁴ LUZÓN PEÑA, D. M. *Problemas del intrusismo en el Derecho penal*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, septiembre-diciembre, Madrid, 1985, págs. 671 y 672.

- una en la cual se establece que sólo hay un bien jurídico protegido, que es el preferente o prevalente, aunque pueden lesionarse de manera accesoria otros bienes o intereses³⁴⁵,

- y otra postura, que comparte de manera mayoritaria la jurisprudencia, que considera a este delito como pluriofensivo³⁴⁶.

En la primera opción, un solo bien jurídico protegido, se considera que es el interés público de que se respete la exclusiva potestad estatal de expedir títulos que capacitan para el ejercicio de la profesión, una potestad de expedir títulos y de velar para que los títulos de determinadas profesiones sean concedidos con las garantías de orden moral y cultural indispensable, siendo sólo y exclusivamente el Estado el que tiene la potestad de determinar en qué condiciones se debe acceder a ciertas profesiones que tienen una repercusión social importante y vigilar que las mismas sean ejercidas con una serie de garantías establecidas por las leyes³⁴⁷. Por lo tanto, el bien jurídico protegido para determinados autores como Álvarez García, Córdoba Roda, Muñoz Conde y Serrano Gómez, es el interés de la Administración que regula el ejercicio de las actividades profesionales, la potestad de la Administración de expedir títulos³⁴⁸. El bien jurídico protegido se identifica con el poder de policía del Estado traducido en un efectivo control tendente a que las actividades profesionales sean fieles en la observancia del requisito de titulación propuesto por la respectiva normativa. Tutela, en definitiva, de las mejores garantías tanto de corte particular como de interés de grupo, siendo un delito contra esa potestad del Estado³⁴⁹.

Analizando la segunda opción, pluriofensividad del delito, respaldada de manera mayoritaria por la jurisprudencia como se

³⁴⁵ MIR PUIG, S. *Intrusismo profesional*. La Ley, Madrid, 1991-2, pág. 738.

³⁴⁶ SERRANO TÁRRAGA, M. D. *El delito de intrusismo profesional*. Editorial Civitas, Madrid, 1997, Pág. 45.

³⁴⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *El delito de intrusismo*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, 1969, pág. 241.

³⁴⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Código penal comentado*, Ed. Akal, Madrid, 1990, pág. 584.

³⁴⁹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial*, 18ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 727.

dijo anteriormente, se señalan que atacan a la sociedad, a la fe pública y a la profesión invadida³⁵⁰. Existen autores que deducen otros bienes jurídicos como la competencia limpia que incluye una determinada calidad del producto o servicio, acreditado con el título, y el interés de las profesiones en impedir una competencia ilícita³⁵¹ o el perjuicio que provocaría a las profesiones y el peligro que representaría para la sociedad el consentir el ejercicio de aquéllas a quienes no se hallen capacitados³⁵². Este carácter pluriofensivo está perfectamente reflejado en esta resolución del Alto Tribunal³⁵³ sobre el intrusismo y la estafa:

"También es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que destaca el bien jurídico protegido por el tipo penal caracterizado por su carácter pluriofensivo. Ofende al perjudicado, que ve lesionado su derecho por la actividad del intruso; a la corporación profesional a la que afecta la conducta intrusa; y a la sociedad en su interés público en que sean idóneas las personas que ejercen determinadas profesiones para los que el Estado reglamenta el acceso a la actividad. Aunque, obviamente, el titular del bien jurídico sólo será el Estado destacamos lo anterior para afirmar la caracterización plural de los sujetos afectados por la conducta intrusa."

En el caso de la Odontología, este carácter pluriofensivo se aprecia de manera singular en varias sentencias, como en la siguiente³⁵⁴:

"Conviene precisar aquí qué perjuicios se derivan en esta clase de delitos. En una perspectiva de daño, perjudicado es el particular atendido por el usurpador, siempre que realmente alguno se le haya producido. En una perspectiva de riesgo, lo es la colectividad, pues cualquier ciudadano corre el peligro de quedar afectado en su salud por la actuación de quien se inmiscuye en una profesión académica de esta clase sin el título correspondiente. Asimismo, en cierto modo, puede reputarse perjudicado el Estado en cuanto que es el único habilitado para conferir los títulos respectivos y con estas actuaciones delictivas se atenta, en definitiva, contra esa

³⁵⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J.J. *Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier Libros, Barcelona, 2010, pág. 414.

³⁵¹ BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Ariel, Barcelona, 1991, pág. 352.

³⁵² FERRER SAMA, A. *Comentarios al Código Penal*, tomo III, 1ª ed., Ed. Sucesores de Nogues, Murcia, 1948, pág. 385.

³⁵³ España. STS 287/2002, de 22 de enero de 2002. FJ 1º.

³⁵⁴ España. STS 2370/1993, de 28 octubre de 1993. FJ 5º y 7º.

exclusividad legalmente ordenada. También pueden considerarse tales aquellos que se dedican al oficio usurpado, en este caso los odontólogos y médicos estomatólogos, pero no en una perspectiva económica, sino sólo en cuanto a la necesidad de preservar el prestigio de su profesión, prestigio que puede quedar afectado, cuando alguien, titulado o no titulado torpemente la ejerce. Se trata de un perjuicio de orden moral que, por su naturaleza, no puede ser reparado mediante una compensación económica, a diferencia de otros daños morales que sí lo permiten, como ocurre con el fallecimiento de alguna persona."

y también como en este otro ejemplo del ámbito odontológico³⁵⁵:

"Tampoco puede ser apreciada la invocación jurídica de que no se ha quebrantado el bien jurídico protegido, que según la parte recurrente es la salud pública, puesto que el delito de usurpación de funciones o intrusismo es de carácter pluriofensivo, que ataca tanto a la salud, en los supuestos en los que la profesión que se ejerce sin la posesión del correspondiente título es referida a actividades sanitarias, como también la sociedad, la fe pública y la propia profesión que es invadida por personas no suficientemente tituladas. Como acertadamente pone de relieve el Ministerio Fiscal en su dictamen, el art. 321 se inscribe dentro del capítulo VII del Título III del Libro II del Código Penal, siendo la rúbrica de dicho título «De las falsedades», de forma que no es lo decisivo el hecho de que se haya o no atacado a la salud pública mediante la realización de los actos punibles".

Por lo tanto, en el delito de intrusismo, hay que diferenciar entre el bien jurídico protegido y los intereses que pueden verse afectados por el ataque de tal bien:

- Se señalan, por un lado, como *bienes jurídicos protegidos* fundamentales, la potestad exclusiva del Estado de expedir títulos y el interés de la sociedad en exigir para el ejercicio de determinadas profesiones la posesión de determinado título. Se manifiestan en sentencias del Tribunal Supremo como la que se reproduce a continuación:

"(...) Pretende proteger a la sociedad en general, para evitar el peligro que supone el ejercicio por personas audaces, pero incompetentes, de tareas delicadas y transcendentales que exigen conocimientos y capacidades especiales (...)."

³⁵⁵ España. SAP Zaragoza 538/1995, de 23 de diciembre. FJ 3º.

Otros bienes jurídicos son la fe pública y la defensa de los intereses de los usuarios³⁵⁶.

- Por otro lado, *los intereses que pueden verse afectados por el ataque son fundamentalmente: en primer lugar, el interés privado de los particulares que reciben los servicios del no titulado, ya que no se trata de un bien jurídico protegido porque el delito existe aunque los actos se realicen con la pericia exigida, no protegiéndose en este delito la lesión o puesta en peligro de los usuarios, ya que el delito existe aunque el cliente resulte beneficiado, bien por el tratamiento recibido o por el precio pagado*³⁵⁷.

Si los intereses de los particulares fuera el bien jurídico protegido del delito, el consentimiento de los usuarios anularía el delito, pero tal consentimiento es irrelevante para la configuración del delito ya que existe aunque se preste un consentimiento informado³⁵⁸, y en segundo lugar, los intereses de los grupos profesionales titulados, que podrían verse afectados en diferentes planos, como el plano económico por la pérdida de clientes al aumentar la competencia (desleal, claro es) y por el deseo de restringir al máximo tal competencia, como los planos social y de prestigio, que resultarían lesionados por los intrusos que ejercen estas profesiones, dando a entender con ello que las puede realizar cualquiera³⁵⁹. Estos intereses tampoco constituyen el objeto de protección de la norma, ya que según el propio Tribunal Constitucional, en su famosa sentencia sobre los agentes inmobiliarios³⁶⁰, considera que los "*intereses privados o colegiales, legítimos y respetables, pero*

³⁵⁶ España. STS 6710/1992, de 8 de septiembre de 1992, España. STS 11136/1992, de 28 de septiembre de 1992.

³⁵⁷ Como puede suceder cuando un paciente asiste a que le atienda un titulado no homologado, ya que tiene la pericia generada en la obtención del título en su país de origen, pero nunca en el caso de los prótesis dentales, los cuales pueden tener pericia en la adaptación de prótesis al modelo maestro de escayola, pero nunca en la boca del paciente.

³⁵⁸ ESCOBAR MARULANDA, J.G. *El delito de intrusismo y el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1994, pág. 75 *in fine*.

³⁵⁹ SALOM ESCRIVÁ, J.S. *El delito de intrusismo profesional*, Revista Jurídica Catalunya, n.º 1, Barcelona, 1983, pág. 40.

³⁶⁰ España. STC 111/1993, de 25 de marzo de 1993. FJ 9.

insuficientes por sí solos para justificar la amenaza de una sanción penal como la aquí aplicada. Incurriendo, así, en una vulneración del principio de proporcionalidad entre el injusto y la pena que es inherente a un Estado social y democrático de Derecho como el que la Constitución configura (art. 1.1 C.E.)”.

Si se estudia el asunto desde el prisma del interés moral se considera que, de manera independiente de lo que piensen los colegios profesionales, hay un interés moral de la profesión que coincide plenamente con el interés de la sociedad: el de que puesto que se trata una profesión de superior transcendencia (por los bienes y prestaciones en juego), nivel y responsabilidad, se exija que sólo la ejerzan exclusivamente quienes estén en posesión del título, que garantiza de modo general la completa formación y preparación que se considera indispensable. Que ello coincida con el lógico y humano deseo de los profesionales que quieren acceder a las profesiones tengan efectivamente que efectuar el mismo esfuerzo, no debe dejarnos perder de vista que el interés primordial es la exigencia de garantía en beneficio tanto del adecuado funcionamiento, nivel y prestigio de la propia profesión como de la sociedad³⁶¹.

Los Colegios Profesionales han luchado para conseguir una protección penal de sus intereses, lo cual no les ha beneficiado en la defensa moral de los mismos ya que estando vigente la Ley de 17 de julio de 1958 de Procedimiento Administrativo, determinado autor describe que *“cuando una profesión tiene que acudir a la promulgación de una disposición para lograr el reconocimiento de una competencia, es que no basta el prestigio de los miembros que la integran³⁶²”*: mucho ha cambiado el escenario desde entonces, tanto la legislación administrativa como el traspaso de la etiología del desprestigio de los profesionales a otros sujetos, como los intrusos. No obstante, las presiones de los Colegios Profesionales ejercieron su influencia en la reforma legislativa del Código penal de 1963 ya

³⁶¹ SOTO NIETO, F. *El delito de intrusismo profesional: singular ilícito penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012, pág. 103.

³⁶² GONZÁLEZ PÉREZ, J. *La representación de los interesados en la Ley del Procedimiento Administrativo, en Administración Pública*, núm. 52, enero-abril, Madrid, 1967, pág.15.

que a partir de ese momento se incluyó como falta, con una pena de multa de 50 a 200 pesetas de la época, el ejercer una profesión sin hallarse inscrito en el respectivo colegio, corporación o asociación, siempre que este requisito sea exigido reglamentariamente. Además, a los reincidentes se les imponían, además de la multa citada, la pena de arresto menor³⁶³. El reconocimiento de los intereses profesionales sería inconstitucional, ya que se encontraría:

- en contra de los derechos a la libertad profesional amparado en el artículo 35.1 de la Constitución Española³⁶⁴,

- a la libre concurrencia del mercado reconocido en el artículo 38 del mismo cuerpo legal³⁶⁵,

- y a los intereses de los consumidores declarados en el artículo 51 de la susodicha Constitución³⁶⁶.

En este tipo de delitos, denominados de simple actividad, con la acción se lesiona el bien jurídico protegido, pero es necesario distinguir entre la acción como tal, por un lado, y la perturbación o lesión del bien jurídico protegido, que constituye éste último un suceso específico que ha sido causado por la acción pero que no necesariamente es idéntico a ella. Si el bien jurídico protegido principal en el delito de intrusismo, como se ha podido analizar en páginas anteriores, es la potestad de la Administración Pública de expedir títulos, cuando se realiza el acto propio de una profesión sin título académico, que se define en el tipo del delito, no es lesionada tal potestad ya que puede seguir emitiendo títulos. En cambio, lo que verdaderamente se lesiona es el poder de policía que la

³⁶³ España. Decreto 691/1963, de 21 de marzo, por el que se aprueba el Texto revisado de 1963 del Código Penal. Artículo 572.

³⁶⁴ Cuyo contenido es: *“Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.”*

³⁶⁵ Que indica: *“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”*

³⁶⁶ Con la siguiente redacción: *“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.”*

Administración Pública puede y debe ejercer sobre determinadas profesiones para que ellas sean ejercidas por personas que han alcanzado el mérito de haber cumplido con los requisitos establecidos previamente por el Estado para la emisión de un título académico nominativo, que faculta al sujeto merecedor de poder ejercer la profesión al amparo de un documento público que le da cobertura.

En este caso, por lo tanto, se puede establecer que el bien jurídico lesionado es la confianza general que tiene la sociedad en que aquella persona que está realizando dichos actos posee un determinado título académico, el cual acredita que ha adquirido los conocimientos teóricos y prácticos necesarios para ejecutar aquellos actos que se consideran propios por ser privativos de la profesión que le habilita el citado título, protegiendo este delito, además, la fe pública, la seguridad en el tráfico jurídico, y otros³⁶⁷.

En conclusión, se puede establecer que el bien jurídico protegido en el delito de intrusismo es la potestad del Estado de reglamentar las condiciones en las que deben ejercerse determinadas profesiones consideradas socialmente más relevantes, estableciendo como *ratio legis* del delito de intrusismo el mismo fin del mismo, que es proteger a los individuos, a la sociedad, de las personas que no posean capacitación necesaria, mientras que la *ratio legis* del precepto es la protección de los intereses particulares para evitar el posible peligro que pudiera causarles en determinados supuestos, configurándose como un delito de peligro en abstracto. Existen autores que defienden que quizás sería conveniente que estas conductas se despenalizaran y pasaran a ser protegidas por el Derecho Administrativo, ya que esta vía es más expeditiva y efectiva para el control que se debe efectuar sobre los requisitos que tienen que reunir los profesionales para ejercer ciertas profesiones ya que, en realidad, lo que se castiga en el delito de intrusismo es la desobediencia a las normas dictadas por la Administración de Estado, es decir, la necesidad de tener

³⁶⁷ SERRANO TÁRRAGA, M. D. *El delito de intrusismo profesional*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, págs. 81-82.

el correspondiente título para ejercer la profesión, y finaliza mencionando la declaración de otro autor que opina que este delito constituye un injusto administrativo criminalizado³⁶⁸. En el ámbito de la Odontología, otro autor deduce que la defensa de los grupos profesionales no puede tener fuerza persuasiva por sí sola en el ámbito penal al tratar de definir el bien jurídico protegido merced a la configuración del delito de intrusismo. Más se aproximaría a ello discuriendo sobre parámetros civiles³⁶⁹.

Dicho valor jurídico protegido está claramente vinculado a la seguridad del tráfico jurídico, a lo que hay que añadir el interés de todos porque determinados profesionales, que en su actividad pueden afectar a bienes jurídicos de máxima importancia como la vida, tengan la formación suficiente para poder ejercer su actividad, lo que, sin duda, también está relacionado con la potestad exclusiva del Estado de otorgar títulos³⁷⁰. Dado el reconocimiento constitucional a la libre elección de profesión u oficio, bajo el artículo 35 de la Constitución Española, se perfila la posibilidad de diversos grados de control estatal de las actividades profesionales, según sea la mayor o menor importancia constitucional de los intereses que con su ejercicio se ponen en juego; de manera que cuanto más relevancia social tengan dichos intereses, mayor será el nivel de conocimientos requeridos para el desempeño de dicha actividad profesional y mayor habrá de ser el grado de control estatal sobre los mismos, al igual que más grave será la sanción imponible en caso de desempeño de los actos propios de una profesión por quienes no estén oficialmente capacitados para ello. Por lo que el ámbito de aplicación del tipo quedaría reservado a aquellas profesiones que, por incidir sobre bienes jurídicos de la máxima relevancia como la vida, la integridad corporal, la libertad y la seguridad, no sólo necesitan para su ejercicio la realización de estudios que requieren la posesión

³⁶⁸ SERRANO TÁRRAGA, M. D. *El delito de intrusismo profesional*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, págs. 52-56.

³⁶⁹ SERRANO GÓMEZ, A. *El intrusismo en Odontología*, Actualidad Penal, nº 21, Madrid, 1995, pág. 1067.

³⁷⁰ MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial*, (Coordinador Morillas Cueva), Ed. Dykinson, Madrid, 2011, pág. 904.

de un título universitario "ad hoc", sino que también merecen la especial protección que garantiza el instrumento penal frente a toda intromisión que pudiere suponer la lesión o puesta en peligro de tales bienes jurídicos. De lo que se extrae que la protección y control de aquellas profesiones que inciden sobre intereses sociales de menor entidad quedarían satisfechas mediante el requerimiento de una simple capacitación oficial para su ejercicio y con la mera imposición, en su caso, de una sanción administrativa a quienes realizaren actos propios de la concreta profesión sin estar en posesión de dicha capacitación³⁷¹.

5. Elementos esenciales del tipo básico

Los elementos esenciales se tipifican con especial claridad en el propio contenido literal del artículo 403 del Código Penal vigente que "*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 (...)*".

El delito de intrusismo recogido en el Código Penal es un tipo doloso, que no exige habitualidad, ni lesión concreta de tercero, es decir, resultado, siendo por ello un delito de mera actividad. Al ser un precepto en blanco, exige acudir a disposiciones normativas y/o administrativas que regulan la profesión porque, lo que se castiga, es la violación de la normativa que regula los requisitos de obtención de la titulación, con conciencia de la realización de esos actos y la necesidad de titulación para su ejercicio³⁷², o de su homologación, automática, a instancia del solicitante o mediante pruebas de aptitud, si se trata de un título extranjero³⁷³.

³⁷¹ SUÁREZ LÓPEZ, J. M^a. *El tratamiento penal del intrusismo*. Revista internacional de doctrina y jurisprudencia, Madrid, 2012, págs. 6-7.

³⁷² SOTO NIETO, F. *El delito de intrusismo profesional: singular ilícito penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012, pág. 56.

³⁷³ GOYENA HUERTA, J. *El delito de intrusismo y las titulaciones profesionales obtenidas fuera de España*, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 295, Pamplona, 1997, pág. 5.

Por ello, se puede deducir que los elementos del tipo básico, en esencia, son tres:

- En primer lugar, la realización de actos propios de una profesión, para la cual se requiera un título académico determinado y el sujeto no lo tenga.

- Además, que exista una violación antijurídica de la normativa que regula y ordena la profesión invadida, que es de carácter extrapenal, debido a que el Código Penal no puede dar cabida a tal contenido de todas las profesiones tituladas: es el caso de las leyes penales en blanco.

- Y finalmente, una conciencia y una voluntad en el individuo que lo ejecuta, generando la violación de las disposiciones normativas por las que se rige la profesión.

Todos estos requisitos, que han sido recogidos por diferente doctrina³⁷⁴, deben concurrir de manera simultánea para que se ejecute el delito de intrusismo.

Para delinquir no bastan con apariencias, habrá que buscar voluntades e intenciones, por lo que no resulta acusable instrucciones ante profesional que realizan actos que exceden de su competencia, pero sin pretender que se les reconozca aquella posibilidad sentando una actuación graciosa desprovista de legal paternidad: el intrusismo, por tanto, existe cuando se engaña sobre la realidad en lo concerniente a preparación técnica y académica³⁷⁵.

En la jurisprudencia objeto de este estudio se recogen tales requisitos descritos de una manera muy variada, que son desarrolladas a continuación en un orden cronológico ascendente:

- En primer lugar, en una resolución de alto grado, la STS de 4 de marzo de 1987³⁷⁶, fechada un mes antes de la entrada en

³⁷⁴ SALOM ESCRIVÁ, J.S. *El delito de intrusismo profesional*. Revista Jurídica de Cataluña. Barcelona, 1983, 82 (1) Pág. 43.

³⁷⁵ QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F. *Comentarios al nuevo Código Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 1841.

³⁷⁶ España. RJ 1987/1864. Roj: STS 1527/1987. ECLI: ES:TS:1987:1527. Id Cendoj: 28079120011987101185.

vigor de la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental³⁷⁷, que en su fundamento jurídico tercero, recoge los mismos requisitos:

"(...) a) la realización o ejecución de actos propios de una profesión para la que sea preciso título oficial, o reconocido por disposición legal o Convenio Internacional, sin que exija habitualidad, por lo que -cual precisa la sentencia de 3 de octubre de 1980 (RJ 1980\3656)- tanto puede ser la actividad de mero ejercicio continuado, como de realización de un exclusivo acto de calidad y condición momentánea, siempre que sea idóneo y peculiar de la profesión usurpada, integrando la repetición de la conducta o su continuidad una misma infracción, sin que puedan estimarse delitos diferentes los actos distintos de ella efectuados a través del tiempo; debiendo formularse el juicio sobre la propiedad de los actos conforme a criterios objetivos de valoración de general validez en el ámbito social, lo que se verá simplificado cuando aquellas pautas hayan cristalizado en la reglamentación jurídica de la profesión de que se trate;

b) violación antijurídica de la normativa extrapenal ordenadora de la profesión invadida y, en particular, de aquel sector que regula la concesión y expedición de la titularidad que faculta para el ejercicio de la actividad profesional que se enjuicia, hallándonos ante una norma en blanco que habrá de completarse con las correspondientes disposiciones administrativas atinentes a la respectiva profesión;

y c) conciencia y voluntad por parte del sujeto de la irregular o ilegítima actuación que lleva a cabo y de la violación de las disposiciones por las que se rige aquélla, o sea, conocimiento de la antijuridicidad de su proceder, presencia de intencionalidad de usurpar la profesión, por lo que -aclara la sentencia de 19 de noviembre de 1984 (RJ 1984\5502)- aquellas conductas aisladas realizadas por necesidad, en circunstancias excepcionales y sin las contraprestaciones que lleva consigo el ejercicio profesional, deben considerarse como ausentes de tipicidad penal o atípicas debiendo señalarse que si la normativa infringida no es aquella nuclear y básica reguladora del otorgamiento del título, sino otra de menor entidad, de mero rango reglamentario, definidora de la habilitación para la práctica profesional, nos hallaremos ante la falta del artículo 572".

- En esta otra del mismo Tribunal emitida un lustro después³⁷⁸, en su fundamento jurídico tercero, se reitera en los requisitos descritos:

"(...) a) la realización o ejecución de actos propios de una profesión para la que sea preciso título oficial, o reconocido por disposición legal o Convenio internacional, sin que se exija habitualidad, por lo que -cual precisa la S. 3-10-1980 (RJ 1980\3656)- tanto puede ser la

³⁷⁷ La entrada en vigor sucedió el 4 de abril de 1986.

³⁷⁸ España. STS 2283/1992, de 29 octubre (Sala de lo Penal). FJ 3º. RJ 1992/8604.

actividad de mero ejercicio continuado, como la realización de un exclusivo acto de calidad y condición momentánea, siempre que sea idóneo y peculiar de la profesión usurpada, integrando la repetición de la conducta o su continuidad una misma infracción, sin que puedan estimarse delitos diferentes los diversos actos efectuados a través del tiempo; debiendo formularse el juicio sobre la propiedad de los actos conforme a criterios objetivos de valoración de general validez en el ámbito social, lo que se verá simplificado cuando aquellas pautas hayan cristalizado en la reglamentación jurídica de la profesión de que se trate;

b) violación antijurídica de la normativa extrapenal ordenadora de la profesión invadida y, en particular, de aquel sector que regula la concesión y expedición de titularidad que faculta para el ejercicio de la actividad profesional que se enjuicia, hallándose ante una norma en blanco que habrá de completarse con las correspondientes disposiciones administrativas atinentes a la respectiva profesión;

c) conciencia y voluntad por parte del sujeto de la irregular o ilegítima actuación que lleva a cabo y de la violación de las disposiciones por las que se rige aquélla, o sea, conocimiento de la antijuridicidad de su proceder, presencia de intencionalidad de usurpar la profesión, por lo que -aclara la S. 19-11-1984 (RJ 1984\5502)-, aquellas conductas aisladas realizadas por necesidad, en circunstancias excepcionales y sin las contraprestaciones que lleva consigo el ejercicio profesional, deben considerarse como ausentes de tipicidad penal o atípica”.

- No obstante, en órganos de menos rango, como en esta sentencia de la Audiencia Provincial³⁷⁹, son muchos más escuetos y concisos cuando lo describen de la siguiente manera:

“(…) según tiene declarado la jurisprudencia, constituyen elementos configuradores de este delito los siguientes:

a) la realización de actos propios de una profesión para la que sea preciso título oficial, o reconocido por disposición legal o Convenio Internacional, sin que el texto requiera habitualidad (SS. 3 octubre 1980 [RJ 1980\3656], 24 marzo 1988 [RJ 1988\2084] y 29 octubre 1992 [RJ 1992\8604]);

b) violación antijurídica de la normativa extrapenal ordenadora de la profesión invadida (de modo particular, en los aspectos relativos a la concesión y expedición de la correspondiente titularidad)

y c) conciencia y voluntad por parte del sujeto de la irregular o ilegítima actuación que lleva a cabo y de la violación de las disposiciones por las que se rige aquella”.

- Sin embargo, en sentencia emitida también por otra Audiencia Provincial³⁸⁰, en su fundamento jurídico tercero, se

³⁷⁹ España. SAP de Zamora, de 3 diciembre 1994. ARP 1994/91.

³⁸⁰ España. SAP de Ciudad Real, (Sección 2ª), nº 39/1998, de 2 junio. ARP\1998\3436.

añade un cuarto requisito: la asunción de la profesión. La sentencia indica literalmente que:

"(...) la jurisprudencia viene exigiendo para apreciar el intrusismo profesional los siguientes requisitos:

a) el ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer título habilitador,

b) la asunción de la profesión, que tanto puede hacerse oralmente o por la vía de hecho,

c) el conocimiento de la antijuridicidad de los actos practicados,

y, d) la conciencia y voluntad del sujeto con respecto a su irregular actuación (SSTS 23 febrero 1983 [RJ 1983\1715], 18 noviembre 1991 [RJ 1991\8590] y 20 julio 1994 [RJ 1994\6621] entre otras), constituyendo el bien jurídico protegido, por un lado, la protección de la Sociedad, evitando el peligro que supone el ejercicio por personas audaces pero incompetentes de tareas delicadas y trascendentes que exigen conocimiento y capacidades especiales, y de otro, proteger a quienes han obtenido un Título Oficial para ejercer dichas funciones".

- Mientras que en esta otra resolución judicial³⁸¹ considera, a diferencia de lo anterior, la exigencia de elementos de carácter normativo y materiales, como se expone a continuación:

"(...) el delito de intrusismo (art. 403 CP-95), que aparecía recogido en el anterior Código Penal en su art. 321 está compuesto de una serie de elementos, unos de carácter normativo y otros de carácter material.

El elemento normativo radica en la referencia al título oficial o reconocido por disposición legal y Convenio Internacional. Al mismo tiempo el núcleo del tipo radica en la realización de los actos propios de una profesión, por lo que necesariamente habrá que remitirse a la clase de profesión desempeñada para determinar claramente cuáles son los actos propios, distintivos e insustituibles para que la sociedad o los terceros puedan adquirir la creencia de que el impostor no es tal sino que se comporta como un auténtico profesional (SSTS de 3-3-1997 y 20-6-1998)".

- En esta otra sentencia posterior³⁸², vuelve a indicar la triada común:

³⁸¹ España. SAP de Castellón, (Sección 1ª), nº 273/2000, de 11 noviembre. ARP\2002\60.

³⁸² España. SAP de Madrid (Sección 17ª), nº 831/2003, de 19 septiembre. JUR\2003\257927.

"(...) el tipo penal previsto en el precepto mencionado exige la concurrencia de varios elementos como son:

a) la realización o ejecución de actos propios de una profesión para la que sea preciso título oficial o reconocimiento por disposición legal o Convenio internacional.

b) la violación antijurídica de la normativa extrapenal ordenadora de la profesión invadida y en particular de aquel sector que reglamenta la concesión y expedición de la titularidad que faculta para el ejercicio de la actividad profesional que se enjuicia,

y c) conciencia y voluntad de la irregular o ilegítima actuación. De las propias manifestaciones de la acusada en la vista oral se desprende que conocía la necesidad de proceder a la homologación de su título en este país para el ejercicio de su profesión y que de esa manera aquella lo tenía planteado encontrándose pendiente de la obtención, por lo que no puede admitirse la ausencia del elemento subjetivo del injusto al que se hace referencia en el recurso debiendo en consecuencia proceder a la desestimación también de este motivo de recurso".

- Y se vuelve a reiterar en esta resolución³⁸³, en su fundamento jurídico cuarto, indicando que el delito de intrusismo:

"(...) se integra por dos elementos:

a) uno material, consistente en el ejercicio de actos propios de una profesión

y b) otro normativo: carecer del título habilitante para la realización de dichos actos, entendido como título académico, según la dicción literal del precepto y que en este caso era el de médico odontólogo del que el acusado carecía. El elemento subjetivo consiste en la conciencia y voluntad de la realización indebida de actos para los que no se tiene el título necesario".

- Es curioso que en esta otra resolución, revestida en forma de auto³⁸⁴, en su fundamento jurídico tercero, se elimina el elemento de la conciencia y la voluntad, definiendo sólo los dos restantes:

"El delito que se imputa tiene como requisitos (STS 14-10-2011):

a) La realización o ejecución de actos propios de una profesión para la que sea preciso título oficial, o reconocido por disposición legal o Convenio Internacional (título académico o título oficial de

³⁸³ España. SAP de Guipúzcoa (Sección 1ª), nº 182/2010, de 26 de abril. JUR\2014\172772.

³⁸⁴ España. SAP de Cantabria (Sección 1ª), nº 227/2012, de 4 de junio. JUR\2012\386186.

capacitación en el art. 403) sin que el texto legal requiera habitualidad por lo que tanto puede ser la actividad de mero ejercicio continuado, como la realización de un exclusivo acto de calidad y condición momentánea siempre que sea idóneo y peculiar de la profesión usurpada, integrando la repetición de la conducta o su continuidad una misma infracción, sin que puedan estimarse delitos diferentes los actos distintos en ella efectuados a través del tiempo (STS 29.9.2006, 22-1-2002, 29.9.2000, 30.4.94);

y b) Violación antijurídica de la normativa extrapenal ordenadora de la profesión invadida y, en particular, de aquel sector que reglamenta la concesión y expedición de la titularidad que faculta para el ejercicio de la actividad profesional que se enjuicia, hallándonos ante una norma en blanco que habrá de complementarse con las correspondientes disposiciones administrativas atinentes a la respectiva profesión. En efecto el tipo penal que describe el delito de intrusismo presenta una estructura de ley penal en blanco; "esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal- no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta (STC 127/90, de 5-7; 283/2006, 9-10)".

- En esta sentencia mucho más reciente³⁸⁵, en su fundamento jurídico tercero, vuelve a descartar como elemento a la conciencia y la voluntad:

"(...) constituyen elementos configuradores del delito:

a) La realización o ejecución de actos propios de una profesión para la que sea preciso título oficial, o reconocido por disposición legal o Convenio Internacional (título académico o título oficial de capacitación en el art. 403) sin que el texto legal requiera habitualidad por lo que tanto puede ser la actividad de mero ejercicio continuado, como la realización de un exclusivo acto de calidad y condición momentánea siempre que sea idóneo y peculiar de la profesión usurpada, integrando la repetición de la conducta o su continuidad una misma infracción, sin que puedan estimarse delitos diferentes los actos distintos en ella efectuados a través del tiempo (STS 29.9.2006, 22-1-2002; 29.9.2000, 30.4.94);

b) Violación antijurídica de la normativa extrapenal ordenadora de la profesión invadida y, en particular, de aquel sector que reglamenta la concesión y expedición de la titularidad que faculta para el ejercicio de la actividad profesional que se enjuicia, hallándonos ante una norma en blanco que habrá de complementarse con las correspondientes disposiciones administrativas atinentes a la respectiva profesión. En efecto el tipo penal que describe el delito de intrusismo presenta una estructura de ley penal en blanco; "esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal- no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta (STC 127/90, de 5-7; 283/2006, 9-10). Esta conclusión está sostenida no solo en el incuestionable carácter jurídico de los elementos que se remiten nociones como "título oficial" o que "habilite legalmente para su

³⁸⁵ España. SAP de Huelva (Sección 1ª), nº 178/2012, de 11 de julio. JUR\2013\141060.

ejercicio", sino esencialmente debido a que el régimen español de las profesiones tituladas - materia que conforma el sustrato de regulación del acto de intrusismo y cuyos aspectos más esenciales ("títulos oficiales", "actos propios de una profesión", etc) son los que han de servir de complemento exegético al mismo - se configura como un sistema cerrado de reglamentación, con una consiguiente vinculación entre títulos y la actividad profesional correspondiente- que, en mayor o menos concreción, debe ser legalmente determinada, tal como viene a establecer el art. 36 CE al exigir que sea una ley la que regule el ejercicio de las profesiones tituladas. Con esa medida habrán de ser precisamente normas jurídicas las que determinen qué deban ser actos propios de una profesión para cuyo ejercicio habilite un título oficial".

- Y en esta otra sentencia también reciente³⁸⁶, en su fundamento jurídico tercero, menciona a la STS de 14 de octubre de 2011 para indicar, con ausencia de nuevo del elemento de la conciencia y la voluntad, que:

"(...) constituyen elementos configuradores del delito de intrusismo:

a) La realización o ejecución de actos propios de una profesión para la que sea preciso título oficial, o reconocido por disposición legal o Convenio Internacional (título académico o título oficial de capacitación en el art. 403) sin que el texto legal requiera habitualidad por lo que tanto puede ser la actividad de mero ejercicio continuado, como la realización de un exclusivo acto de calidad y condición momentánea siempre que sea idóneo y peculiar de la profesión usurpada, integrando la repetición de la conducta o su continuidad una misma infracción, sin que puedan estimarse delitos diferentes los actos distintos en ella efectuados a través del tiempo (STS 29.9.2006, 22-1-2002; 29.9.2000, 30.4.94);

y b) Violación antijurídica de la normativa extrapenal ordenadora de la profesión invadida y, en particular, de aquel sector que reglamenta la concesión y expedición de la titularidad que faculta para el ejercicio de la actividad profesional que se enjuicia, hallándonos ante una norma en blanco que habrá de complementarse con las correspondientes disposiciones administrativas atinentes a la respectiva profesión. En efecto el tipo penal que describe el delito de intrusismo presenta una estructura de ley penal en blanco; "esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal- no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta (STC 127/90, de 5-7; 283/2006, 9-10. Esta conclusión está sostenida no solo en el incuestionable carácter jurídico de los elementos que se remiten nociones como "título oficial" o que "habilite legalmente para su ejercicio", sino esencialmente debido a que el régimen español de las profesiones tituladas - materia que conforma el sustrato de regulación del acto de intrusismo y cuyos aspectos más esenciales ("títulos oficiales", "actos propios de una profesión", etc...) son los que han de servir de complemento exegético al mismo - se configura como un sistema cerrado de reglamentación, con una consiguiente

³⁸⁶ España. AP de Guipúzcoa (Sección 2ª), nº 79/2012, de 20 de septiembre. ARP\2014\702.

vinculación entre títulos y la actividad profesional correspondiente- que, en mayor o menor concreción, debe ser legalmente determinada, tal como viene a establecer el art. 36 CE al exigir que sea una ley la que regule el ejercicio de las profesiones tituladas. Con esa medida habrán de ser precisamente normas jurídicas las que determinen qué deban ser actos propios de una profesión para cuyo ejercicio habilite un título oficial."

- Y finalmente, en la más actual de la serie histórica estudiada³⁸⁷ y de manera extensa, describe en su fundamento jurídico noveno, ordenadas por importancia, las diferentes supuestos de hecho que pueden ser acogidos por el delito de intrusismo:

"(...) distingue cuatro situaciones de menor a mayor importancia:

a) La atribución de cualidad profesional amparada en título académico, sin poseerlo y sin ejercer actos de esa profesión: se trata de la falta del art. 637;

b) El ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial, que integra el tipo atenuado o privilegiado de delito "que tantos problemas ocasiona" en palabras de la STS 454/2003 de 28 de marzo con cita de la de 12 de noviembre de 2001;

c) El ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico que constituye el tipo básico, se trata de una novedad del actual texto, ya que antes no se diferenciaba entre título académico y título oficial pudiéndose entender por título académico el que se exige tras cursar estudios conforme a la legislación del Estado en centros oficiales o reconocidos, sea de diplomatura, licenciatura o doctorado, y por título oficial el expedido también por el Estado en virtud de norma interna o por Convenio Internacional ratificado por España, y por tanto derecho vigente según el art. 96 de la CE, título oficial que debe acreditar la capacitación necesaria del titular y habilitar para el ejercicio de una profesión;

y d) El ejercicio de actos propios de una profesión unido a la atribución pública de la cualidad de profesional amparado por título que habilite para el ejercicio, que constituye el tipo agravado. La conducta nuclear se vertebra por dos notas: una positiva: el ejercicio de actos propios de profesión, y otra negativa: carecer de título habilitante. La conjunción de estos dos elementos perfecciona el delito que es de mera actividad, no exigiendo para la consumación resultado perjudicial para los intereses del sujeto pasivo del acto".

³⁸⁷ España. SAP de Madrid (Sección 23ª), nº 480/2015, de 30 de junio. JUR\2015\207576.

El tipo objetivo del injusto está comprendido por dos elementos, el positivo y el negativo, según la doctrina científica³⁸⁸, además de la sentencia precedente³⁸⁹:

- En el elemento positivo, es decir, aspecto comisivo del delito, que comprende la realización de actos propios de una profesión para la cual se requiere un determinado título académico, es decir, su elemento material. Según jurisprudencia asentada del Tribunal Supremo³⁹⁰, este requisito es el núcleo del tipo objetivo.

- y en el elemento negativo, y por lo tanto elemento omisivo del delito, que recoge la ausencia del título académico exigido para poder ejercer los actos de la profesión determinada por dicho título.

Por el contenido del desarrollo de los elementos es posible considerar que el delito de intrusismo no es atribuible a todas las profesiones existentes (tituladas o no), ya que se centra sólo y exclusivamente a las que necesitan para ejercerlas haber superado unos estudios académicos (universitarios) cuya culminación hacen al individuo merecedor de la posesión del correspondiente título académico³⁹¹, que son aquellas profesiones que requieren la garantía de una capacitación de ámbito superior, obtenida con la entrega por parte del Estado, cuya característica primordial está constituida por un conjunto de conocimientos y habilidades que se ejecutan en el ejercicio de la profesión. Es por ello que la profesión se delimita por la realización de manera habitual y regular de un conjunto de habilidades que son socialmente caracterizadas y reconocidas por

³⁸⁸ SERRANO TÁRRAGA, M. D. *El delito de intrusismo profesional*. Ed. Civitas, Madrid, 1997, Pág. 58. SOTO NIETO, F. *El delito de intrusismo profesional: singular ilícito penal*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012, Pág. 53.

³⁸⁹ España. SAP de Madrid (Sección 23ª), nº 480/2015, de 30 de junio.

³⁹⁰ España. STS 3102/1994, de 30 de abril. ECLI: ES:TS:1994:3102. Id Cendoj: 28079120011994107071.

³⁹¹ BENÉYTEZ MERINO, L. *Lecciones de Derecho Penal*, Ed. Comares, Granada, 1994, pág. 424.

la analogía entre la ejecución de dichos actos con los conocimientos y habilidades³⁹².

El delito de intrusismo, por lo tanto, ampara el ejercicio de determinadas profesiones que se caracterizan por los siguientes requisitos:

- en primer lugar, que para ejercer la profesión se exija título académico, requisito que emana del texto legal,

- y en segundo lugar, la existencia de una disposición legal o administrativa que prohíba a los no titulados ejercer actos de la profesión para los que el título faculta, que se trata de un requisito menos notable pero indispensable: la existencia de preceptos acotando la actividad de una profesión es requisito previo para la aplicación del artículo que regula el delito de intrusismo³⁹³, por lo que sólo y exclusivamente las profesiones que se encuentran protegidas por tal artículo son aquellas que están legalmente reguladas³⁹⁴.

La regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y las normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución³⁹⁵, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia, es un principio establecido como materia de competencia exclusiva del Estado³⁹⁶.

6. Actos propios de la profesión

³⁹² SOUVIRÓN MORENILLA, J. M^a. *La configuración jurídica de las profesiones tituladas en España y en la Comunidad Económica Europea.*, ed. Consejo de Universidades, Secretaría General, Madrid, 1988, pág. 26.

³⁹³ DÍAZ VALCÁRCEL, L.M. *La revisión del Código Penal y otras leyes penales*, Ed. Nauta, Barcelona, 1964, pág. 125.

³⁹⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J.J. *Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier Libros, Barcelona, 2010, pág. 415.

³⁹⁵ Este artículo constitucional comienza con el texto “*Todos tienen el derecho a la educación...*”, ubicado entre los Derechos Fundamentales (artículos del 14 al 29 y el 30.2 de la Carta Magna).

³⁹⁶ España. Constitución Española. Artículo 149.1.30^º.

Los actos propios de la profesión son aquellos cuya realización es atribuida por el ordenamiento jurídico positivo, única y exclusivamente, a los individuos de determinadas profesiones³⁹⁷. Es decir, los actos típicos de la misma, a través de los cuales se sitúa una persona en el ámbito social y económico, contemplando la especialización de determinadas funciones, carácter, estilo y confianza, en su modo o forma de realizar aquellos³⁹⁸. Es decir, los que, de por sí, integran su núcleo actuacional, verídicos y auténticos, íntimamente relacionados con los fines y objetos que vienen predicándose como esencia y norte del quehacer profesional resaltado³⁹⁹. La atribución pública de la cualidad de profesional agrava el perfil divulgador del inquietante intruso y puede adoptar la forma que convenga, aunque basta para cometer el delito básico la disposición corporal incondicionada, sin que sea exigible la producción de un resultado perfecto o imperfecto⁴⁰⁰. Nos encontramos, por tanto, de un delito formal de mera actividad: conducta predispuesta al objeto de llegar al término realizativo.

La acción se determina por la expresión del tipo "actos propios", con un sentido de carácter normativo, que está referido a aquel abanico de atribuciones propias correspondientes al ejercicio de una determinada profesión pero, y es lo más importante en su definición, que sean de manera excluyente y exclusiva, ya que si carece de estos caracteres, no se tratarían de actos propios⁴⁰¹. Por ello, la jurisprudencia se muestra uniforme en descartar todo desconocimiento de autoridad cuando, pese a las apariencias, ficciones e incluso exteriorizadas atribuciones, la relación de actos reflejada no puede identificarse como de específicas muestras de una

³⁹⁷ CÓRDOBA RODA, J. *Comentarios al Código Penal. Parte especial.*, tomo III, ed. Marcial Pons, Madrid 2004, pág. 1047.

³⁹⁸ PUIG PEÑA, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo III, 6ª ed, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 310.

³⁹⁹ SOTO NIETO, F. *El delito de intrusismo profesional: singular ilícito penal*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012, Pág.111.

⁴⁰⁰ SERRANO GÓMEZ, A. *Intrusismo y especialidades médicas*, Revista de Derecho Penal y Criminológica, 2ª época, nº extraordinario, 1º, 2000, pág. 339.

⁴⁰¹ BENÉYTEZ MERINO, L. *Lecciones de Derecho Penal*, Ed. Comares, Granada, 1994, pág. 424.

profesión u oficio, no resultando factible acusar de "suplantación" escandalizante si no cabe señalar un solo acto conceptuable como manifestación de un ejercicio profesional⁴⁰².

Los actos propios de una profesión vienen determinados por expresa atribución específica a los profesionales concretos integrados en el área actuacional de aquella tras la superación de los estudios o pruebas pertinentes, y exclusión de las demás personas en semejante sector de actividad, por lo que el intrusismo tiene su esencia ilícita en la invasión del ámbito competencial que por razones de conocimientos específicos que el sistema jurídico y técnico ha reservado a un número de personas, de manera tal que quienes no posean esa precisa convicción carecen de legitimación para realizar esas actuaciones o trabajos⁴⁰³.

Como se ha descrito con anterioridad, el Código Penal no puede recoger los actos propios de todas las profesiones protegidas por el precepto que regula el delito de intrusismo, por lo que constituye una norma penal en blanco, así que para determinar si unos determinados actos son propios o no de una determinada profesión, es menester acudir a la normativa que la regula, donde necesariamente se establecen cuáles son las atribuciones y las funciones, que son en sí considerados, los actos propios.

En el campo específico de la Odontología, en orden al principio de jerarquía normativa, es necesario acudir, en primer lugar, a aquellas disposiciones legislativas y/o administrativas: la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental⁴⁰⁴, y su desarrollo en el Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio, por el que se desarrolla lo previsto en la Ley 10/1986, que regula la profesión de Odontólogo, Protésico e Higienista

⁴⁰² SOTO NIETO, F. *El delito de intrusismo profesional: singular ilícito penal*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012, Pág.112.

⁴⁰³ QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F. *Comentarios al nuevo Código Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 1841.

⁴⁰⁴ España. Ley 10/1986, de 17 de marzo. Boletín Oficial del Estado nº 68. 20 de marzo de 1986. Págs. 10562-10563.

dental⁴⁰⁵. En segundo lugar, a los reglamentos que son emanados por los Colegios Profesionales de Odontólogos y Estomatólogos (o de Dentistas, en aquellos casos en los que se ha modificado el nombre)⁴⁰⁶, término que debe ser entendido de manera extensiva como la "Organización Colegial de la Odontología y la Estomatología", constituida por los órganos representativos y de gobierno siguientes:

- los Colegios Oficiales de Odontólogos y Estomatólogos,
- los Consejos Autonómicos que en su caso pudieran organizarse dentro de las Comunidades Autónomas
- y el Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España⁴⁰⁷.

Lo dispuesto en un Reglamento o en un Estatuto sólo será aplicable cuando no sea contrario o incompatible con una norma de rango superior, como una Ley o un Real Decreto, cuestión clara respecto al principio de jerarquía normativa.

La costumbre y los usos sociales, como fuentes del Derecho⁴⁰⁸, que sean contrarios a las fuentes descritas con anterioridad, carecen de valor para poder determinar qué actos son entendidos como propios de una determinada profesión. Por ello, sólo en el caso de que no exista reglamentación de la respectiva profesión, difícil en la sociedad actual donde casi todo está regulado en el Derecho positivo, se atenderá a la costumbre y a los usos sociales⁴⁰⁹.

Un análisis literal de la locución "*actos propios de la profesión*", con el uso del adjetivo en plural "*propios*", describe la pertenencia de forma exclusiva a una profesión de

⁴⁰⁵ España. Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio. Boletín Oficial del Estado nº 215. 8 de septiembre de 1994. Págs. 28045-28047.

⁴⁰⁶ CERVELLO DONDRERIS, V. *La presencia de habitualidad en el delito de intrusismo*, en Revista General de Derecho, Madrid, 1992, abril, pág. 2561.

⁴⁰⁷ España. Real Decreto 2828/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Odontólogos y Estomatólogos y de su Consejo General. Boletín Oficial del Estado de 26 de enero de 1999. Artículo 1.1 del Anexo.

⁴⁰⁸ España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado nº 206, de 25/07/1889. Artículos 1.1 y 1.3.

⁴⁰⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J. *Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier Libros, Barcelona, 2010, pág. 416.

una pluralidad de actos, propiedad de la profesión que debe ser determinada con un elemento valorativo en el tipo, mediante un criterio objetivo en dicha valoración de carácter general en la sociedad, careciendo de importancia para su interpretación aquellos comentarios o deducciones de tipo personal y subjetiva de los sujetos activo (intruso) y perjudicado (paciente) que entran en juego en la comisión del delito. Una cuestión a debatir en este estadio es si la conducta realizada por quien piensa subjetivamente que los actos que realiza son propios y que objetivamente no lo son, deben ser subsumibles en el delito de intrusismo porque entraría en juego la consideración del error de las disposiciones generales del Derecho Penal⁴¹⁰, adelantándose que esta valoración la debe realizar el Juez al aplicar el precepto determinado en el caso que se esté ventilando⁴¹¹.

En cuanto a la formulación en plural "actos", que se podría definir como cualquier tipo de acto realizado por un profesional titulado, sólo es necesaria la ejecución de un solo acto para que el delito se entienda consumado. Tampoco es una exigencia la habitualidad, a excepción de que lo determine el reglamento específico de la profesión, como sucede en los agentes de la propiedad inmobiliaria⁴¹². En caso de repetición de actos, no se aplicará un concurso de delitos, aunque esa reiteración de la conducta delictiva sea trasladada como un soporte eficaz del injusto típico⁴¹³.

Por ello, este requisito de "exclusividad" de los actos es consecuencia de una nota de singularidad para el establecimiento de la acción típica, ya que si atendemos a un estricto rigor lógico, sólo cabe describir como actos propios de una determinada profesión a aquellos que están exclusivamente encomendados a determinados profesionales y que cumplen los

⁴¹⁰ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado nº 281, de 24 de Noviembre de 1995. Artículo 14.

⁴¹¹ SERRANO TÁRRAGA, M. D.: *El delito de intrusismo profesional*. Ed. Civitas, Madrid, 1997, Págs. 61-63.

⁴¹² España. STS 20 de marzo de 1992 [RJ 1992, 2377], y SSTs de 5 de mayo y 10 de junio de 1992 [RJ 1992, 4903].

⁴¹³ BAJO FERNÁNDEZ, M. et al. *Código Penal con Jurisprudencia y concordancias*, Ed. Civitas, Madrid, 1976, pág. 287.

requisitos impuestos por la naturaleza intrínseca de la profesión⁴¹⁴, pero esta nota de exclusividad no es necesaria que sea requerida hasta extremos insólitos, interpretada de manera estricta, ya que existen determinados actos que pueden ser realizados por dos, o incluso por más profesiones⁴¹⁵, pero no a todas las profesiones, ni siquiera las del mismo ramo, y mucho menos a la población titulada en general: en este caso, la nota de exclusividad desaparece para determinar como propios actos compartidos por dos o varias profesiones. Incluso hay actos que no son propios de ninguna profesión titulada y tienen como fin ser la alternativa a una titulada, como sucede en el caso del curanderismo con prácticas supersticiosas: no pueden estimarse que sean actos propios de la profesión médica y, por lo tanto, se escapan de la persecución del precepto penal del intrusismo⁴¹⁶.

En un determinado estudio sobre el intrusismo en el específico campo de la Odontología⁴¹⁷, se deduce que los problemas que se pueden plantear se presentan en los siguientes dos supuestos:

- La primera de ellas se produce en aquellas circunstancias en las cuales intervienen profesionales de distintas categorías en una determinada actividad o acto, donde existen elementos comunes a todas ellas. Es algo que sucede con frecuencia en ámbitos como la sanidad y en la que se debe determinar cuáles son los actos propios de cada uno de los profesionales que interviene en el equipo. En estos casos, cabe interpretar que el titulado superior está facultado para realizar los actos propios de la categoría inferior, pero no al contrario porque entonces

⁴¹⁴ CÓRDOBA RODA, J. *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, tomo III, Ed. Marcial Pons, Madrid 2004, pág. 1047.

⁴¹⁵ En el sector de la Odontología, se puede establecer que las endodoncias, por ejemplo, son actos propios exclusivos de los dentistas, acogiendo la profesión a los odontólogos y a los estomatólogos, pero las extracciones dentarias de cordales pueden ser ejecutada por ellos, y por los especialistas en Cirugía Oral y Maxilofacial, al igual que las tartrectomías, que además de poder ser ejecutadas por dentistas, pueden ser realizadas por los higienistas dentales bajo la supervisión directa de los anteriores.

⁴¹⁶ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial*. 20ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 728.

⁴¹⁷ SERRANO GÓMEZ, A. *El intrusismo en Odontología*, Actualidad Penal, nº 21, Madrid, 1988, págs. 1068-1069.

se estaría realizando el supuesto del tipo del delito de intrusismo,

- y la segunda se produce en el caso de que existan especialidades dentro de una profesión en el que los actos representan el objeto de la especialidad y, de manera simultánea, son comunes a la profesión básica, a excepción de que se dicte lo contrario⁴¹⁸. De esta forma, los especialistas pueden ejercer la profesión básica y los no especializados podrán ejercer en cualquier rama de la especialidad pero con el detalle de que, por un lado, les está prohibido utilizar el título profesional de especialista en la materia y, por otro lado, la de ocupar un determinado puesto de trabajo con tal denominación y ejercer la profesión con este carácter de forma habitual.

Esta casuística es típica en la Medicina, ciencia amplia, con especialidades reconocidas, donde al acudir a la normativa de las ramas de la profesión, se regula la obtención del título de especialista:

- en un principio, se trata del Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, por el que se regula la formación médica especializada y la obtención del título de médico especialista⁴¹⁹, vigente hasta el 22 de febrero de 2008,

- fecha de entrada en vigor del Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero, por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada⁴²⁰. En la disposición derogatoria segunda de esta última norma, que regula la extinción de determinadas especialidades en régimen de alumnado, se declara a extinguir, la especialidad médica en régimen de alumnado de Estomatología,

⁴¹⁸ En el sector de la Medicina es típico que, por ejemplo, una lesión cutánea simple pueda ser diagnosticada y tratada por un médico general, y no necesariamente por un especialista en Dermatología.

⁴¹⁹ España. Real Decreto 127/1984, de 11 de enero. Boletín Oficial del Estado, nº 26. 31 de enero de 1984. Págs. 2524-2528.

⁴²⁰ España. Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero. Boletín Oficial del Estado, nº 45. 21 de febrero de 2008. Págs. 10020-10035.

sin perjuicio del ejercicio profesional de estos especialistas, al amparo de lo previsto en el artículo 6.2.c) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre⁴²¹, de los derechos profesionales y de cualquier tipo inherentes al título de médico especialista en Estomatología, incluidos los derivados de su equiparación profesional con los licenciados en Odontología, como consecuencia de lo previsto en la disposición adicional de la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental.

Es doctrina jurisprudencial asentada por el Tribunal Supremo que se prohíba ejercer una especialidad médica con carácter profesional y habitual por quienes poseen el título de Licenciado o Graduado en Medicina sin contar con una determinada especialidad. Por ello, pueden actuar sin especialidad en circunstancias especiales que lo justifiquen, motivada la concreta situación como pueden ser la urgencia, la falta de presencia de un especialista, la levedad del caso o por tratarse de la primera intervención del caso, pero ello no es óbice para que pueda tal médico no especialista a dedicarse de manera continuada y habitual a ejercer la especialidad ya que carece del título requerido para ello.

La profesión de dentista puede ser ejecutada tanto por odontólogos como por médicos, pero éstos últimos requieren la especialidad de Estomatología para ello. Existe variada jurisprudencia sobre actuaciones odontológicas realizadas por Médicos que no son especialistas en Estomatología (ni en Cirugía Oral y Maxilofacial), dando lugar a varias interpretaciones a favor del médico general sin especialidad, como se recoge a continuación:

⁴²¹ Su contenido es el siguiente: *“Sin perjuicio de las funciones que, de acuerdo con su titulación y competencia específica corresponda desarrollar a cada profesional sanitario ni de las que puedan desarrollar otros profesionales, son funciones de cada una de las profesiones sanitarias de nivel de Licenciados las siguientes: c) Dentistas: corresponde a los Licenciados en Odontología y a los Médicos Especialistas en Estomatología, sin perjuicio de las funciones de los Médicos Especialistas en Cirugía Oral y Maxilofacial, las funciones relativas a la promoción de la salud buco-dental y a la prevención, diagnóstico y tratamiento señalados en la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud bucodental.”*

- En esta sentencia del Tribunal Supremo⁴²², un médico sin especialidad que ejerce la Odontología de manera habitual, como determina el antecedente de hecho segundo:

"(...) del Presidente del Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de la XIII Región, correspondiente a Baleares, mediante carta de 7 de octubre de 1983, (se le informó) para que se colegiase en el mismo, y tras la oportuna entrevista al respecto, dirigió el señor V. R. una carta al Presidente del Ilustre Colegio de Médicos de Baleares, fechada el día siete de noviembre siguiente, solicitando información sobre la legalidad de las actividades que venía desarrollando en la consulta mencionada, y en especial sobre cuál era su situación a la vista del requerimiento del Colegio de Odontólogos y Estomatólogos en el supuesto -señala en tal carta- de que alguna de sus actividades médicas estuviese referida a la Odontología y Estomatología. Y mediante escrito de once de noviembre siguiente contestó la Asesoría Jurídica del Colegio Oficial de Médicos de Baleares indicando que «un Médico puede ejercer cualquier actividad médica, pertenezca o no a alguna especialidad, en cuanto no se anuncie con la cualidad o especialidad, lo que quiere decir que el Médico puede hacerlo todo en Medicina, en Cirugía y en cualquier rama derivada, pero sólo los especialistas pueden anunciar su dedicación especial y, en consecuencia, estimó inadecuado el requerimiento del Colegio de Odontólogos, por cuanto el interesado no es odontólogo ni tiene el título de tal ni anuncia actividad específica», y como se desprende del antecedente de hecho tercero, "El señor V. R. se ha venido titulando públicamente como médico, sin atribuirse expresamente especialidad médica ninguna."

El citado médico es absuelto en primera instancia, y también lo es tras el recurso de apelación interpuesto por el Ilustre Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de la XIII Región, como se determina en el fundamento de derecho primero sobre la misma cuestión:

"En función de este relato de la sentencia de instancia ha de contemplarse el tema de la culpabilidad. Aunque la doctrina científica ha discutido si el delito de intrusismo puede ser o no cometido por imprudencia, hay que afirmar que sólo es punible la comisión dolosa atendida la propia naturaleza del delito y su significación. En este caso, aunque la conducta del procesado estaba tipificada en el artículo 321 del Código Penal, es obvio que la inferencia de que el procesado actuaba en la errónea convicción de estar facultado para ello, hace entrar en juego el artículo 6 bis a) del Código Penal. Se está, pues, en presencia de un supuesto de error de prohibición teniendo en cuenta que el autor se equivoca sobre la significación

⁴²² España. STS de 13 de junio de 1990. RJ\1990\5291. Roj: STS 4549/1990. ECLI: ES:TS:1990:4549. Id Cendoj: 28079120011990104072.

jurídica/antijurídica de su acción. Y este error ha tratado de disiparse a través de un comportamiento que puede ser calificado como de diligente con la actuación de un buen profesional, por lo cual tampoco puede aplicarse el artículo 66 del Código Penal.”

- No obstante, en otro caso del mismo Tribunal⁴²³, que la relaciona con la sentencia anterior mencionándola en dos ocasiones a lo largo de su extenso texto, declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los acusados contra la sentencia de la Audiencia Nacional que condenó a uno de ellos, médico sin especialidad, como autor de un delito de intrusismo. En el antecedente de hecho cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo, aun siendo condenado el médico, se emitió voto particular formulado por uno de los Magistrados, en defensa de la capacidad del médico de poder realizar actos propios del dentista, con el tenor literal siguiente:

«Primero.- Mi discrepancia con la Sentencia dictada por la mayoría de la Sala se refiere, exclusivamente, a la forma en cómo se expresan en el apartado de hechos probados -en concreto en el número séptimo- los hechos que se atribuyen al acusado Pablo V. R. y sobre la calificación jurídica que se da a los mismos, como constitutivos de un delito de intrusismo del artículo 321 párrafo 1º del Código Penal vigente en el momento de producirse los hechos -fundamento de derecho tercero-.

Segundo.- Por una parte, estimo que, en la narración de los hechos que se imputan al referido acusado, se excede de lo que debía ser una mera descripción objetiva de los mismos, al realizarse valoraciones y utilizarse conceptos que por su carácter jurídico implican una predeterminación del fallo, específicamente al utilizarse la expresión: "el acusado... continuó el ejercicio habitual de la profesión de Odontólogo...", refiriéndose a Pablo V.; lo cual además de constituir a mi juicio un defecto formal de mayor o menor entidad (art. 851 LECrim), en el caso que nos ocupa tiene una gran relevancia en cuanto que significa que se dan directamente por probados conceptos jurídicos determinantes para la aplicación del tipo del penal en cuestión, soslayándose de esta manera entrar en los aspectos que presentan mayores dificultades.

De esta manera, la redacción de los referidos hechos probados no se limita a expresar que por parte del acusado se realizaron un determinado número de actos: exploraciones y diagnóstico de enfermedades bucales, extracciones de piezas dentarias, empastes, endodoncias, ortodoncias, etc., en diversos pacientes, disponiendo para ello y utilizando instrumental especialmente idóneo para realizar estos actos, sino que, como decimos, directamente se le atribuye al acusado en los hechos probados, con clara predeterminación del fallo,

⁴²³ España. STS nº 1215/1999, de 29 septiembre. RJ\1999\8087. Roj: STS 5903/1999. ECLI: ES:TS:1999:5903. Id Cendoj: 28079120011999102970.

"el ejercicio habitual de la profesión de Odontólogo". Tampoco en ese momento de la narración -hecho probado séptimo-, aunque sí lo fuera en otro anterior -en el hecho probado segundo- se expresa la condición de Licenciado en Medicina y Cirugía del acusado, circunstancia que constituye a efectos de este enjuiciamiento algo más que un mero dato biográfico. Por el contrario estimo que constituye un dato muy relevante para la calificación jurídica de los hechos y con el que se debería haber contado.

Tercero.-El art. 321 del Código Penal vigente en la época (en la actualidad lo es el art. 403 del nuevo Código Penal) establecía que "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 (de seis meses y un día a seis años de privación de libertad). Si el culpable se atribuyera públicamente la cualidad de profesional, se le impondrá además la pena de multa de 30.000 a 300.000 pesetas".

Se trata de saber si la conducta que es objetivamente atribuible a Pablo V., consistente como hemos indicado con anterioridad en la de, en su condición de médico por ser Licenciado en Medicina y Cirugía, haber realizado diversos actos tales como exploraciones y diagnóstico de enfermedades bucales, extracciones de piezas, empastes, endodoncias, ortodoncias, etc., disponiendo y utilizando para ello de instrumental especialmente idóneo para realizar esta actividad, está incurso en el tipo o en alguno de los tipos penales contenidos en los distintos apartados del referido artículo 321 del Código Penal derogado.

Analizando este tipo penal, en un examen inicial puramente superficial, podría llegarse a concluir que de forma aparente la realización de ciertos actos que resultan "propios" de la profesión de Odontólogo y la mera falta de titulación específica de Odontólogo podría ser suficiente para la aplicación de plano de este precepto; sin embargo es necesario afirmar que existen plurales situaciones en las que es posible que sin tener una específica titulación se pueda legalmente hacer determinados actos aunque su realización sea más propia de otra profesión o especialidad. Refiriéndonos específicamente a la profesión médica estimo que un Licenciado en Medicina y Cirugía puede hacer cualquier acto médico con el límite de lo que permita su pericia o sus conocimientos médicos y ello sin perjuicio de la existencia de múltiples especialidades médicas que por conocidas no cabe indicar y que son objeto de específica titulación.

La primera dificultad, por tanto, estriba en determinar a qué se refiere el Código Penal con la utilización del término "actos propios" y hasta qué punto la redacción del tipo penal impide a otras personas la realización de ciertos actos cuando se les conceptúa como propios de una profesión titulada. La única respuesta admisible en el caso que nos ocupa es considerar como actos propios de la profesión de Odontólogo todos aquellos que se refieren a la salud de la boca, es decir los que son característicos o naturalmente propios de esta profesión titulada, pero que el concepto de "propio" que se utiliza en la descripción típica de la conducta no es el de propiedad o atribución de un derecho excluyente, ya que otros profesionales con diferente titulación como los médicos puedan realizarlos.

Por lo hasta ahora dicho, y en el concreto caso que nos ocupa, debemos considerar como factible que Pablo V., en la misma medida que cualquier otro Licenciado en Medicina y Cirugía, pueda llegar a hacer lícitamente actos médicos especializados propios de especialistas incluso con titulación específica, planteándose el problema de cuál sería su límite y en qué supuestos hubiera incurrido en un ilícito penal. En cualquier caso, aunque ésta, ciertamente, no es una cuestión

fácil y ni mucho menos clara e indiscutible, sin embargo, sí parece resuelta y así se admite en la jurisprudencia anterior al caso -STS de 13-6-1990- que los médicos -Licenciados en Medicina- puedan hacer actos propios de los Odontólogos, llegándose a la consideración de que lo que hace a la conducta penalmente típica es el ejercicio habitual de actos propios de la profesión de Odontólogos.

Sin embargo, creo que la cuestión que hace especialmente complejo el presente caso es, no el que el acusado pueda hacer o no actos médicos de dentista de forma esporádica, sino el que los haya hecho pluralmente, es decir con cierta frecuencia -se afirma que con habitualidad, aunque estimo que es algo que no ha quedado suficientemente acreditado en la causa- a través de una consulta abierta al público en la que dispone de material especialmente idóneo para ello, aunque parece que sin atribuirse públicamente la condición de Odontólogo ni disponer en su consulta de ninguna clase de rótulo o distintivo en tal sentido.

La STS de 13-6-1990 parece que pone el límite o umbral, de lo que no estaría permitido al médico y comenzaría a constituir delito, en la habitualidad en la práctica de los actos propios de la especialidad, pero este concepto no viene recogido en la norma sino que constituye una mera creación jurisprudencial que amplía el ámbito sancionador del precepto.

Sin embargo, lo cierto es que la norma tal como está construida, desde el punto de vista de la legalidad estricta, no alcanza a castigar este tipo de conductas que puede realizar un médico ya las haga esporádica, frecuentemente o habitualmente, y ello sin perjuicio de que se pueda opinar que sí deberían serlo cuando por su frecuencia se convirtieran en una actividad habitual de un médico no especialista. Sin embargo, se ha de decir que ésta es una cuestión que debe quedar en el plano de la "lege ferenda" y que se podría aplicar el criterio de la habitualidad para la especificación del tipo penal, pero que "de lege lata" no es posible. Únicamente, en el plano puramente discursivo, se podría llegar a estimar que el subtipo agravado del párrafo segundo que se refiere a la atribución pública de la cualidad de profesional podría operar también como tipo autónomo, pero en ese caso se requeriría la atribución pública de una determinada condición, que no es equivalente a la habitualidad en el ejercicio de ciertos actos y ni mucho menos haber realizado una pluralidad de ellos y disponer de instrumental idóneo para su realización, que es lo que en realidad únicamente ha quedado probado.

En cualquier caso, debe afirmarse que el tipo penal aplicado (el art. 321 párrafo 1 del CP derogado) en la Sentencia de referencia carece de la necesaria concreción en relación a lo que puede o no puede hacer un médico en lo relativo a actos que podrían ser propios de especialidades médicas. El mismo concepto de "actos propios" es complicado y así mismo lo es si opera de forma excluyente, es decir si permite o no que otros profesionales que no ostenten ese título puedan hacerlos y en qué condiciones. Por otra parte, no parece lógico que el problema se plantee exclusivamente en relación a los Odontólogos y no en relación a otras especialidades médicas. Este, a mi juicio, es un elemento que introduce confusión a la hora de determinar qué es lo que se protege con la punición de este tipo de conductas y qué es lo que realmente puede hacer o no puede hacer un simple Licenciado en Medicina y Cirugía. Estimo, por ello, que con la aplicación de este precepto penal, tal como se hace en este caso concreto, podría verse conculcado el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE, en relación al artículo 7 del CEDH y jurisprudencia al respecto de este Tribunal)."

Todo este texto quedó como tal, como el voto particular emitido por un magistrado que deja ver *in fine* que puede acudir al Tribunal Constitucional a través de un recurso de amparo por infracción del principio de legalidad penal del artículo 25 de la Carta Magna, sin modificar la pena condenatoria impuesta al médico en primera instancia: 9 meses de multa a 3.000 pesetas diarias por el delito de intrusismo.

- En tercer lugar se encuentra un auto⁴²⁴, que desestima el recurso de apelación interpuesto por el Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de la VIII Región y por la Asociación Regional de Consumidores y Usuarios, ambos personados como acusaciones particulares, contra el auto que declaró el sobreseimiento del procedimiento iniciado por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Medina del Campo (Valladolid) que acordó declarar imputado, médico de Atención Primaria sin especialidad en Estomatología, como presunto autor de un delito de intrusismo profesional. En el fundamento jurídico primero declara la inocencia del facultativo en base a que

"(...)tras la entrada en vigor del RD 63/1995, de 20 de enero (RCL 1995, 439) sobre Ordenación de las Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud, el cuál en su Anexo I, apartado 2, contiene las prestaciones que con carácter general se incluyen en la denominada «Asistencia Primaria», - a la que pertenece el denunciado-, y entre las que se contemplan en el apartado 5º la atención buco dental y dentro de ésta, a su vez en el apartado c) el tratamiento de procesos agudos odontológicos, incluida la extracción de piezas dentarias(...)."

En el citado "Anexo I" se indica que, con carácter general, la asistencia primaria comprenderá la atención a la salud bucodental, incluyendo su apartado "c)", el tratamiento de procesos agudos odontológicos, incluida la extracción de piezas dentales. Ahora bien, una cosa es ser médico de Atención Primaria y otra, bastante bien distinta, es ser el ejecutor de todos los servicios incluidos dentro de esta asistencia, que es compartida según sus funciones, entre facultativos y personal sanitario de

⁴²⁴ España. AP de Valladolid (Sección 4ª), nº 245/2004, de 1 de julio. JUR\2004\192023.

diferente índole (médicos, dentistas, enfermeros, etc...). Es claro que han confundido la adjetivación "de Atención Primaria" y la titulación del Anexo I, "Asistencia Primaria". No obstante, es cierto que el razonamiento expuesto lo asienta en otros tres criterios que se exponen a continuación, aunque se estudien a detalle en su ubicación expositiva: se trata del contenido con el cual se finaliza el susodicho fundamento jurídico primero.

"En el presente caso, las tres extracciones realizadas no presentaban ni «ex ante» ni «a posteriori», como luego se ha comprobado por la declaración de los testigos, complicación alguna, al tener todas las piezas piorrea y estar moviéndose; por ello desde este punto de vista, la actuación del denunciado, aun cuando no sea totalmente aconsejable se encuentra amparada por la normativa legal vigente. Pero a mayor abundamiento, y dejando de lado el posible error de prohibición, aludido por el Ministerio Fiscal, (el propio denunciado declara que no era consciente que se requiriera esa titulación para extraer piezas que se movían por piorrea), no se aprecia la concurrencia del requisito subjetivo que requiere una conciencia y voluntad plena de estar actuando irregularmente o de estar llevando a cabo una actuación ilegítima, pues de la propia declaración de los testigos, y si por usurpar se entiende «ponerse en lugar de otro», tal «suplantación» debe llevar aparejada también, a juicio de esta Sala, cuando se trata de profesiones que reportan unos elevados ingresos, un determinado ánimo de lucro, que en el presente caso, ni se ha dado ni ha sido solicitado por el denunciado, quien llevó a cabo su conducta movida por simple altruismo e incluso a petición propia de sus pacientes, e incluso en algún caso, con la mediación de otra compañera de otra localidad."

Se tratan en tal texto las siguientes anotaciones:

- en primer lugar, de la facilidad de las extracciones por ser dientes periodontales;
- en segundo lugar, del error de prohibición;
- y finalmente, la actitud altruista de su acción.

A excepción del posible error de prohibición que pudo suceder, de manera excepcional, en una persona con titulación sanitaria universitaria con una presumible cultura médica, social y legal, no se pueden alegar como eximentes la facilidad de las extracciones, ni mucho menos la gratuidad del servicio. Sean fáciles o difíciles, son actos propios de la profesión de

dentista, y la ausencia de cobro no exime de responsabilidad ya que, incluso su cobro, tampoco lo culpabiliza más, ya que tan sólo si se realizan por unos honorarios muy superiores a los habituales se podría establecer un delito de estafa.

- Y en cuarto lugar, otro auto⁴²⁵ en el que se desestima el recurso de reforma y subsidiario de apelación interpuesto por la Sociedad de Cirugía Oral y Maxilofacial frente al sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones frente a un médico general que se atribuía la especialidad de Cirugía Oral y Maxilofacial, publicitándose en la web de una clínica además de maxilofacial, como dentista, como se relata en el razonamiento jurídico primero del citado auto:

"En el mes de agosto de 2.009, mi representada tuvo conocimiento de que el hoy imputado -supuesto especialista en cirugía maxilofacial-, podía haber falsificado el Título Académico de Médico Especialista en Cirugía Maxilofacial a raíz de los datos facilitados a la misma por los responsables del Hospital Capiro Sur de Alcorcón (<http://www.fjd.es/centros/H-sur-alcorcon/>) quienes, a finales de julio de 2009, y al tener que proceder a la renovación de la plantilla de dentistas, requirieron al Sr. Elías para que les hiciera llegar su curriculum vitae, enviándoles el Título de Especialista en Cirugía Maxilofacial que, al parecer, ya había empleado para firmar un contrato con el Hospital Capiro Tres Culturas de Toledo ([http://www.fjd.es\(centros/h-tres-culturas/](http://www.fjd.es(centros/h-tres-culturas/)) como dentista y maxilofacial, constando así en la web del hospital."

y se determina que para ejercer la especialidad de Cirugía Oral y Maxilofacial, no es requisito la posesión de la especialidad, desarrollándose en razonamiento jurídico tercero de dicho auto:

"Se señala que conforme con la sentencia del Tribunal Supremo de 1/4/2003⁴²⁶ el recurrente no necesitaba dicho título para desarrollar

⁴²⁵ España. AP de Madrid (Sección 2ª), nº 649/2012, de 6 de septiembre. JUR\2012\331935.

⁴²⁶ España. STS 2248/2003, de 1 de abril (ECLI: ES:TS:2003:2248), que en su FJ 27º indica: "Pero no procede aplicar el delito de intrusismo a los profesionales de la medicina por actos propios del ejercicio de su profesión, sin perjuicio de la actuación administrativa o colegial que resulte procedente si se vulneran las prohibiciones anteriormente referenciadas en materia de especialidades. Procede, en consecuencia, estimar el recurso de casación en este ámbito, dejando sin efecto la condena impuesta por delito de intrusismo."

actividad sanitaria maxilofacial, por lo que no hay intrusismo profesional. Que no tiene sentido que justifique un título para ejercer la actividad que ampararía dicho título. Sin embargo si aprovecharía el montar esta persecución al Sr. Elías. La sentencia del Tribunal Constitucional de 9/10/2006⁴²⁷, posterior a la entrada en vigor de la Ley 44/2003, de 21 de Noviembre, de Ordenación de los Profesionales Sanitarios⁴²⁸ en la que se determina que legalmente la única profesión colegiada es la de médico y la de especialista, salvando el caso de la odontología que constituye un supuesto específico con regulación legal propia. Es falto atribuir la eventual falsedad de un título y atribuir la misma al recurrente.”

En Odontología, aun existiendo ramas de conocimiento amplias como para que existan especialidades como la Ortodoncia, la Cirugía, y muchas otras, como sucede en países del entorno de la Unión Europea, no existen especialidades al no haberse plasmado tales circunstancias en textos normativos, aunque es una cuestión que lleva tiempo planteándose en España por parte del Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España, las Sociedades Científicas, las Universidades y los colegiados.

Hace casi una década, se emitió la Declaración denominada “*Criterios para la creación de las especialidades en odontología*”, a propuesta del Comité ejecutivo, en la Asamblea General del Ilustre Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España en Madrid, a 15 de diciembre de 2007, como documento de base para la creación de especialidades en Odontología, que se adopta como acuerdo AA33/2007⁴²⁹, con el siguiente contenido:

“1. Para la creación de una especialidad serán, necesarios los siguientes requisitos:

⁴²⁷ España. STC 283/2006, de 9 de octubre, Sala Primera. (BOE nº 274 Suplemento, de 16 de noviembre de 2006. Págs. 25-32), en la cual se presenta voto particular por el Magistrado Don Pablo Pérez Tremps y al que se adhiere el Magistrado Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez frente a la absolución del médico que se atribuía la especialidad de Cirugía Plástica.

⁴²⁸ España. Boletín Oficial del Estado, nº 280, de 22 de noviembre de 2003.

⁴²⁹ En la primera sesión de su reunión de 14 y 15 de diciembre se aprobó por amplia mayoría (129 votos a favor, frente a los 17 votos en contra de los representantes de Alicante, Castellón, La Rioja, Sevilla, Tarragona y Comunidades Autónomas de Valencia y La Rioja, y 1 abstención del representante de Segovia.

A. Que exista un interés social y sanitario en el desarrollo de una específica actividad profesional y asistencial en el área correspondiente.

B. Que los conocimientos, habilidades y actitudes añadidos con respecto a los desarrollados en el pregrado representen un incremento significativo.

C. Que exista un número significativo de Odontólogos con dedicación profesional preferente al área correspondiente.

2. El programa de formación en una especialidad concreta se desarrollará a través del ejercicio profesional como Odontólogo Especialista en formación, con ejercicio tutelado y en régimen de adquisición creciente de competencias y responsabilidades en una Unidad Docente acreditada.

3. El programa de formación de la especialidad deberá especificar cuantitativa y cualitativamente los objetivos que progresivamente ha de alcanzar el Odontólogo especialista en formación y serán revisadas y actualizadas periódicamente.

4. La formación se realizara exclusivamente en unidades clínicas acreditadas por la Comisión Nacional de la Especialidad correspondiente, atendiendo a criterios conformes con los establecidos por el Consejo Nacional de Especialidades en Ciencias de la Salud. En todo caso, deberán satisfacer, como mínimo, los requisitos establecidos en la Norma Une 179001.

5. Corresponderá a la Unidad Docente la dirección profesional y científica y la tutela y supervisión inmediata del desarrollo del programa de formación, así como la evaluación continuada del interesado y la propuesta de su evaluación final, sin perjuicio de controles y auditorías que pueda disponer la Comisión Nacional de la Especialidad, o las autoridades responsables del control de la especialización en Ciencias de la Salud.

6. Para acceder a la formación en una especialidad se requiere:

a. Encontrarse en posesión del título de Odontólogo o equivalente.

b. Acreditar un mínimo de un año de ejercicio profesional previo en un centro acreditado por la autoridad correspondiente.

c. Superar una prueba de acceso objetiva e imparcial, a semejanza de las demás especialidades en Ciencias de la Salud.

d. Satisfacer los criterios objetivos de prioridad y ordenamiento de los aspirantes para la elección de plaza entre las ofertas disponibles.

7. Durante la realización del programa de formación los odontólogos en formación recibirán una retribución económica.

8. Para obtener el Título de Odontólogo Especialista en un área será necesario cumplir los siguientes requisitos:

A. Haber accedido a la formación en el área de la especialidad correspondiente por el procedimiento objetivo e imparcial previsto en la normativa correspondiente.

B. Haber desarrollado la totalidad del programa formativo en el área correspondiente en una Unidad Docente acreditada para ello, dentro del tiempo reglamentario.

C. Obtener una evaluación final favorable del conjunto del periodo formativo por parte de la correspondiente Unidad Docente. Tal

evaluación final habrá de ser refrendada por la correspondiente Comisión Nacional de la especialidad en Odontología.”

Posteriormente, la cuestión ha sido debatida recientemente en la VII Jornada de Información Odontológica del Consejo el 6 de noviembre de 2014 donde se expresó que la ciencia va siempre por delante de la ley, y que por ello, las especialidades en Odontología son una necesidad surgida en las últimas décadas, imprescindibles para identificar las causas de nuevas patologías dentales y poder diagnosticarlas con precisión. En la citada Jornada, el Presidente de la Conferencia de Decanos de Odontología, el Dr. Pedro Bullón Fernández; el presidente de la Comisión de Especialidades del Consejo General de Dentistas, el Dr. Esteban Brau Aguadé; y el Presidente del Consejo General de Dentistas, el Dr. Óscar Castro Reino, abordaron la necesidad de crear las especialidades en Odontología.

El punto de vista de la universidad, mediante las palabras del Prof. Dr. Pedro Bullón Fernández, presidente de la Comisión de Especialidades del Consejo General de Dentistas y catedrático de Periodoncia de la Universidad de Sevilla, recalcó que la formación médica especializada contribuye a garantizar el derecho a la protección de la salud, ya que permitiría mejorar la formación y preparación de los profesionales sobre determinadas áreas complejas consiguiendo, así una mejora de la calidad asistencial. Siguiendo al marco normativo que regula las especialidades en Europa y en el resto del mundo, señaló que en nuestro país, la normativa que regula la formación de los másteres oficiales de las universidades establece un tiempo máximo de formación de dos años, mientras que la normativa europea constituye que este tipo de formación debe tener una duración de tres años. Y destacó que España, junto con Austria y Luxemburgo, son los tres únicos países europeos que no se reconocen oficialmente las especialidades en Odontología, mientras que en el otro extremo estarían Islandia y Reino Unido, países que reconocen más de diez especialidades.

Por su parte, desde la Comisión de Especialidades del Consejo General de Dentistas, el Dr. Esteban Brau Aguadé recordó que el Consejo General de Dentistas lleva defendiendo la creación de las especialidades odontológicas desde el año 2007, proyecto que es absolutamente necesario, ya que los nuevos avances científicos y tecnológicos requieren una formación más especializada que la que se ofrece actualmente en el Grado de Odontología, y con la que se mejorarían los conocimientos específicos, así como las habilidades profesionales. De este modo, se ofrecería a la población una mejor atención sanitaria odontológica, y se permitiría a los facultativos españoles ejercer la profesión en igualdad de condiciones que los dentistas del resto de países europeos donde sí están reconocidas las especialidades. Desde el Consejo General se pretende que esta formación esté compuesta de una parte teórica y práctica siguiendo el modelo del sistema de residencia "tipo MIR" y sea impartida en centros acreditados, que deberá tener una duración de tres años a tiempo completo, tal y como establece la normativa europea, y su acceso deberá efectuarse a través de una convocatoria anual de carácter nacional realizada por el Ministerio de Sanidad, previo informe del Ministerio de Educación.

Sin embargo, para la creación de las especialidades es fundamental que la Organización Colegial de Dentistas, la Conferencia de Decanos de Odontología y las Sociedades Científicas trabajen desde el consenso y sin fisuras con el objetivo de conseguir que el Gobierno desarrolle el marco legal que permita la creación de estas especialidades. El Presidente del Consejo General, el Ilmo. Dr. D. Óscar Castro Reino, se mostró confiado en contar con el apoyo de la Administración y destacó que en el Ministerio de Sanidad está muy sensibilizado con este tema⁴³⁰.

A fecha de la redacción de estas líneas aún no se han creado estas especialidades, y no parece que vayan a producirse a corto plazo, por lo que será un tema a debatir en el futuro

⁴³⁰ España. Revista del Consejo General de Dentistas. Nº 16. 4º trimestre 2014. Págs. 20-21.

estimar, en el caso de que se establezcan, si la práctica de un acto propio de un neoespecialista será suficiente para haber cometido un delito de intrusismo por un dentista no especialista, y del régimen transitorio de aquellos titulados generales que no pueden verse limitados en su actividad por el establecimiento de las especialidades.

Volviendo a la consideración general del término "actos propios", éstos no pueden considerarse como aquellos que pueden ser realizados por cualquier persona, aunque en muchas ocasiones son realizadas por profesionales titulados pero que, si la intervención es facultativa, opcional, ya no es necesaria ni obligatoria la titulación. Se entienden que son aquellas actuaciones de uso meramente social, o que simplemente no pueden determinarse como acto profesional ya que carecen de base teórica o práctica del ámbito profesional. También se eximen aquellos actos que se ejecutan en estado de necesidad, o aquellas prestaciones de tipo voluntario. Son descartadas aquellos actos que constituirían un ilícito abuso de la situación ventajosa que ofrece la actividad profesional para realizar otro delito⁴³¹. Tampoco son actos propios de la profesión aquellos actos preparatorios, previos al ejercicio de la misma, como podría ser el caso de abrir una clínica dental, poner anuncios, etc..⁴³², aunque no faltan sentencias condenatorias por actuaciones anteriores al ejercicio de la profesión⁴³³.

Si de acuerdo con la ley, determinados actos no quedan dentro del ámbito exclusivo de dicha profesión titulada, situándose extramuros de dicha exclusividad, aunque sean actos competenciales de dichos profesionales, resultará su ejercicio penalmente irrelevante cuando sean ejecutados por no titulados o por titulados de otra profesión, por no revestir dicho ejercicio

⁴³¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *El delito de intrusismo*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia. 1969, pág. 256-257. El autor lo ejemplifica con aquel caso en el cual un médico, en ejecución de un reconocimiento, lo realice con la intención de atentar contra la libertad sexual.

⁴³² SERRANO TÁRRAGA, M. D. *El delito de intrusismo profesional*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 67.

⁴³³ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *El intrusismo en el nuevo Código Penal (con particular referencia al intrusismo médico)*, en el Libro homenaje a Jesús López Medel, Madrid, 1999, págs. 1913-1926.

el legal carácter de exclusión y privativo de la profesión titulada que se trate⁴³⁴.

Un caso peculiar es aquel supuesto en el cual se produzca un cambio sustancial de la normativa reguladora de la profesión, es decir, de la norma penal en blanco⁴³⁵. En dichos casos, si el procedimiento aún está en trámite, la aplicación de la nueva normativa se realizará teniendo en cuenta si beneficia al reo, aunque los actos propios fueran realizados con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva normativa reguladora⁴³⁶. Si sucediera lo contrario, es decir, que la nueva regulación perjudicara al reo debido a una mayor exigencia de requisitos o con contemplar como propios de esa actividad actos que antes no lo eran, se aplicará el principio de irretroactividad⁴³⁷.

Otro requisito que se establece en el tipo objetivo del tipo básico del delito de intrusismo es el de que los actos propios de la profesión han de serlos de una profesión que requiera "título académico", tal y como se describe en el precepto⁴³⁸. Esta exigencia de académico termina con una convulsión interpretativa que surgió debido a la reforma del Código Penal anterior que sustituyó el término "académico" por el de "oficial", que era el presente en el artículo 321 del citado texto legal, precedente del actual⁴³⁹. En el periodo desde 1963 y 1995, más de tres décadas, tanto la jurisprudencia como la doctrina tuvieron que ofrecer una interpretación del término

⁴³⁴ COBO DEL ROSAL, M., QUINTANA DÍEZ, M. *El delito de intrusismo*, Ed. Dykinson, 2ª ed, Madrid, 2006, pág. 95.

⁴³⁵ SALOM ESCRIVÁ, J.S. *El delito de intrusismo profesional*. Revista Jurídica de Cataluña, Barcelona, 1983, 82 (1) Pág. 44.

⁴³⁶ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 2.2: "No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena."

⁴³⁷ Por aplicación de los artículos constitucionales 9.3, que garantiza "la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales", y del artículo 25.1, que establece que "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

⁴³⁸ Dice el tipo básico del artículo 403 del Código Penal vigente de 1995: "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 doce a veinticuatro meses."

⁴³⁹ Dice el tipo básico del artículo 321 del Código Penal de 1963: "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."

"oficial" para la aplicación del precepto, estableciéndose dos grupos de opinión:

- aquel partidario de una interpretación más amplia que entendía el término como cualquier título reconocido por el Estado, sea académico o no,

- y otro que aboga por una interpretación más restrictiva, que la entendía como sólo y exclusivamente a los títulos académicos o universitarios. Esta segunda opinión restrictiva, la académica, era apoyada por la mayoría de la doctrina científica y la asentada por la mayor parte de la jurisprudencia porque se apoyaban en el contenido de la base quinta de la Ley de Bases 79/1961, de 23 de diciembre⁴⁴⁰ (que decía "título académico") que fue precursora del Código Penal analizado, y que por el principio de jerarquía normativa, esta ley básica no puede ser rebasada por la ley que la desarrolla⁴⁴¹.

La jurisprudencia adoptó, en el juzgar u obrar la interpretación al ventilar contenciosos, una postura intermedia entre doctrinas y actitudes diversas, balanceándose hacia la versión restrictiva de título académico a partir de la década de los ochenta, hasta que la emisión de una sentencia del Tribunal Constitucional en el año 1993⁴⁴², dos años previos a la promulgación del nuevo Código Penal de 1995, que vuelve a retomar el término de académico, fue la que estableció de manera definitiva que en el delito de intrusismo, cuando el precepto indica título oficial, ha de entenderse sólo y exclusivamente como académico. Su fundamento jurídico séptimo es claro en la tesis del incumplimiento de la ordenación de la Ley de Bases:

"En efecto, el término "título oficial" a que se refiere el art. 321.1 del Código Penal no puede ser entendido sino como "título académico oficial", vista la forma en que se gestó el mencionado precepto. Fue introducido en la revisión del Código Penal de 1944 operada por Decreto de 24 de enero de 1963, en virtud de la

⁴⁴⁰ España. Ley 79/1961, de 23 de diciembre, de bases para la revisión y reforma del Código Penal y otras leyes penales. Boletín Oficial del Estado nº 309. 27 de diciembre de 1961. Págs. 18131-18133.

⁴⁴¹ SERRANO TÁRRAGA, M. D. *El delito de intrusismo profesional*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 69.

⁴⁴² España. STC 111/1993, de 25 de marzo de 1993 (BOE núm. 100 de 27 de abril de 1993)

autorización conferida a tal efecto por la Ley de Bases 79/1961 de 23 de diciembre y, en concreto, por su Base Quinta cuyo tenor literal era el siguiente: "El art. 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 legales para ello, ejercieren actos propios de una profesión, carrera o especialidad que requiera título académico oficial o reconocido por las Leyes del Estado o los Convenios Internacionales. Se agravará la pena para el que, además de cometer los indicados actos, se atribuyese públicamente, sin serlo, la calidad de profesional. El art. 572 castigará como autores de una falta a los que, sin estar habilitados legalmente, ejerzan actos de una profesión reglamentada que no requiera título facultativo, pero sí permiso o capacitación oficial, y a los que, teniendo título o grado facultativo, ejerzan la profesión sin estar inscritos en el Colegio, Corporación o Asociación oficial respectivos". Resulta claro que, al omitirse en su redacción definitiva el calificativo de "académico" que en la Base Quinta se unía indisolublemente al "título" cuya falta de posesión quería sancionarse, el art. 321.1 no respondió estrictamente al mandato convenido en la citada Base Quinta. De manera que, habida cuenta del superior rango normativo de esta última disposición, el precepto debe entenderse referido, exclusivamente, a la realización de actos propios de una profesión, cuyo ejercicio requiere estar en posesión de un "título académico", por quien carece de dicha titulación; y, en consecuencia, a identificar el "título" a que en dicho párrafo se hace referencia con un "título académico oficial"."

Por lo tanto, hay que diferenciar entre título académico, vigente en el tipo básico del delito de intrusismo, y el oficial, presente en el tipo privilegiado:

- denominando "académico" como todo aquel título que capacita para el ejercicio de actividades profesionales que exigen la adquisición de unos previos conocimientos teóricos y prácticos, acogiendo en su concepto tanto los títulos de profesiones universitarias superiores, como de los ciclos de estudios de formaciones profesionales u oficios⁴⁴³,

- mientras que "oficial", según jurisprudencia del Alto Tribunal, se trata de adjetivar la autoridad que lo expide y con la finalidad de la función administrativa de policía que recae en el Estado para poder garantizar ante el pueblo la capacidad técnica de una persona⁴⁴⁴.

⁴⁴³ LLORIA GARCÍA, P. *El concepto de título oficial en el delito de intrusismo*, Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 111/1993, de 25 de marzo, en "Cuadernos Jurídicos", nº 23, octubre, Madrid, 1994, pág. 47.

⁴⁴⁴ España. STS 2984/1989, de 13 de mayo. (ECLI:ES:TS:1989:2984).

El Estado, según la Constitución⁴⁴⁵, es el único que tiene competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de los títulos académicos y profesionales, además de las normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Carta Magna⁴⁴⁶ con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia. Los títulos universitarios o académicos y los oficiales están regulados en los artículos 34 y 35, respectivamente, de la Ley de Universidades⁴⁴⁷, diferenciándolos de la siguiente forma:

"Artículo 34. Títulos universitarios.

1. Las universidades impartirán enseñanzas conducentes a la obtención de títulos oficiales y con validez en todo el territorio nacional y podrán impartir enseñanzas conducentes a la obtención de otros títulos.

2. Los títulos universitarios de carácter oficial y con validez en todo el territorio nacional deberán inscribirse en el Registro de universidades, centros y títulos, previsto en la disposición adicional vigésima. Podrán inscribirse otros títulos a efectos informativos. El Gobierno regulará el procedimiento y las condiciones para su inscripción.

Artículo 35. Títulos oficiales.

1. El Gobierno establecerá las directrices y las condiciones para la obtención de los títulos universitarios de carácter oficial y con validez en todo el territorio nacional, que serán expedidos en nombre del Rey por el Rector de la universidad.

2. Para impartir enseñanzas oficiales y expedir los correspondientes títulos oficiales, con validez en todo el territorio nacional, las universidades deberán poseer la autorización pertinente de la Comunidad Autónoma, según lo dispuesto en la legislación de la misma y lo previsto en el artículo 8 de esta Ley, y obtener la verificación del Consejo de Universidades de que el oportuno plan de estudios se ajusta a las directrices y condiciones establecidas por el Gobierno. El procedimiento deberá preservar la autonomía académica de las universidades.

3. Tras la autorización de la Comunidad Autónoma y la verificación del plan de estudios que otorgue el Consejo de Universidades, el Gobierno establecerá el carácter oficial del título y ordenará su inscripción en el Registro de universidades, centros y títulos.

4. Una vez que el Gobierno haya aprobado el carácter oficial de dicho título, el Rector ordenará publicar el plan de estudios en el Boletín Oficial del Estado y en el diario oficial de la Comunidad Autónoma."

⁴⁴⁵ El artículo 149.1.30º de la Constitución regula las materias en las que el Estado tiene competencia exclusiva.

⁴⁴⁶ El artículo 27 de la Constitución regula el derecho a la educación como principio fundamental.

⁴⁴⁷ España. Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. Boletín Oficial del Estado nº 307. 24 de diciembre de 2001.

En conclusión y de una manera clara, hay autores que los diferencia de la siguiente forma:

- título académico es aquel que, expedido o reconocido en España, es un título universitario, sea de diplomatura, licenciatura o doctorado,

- mientras que el título oficial es cualquier otro conferido o reconocido por el Estado, siempre que habilite para el ejercicio de una determinada profesión⁴⁴⁸.

Por tanto, según la legislación, la doctrina científica y, por supuesto, la doctrina jurisprudencial de la STC 111/1993⁴⁴⁹, la protección del delito de intrusismo debe reservarse sólo y exclusivamente a las profesiones que, por afectar su ejercicio a bienes de gran trascendencia social, tales como la vida, la integridad corporal, la libertad y la seguridad, y que podrían verse dañados de manera grave e irreversible en caso de prácticas no debidamente controladas, exigen la posesión de un título académico, el cual se obtiene tras completar el correspondiente ciclo de estudios superiores (Grado, Máster y/o Doctorado), establecidos con la finalidad de capacitar al sujeto que los realiza para el desempeño de estas profesiones. Ahora sí, aunque existan estudios universitarios que capaciten para el ejercicio de la profesión, si el requisito de poseer el título no es exigido obligatoriamente, no se incurriría en el delito de intrusismo⁴⁵⁰. Una característica propia de aquellos títulos que son expedidos por las universidades que tienen validez oficial pero no son académicos, a los efectos del correlativo ejercicio profesional, se encuentra en la legitimación legal para el desempeño de una profesión para la que legamente se requiere una

⁴⁴⁸ SOTO NIETO, F. *El delito de intrusismo profesional: singular ilícito penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012, pág.113.

⁴⁴⁹ España. STC 111/1993, de 25 de marzo de 1993. (BOE núm. 100 de 27 de abril de 1993).

⁴⁵⁰ LUZÓN PEÑA, D. M. *Problemas del intrusismo en el Derecho penal*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1985, septiembre-diciembre, pág. 701. Ejemplos podrían ser la redacción de un contrato de arrendamiento de vivienda entre particulares sin asistencia de un jurista, o la extracción de un diente de leche "colgando" de una madre a su hijo.

titulación académica⁴⁵¹. Y una aclaración al respecto: la superación de un concurso-oposición no equivale a poseer un título académico por sí mismo⁴⁵².

Además de indicar el precepto la mención a los títulos académicos expedidos en España, habla también de los reconocidos en España de acuerdo con la legislación vigente. Es de aplicación sobre tal aspecto el Real Decreto 967/2014⁴⁵³, cuyo objeto es, en relación con los títulos extranjeros de educación superior, establecer las normas relativas a las condiciones y el procedimiento para la homologación de títulos extranjeros de educación superior a los correspondientes títulos oficiales universitarios españoles de Grado y Máster que den acceso a profesión regulada en España, y cuya posesión sea condición necesaria para el acceso a la misma, conforme a lo indicado en el Anexo I, entre las que se encuentra el título universitario oficial que habilita para el ejercicio de la profesión de dentista⁴⁵⁴.

Las normas de desarrollo y aplicación del Real Decreto 967/2014, de 21 de noviembre, en lo que respecta a los procedimientos para la homologación y declaración de equivalencia de los títulos extranjeros de educación superior se disponen en la Orden ECD/2654/2015, de 3 de diciembre⁴⁵⁵, en las que se determinan las pruebas de aptitud: consistirán en un

⁴⁵¹ POLAINO NAVARRETE, M. *Intrusismo profesional por falta de colegiación*, en "Comentarios a la Legislación Penal", tomo XIV, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1992, págs. 1027-1028.

⁴⁵² RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *El delito de intrusismo*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1969, pág. 247.

⁴⁵³ España. Real Decreto 967/2014, de 21 de noviembre, por el que se establecen los requisitos y el procedimiento para la homologación y declaración de equivalencia a titulación y a nivel académico universitario oficial y para la convalidación de estudios extranjeros de educación superior, y el procedimiento para determinar la correspondencia a los niveles del marco español de cualificaciones para la educación superior de los títulos oficiales de Arquitecto, Ingeniero, Licenciado, Arquitecto Técnico, Ingeniero Técnico y Diplomado. «BOE» núm. 283, de 22 de noviembre de 2014, págs. 95973 a 95993.

⁴⁵⁴ España. Orden CIN/2136/2008, de 3 de julio, por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de Dentista. «BOE» nº 174, de 19 de julio de 2008, páginas 31687 a 31692.

⁴⁵⁵ España. Orden ECD/2654/2015, de 3 de diciembre, por la que se dictan normas de desarrollo y aplicación del Real Decreto 967/2014, de 21 de noviembre, en lo que respecta a los procedimientos para la homologación y declaración de equivalencia de títulos extranjeros de educación superior. Boletín Oficial del Estado nº 296, de 11 de diciembre de 2015, págs. 116848 - 116857.

examen sobre los conocimientos académicos del solicitante referidos a los contenidos formativos comunes respecto de los que se hayan identificado deficiencias formativas y el contenido de la prueba deberá abarcar todas las materias en las que se organicen los contenidos formativos que se mencionen en la resolución que exija la prueba⁴⁵⁶.

En el ámbito de la Unión Europea, el procedimiento de homologación tiene efectos académicos y profesionales, implica el pago de una tasa por iniciar el procedimiento, la pueden solicitar todos los ciudadanos y es aplicable a los títulos de educación superior obtenidos en cualquier país del mundo. La petición de homologación se puede concretar en un título del catálogo oficial español o puede solicitar, en general, la homologación a grado de licenciado o a grado de diplomado, mientras que el procedimiento de reconocimiento sólo tiene efectos profesionales, no implica el pago de ninguna tasa (es gratuito) y sólo pueden solicitarlo ciudadanos de la UE, EEE y Suiza. Además sólo es aplicable a títulos de la UE, EEE y Suiza, o títulos previamente homologados en otro Estado Miembro de la UE⁴⁵⁷. Todo ello se ha traspuesto al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre⁴⁵⁸, cuyo objeto es establecer las normas para permitir el acceso y ejercicio de una profesión regulada en España, mediante el reconocimiento de las cualificaciones profesionales adquiridas en otro u otros Estados miembros de la Unión Europea y que permitan a su titular ejercer en él la misma profesión, normas que se aplicarán a los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, incluidos los pertenecientes a profesiones liberales, que pretendan ejercer, por cuenta propia o ajena, una profesión regulada en España a través del reconocimiento de sus

⁴⁵⁶ España. Orden ECD/2654/2015, de 3 de diciembre. Artículo 13.

⁴⁵⁷ Unión Europea. Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de septiembre de 2005 relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales. Diario Oficial de la Unión Europea. L 255/22. 30 de septiembre de 2005.

⁴⁵⁸ España. Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado. Boletín Oficial del Estado nº 280, de 20 de noviembre de 2008, págs. 46185 - 46320.

cualificaciones profesionales obtenidas en otro u otros Estados miembros.

Por lo tanto, comete el delito de intrusismo no sólo el que no posee el título académico para ejercer la profesión, sino también el que la ejerza sin tener reconocido en España el título extranjero, tanto de la Unión Europea como de fuera de ella.

El elemento subjetivo, de carácter negativo, del tipo objetivo consiste en la falta de título académico necesario para ejercer la profesión sin incurrir en el delito de intrusismo: el que carece de título es consciente de ello, y de que sin él, no puede ejercer los actos propios de la profesión que le capacitaría su tenencia⁴⁵⁹.

7. La acción

Como se ha analizado en epígrafes previos, con el ejercicio de actos propios de una profesión por aquel individuo que carece de título académico para ello, se consuma el delito de intrusismo cuyo tipo se describe en el artículo 403 del vigente Código Penal. Por lo tanto, sólo se castiga el hacer, el simple movimiento del agente, definiéndose como un delito de simple o mera actividad, ya que no es necesario que se produzca un resultado determinado. Y en el caso de que se produzca, se podría sumar ese resultado, si supone la comisión de un delito, con el de intrusismo⁴⁶⁰. Con la denominación de "mera actividad" se quiere referir al ámbito de la acción, es decir, incluir aquellas figuras que carecen de resultado lesivo, de consecuencias causales, ya que se considera que la simple conducta es en sí más que suficiente para consumir el delito⁴⁶¹,

⁴⁵⁹ SERRANO TÁRRAGA, M. D. *El delito de intrusismo profesional*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 79.

⁴⁶⁰ BARBERO SANTOS, M. *Los delitos de peligro abstracto*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, septiembre-diciembre, Madrid, 1973, pág. 490.

⁴⁶¹ RODRÍGUEZ RAMOS, L. *El resultado en la teoría jurídica del delito*, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 1, Madrid, 1977, pág. 54.

por lo que se puede establecer que es sólo necesario la acción por sí y sin más requisitos para violar la ley y lograr la objetividad jurídica⁴⁶².

Una ejecución de los elementos integrantes en la tipificación del delito estudiado puede revestir una naturaleza objetiva, bastando que concurren todos los elementos del tipo para que se considere que se ha consumado. Eso sí, no siendo necesaria la posterior intención por parte del intruso que pretende llevar a cabo con la ejecución de los mismos. Por lo tanto, comete el delito cuando concurren los elementos del delito, sin que sea preciso saber cuál era la intención o la motivación del intruso cuando realizaba la conducta⁴⁶³.

Este delito quedaría, sin lugar a dudas, consumado en el caso de que se ejecute un solo y exclusivo acto propio, si éste es relevante e implica, por sí solo, el reconocimiento por parte del intruso de la actividad profesional, no siendo necesaria la reiteración, la repetición de actos, ni la habitualidad, como se ha tenido la oportunidad de estudiar con anterioridad. Este aspecto de la habitualidad ha sido razonado en determinadas resoluciones objeto del presente estudio, como en un auto⁴⁶⁴ en el que se estima el recurso de apelación interpuesto por un Colegio de Dentistas frente al sobreseimiento provisional y archivo de la causa, procediéndose a la apertura del procedimiento abreviado continuando con la instrucción de la causa, con el razonamiento expresado en el fundamento jurídico único del susodicho auto:

"La pretensión del recurrente debe ser estimada por cuanto señala en el escrito de recurso acerca de que los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de delito, este Tribunal llega a una conclusión idéntica. Así y como es unánimemente admitido por doctrina y jurisprudencia, el tipo del intrusismo no exige ni la pluralidad de actos ni la habitualidad (sentencias, entre otras, de 21-4-1969 A. 2302, 5-6-1975 A. 2794, 26-12-1981 A. 5228, 28-9-1982 A. 4981, 23-1-1984 A. 394, 19-11-1984 A. 5502, 43-1988 A. 1864, 21-4-1988 A. 2838, 6-6-1989 A. 5037, 10-1-1991 A. 71, 18-11-1991 A. 8590, 28-9-1992 A.

⁴⁶² JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*, tomo III, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1965, pág. 549.

⁴⁶³ SERRANO TÁRRAGA, M. D. *El delito de intrusismo profesional*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 81.

⁴⁶⁴ España. AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª), de 13 febrero de 2006. JUR\2006\238054.

7383, o 29-9-1992 A. 5604) y la más reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 8 de octubre de 2003, sino que basta con que el sujeto se introduzca en el área de actuación propia de una profesión calificada técnicamente por la exigencia del título acreditativo de la preparación y conocimiento del ejerciente, realizando actos propios de esa profesión (Sentencia de 4-3-1987 A. 1864), de manera que incluso basta la realización de un acto aislado de calidad y condición momentánea, siempre que sea específico, idóneo, característico y peculiar de la profesión presuntamente usurpada o invalidada, e implique el reconocimiento de la actividad profesional (sentencias de 3-3-1980 o 28-9-1992 A. 7383). En consecuencia y dado que contrariamente a lo que mantiene la resolución recurrida el dato de la habitualidad no constituye un elemento objetivo del tipo penal, procede estimar el recurso."

En el análisis de la imputación objetiva en estos delitos de mera actividad, la ejecución de la acción es la que implica que la conducta es imputable al sujeto que la genera⁴⁶⁵.

Es típico en los delitos de simple actividad que se formen para proteger bienes jurídicos que no son aprehensibles materialmente, es decir, que no son objetos, aunque también es posible, de manera minoritaria, sobre bienes jurídicos individuales⁴⁶⁶. Por lo tanto, los bienes colectivos o supraindividuales son los más protegidos por el Derecho Penal mediante la figura del delito de mera actividad, que suelen ser considerados, en una gran mayoría de las ocasiones, con la adjetivación de delitos de peligro abstracto. Si el tipo requiere la lesión del bien jurídico protegido, dará lugar a un delito de lesión, mientras que si se contenta con su puesta en peligro, como sucede en el delito de intrusismo, constituirá un delito de peligro. Éstos últimos se clasifican en delitos de peligro concreto, que requieren expresamente la creación de una efectiva situación de peligro, resultado de peligro, y en delitos de peligro abstracto, que es el caso del delito de estudio, en los cuales no es preciso que en el caso concreto la acción cree un peligro efectivo, por lo que sólo serían delitos de peligro en el sentido de que la razón de su castigo es que normalmente suponen un peligro⁴⁶⁷. Es importante aclarar en este apartado que no se admite aquella conducta que sea omisiva, ya

⁴⁶⁵ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Edisofer, 10ª ed, Barcelona, 2015, pág. 230.

⁴⁶⁶ LAURENZO COPELLO, P. *El resultado en Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 172.

⁴⁶⁷ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Edisofer, 10ª ed., Barcelona. 2015, pág. 238.

que se deduce de la propia redacción del precepto que regula el tipo del delito de intrusismo, que se requiere un hacer positivo, una acción, que consiste en la realización de actos propios de una profesión⁴⁶⁸.

El delito se consuma aunque los intereses particulares no sufran merma alguna, por ejemplo, aunque el cliente resulte beneficiado por los servicios de un intruso que, pese a serlo, es experto o es habilidoso; también aunque la profesión se ejerza con la venia del colegio correspondiente, esto es, aunque los intereses colegiales no se vean afectados y, por otra parte, la obtención de un título no garantiza ni la aptitud ni la capacidad, como demuestra el creciente número de procesos contra profesionales de la sanidad por homicidio o lesiones imprudentes. De esta forma, cabe concretar el objeto de la tutela en el interés colectivo por que el ejercicio de ciertas profesiones sólo pueda ser desarrollado por personas idóneas para ello, lo que únicamente puede asegurarse, en cierta medida al menos, por medio del establecimiento de un control estatal. Por tanto, el bien jurídico protegido es la potestad exclusiva del Estado de otorgar títulos habilitantes para el desempeño de algunas profesiones, si bien tutelando esta potestad estatal también se protege la confianza de la colectividad en que ciertas profesiones son desempeñadas por sujetos que gozan de una cualificación comprobada estatalmente, además de los bienes jurídicos individuales de quienes recurren a los profesionales y otros intereses corporativos y generales⁴⁶⁹.

Debido a la estructura de los delitos de mera actividad, puede ser admitida la tentativa, que se produciría en el caso de que produzca el inicio de los actos, pero sin llegar a su ejecución y finalización. Más concretamente, los actos preparatorios como la conspiración, la proposición y la provocación⁴⁷⁰, presuponen que la ejecución del hecho típico

⁴⁶⁸ SERRANO TÁRRAGA, M. D. *El delito de intrusismo profesional*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 83.

⁴⁶⁹ GÓMEZ TOMILLO, M. *Comentarios al Código Penal* (Dir. Gómez Tomillo), Ed. Lex Nova, 2ª ed., Valladolid, 2011, págs. 1534.

⁴⁷⁰ Según los artículos 17 y 18 del vigente Código Penal, la *conspiración* existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo, la *proposición* existe

pretendido no ha empezado pero, en cuanto el autor traspasa la frontera de los actos preparatorios e inicia la fase ejecutiva, aparece la tentativa⁴⁷¹, que en el vigente Código Penal es definida que existe "cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor"⁴⁷² y se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado⁴⁷³. Es importante el concepto de "no se produce por causas independientes de la voluntad del autor" ya que quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito⁴⁷⁴.

En el presente estudio, sólo se ha extraído un caso, una sentencia⁴⁷⁵, en el cual se realizan actos preparatorios pero no se realiza el inicio de la conducta del tipo del delito de intrusismo, siendo una reliquia porque, además, es la única en la que una persona jurídica que representa a los protésicos dentales (la Asociación de Protésicos Dentales de Cantabria) presuntamente persigue a una persona que realiza actos propios de su profesión sin ser titulada. He aquí un fragmento del fundamento jurídico segundo de la resolución:

cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él y la *provocación* existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito.

⁴⁷¹ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Edisofer, 10ª ed, Barcelona, 2015, pág. 355.

⁴⁷² España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado nº 281, de 24 de noviembre de 1995. Artículo 16.1.

⁴⁷³ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado nº 281, de 24 de noviembre de 1995. Artículo 62.

⁴⁷⁴ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado nº 281, de 24 de noviembre de 1995. Artículo 16.2.

⁴⁷⁵ España. SAP de Cantabria (Sección 1ª), nº 49/1998, de 10 de junio, de la Sección 1ª. ARP\1998\3598.

"El respeto debido a los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, por no ser combatidos en esta alzada, supone ya un primer obstáculo a la tesis de la recurrente, pues en ellos no se narra acto alguno profesional realizado por el acusado y sí sólo que éste ofreció sus servicios como protésico a una médico dentista. No ha sido acreditado, en consecuencia, que el acusado realizara de forma real y efectiva actos propios de esa profesión, lo que constituye un requisito esencial de la acción típica -«el que ejerciere actos propios de una profesión», reza el precepto-, y la conducta acreditada no pasa de ser, a lo sumo, un acto preparatorio impune, pues ni siquiera supone la iniciación de la acción típica (art. 3 CP). Además, es patente que tampoco se expresa que el acusado se atribuyera ante la doctora el título de protésico dental, ni, aunque así fuera, tal atribución podría considerarse pública en los términos que exige el precepto, lo que por otra parte tampoco podría considerarse en sí mismo delictivo desde el momento en que el párrafo segundo del precepto constituye un subtipo agravado que requiere para su aplicación, inexcusablemente la perpetración también de la conducta prevista en el párrafo primero, esto es, la realización de actos propios de la profesión. Ya sólo por estas consideraciones el recurso ha de decaer y la sentencia de instancia que absolvió al acusado debe ser confirmada. No obstante, las alegaciones de la recurrente sobre la tipicidad de la conducta de intrusismo en la profesión de estomatólogo merece una respuesta concreta de esta Sala."

Otro aspecto distinto es la imprudencia, ya que el propio Código Penal, establece que no sólo son delitos aquellos hechos de naturaleza dolosa, con conocimiento y voluntad, sino también aquellas acciones, y omisiones, que son imprudentes y que son penadas por la ley⁴⁷⁶, es decir, aquellas en las cuales el sujeto no quiere cometer el hecho previsto en el tipo pero lo realiza debido a una infracción de la norma de cuidado por la inobservancia del cuidado debido. Pero estas conductas sólo son castigadas cuando expresamente lo disponga la ley, estableciéndose un sistema de tipificación cerrada y excepcional de la imprudencia, a diferencia de la norma penal anterior a la vigente, que usaba el sistema de incriminación general de la imprudencia. Todo delito imprudente, sea grave (antes llamada temeraria) o menos grave (denominada en antaño como simple y hasta recientemente, como leve), se compone de la siguiente estructura:

⁴⁷⁶ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado nº 281, de 24 de noviembre de 1995. Artículo 10.

- una parte objetiva del tipo, que supone la infracción de una norma de cuidado (desvalor de la acción) y una determinada lesión o, en el caso del presente estudio, puesta en peligro de un bien jurídico penal (desvalor del resultado),

- y una parte subjetiva del tipo, la que requiere un elemento positivo (acción) de haber querido la conducta descuidada, con conocimiento del peligro que en general entraña (culpa consciente) o sin él (culpa inconsciente), y el elemento negativo de no haber querido el autor cometer el hecho resultante.

Entrando a analizar la culpabilidad, es indiscutible, al no estar incriminada de forma expresa la imprudencia que el intrusismo descrito en el artículo 403 del vigente Código Penal es un delito doloso, ya que uno de los requisitos del delito de intrusismo imputado y tipificado es la conciencia y voluntad del sujeto con respecto a su irregular actuación⁴⁷⁷, y que se reafirma en el presente estudio con el caso de una establecida sentencia del Alto Tribunal⁴⁷⁸, que afirma no hay delito de intrusismo imprudente, según relata en su fundamento jurídico primero:

"En función de este relato de la sentencia de instancia ha de contemplarse el tema de la culpabilidad. Aunque la doctrina científica ha discutido si el delito de intrusismo puede ser o no cometido por imprudencia, hay que afirmar que sólo es punible la comisión dolosa atendida la propia naturaleza del delito y su significación. En este caso, aunque la conducta del procesado estaba tipificada en el artículo 321 del Código Penal, es obvio que la inferencia de que el procesado actuaba en la errónea convicción de estar facultado para ello, hace entrar en juego el artículo 6 bis a) del Código Penal.

8. El sujeto activo.

⁴⁷⁷ SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A. *Derecho Penal. Parte Especial*, edit. Dykinson, 15ª ed., Madrid, 2010, pág. 808.

⁴⁷⁸ España. STS de 13 junio de 1990. RJ\1990\5291. Roj: STS 14165/1990. ECLI: ES:TS:1990:14165. Id Cendoj: 28079120011990105922.

El tipo penal supone la presencia de tres sujetos que se encuentra en una determinada relación recíproca:

- el sujeto activo, que es quien realiza el tipo;
- el sujeto pasivo, que es quien recibe la acción ejecutada por el sujeto activo;
- y el Estado, llamado a reaccionar con una pena mediante el "ius puniendi"⁴⁷⁹.

El sujeto activo se define como el que protagoniza la acción delictiva, comprendiendo un elemento material del tipo⁴⁸⁰.

En el delito de intrusismo, según posición unánime de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, el sujeto activo puede ser cualquier persona, no pudiendo determinarse una específica⁴⁸¹. En la jurisprudencia analizada en el presente estudio existe un amplio abanico de personas con profesiones del ámbito dental, como protésicos dentales, higienistas dentales, titulados extranjeros sin homologación, etc.. Sin embargo, también se encuentran casos de profesiones totalmente ajenas a la profesión, tales como un joyero⁴⁸², una agente inmobiliaria⁴⁸³, un vigilante jurado⁴⁸⁴ y un especialista en cibernética cuántica holográfica y medicina neurofocal⁴⁸⁵, entre otras profesiones y ocupaciones.

Lo único que se puede sostener con contundencia, en la definición de sujeto activo, de manera determinada es quién no puede ser sujeto activo: aquel individuo que sí posee el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente. Y dentro de este aspecto se han de destacar las siguientes consideraciones:

⁴⁷⁹ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Edisofer, 10ª ed, Barcelona, 2015, pág. 228.

⁴⁸⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Compendio de Derecho Penal*, Ed. Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2010, pág.103.

⁴⁸¹ MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial*, (Coordinador Morillas Cueva), Ed. Dykinson, Madrid, 2011, pág. 909.

⁴⁸² España. STS nº 1611, de 20 de junio de 1988. RJ\1988\5049. En esta causa es ponente el Excmo. Sr. Don Francisco Soto Nieto, autor del reciente libro "*El delito de intrusismo profesional: singular ilícito penal*", de la Editorial Aranzadi (2012).

⁴⁸³ España. STS nº 2370/1993, de 28 octubre. RJ\1993\7984.

⁴⁸⁴ España. SAP de Madrid (Sección 15ª), nº 248/2003, de 30 de mayo. ARP\2003\599.

⁴⁸⁵ España. STS nº 407/2005, de 23 marzo. RJ\2005\4309.

- no puede ser sujeto activo de este delito el titulado que ejerce los actos propios de la profesión habiendo sido inhabilitado o suspendido por sanción penal o administrativa⁴⁸⁶, dado que lo que se castiga es ejercer actos propios de una profesión sin tener el título correspondiente. Estaríamos en supuestos de suspensión o inhabilitación para el ejercicio de la profesión de sujetos que ya tienen título pero que han sido condenados y se ven, como afirma el artículo 45 del Código Penal⁴⁸⁷, privados de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena, de forma que si incumplieran dicha privación, cometerían un delito de autoquebrantamiento de condena⁴⁸⁸, en el caso de que la mencionada inhabilitación o suspensión sea consecuencia de una sanción penal, pues si lo fuera por una sanción administrativa no existirá el mencionado quebrantamiento⁴⁸⁹.

- pero lo que sí podría ser una de las figuras de tipos de participación distinta a la del autor principal, como son los inductores, los cooperadores y los cómplices. Según el artículo 28 del Código Penal, son responsables criminalmente de los delitos tanto los autores como los cómplices: dentro de los autores se engloban quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento, aunque también serán considerados autores los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo, y/o los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado⁴⁹⁰, mientras que en el concepto de cómplice están inmersos los que, no hallándose comprendidos en el artículo

⁴⁸⁶ COBO DEL ROSAL, M., QUINTANAR DÍEZ, M. *El delito de intrusismo* (Estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial, especialmente en las profesiones de abogado, procurador, médico, farmacéutico, ingeniero y arquitecto), Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2005, pág. 107.

⁴⁸⁷ Dice literalmente tal artículo: *“La inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, que ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena.”*

⁴⁸⁸ SUÁREZ LÓPEZ, J. M^a. *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código Penal español*, edit. Comares, Granada, 2000.

⁴⁸⁹ GÓMEZ TOMILLO, M. *Comentarios al Código Penal* (Dir. Gómez Tomillo), Ed. Lex Nova, 2^a ed., Valladolid, 2011, págs. 1534-1535.

⁴⁹⁰ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 27.

anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos⁴⁹¹.

En la aplicación de las penas, cuando la ley establece una pena en el Código Penal, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada, entendiéndose por el concepto de autores también a los inductores y a los cooperadores, con la excepción de los autores de tentativa de delito, a los cuales se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado, mientras que a los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito. Todo lo anterior no será de aplicación en los casos en los que la tentativa y/o la complicidad se hallen especialmente penadas por la Ley, por el principio de especialidad⁴⁹².

Analizando en primer lugar la cooperación necesaria, en el caso de suceder en el delito de intrusismo, llevará aparejada la pena de suspensión de la profesión, siempre y cuando se determine la relación entre la profesión y el delito cometido. El cooperador necesario, mediante su actividad, lo que hace es reforzar el engaño, estableciéndose por ello una relación directa entre el delito y la profesión del cooperador que es lo que en fin justifica la pena accesoria prevista para el caso. Por ello, será punible la cooperación, siempre y cuando sea realizada de una manera activa, eficaz y trascendente a que la actividad sanitaria se ejercite sin estar habilitado, con las siguientes características: teniendo el dominio de los actos generadores de la actividad de intrusismo, pudiendo prohibir las actuaciones ilícitas e impedir que se consuman. La jurisprudencia admite, por lo tanto, la punición por aplicación del precepto que regula la cooperación necesaria en el Código Penal, de manera que se ha condenado igualmente a aquellos que, tendiendo un título legítimo, colaboraban con aquellos sujetos

⁴⁹¹ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 29.

⁴⁹² España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículos del 61 al 64.

que no los tenían y encajaban en el tipo del delito de intrusismo, todo ello a sabiendas, claro es⁴⁹³.

En el presente estudio existe abundante jurisprudencia con la figura del cooperador necesario, como en esta sentencia del Alto Tribunal⁴⁹⁴ donde, en su fundamento jurídico tercero, se define la figura de cooperador necesario y la distingue de la de cómplice:

"(...) debe puntualizarse que el ejercicio -irregular- de la facultad directiva por el titular de la clínica o gabinete odontológico al conocer y consentir o tolerar las actividades del acusado C. G. llevó al Tribunal de instancia, con benignidad obligada por la petición de la parte acusadora particular, a reconocerle la condición de cómplice, cuando realmente se hallaba más próximo a la cooperación necesaria, porque tal calificación debía merecer la conducta de facilitar a una persona local y clientela dentro de la clínica u organización empresarial que dirigía el acusado y recurrente Dr. L. F. actividad causalmente decisiva y escasa, sin que puedan aceptarse, a no ser con distorsión del hecho probado, las aseveraciones del recurrente en el sentido de limitar los actos del mecánico- dentista a abrir la puerta, transmitir recados o entregar recetas. Debe, por tanto desestimarse el motivo único del recurso del Odontólogo antes nombrado."

En esta otra sentencia⁴⁹⁵, se determina en su fundamento jurídico primero, la adjetivación de necesaria del concepto jurídico de cooperación:

"En el primero se alega infracción de los arts. 28 b) y 29 del Código Penal. En el segundo con carácter subsidiario se afirma que en todo caso de aceptarse una cooperación la misma no puede ser calificada de «necesaria». Se argumenta que reiterada jurisprudencia exige para la cooperación: a) un previo acuerdo para delinquir o «pactum sceleris»; y b) la realización de una conducta de ayuda o favorecimiento de la ejecución del delito. Se afirma que ninguno de los dos requisitos se da en el caso del señor José Antonio C. Esto último no es compartido por este Tribunal por lo siguiente: Debe tenerse muy presente que el relato de hechos probados de la sentencia impugnada establece expresamente que: «José Antonio C. C. mayor de edad y sin antecedentes penales médico estomatólogo, montó en 1980 una clínica dental, (...) de Barcelona en la que también trabajaba el también acusado Julián G.

⁴⁹³ SOTO NIETO, F. *El delito de intrusismo profesional: singular ilícito penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012, págs. 71-75.

⁴⁹⁴ España. STS nº 1209, de 1 julio de 1987. RJ\1987\5142. Roj: STS 4615/1987. ECLI: ES:TS:1987:4615. Id Cendoj: 28079120011987100777.

⁴⁹⁵ España. SAP de Barcelona (Sección 8ª), nº 817/2002, de 20 de septiembre. ARP\2002\710.

G...». El señor C. efectuó un acto de cooperación positivo consistente en «montar» bajo el amparo de su título de médico estomatólogo, «una clínica dental», pues antes sólo existía un laboratorio protésico exclusivamente utilizado por el otro acusado condenado y que no ha recurrido la sentencia condenatoria, por lo que la misma es firme respecto del mismo. Así lo afirma el señor C. al folio 186 cuando dijo: «que la clínica (...) la montó el declarante, la dio de alta él y la montó en el año 1980 y en ese año se inscribió. Que antes trabajaba allí como protésico el señor Julián G. que antes era un laboratorio dental exclusivamente, que era del señor G. y que era un contrato a nombre del padre del señor G. de arrendamiento puesto que trabajaba en casa. Que el piso lo compró posteriormente el señor G.» Dicho acto de cooperación se ha ido perpetuando a través de los años hasta la fecha de la denuncia de 7 de mayo de 1999 siendo el delito de intrusismo un delito permanente. (...) Y dicha cooperación debe calificarse de «necesaria», pues sin la conducta del Dr. C. consistente en montar la clínica dental dándola de alta y aportando su título de médico estomatólogo, permitiendo y no prohibiendo la realización de actos propios del médico especialista en estomatología, el señor G. no hubiera podido efectuar los actos propios del médico estomatólogo (teoría de la «conditio sine qua non»); o si se quiere puede afirmarse que dicha conducta referida del Dr. C. constituye la facilitación de un medio escaso difícil de conseguir (teoría de los bienes escasos), criterios ambos propugnados por la doctrina dominante y por el Tribunal Supremo (STS 4 de marzo de 1999, que cita la STS de 4 de febrero de 1997) para determinar que la cooperación es necesaria y no simple complicidad. No puede, pues, decirse que el señor C. sólo conociese y consintiese las actividades ilícitas intrusistas del señor G. sino que también efectuó actos positivos de colaboración, como se ha dicho sin que conste que en ningún momento el Dr. C. impidiera la prosecución de dichas actividades intrusistas por parte del señor G. que trabajaba en clínica dental del primero (STS de 1 de julio de 1987 y STS de 23 de octubre de 1989).”

Y por último, en una reciente sentencia⁴⁹⁶, en la que se describe con claridad los caracteres de la cooperación necesaria:

“En efecto, por lo que se refiere a la invocación del principio *in dubio pro reo*, es reiterada la doctrina emanada del Tribunal Supremo, según la cual el referido principio se infringe, en su aspecto normativo, cuando reconociendo el Tribunal sentenciador la existencia de una duda sobre la concurrencia de alguno de los elementos integradores del tipo, opta por la solución más perjudicial para el acusado, por cuanto el principio *in dubio pro reo* señala cual debe ser la decisión en los supuestos de duda, que no es otra que la absolución. Aplicando esa doctrina al caso que nos ocupa, teniendo en cuenta que la imputación que recae sobre la recurrente, es la de cooperadora necesaria de un delito de intrusismo del art. 403 del CP, y que este tipo penal es eminentemente doloso, pues exige para su apreciación de un elemento intencional, la conciencia y voluntad por parte del sujeto de la irregular o ilegítima actuación que lleva a cabo en su establecimiento y de la violación de las disposiciones por

⁴⁹⁶ España. SAP de Madrid (Sección 3ª), nº 459/2011, de 24 de octubre. JUR\2012\19979.

las que se rige aquella, y por tanto no admite la comisión culposa; por ello, constando que en la *Fundamentación Jurídica*, al final del apartado primero, el Juez a quo refleja la duda de si "de forma consciente y voluntaria, o por omisión de la diligencia mínima exigible" permitió que la Clínica de la que era titular estuviera funcionando sin un odontólogo, lo que permite suponer que dudó en cuanto al devenir de los hechos enjuiciados respecto de la recurrente, la existencia de una comunicación objetiva de la actividad del coacusado, de un concierto previo y mantenido entre ambos de voluntades, aportación de actividades esenciales y participación del beneficio, por lo que debe resolverse acogiendo el recurso y dictando una sentencia absolutoria a su favor."

En cuanto a la figura del inductor se puede establecer que si el paciente actúa de acuerdo con el sujeto activo sirviendo de captador de nuevos pacientes, sería considerado como cooperador necesario en el caso de que su actuación de logística fuera determinante y decisiva para la captación de nuevas víctimas. En el caso de que el cliente sea el que induzca o provoque al intruso la realización de actos propios de una profesión, el paciente será considerado como inductor, recayendo sobre él la misma pena que para el autor del delito⁴⁹⁷.

Por último, en cuanto a los cómplices, contempla la participación de otras personas diferentes de la que ejercita los actos propios de la profesión que requiere título oficial es también punible, es decir, aquellas personas que con conocimiento de la falta de titulación del intruso, se presta a coadyuvar en sus ilegales menesteres, a servirle de pantalla o de cobertura protectora idónea para encubrir la licitud de las tareas a las que se dedica, cooperando con él mediante actos coetáneos a la ejecución del delito de intrusismo, etc..⁴⁹⁸.

Uno de los sujetos activos que han nacido en la actualidad, presente principalmente en las macroclínicas y franquicias, es el llamado "asesor dental", que se define como "una (persona) experta en la materia conoce a la perfección cada tratamiento que realizamos en la clínica y los beneficios de realizarse los tratamiento que el doctor diagnostica. Dicha persona comparte los valores y la ética profesional de la clínica, cuyas

⁴⁹⁷ SERRANO TÁRRAGA, M. D. *El delito de intrusismo profesional*. Ed. Civitas, Madrid, 1997, Págs. 86-87.

⁴⁹⁸ SOTO NIETO, F. *El delito de intrusismo profesional: singular ilícito penal*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012, Pág. 75.

funciones que desempeña en la clínica son las siguientes: gestiona las primeras visitas, control de presupuestos, cierre de presupuesto, resuelve las dudas que pueda tener el paciente sobre su plan de tratamiento, gestión de agenda, domina las diferentes formas de financiación, realización de informes sobre la salud de la clínica, gestiona las quejas, se preocupa por el paciente y crea acciones de marketing interno en la clínica; y cuyas habilidades que ha de tener y entrenar son las siguientes: dotes de comunicación, ser empático con los pacientes, saberse poner en la piel de los pacientes, trabajo en equipo, escucha activa, y saber que necesidades y deseos tiene el paciente"⁴⁹⁹, es decir, que realizan actos propios de la profesión de dentista como "resuelve las dudas que pueda tener el paciente sobre su plan de tratamiento" y "realización de informes sobre la salud de la clínica", como las más descaradas.

Al ser una figura profesional reciente, es difícil encontrar jurisprudencia de la materia, encontrando un solo caso del cual se van a extraer aquellos datos más importantes del auto inicial y de la sentencia dimanante del procedimiento:

- Con respecto del auto⁵⁰⁰, generado por recurso de reforma subsidiario de apelación de un Colegio Profesional de Dentistas junto a la intervención adhesiva del Ministerio Fiscal, frente a la absolución de una asesora dental de una franquicia, que finalmente es estimada, acordando la continuación del procedimiento frente a ella, como se determina con claridad en su razonamiento jurídico segundo:

"Por lo que respecta a María del Pilar , se concreta su intrusismo en la información que facilitó a la paciente del tratamiento que se consideraba procedente, tras la ortopantomografía prescrita por la odontóloga Ana María practicada el 22 de junio que fue comentada por el odontólogo Mariano a Sixto. Consintió en ese tratamiento la paciente Hortensia, que firmó contrato fechado el 25 de junio (f. 32) con María del Pilar, en representación ésta de Corporación Dermoestética S.A., y pagó el precio pactado de 19.645,60 euros mediante entrega de un cheque bancario de fecha 24 (f. 33). La cláusula segunda del contrato describía el tratamiento a prestar.

⁴⁹⁹ <http://www.bokalia.com/blog/19-gestion/34-asesor-dental> [Consultado el 30/10/2016]

⁵⁰⁰ España. SAP de Huelva (Sección 2ª), nº 203/2010, de 6 de mayo. JUR\2010\357259.

Existen motivos para entender que la información debe ser proporcionada por el facultativo (art. 10 de la Ley 41/2002, de 14 noviembre) y, de entenderse así, cuando el artículo 4.2 de dicha ley establece que "la información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad", nos encontraríamos con una decisión tomada por la paciente sin ser informada por facultativo sino por la imputada y con indicios de delito de intrusismo que justifican la continuación del procedimiento para que el juzgador resuelva en definitiva."

- que desencadena en sentencia absolutoria⁵⁰¹, de dicha imputada tras recurso de apelación de sentencia de primera instancia, también absolutoria, en la que se describe en su antecedente de hecho segundo, la acción de la imputada y las repercusiones sobre la paciente:

"Siguiendo las pautas del establecimiento, la Sra. Berta fue atendida en recepción por la acusada Dña. Valentina, mayor de edad y sin antecedentes penales, asesora comercial de la entidad titular y recepcionista del establecimiento. La acusada se encargaba de informar y tratar con los profesionales especializados de servicio en el establecimiento, quienes prescribían lo procedente para atender a la solicitante de los servicios, de lo que daba cuenta a la Sra. Berta, quien siempre identificó, por haberse identificado siempre su interlocutora en esos términos, que la acusada era asesora comercial o recepcionista, nunca médico, ni odontóloga, ni cirujana. Siguiendo las pautas del establecimiento, la Sra. Berta suscribió con Corporación Dermoestética, representada esta por la acusada, contrato de servicios, en el que se hace constar el tratamiento que ha sido prescrito por el especialista correspondiente (colocación de ocho implantes) y el importe de dicho servicio (19.645 euros).(...) Al resultar insuficiente el tejido óseo para alojar los implantes y por ausencia de control para valorar la ubicación de los implantes tras su colocación, se presentaron complicaciones en la paciente, alojándose parte de los implantes en el seno maxilar y fosa nasal, por lo que la Sra. Berta resultó con lesiones (fragmentación del suelo de las fosas nasales, dificultad respiratoria nasal, rinorrea, halitosis, celulitis nasogeniana y síndrome ansioso depresivo) que tardaron en curar, con asistencia y tratamiento, 170 días, restándole secuelas (alteración de respiración nasal, material de osteosíntesis en sistema osteoarticular de la cara y trastornos neuróticos."

y declara que es pertinente desestimar el recurso, razonando los motivos en el fundamento jurídico tercero de la susodicha resolución judicial:

⁵⁰¹ España. SAP de Huelva (Sección 1ª), nº 178/2012, de 11 de julio. JUR\2013\141060.

"A la luz de lo expuesto, partimos para resolver el recurso, como ya se ha puesto de manifiesto de una sentencia absolutoria dictada en primera instancia, debido a que no encontraba probado que la acusada realizara funciones propias de una profesión con título oficial, en este caso odontólogo, sino que sus funciones fueron de comercial y recepcionista que se encargaba de las facturas, entendiéndose que en el actuar de la Sra. Valentina no concurren los elementos del tipo penal objeto de acusación. En esta sede de recurso, se convocó a las partes a una vista oral conforme quedó arriba expuesto, insistiendo la parte apelante en su escrito de recurso, del que se desprenden alegatos relativos a que queda acreditado que la acusada ejerció funciones de personal sanitario que precisan de un título de odontología y que aquella no tenía. La parte adherida al recurso insiste en que debe ser estimado. En definitiva y por lo que se refiere a las infracciones que alega del art. 403.1 CP y de la Ley 41/2002, sobre derechos de los pacientes, en el sentido antes expuesto. (...) Del resultado probatorio, no aparecen datos de carácter incriminatorio que permitan determinar, como exige el tipo penal que forma parte de la acusación, que la acusada realizaba actuaciones propias de una profesión, en este caso, odontólogo/ cirujano maxilofacial, sin tener titulación para ello, en relación a la perjudicada. El juzgador que apreció las pruebas practicadas con inmediación y contradicción, con especial referencia a las personales, llegó a conclusiones que no puede decirse que sean ilógicas o arbitrarias, sino acordes con el resultado que presentaron las mismas, razonando de manera clara y acertada que no concurren en el proceder de la acusada los requisitos del tipo del intrusismo. En definitiva que no apreciamos infracción de normas legales en el sentido que apunta el recurso y la adhesión al mismo, no evidenciándose tampoco error de valoración de las pruebas, cuando además no se han practicado en esta instancia otras pruebas personales o de otra clase, que puedan hacer cambiar lo razonado en la sentencia sobre la conducta de la acusada. Por lo que a la vista de la doctrina constitucional expuesta y lo antes razonado en torno a la misma con relación al caso en cuestión, no pueden prosperar los alegatos de la parte recurrente."

9. El sujeto pasivo

El sujeto pasivo es el titular o portador del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito, no coincidiendo de manera necesaria con el sujeto sobre el que recae físicamente la acción, ni con el perjudicado⁵⁰². Desde el punto de vista criminológico, sujeto pasivo del delito coincide con la víctima del mismo⁵⁰³. El sujeto pasivo en el delito de intrusismo se determinará dependiendo o atendiendo al bien jurídico afectado:

⁵⁰² MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Edisofer, 10ª ed, Barcelona, 2015, pág. 230.

⁵⁰³ RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Compendio de Derecho Penal*, Ed. Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2010, pág.105.

como la principal es la fe pública, es la potestad del Estado para expedir títulos académicos, o para reconocer los extranjeros, se puede deducir que el sujeto pasivo por excelencia es el propio Estado.

Sería una equivocación pensar que el sujeto pasivo es el equivalente al afectado por la realización de los actos propios del intruso, por lo que aquel que ha recibido la prestación profesional por quien carece de título no puede ser considerado sujeto pasivo del delito, sino en todo caso se puede establecer la adjetivación de ofendido por la pluriofensividad del delito, o parte perjudicada, aunque hay que decir que no en todos los casos existe un perjuicio para el individuo que es receptor de los actos propios, sino que incluso se puede beneficiar de ellos, no suponiendo esto un atenuante para el intruso. Por supuesto que tampoco lo serán las asociaciones profesionales, ni los Colegios de esta índole, ni los particulares que reciben los servicios del intruso⁵⁰⁴.

Otro aspecto a tener en cuenta en esta sede es la de la prestación de consentimiento por parte de sujeto que recibe la contraprestación profesional: su presencia en el supuesto de hecho no tiene relevancia para la perfección del delito, ni supone tampoco un atenuante ya que, aunque consienta el receptor, el delito subsiste y deberá ser perseguido a instancia de parte, y por supuesto de oficio, ya que se trata de un delito público.

Por lo antedicho se puede establecer, en primer lugar, que el individuo que recibe los servicios profesionales, los actos propios, incluso siendo parte perjudicada de la relación, no se le puede definir como sujeto pasivo del delito, siendo tal el Estado, que es el que sufre mediante el ataque al bien jurídico protegido, y en segundo lugar, que el individuo no tiene la disponibilidad del bien jurídico⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial*, (Coordinador Morillas Cueva), edit. Dykinson, Madrid, 2011, pág. 909.

⁵⁰⁵ SERRANO TÁRRAGA, M. D. *El delito de intrusismo profesional*. Ed. Civitas, Madrid, 1997, Págs. 84-85.

La cuestión sobre el consentimiento en el plano jurídico ya ha sido tratada, destacando su indiferencia y su nula afectación a la ejecución del delito, y sus repercusiones penales sobre el intruso, pero ello no es trasladable al aspecto ético que se ha tratado en el área bioética del presente estudio en la cual se determinó que, por el principio de ética biomédica de la autonomía, con el subprincipio del consentimiento, supuestamente informado ya que en caso contrario estamos ante un verdadero engaño o falsedad, el individuo es dueño de su cuerpo para que sea atendido por quien él estime oportuno incluso sin tener el correspondiente título, aunque por el principio de beneficencia se estime de manera clara, que recibir los actos propios de una profesión de una persona que no posee el título académico oportuno, puede producir un efecto pernicioso al que hay que proteger, incluso siendo prioritario, es decir, estando por encima del propio principio de autonomía.

10. Objeto material del delito

Se puede establecer que, aunque los pacientes que acuden a la prestación de los servicios profesionales de los intrusos son considerados con el apelativo de objeto material del delito, es necesario dejar claro que no son los titulares del bien jurídico protegido, que ya ha sido tratado de manera extensiva con anterioridad, existiendo doctrina que considera que las profesiones que requieren título académico para su ejercicio también se incluyen como objeto material, pero son los menos⁵⁰⁶.

Lo que sí está claro es que el Estado es el principal afectado de este delito ya que, a través de la Administración Pública, tiene el deber de velar para que las personas que ejerzan esas determinadas profesiones, que afectan a bienes jurídicos protegidos de tipo fundamentales, tengan la suficiencia intelectual y técnica que ofrece y acredita la

⁵⁰⁶ SALOM ESCRIVÁ, J.S. *El delito de intrusismo profesional*, Revista Jurídica de Cataluña, Barcelona, 1983, 82 (1) Pág. 43.

posesión de un título académico. Otra cuestión es que, como se ha declarado, el delito se defina como pluriofensivo ya que el Estado, la población, la profesión, los profesionales, los Colegios Profesionales y la sociedad entendida en su conjunto, sean considerados con la categoría de perjudicados.

Estos perjudicados se pueden clasificar en dos grandes grupos, dependiendo de la perspectiva con la que se estudien:

- En primer lugar, si se tiene en cuenta el daño, se determinaría que aquel paciente que ha sido atendido por el intruso o sujeto activo del delito es el principal afectado. Y al tratarse de un delito de mera actividad, no será necesario un resultado lesivo para su comisión: incluso puede suceder que haya resultado hasta beneficiado de las actuaciones o actos propios ejecutados por el intruso. Otra cuestión distinta la representan aquellos supuestos fácticos en los cuales el paciente tiene un pleno conocimiento de la ausencia de titulación del sujeto activo, y los cuales ya no pueden ser considerados con el apelativo de perjudicados ya que en todo momento conocían por adelantado la situación de riesgo abstracto, haciéndolo con un pleno conocimiento de la causa,

- y en segundo lugar, desde la perspectiva del riesgo, que es abstracto, la parte perjudicada es la colectividad que representa la sociedad, el individuo concreto que es atendido por el intruso, y como no, los Colegios Profesionales debido al daño o perjuicio que sufre la profesión, los profesionales y los propios colegios⁵⁰⁷.

La persona que recibe los servicios no profesionales puede ser considerada como partícipe del delito, generando este asunto respuestas diferentes dependiendo del carácter cognitivo del delito, estableciendo por parte de la doctrina diferentes soluciones:

- Por un lado, se estipula que aquel individuo que recibe actos propios por persona no titulada y que tiene pleno

⁵⁰⁷ SERRANO TÁRRAGA, M. D. *El delito de intrusismo profesional*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, págs. 85-87.

conocimiento de esa circunstancia, no puede ser considerado como partícipe del delito: la protección del tipo alcanza, de modo reflejo, al que recibe la prestación, castigando sólo al que lo ejecuta⁵⁰⁸,

- pero por otro lado, otros autores de manera minoritaria, determinan que aquel individuo que solicita los servicios profesionales de un intruso, conociendo totalmente la falta de titulación, debería ser considerado como un cooperador necesario, desde un punto de vista teórico y técnico. Para llegar a tal conclusión se basan en considerar que su presencia es condición indispensable para la comisión del delito ya que, sin su presencia en la relación, no sería posible que se perfeccione o se consuma el delito. Es claro que debido a razones de política criminal o de otra índole, se establezca la impunidad de estos individuos, aun conociendo la comisión del delito⁵⁰⁹, dándose estas interpretaciones:

- En primer lugar, esta situación de impunidad se produce por la interpretación del texto del delito, con la frase "*el que ejerciere actos propios*" se castiga al que ejerce los actos, aunque es posible para castigar la participación de otros sujetos diferentes ya que se admite figuras diferentes de la del autor,

- pero también existe otra argumentación para la legitimación de tal impunidad del individuo que recibe los servicios o actos propios, ya que no todas las profesiones tituladas que son objeto de protección por el "*ius puniendi*" tienen como requisito la presencia, participación o concurrencia de los clientes para realizar esos actos propios⁵¹⁰,

- y otro caso bien distinto son aquellos supuestos de hecho en los cuales el paciente actúa mediante un acuerdo con el intruso o sujeto activo, buscando clientes. En este caso sí

⁵⁰⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *El delito de intrusismo*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1969, pág. 278.

⁵⁰⁹ SALOM ESCRIVÁ, J.S. *El delito de intrusismo profesional*, Revista Jurídica Catalunya, n.º 1, Barcelona, 1983, pág. 70.

⁵¹⁰ Un ejemplo es la contratación de un falso arquitecto para la emisión de un proyecto de construcción.

sería considerado como cooperador, con la adjetivación de necesario si su actuación fuera decisiva para atraer a nuevos pacientes, o simple si tales clientes hubieran acudido de la misma forma sin su participación. Por lo tanto, a aquellos pacientes que conocen la falta de titulación y son asistidos para recibir esos actos propios profesionales deben ser considerados como cooperadores, necesarios o no, o en otro caso, con la figura de cómplices, e incluso como inductores en aquellos casos en los que el paciente induzca o provoque que un persona sin titulación realice actos propios de una profesión sobre su persona. En Odontología, el paciente se presenta como un partícipe necesario ya que requiere la concurrencia coetánea tanto del sujeto activo, el que realiza actos propios de la profesión, como del pasivo, el que demanda los servicios del pseudoprofesional, para la comisión y perfección del delito⁵¹¹.

Para finalizar hay que declarar que en ninguna de las resoluciones judiciales que han sido analizadas en el presente estudio se ha establecido un reproche penal a un paciente en ningunas de las diferentes casuísticas que se han presentado: conociendo o desconociendo que el sujeto activo carece de titulación para ello, e incluso en el caso de conocerlo, ni se han tratado de imputar a los pacientes como cómplices ni como cooperadores, y mucho menos se ha barajado la posibilidad de establecer como atenuante tal circunstancia en el aplicación de la pena al intruso.

11. Otros elementos del tipo.

Tras el análisis pormenorizado de los elementos del tipo del delito de intrusismo, se puede determinar que debe existir dolo o intención de la ejecución, con sus dos elementos: el cognoscitivo, por un lado, y el volitivo, por el otro. Es un delito en el que no concurre ningún elemento subjetivo del

⁵¹¹ CORDOBA RODA, J. *Comentarios al Código Penal. Parte especial.*, tomo III, ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 1058.

injusto, mientras que es un requisito del tipo objetivo el que el sujeto tenga la conciencia de que carece del título, el dolo aparece en la antijuricidad, es decir, en el momento de realizar la acción. Por lo tanto, el conocimiento de la falta de titulación excluye la comisión imprudente: siempre es dolosa, constituyéndose como un delito de mera actividad.

12. Los tipos de error

Dentro del estudio de la culpabilidad, el supuesto más genérico de no exigibilidad de conducta lo constituyen los errores de tipo y de prohibición, que están perfectamente descritos en el artículo 14 del vigente Código Penal, pero de una manera poco didáctica⁵¹². El precepto diferencia, por una parte, entre el error de tipo y el de prohibición, y por otra parte, entre error vencible y el error invencible.

El error de tipo recae sobre los elementos que constituyen el tipo delictivo, mientras que el error de prohibición tiene como objeto la licitud o ilicitud penal de la conducta ejecutada conociendo perfectamente la presencia de todos los elementos típicos⁵¹³.

La concurrencia de ellos ha de ser alegada y probada por el acusado, es decir, el presunto intruso, inversión de la carga de la prueba justificada en el carácter excepcional del error⁵¹⁴.

El error de prohibición se basa en la falsa creencia de que la conducta no está prohibida por la ley penal, considerándose directo cuando recae sobre la conducta abstracta, e indirecto si

⁵¹² Artículo 14 del Código Penal: "1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados."

⁵¹³ RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Compendio de Derecho Penal*, Ed. Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2010, pág.166.

⁵¹⁴ España. STS 709/1994, de 28 de marzo; STS 435/2001, de 12 de marzo; STS 439/2001, de 20 de marzo.

se refiere a la creencia de que concurre una causa de justificación. En ambos casos se debe destacar el casuismo, que exige un juicio sobre la concurrencia del error, como son las circunstancias objetivas del caso y las subjetivas como las psicológicas, culturales, educativas posibilidad de asesoramiento, etc... Es inadmisibles la pretensión de alegar error cuando se establece tras dicho análisis que hubo conciencia de antijuricidad o una alta probabilidad de producirse dolo eventual.

La diferencia entre error vencible e invencible, que se puede dar tanto en el error de tipo como en el de prohibición, exige un análisis de las circunstancias internas y externas del autor y de su entorno. El error de tipo será vencible cuando existe un deber de examen de la presencia o ausencia del elemento típico, y como consecuencia de la interpretación sistemática de los artículos 12⁵¹⁵ y 14.1, el error vencible sobre el tipo sólo es punible si en la parte especial del Código Penal, o en leyes penales especiales, se prevé la versión imprudente del tipo delictivo sobre el que recae el error.

Por todo lo enunciado, se puede establecer un error de tipo vencible si el intruso o sujeto activo creía que los actos realizados por él no eran actos propios exclusivos de una determinada profesión, castigándose tal conducta como si fuera imprudente, no pudiéndose apreciarse en ningún caso el error de tipo invencible, ya que el sujeto tenía perfecto conocimiento de la carencia de título. Si el sujeto pensara que los actos que está ejecutando pueden ser realizados sin el correspondiente título académico, existiría una ausencia de culpabilidad y, por lo tanto, no existiría delito. La conciencia de ejecutar los actos sabiendo la carencia de titulación, que se trata de un requisito del tipo objetivo, es totalmente incompatible con la creencia del sujeto de que se está habilitado para el ejercicio de la profesión, por lo que si falta esa conciencia, tampoco existiría delito. El error de prohibición existe en el delito de

⁵¹⁵ Artículo 12 del Código Penal: *“Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.”*

intrusismo con la base de que los actos propios de la profesión están ubicados en normas extrapenales, normalmente de carácter administrativo, si el sujeto puede actuar en la creencia de que lo hace de manera lícita. Por ello, si el error de prohibición fuera invencible, se excluye la responsabilidad penal, mientras que si se produce el vencible, se atenúa la pena en uno o dos grados⁵¹⁶.

Es de destacar que la jurisprudencia rechaza las formas culposas en el delito de intrusismo ya que el Código Penal vigente sigue un sistema denominado "*crimina culposa*"⁵¹⁷, no configurándose ningún tipo legal de imprudencia. La simplificación está prohibida ya que es contraria al principio de culpabilidad, por lo que no se debe de estimar de manera automática la imprudencia por la sola intervención de quien carecía de titulación⁵¹⁸. Por ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinan por rechazar las formas culposas del intrusismo, haciendo hincapié en la propia naturaleza del delito. Otra cuestión es la posibilidad de que concurra un error de tipo o de prohibición, que sucedería dependiendo si se produce el caso de que el sujeto activo pensara que está en posesión del título o se creyera que puede realizar esos actos propios sin poseer título, respectivamente.

En el caso de que se produzcan daños materiales o lesión de la vida o la salud, consecuencia de la actitud desarrollada por el intruso, será necesario plantear los correspondientes

⁵¹⁶ SERRANO TÁRRAGA, M. D. *El delito de intrusismo profesional*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, págs. 89.

⁵¹⁷ Existen dos formas distintas de regular penalmente los comportamientos imprudentes. Por un lado, el antiguo sistema de "*crimen culpa*", que consiste en establecer en un precepto penal una cláusula general de castigo de la imprudencia, de modo que en principio cualquier tipo podría ser cometido por imprudencia. Este sistema era el recogido en el artículo 565 del Código Penal de 1973: "*El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare dolo, constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor*". Como consecuencia de lo anterior, la producción de varios resultados típicos (por ejemplo, varias muertes) daba lugar a un solo delito de imprudencia; y por otro lado, el vigente sistema de "*crimina culposa*", en cuya virtud sólo son sancionables penalmente los comportamientos imprudentes que expresamente se hallen tipificados. Este sistema, más respetuoso con los principios de legalidad y de intervención mínima, es el que recoge actualmente el artículo 12 del Código Penal vigente: "*Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley*". Como consecuencia de dicho sistema, la producción de varios resultados típicos podrá dar lugar a varios delitos imprudentes.

⁵¹⁸ QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F. *Comentarios al nuevo Código Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 1842.

concursos de delito, normalmente ideales, entre el intrusismo y las infracciones de índole culposa, contra la vida, o la salud, o el patrimonio⁵¹⁹.

Las resoluciones que versan sobre el error, tanto de tipo como de prohibición, son numerosas. En exclusiva son alegadas por los querellados, como se puede obviar, ya que con ello se quiere conseguir un mejor resultado en la emisión del fallo, bien con la absolución, bien con la atenuación de la pena.

En primer lugar, cuando se examina el error de tipo, se presentan los siguientes casos:

- En la primera de ellas, en una sentencia del Tribunal Supremo⁵²⁰, se alegan tanto el error de tipo como el de prohibición, por medio de la aplicación indebida de la norma sustantiva. En cuanto al de tipo, se rechaza bajo las siguientes consideraciones expresadas en el fundamento jurídico cuarto, donde se explica, con bastante acierto, las diferencias sustanciales entre ambos tipos de error:

"La creencia de que estaba autorizada con la titulación que tenía para realizar extracciones de piezas dentarias y limpiezas de boca, apreciada como error de prohibición vencible en la resolución impugnada, no es error de tipo. Habría existido esta última clase de error si la procesada hubiese creído tener el título de estomatología u odontólogo sin tenerlo en realidad, al ser un elemento del delito del artículo 321 la carencia del correspondiente título oficial. La frontera entre ambas especies de error, en los casos como el presente en que la figura delictiva tiene como uno de sus requisitos un elemento del tipo de carácter normativo, como el antes indicado, es difícil de señalar y ha de estarse al supuesto concreto para determinar cuál de ellos es el aplicable. En el caso presente el error versó sobre la creencia de que la titulación que tenía le autorizaba para extraer dientes y que por ello obraba lícitamente (error de prohibición). Como antes se ha dicho el error de tipo habría existido en este supuesto si hubiera creído tener el título de estomatólogo sin poseerlo en realidad. Esta Sala, reconociendo las dificultades del caso, estima que el error fue de prohibición, y por ello ha de rechazarse también este último motivo del presente recurso."

⁵¹⁹ SOTO NIETO, F. *El delito de intrusismo profesional: singular ilícito penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012, págs. 137-138.

⁵²⁰ España. STS de 19 de marzo de 1990. Roj: STS 2546/1990. ECLI: ES:TS:1990:2546. Id Cendoj: 28079120011990108947

- En esta segunda sentencia⁵²¹, también se desestima el recurso mediante la aceptación de la presencia de la figura del error de tipo, como se describe en su fundamento jurídico segundo:

"Es motivo también de impugnación el análisis del tipo subjetivo del delito llevado a cabo por la sentencia apelada, pues, entiende el recurrente, le faltó la conciencia y voluntad de una irregular o ilegítima actuación, o, en su caso y con carácter subsidiario, pudo existir un error de tipo o de prohibición. Debe ser rechazado el recurso también en este punto y confirmada la resolución recurrida en la que el Juez acertadamente descarta la creencia de estar obrando lícitamente tanto por su nivel de formación como por la no homologación de sus estudios en el extranjero; a ello que hay que unir la falta de atención a los requerimientos efectuados por el Colegio Oficial de Odontólogos en los que fue advertido de su obligación de colegiarse y de las consecuencias penales que su actitud pudiera acarrearle."

- y finalmente, se cita tal figura jurídica en el fundamento jurídico cuarto de esta otra sentencia⁵²²:

"Llegando a este punto, se alega por el recurrente infracción por no aplicación del art. 14 del Código Penal, artículo éste, que excluye la responsabilidad criminal cuando existe un error invencible, el citado artículo distingue entre el error de tipo y el de prohibición, según incida en un elemento esencial de la infracción penal o en la creencia errónea de obrar lícitamente, afectando el primero a la tipicidad y el segundo a la culpabilidad, incumbiendo en todo caso, la prueba sobre la apreciación del error invencible al que la alega, prueba condicionada por la consideración de las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas de su autor. Pues bien, ni éstas ni aquéllas, permiten apreciar en el presente caso el error alegado, ya que amén de no existir prueba sobre el mismo, la formación del acusado no permite «suponer» que desconocía el hecho de la necesidad de tener el título homologado para ejercer como médico odontólogo, y de exigírselo así, a quienes prestaban sus servicios como tales en la clínica que él regentaba. Todo lo expuesto sólo permite una conclusión lógica: el acusado, conocía y permitía que en la Clínica Dental de la que él era director, se realizaran actos propios de la profesión de odontólogo, sin estar en posesión de un título homologado a sabiendas de la necesidad de este requisito, por lo que ni ha existido vulneración del principio de presunción de inocencia, error en la valoración de la prueba, ni infracción por aplicación indebida o inaplicación de precepto legal alguno. El recurso por consiguiente ha de ser desestimado confirmándose en su integridad la sentencia apelada."

⁵²¹ España. AP de Teruel, nº 19/1997, de 2 de octubre. ARP\1997\1524.

⁵²² España. SAP de Ciudad Real (Sección 2ª), nº 39/1998, de 2 de junio. ARP\1998\3436.

En ninguna de las tres resoluciones citadas se admite la figura del error de tipo debido a que no se presentan los requisitos necesarios para su aplicación al caso concreto, como se aprecia en el contenido de los fragmentos jurídicos reproducidos literalmente.

En el caso del error de prohibición, además de las alusiones descritas en las resoluciones que versan sobre el error de tipo, es descrito en una multitud de resoluciones, teniendo más éxito en su admisión por parte de las autoridades judiciales que la de tipo, que no fue admitido en ninguna. Se extraen los siguientes fragmentos sobre tal institución jurídica:

- En esta sentencia del Tribunal Supremo⁵²³, al cual es la resolución más antigua que versa sobre el error de prohibición, con el texto que emana la autoridad judicial en el fundamento jurídico tercero, del que se desprende la desestimación de la presencia de la figura jurídica:

"El recurrente, con base en la ley en vigor entiende que los Protésicos tienen plenitud de funciones y responsabilidades en cuanto al material, elaboración, adaptación, de acuerdo con las indicaciones de los Estomatólogos u Odontólogos, según palabras de la exposición de motivos de dicha ley. Efectivamente es así, pero si tal fue la "mens legislatoris" (mente del legislador), la misma no concuerda con exactitud con la "mens legis" (mente de la ley) que debe prevalecer y que, como hemos dicho, limita las funciones de los Protésicos al diseño, preparación, elaboración, fabricación y reparación de prótesis dentales. En todo caso, y esto es lo decisivo, todas estas funciones deben ser realizadas «conforme a las indicaciones y prescripciones de Médicos Estomatólogos u Odontólogos » y este fundamental requisito, el que da todo su sentido a la locución actos propios del precepto, faltó en el caso de autos, por más que el recurrente se acoja con esfuerzo útil, a un pasaje a quo, según el cual, antes de acudir al despacho del procesado la paciente Joaquina M. C. había visitado al odontólogo de la Mutua de Seguros de Tarrasa para la extracción de varias piezas dentarias; pero en absoluto dice, que tal facultativo enviara a Joaquina al procesado para la confección y colocación de las prótesis correspondientes a los dientes extraídos y menos que éste lo hiciese bajo la supervisión de aquél, requisito que como hemos visto es esencial y dota de todo su sentido antijurídico al tipo a través de la norma extrapenal. Tal requisito no puede llenarse con la suposición,

⁵²³ España. STS de 24 abril 1989. Roj: STS 7948/1989. ECLI:ES:TS:1989:7948. Id Cendoj: 28079120011989102927

por razonable que sea, de que el Odontólogo tuvo que advertir a la paciente de la necesidad de reemplazar con las correspondientes prótesis las piezas extraídas y que el procesado contara ya con tal indicación. Lo cierto y real es que realizó su actividad sin ponerse en contacto con el Odontólogo de la Mutua, ni con ningún otro, y es precisamente esa independencia funcional que menoscaba la garantía sanitaria conferida a los titulados universitarios correspondientes, la que constituye la conducta intrusa, puesto que se ejecutan actos que rebasan la esfera del Protésico dental, amparada con un título de Formación Profesional de Segundo Grado, para invadir los actos propios y exclusivos de la competencia de los Odontólogos. Consecuentemente el motivo debe ser desestimado.”

- Posteriormente, en otra sentencia del mismo tribunal⁵²⁴, de nuevo se rechaza la presencia del error de prohibición, con las siguientes palabras transcritas a continuación del fundamento jurídico cuarto:

“También al amparo del mismo n° 1° del artículo 849 de la Ley Procesal se alega que hubo error de prohibición en el procesado que creyó que su conducta estaba permitida por la Ley, y por ello se infringió el artículo 6 bis a) del Código Penal que indebidamente no fue aplicado al presente caso. Nada aparece en el hecho probado de la sentencia recurrida, del cual forzosamente hay que partir dada la vía procesal utilizada por el recurrente, que pudiera servir de punto de apoyo fáctico a tales alegaciones. No se dice, al narrar tales hechos ni en ningún otro apartado de la sentencia recurrida, nada que pudiera servir de prueba en relación a la referida creencia errónea de haber obrado lícitamente. Ni siquiera aparece algún dato que pudiera servir como indicio para poder construir sobre él una prueba indirecta o de presunciones. Por el contrario, los indicios existentes al respecto apuntan en el sentido opuesto, pues en un profesional de la medicina, que lleva muchos años ejerciendo tal profesión en una zona rural donde se estableció como médico de medicina general y luego paulatinamente adapta su consultorio para poder realizar los trabajos propios de la Estomatología, parece lo más lógico entender que sí conocía la prohibición legal de dedicarse a estos menesteres, lo que obliga también a rechazar este último motivo del presente recurso.”

- Y de nuevo, sólo siete días después, se ventila otro asunto en el cual se perfila la existencia del error de prohibición vencible, exactamente en el fundamento jurídico tercero de otra sentencia del mismo nivel jerárquico⁵²⁵, no

⁵²⁴ España. STS de 12 de marzo de 1990. Roj: STS 2295/1990. ECLI:ES:TS:1990:2295. Id Cendoj: 28079120011990109436.

⁵²⁵ España. STS de 19 de marzo de 1990. Roj: STS 2546/1990. ECLI:ES:TS:1990:2546. Id Cendoj: 28079120011990108947.

estima que fuera invencible y, negando, en el siguiente fundamento jurídico, el de tipo, con el siguiente texto:

"El motivo 2º, también por infracción de Ley al amparo del nº 1º del artículo 849 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, alega que fue incorrectamente aplicado el párrafo III del artículo 6 bis a) del Código Penal, ya que el error de prohibición debió estimarse, no como vencible, sino como invencible, con la consiguiente sentencia absolutoria. Estima esta Sala que la Audiencia de Sevilla obró con benevolencia al admitir el error vencible, como reconoce la propia sentencia recurrida, pues en una Licenciada en Medicina, que, además cursaba los estudios de la especialidad de Estomatología, parece claro que ha de entenderse que conocía perfectamente los límites concretos de la titulación que poseía con relación a aquella que pretendía alcanzar. Solicitar que, no sólo se admita que hubo error, sino que éste se estime como invencible, es algo que evidentemente ha de rechazarse, y por ello este 2º motivo no puede prosperar."

- No obstante, tras la tradición de negar el error de prohibición, llega esta otra sentencia del Alto Tribunal⁵²⁶, que en su fundamento jurídico primero se acepta el error de prohibición tras el estudio de la conducta imprudente:

"En función de este relato de la sentencia de instancia ha de contemplarse el tema de la culpabilidad. Aunque la doctrina científica ha discutido si el delito de intrusismo puede ser o no cometido por imprudencia, hay que afirmar que solo es punible la comisión dolosa atendida la propia naturaleza del delito y su significación. En este caso, aunque la conducta del procesado estaba tipificada en el artículo 321 del Código Penal, es obvio que la inferencia de que el procesado actuaba en la errónea convicción de estar facultado para ello, hace entrar en juego el artículo 6 bis a) del Código Penal. Se está, pues, en presencia de un supuesto de error de prohibición teniendo en cuenta que el autor se equivoca sobre la significación jurídica/antijurídica de su acción. Y este error ha tratado de disiparse a través de un comportamiento que puede ser calificado como de diligente con la actuación de un buen profesional, por lo cual tampoco puede aplicarse el artículo 66 del Código Penal."

⁵²⁶ España. STS de 13 de junio de 1990. Roj: STS 4571/1990. ECLI: ES:TS:1990:4571. Id Cendoj: 28079120011990108490.

- De nuevo, se extrae de otra sentencia⁵²⁷ de un órgano judicial de menor rango, el error de prohibición, en su fundamento jurídico segundo:

"Es motivo también de impugnación el análisis del tipo subjetivo del delito llevado a cabo por la sentencia apelada, pues, entiende el recurrente, le faltó la conciencia y voluntad de una irregular o ilegítima actuación, o, en su caso y con carácter subsidiario, pudo existir un error de tipo o de prohibición. Debe ser rechazado el recurso también en este punto y confirmada la resolución recurrida en la que el Juez acertadamente descarta la creencia de estar obrando lícitamente tanto por su nivel de formación como por la no homologación de sus estudios en el extranjero; a ello que hay que unir la falta de atención a los requerimientos efectuados por el Colegio Oficial de Odontólogos en los que fue advertido de su obligación de colegiarse y de las consecuencias penales que su actitud pudiera acarrearle."

- En esta otra sentencia⁵²⁸, que trata en un extenso fundamento jurídico noveno, la ausencia de dicha figura jurídica por parte de un médico naturista:

"El recurrente considera producida también una infracción de ley en base a dos alegaciones: A) una, por haberse aplicado indebidamente el art. 403 del CP y B) otra, por no haber aplicado el art. 14.3 del CP reguladora del error de prohibición, que lógicamente lo calificaría de invencible que es el único que da lugar a la exclusión total de la culpabilidad. Sin embargo ninguna de las dos alegaciones van a ser asumidas por la Sala que, al desestimarlas, desestima a su vez también el recurso en su totalidad. (...) En aras de un supuesto error de prohibición invencible, que al excluir la culpabilidad, eximiría también a la postre de responsabilidad al señor S. que es, en definitiva, su objetivo final, el recurrente, una vez más, parece querer confundir y entremezclar la actividad de naturópata u osteópata -atípica- con lo realmente típico a efectos del delito de intrusismo como son los actos reseñados en relación a las ortopantomografías, los análisis y la inyección intravenosa, alegando, para apoyar su pretensión, su larga práctica profesional como naturópata -pero como señalaba la Sentencia de 8 junio 1992 «no importa cómo ni dónde estaba colegiado, dado que carecía del título de médico»-, su adscripción a la FENACO (Federación Española de Profesionales en Naturapatía) - de la que debe aclararse que no es ningún Colegio Profesional como pretende hacer creer el recurrente sino una simple Asociación u organización profesional que depositó sus estatutos y acta de constitución en la Subdirección General de Mediación, Arbitraje y Conciliación, dependiente de la Dirección General de Trabajo y Migraciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales el día 21 de

⁵²⁷ España. SAP de Teruel, nº 19/1997, de 2 de octubre. ARP\1997\1524.

⁵²⁸ España. SAP de Cantabria (Sección 1ª), de 16 de abril. ARP\1998\2474.

mayo de 1984, adquiriendo personalidad jurídica y plena capacidad de obrar el día 14 de junio de 1984, folio 208-, su situación fiscal regular de alta en el IRPF, IVA, IAE, etc. folios 33 y 22, aspectos éstos intrascendentes, Sentencia de 30 septiembre 1988, siendo así que la Sala considera que precisamente por su larga trayectoria profesional -desde los años 70, ejercida en diferentes lugares, en la actualidad también en Irún, folio 1-, cabe deducir que conocía perfectamente los límites concretos de la titulación que poseía - Sentencia de 19 marzo 1990 (RJ 1990\2557)-, y el señor S. sabía que no era médico, ni ATS, ni odontólogo ni estomatólogo, dado que sólo puede alegar tener los diplomas referidos a la Naturapata y osteopatía; no cabe pensar en la posibilidad de un error de prohibición invencible sobre el carácter antijurídico de esos concretos actos imputados, pues, utilizando también ahora el propio argumento del recurrente referido a su afiliación a la FENACO - Sentencia de 27 julio 1992 (RJ 1992\6727)- resulta que los estatutos de dicha Asociación claramente insisten en deslindar sus funciones frente a las propias de la medicina tradicional (y en este sentido la Sala se permite recordar la frase del naturópata aragonés Simón V. B. según el cual donde acaba la Naturopatía empieza la Medicina -folio 58, art. 9 [1] del Estatuto General de la Naturopatía-, Estatuto que contiene afirmaciones tan claras y sin duda conocidas por el acusado pues es él quien ha presentado estos Estatutos como prueba documental como las siguientes: «el campo de actuación del naturópata está en las Áreas no clínicas de la Salud» -art. 9 [1], folio 57 vuelto-, «el naturópata puede atender complementariamente a toda persona enferma siempre y cuando la misma se halle previamente bajo un correcto diagnóstico médico. El Programa de Salud se adaptará como complementario y nunca sustituyendo a las normas establecidas por el profesional médico correspondiente» - art. 9 [5], folio 58-, «el Naturópata debe ser consciente de los límites de su saber y conocimientos. Debe observar las limitaciones que resultan de prohibiciones legales existentes en lo que se refiere a diagnósticos médicos...» -art. 22 [2], folio 63-, o «El Naturópata no hará uso de ningún elemento que escape a su competencia profesional» -art. 24 [8], folio 63 vuelto). Parece más lógico entender que sí conocía la prohibición de realizar tales menesteres -respecto de los que cabe acudir a criterios objetivos de validez general en el ámbito social, Sentencia de 29 octubre 1992-, no puede admitirse que incurrió en un error acerca de los límites competenciales de su actividad, ni existió buena fe ni incertidumbre absoluta: tenía un conocimiento del carácter ilegítimo de su actuación, incompatible con la existencia de un error invencible (Sentencias de 6 junio 1989, 19 junio 1989, 12 marzo 1990 [RJ 1990\2989], 19 marzo 1990, 13 junio 1990 [RJ 1990\5291], 8 junio 1992 [RJ 1992\4865] o 27 julio 1992)."

- De nuevo hay que mencionar el fundamento jurídico cuarto de la otra sentencia⁵²⁹, sobre el error de prohibición:

"Llegando a este punto, se alega por el recurrente infracción por no aplicación del art. 14 del Código Penal, artículo éste, que excluye la responsabilidad criminal cuando existe un error invencible, el citado artículo distingue entre el error de tipo y el de prohibición, según incida en un elemento esencial de la infracción penal o en la creencia

⁵²⁹ España. SAP de Ciudad Real (Sección 2ª), nº 39/1998, de 2 de junio. ARP\1998\3436.

errónea de obrar lícitamente, afectando el primero a la tipicidad y el segundo a la culpabilidad, incumbiendo en todo caso, la prueba sobre la apreciación del error invencible al que la alega, prueba condicionada por la consideración de las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas de su autor. Pues bien, ni éstas ni aquéllas, permiten apreciar en el presente caso el error alegado, ya que amén de no existir prueba sobre el mismo, la formación del acusado no permite «suponer» que desconocía el hecho de la necesidad de tener el título homologado para ejercer como médico odontólogo, y de exigírselo así, a quienes prestaban sus servicios como tales en la clínica que él regentaba. Todo lo expuesto sólo permite una conclusión lógica: el acusado, conocía y permitía que en la Clínica Dental de la que él era director, se realizaran actos propios de la profesión de odontólogo, sin estar en posesión de un título homologado a sabiendas de la necesidad de este requisito, por lo que ni ha existido vulneración del principio de presunción de inocencia, error en la valoración de la prueba, ni infracción por aplicación indebida o inaplicación de precepto legal alguno. El recurso por consiguiente ha de ser desestimado confirmándose en su integridad la sentencia apelada.”

- En este auto⁵³⁰, se acepta la presencia del error de prohibición, desarrollado en su fundamento jurídico primero:

“Pero a mayor abundamiento, y dejando de lado el posible error de prohibición, aludido por el Ministerio Fiscal, (el propio denunciado declara que no era consciente que se requiriera esa titulación para extraer piezas que se movían por piorrea), no se aprecia la concurrencia del requisito subjetivo que requiere una conciencia y voluntad plena de estar actuando irregularmente o de estar llevando a cabo una actuación ilegítima, pues de la propia declaración de los testigos, y si por usurpar se entiende «ponerse en lugar de otro», tal «suplantación» debe llevar aparejada también, a juicio de esta Sala, cuando se trata de profesiones que reportan unos elevados ingresos, un determinado ánimo de lucro, que en el presente caso, ni se ha dado ni ha sido solicitado por el denunciado, quien llevó a cabo su conducta movida por simple altruismo e incluso a petición propia de sus pacientes, e incluso en algún caso, con la mediación de otra compañera de otra localidad. Con tales premisas, procede la desestimación de los recursos de apelación formulados, y la confirmación de la resolución recurrida, sin que por la argumentación expuesta se consideren necesarias las pruebas solicitadas en el segundo de los recursos, que nada aportarían para la modificación del criterio expuesto por esta Sala.”

- En esta sentencia⁵³¹, se desestima el recurso de apelación contra la resolución de fecha 14/11/2007 del Juzgado de lo Penal N° 1 de Valladolid, en cuyo fundamento segundo se deduce:

⁵³⁰ España. AAP de Valladolid (Sección 4ª), nº 245/2004, de 1 de julio. JUR\2004\192023.

⁵³¹ España. SAP de Valladolid (Sección 4ª), nº 109/2008, de 27 de mayo. JUR\2009\19213.

"El segundo motivo del recurso se relaciona con la concurrencia del denominado "error de prohibición". Como dice el Ministerio Fiscal en su informe, la aplicación, en este caso, del dolo eventual resulta de "libro" La acusada había sido condenada en varias ocasiones por delitos de intrusismo y por lesiones imprudentes, y, a pesar de ello, continuó con dicha actividad, en una reincidencia inusitada, teniendo en cuenta que su impericia ha causado ya lesiones, con lo que es evidente que debía haberse representado que podía volver a causarlas, ya que carecía de cualificación técnica y profesional, por lo que debe entenderse que acepto plenamente el resultado lesivo que, finalmente volvió a producirse (...)"

- En esta otra sentencia⁵³², en su fundamento jurídico segundo, se desestima la presencia del error de prohibición. Por otra parte también entiende ese apelante que en todo caso ello se hacía por desconocimiento, tratándose de un error invencible:

"En primer lugar, difícilmente puede alegar un profesional en cuestiones propias de un trabajo, un error invencible cuando tiene la obligación de saber y conocer cuál es su cometido dentro de esa profesión, pero en todo caso en este supuesto tenemos una prueba evidente y clara de que ese imputado era conocedor de la necesidad de prescripción por odontólogo para luego él poder realizar el trabajo prescrito por ese otro profesional, y es que el mismo acusado se dirigió en varias ocasiones a un odontólogo para que efectuase ciertas prescripciones de intervenciones que él ya había hecho, sin que ese odontólogo, en momento alguno, viera a los pacientes. Si requería ese documento no era sino para ofrecer una falacia de licitud y acomodo a la normas del trabajo que estaba realizando, y por lo tanto era conocedor de la necesidad de contar con esa previa prescripción, no existiendo error alguno ni invencible ni vencible."

13. Ausencia de conducta antijurídica

La acción u omisión que primariamente es típica, con o sin resultado causalmente generado, en los casos de delitos de mera actividad como el intrusismo, es el sustrato básico de cualquier hipótesis de tipo delictiva sobre el cual se irán asentando los restantes elementos o caracteres de la definición dogmática del delito. Es decir, va a ser el sustantivo que va a ser calificado

⁵³² España. SAP de Cáceres (Sección 2ª), nº 149/2005, de 17 de noviembre. JUR\2006\834.

por esos subsiguientes adjetivos que le concederán los atributos necesarios para configurarse como un comportamiento globalmente típico, delictivo; es en fin la esencia o la sustancia que va a ser especificada por los correspondientes accidentes. El primer elemento, adjetivo o accidente que debe cumplir la acción para alcanzar la tipicidad global, de acuerdo con las previsiones legales interpretadas por la doctrina y la jurisprudencia, es la antijuricidad típica, o lo que es lo mismo, que se convierta en típicamente injusta, o en penalmente ilícita como tal acción. Cuando se analizan los supuestos en los que se han producido lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos protegidos no son en cambio antijurídicas al concurrir los elementos negativos de la tipicidad, denominados causas de justificación ("*iusti facere*", hacer justo lo generalmente injusto), que son situaciones en los que los resultados antijurídicos no merecen en cambio tal calificación porque la norma penal los excepciona, al convertir en justos ciertos comportamientos, como son los realizados en legítima defensa propia o ajena, en estado de necesidad, y en cumplimiento de un deber, o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo⁵³³.

La concurrencia de estas causas de justificación, que actuando como elementos negativos de tipo de antijuricidad transmutan en justo lo que generalmente es injusto, no significa que los actos justificados y penalmente inocuos sean indiferentes para el "*ius puniendi*" del Estado, ni para el ordenamiento jurídico en general, pues toda la maquinaria procesal penal tendrá que ponerse en marcha para verificar hasta qué punto tal acción generalmente injusta en este caso concreto se torna legítima ante el ordenamiento jurídico⁵³⁴.

En resumen, para la presencia de un delito es preciso un comportamiento humano subsumible en un tipo de conducta previsto en la parte especial del Código Penal, pero ello no basta, pues puede suceder que tal comportamiento típico se halle justificado por la concurrencia de una causa de justificación, faltando

⁵³³ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 20.

⁵³⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, L. Compendio de Derecho Penal, Ed. Dykinson, 2ª ed, Madrid, 2010, págs. 124-144.

entonces la antijuricidad de la conducta y desapareciendo la posibilidad de considerar que la misma constituya delito⁵³⁵.

En lo que se refiere a esta antijuricidad en el ámbito del delito de intrusismo, se aprecia con frecuencia la presencia del estado de necesidad y, con ciertas reservas y mucha cautela, podría apreciarse el ejercicio legítimo de un derecho. Sólo se podrá apreciar esta eximente de la culpabilidad en los casos en los que el sujeto activo realice estos actos sobre sí mismo⁵³⁶, o sobre bienes o derechos de los cuales es titular, siempre y cuando estos actos no repercutan en los intereses o derechos de terceras personas, no se pueda perjudicar con ellos a terceros, incluso en aquellos casos en que no perjudique a terceros no podría consentirse este tipo de actos, debido a la gran trascendencia de estos social del hecho, en previsión de un posible peligro abstracto, o por la incidencia que podrían tener en la sociedad si se generalizaran este tipo de conductas⁵³⁷, por lo que estas circunstancias eximentes podrá apreciarse muy restrictivamente, y en los casos en los que dicha actividad no rebase la esfera íntima y privada del sujeto, y siempre que no tenga como finalidad la vulneración de un bien jurídico diferente⁵³⁸.

En el propio Código Penal se establecen los requisitos que se deben reunir para la apreciación de dos eximentes descritas con anterioridad:

- El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes: En primer lugar, una agresión ilegítima, es decir, en caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada

⁵³⁵ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Edisofer, 10ª ed., Barcelona, 2015, pág. 432.

⁵³⁶ Así no constituiría un caso de intrusismo los actos de una persona que se saca un diente, o se cura una herida.

⁵³⁷ SALOM ESCRIVÁ, J.S. *El delito de intrusismo profesional*, Revista Jurídica de Cataluña, 82 (1), Barcelona, 1983, págs. 61-62.

⁵³⁸ SERRANO TÁRRAGA, M. D. *El delito de intrusismo profesional*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 90.

indebida en aquélla o éstas. En segundo lugar, la necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Y finalmente, la falta de provocación suficiente por parte del defensor⁵³⁹,

- y en el caso en el que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar,

- que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto

- y que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse⁵⁴⁰.

En el presente estudio las alusiones a estas figuras jurídicas de exención de la culpabilidad son residuales, como en la siguiente sentencia del Tribunal Supremo⁵⁴¹, en la que se alega obediencia debida⁵⁴² en su fundamento jurídico segundo, motivo que es desestimado:

"No mejor suerte ha de correr el segundo motivo de casación que pide para dicho acusado la exención de responsabilidad por obediencia debida (artículo 8.12.º del Código Penal) alegando que su actuación respondía a las instrucciones concretas del titular de la Clínica dental al que debía sumisión jerárquica en virtud del vínculo laboral existente; sin embargo, los hechos delatan más que una orden o mandato un acuerdo entre el Odontólogo director y el acusado en el marco de la organización empresarial para la mayor eficacia o rendimiento del servicio ofrecido a la clientela, y, en todo caso, el Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980 (RCL 1980\807y ApNDL 1975-85, 3006) (artículo 5.º-c) considera como deber básico del trabajador cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio

⁵³⁹ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 20.4º.

⁵⁴⁰ Artículo 20.5º de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁵⁴¹ España. STS de 1 de julio de 1987. RJ\1987\5142. Roj: STS 14982/1987. ECLI: ES:TS:1987:14982. Id Cendoj: 28079120011987103408.

⁵⁴² España. Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Artículo 8.12º: "El que obra en virtud de obediencia debida", que no está incluido en el 13º: "El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo", éste último sí persiste en el actual Código Penal. Existen autores que se inclinan por su inclusión en este apartado del vigente Código Penal.

«regular» de sus facultades directivas, y sanciona como causa de despido la indisciplina o desobediencia en el trabajo (artículo 54-b), de lo que puede inferirse que el ejercicio «irregular» -y tanto más el ilícito o delictivo- de aquellas facultades por parte del empresario excluye el deber de obediencia, lo que traducido en términos de cierta generalidad supone admitir que la exigente décimo-segunda del artículo 8 puede extenderse a otros supuestos -fuera del marco de la función pública- en los que se dé una relación jerárquica y opere, como en la empresa, la presunción de juricidad de la orden emanada del superior, pero siempre que el acto o el cometido ordenado sea «regular», es decir ajustado a la legalidad y en el ámbito de las atribuciones del superior, y no lo es -obviamente- el mandato u orden enderezada al ejercicio de unas actividades vinculadas a un título oficial que, en este caso, no poseía el subordinado.”

14. Ley penal en blanco

Los enunciados legales que enuncian el tipo de los delitos y sus penas descritas en la parte especial no determinan por sí solos todos los elementos de las normas penales a que sirven de base, sino que han de ponerse en relación con otros enunciados legales previstos en la Parte General: ni el supuesto de hecho ni la consecuencia jurídica se hallan expresados de forma completa en ningún concepto del Código Penal, por lo que todas sus disposiciones aparecen, si son visualizadas de manera aislada, como proposiciones aisladas. Los preceptos penales principales ubicados en la Parte Especial suelen determinar completamente los elementos más específicos de la correspondiente conducta delictiva y señalan una pena determinada. Aquellos preceptos penales principales que, de manera excepcional, no expresan completamente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que lo remiten a otro u otros preceptos o autoridades para que completen la determinación de aquellos elementos se denominan como leyes penales en blanco⁵⁴³, característica principal presente en el delito de intrusismo⁵⁴⁴.

Por lo tanto, las leyes penales en blanco o los tipos penales con elementos jurídicos normativos, suelen criminalizar

⁵⁴³ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Edisofer, 10ª ed., Barcelona, 2015, pág. 72.

⁵⁴⁴ AGUADO BORRAJO, P. *Valoración legal de la profesionalidad médica: el delito de intrusismo*, Archivo de la Facultad de Medicina de Zaragoza, nº 2207, Zaragoza, 2007, págs. 19-27.

conductas ya protegidas en otros ámbitos del ordenamiento jurídico precisamente para sobreprotegerlas, que se caracterizan por no incluir en su descripción todos los elementos definidores de la conducta delictiva, remitiéndose expresa o tácitamente, a otras leyes no penales configuradores de tales elementos. Se trata de hechos jurídicos inexistentes en la realidad sensible y que, por lo tanto, no pueden captarse por los sentidos o determinarse tras un estudio pericial, siendo preciso acudir a la correspondientes leyes no penales para estimar o desestimar su concurrencia; en otras palabras, se trata de las llamadas cuestiones prejudiciales en un proceso penal en la que las autoridades judiciales debe resolver acudiendo a examinar dichas normas extrapenales para constatar si existen o no los hechos jurídicos descritos en el tipo delictivo⁵⁴⁵.

Se produce un conflicto en este tipo de leyes penales en blanco porque la determinación de la conducta delictiva se deriva no del tipo delictivo en sí, sino de otra norma incluso sin rango de ley ordinaria, como un reglamento, o incluso dimanante de la actividad legislativa de las comunidades autónomas debido a las competencias que pudieran tener en una determinada materia. Todo ello podría estimarse como conculcatoria de la estricta legalidad penal exigente de una ley estatal, de rango orgánico⁵⁴⁶. Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han declarado que si tal remisión es clara y el núcleo esencial de la prohibición está contenido en la norma penal al igual que la pena, no se incumple esta reserva de ley orgánica, pues se trata de un modo de complementar las circunstancias de la conducta típica incrementando la certeza y la seguridad jurídica, resultando por otra parte imposible defender ciertos bienes jurídicos definidos en otras ramas del ordenamiento jurídico sin remitirse a estas ramas, pues en estos supuestos toda infracción de ley penal exige la de la ley no

⁵⁴⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Compendio de Derecho Penal*, Ed. Dykinson, 2ª ed, Madrid, 2010, pág. 58.

⁵⁴⁶ España. Constitución Española. Artículo 81: "1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto."

penal reguladora de tal realidad, aun cuando no toda lesión de la ley no penal genere delito. Es decir, que la infracción de la ley no penal, configuradora del bien jurídico y defensora del mismo de modo inmediato, es una condición necesaria, aunque no suficiente de la infracción penal⁵⁴⁷. Y además, aun cuando las normas autonómicas no puedan incluir materias reservadas al Estado, como el caso de las leyes penales⁵⁴⁸, sí pueden constituir complemento de las normas penales en blanco mediante remisión⁵⁴⁹.

En esta cuestión es clara y reciente una reciente sentencia del Tribunal Constitucional⁵⁵⁰, en la cual se estima el uso de normas sin rango de ley:

"5. (...) La alegada vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) se desdobra en dos vertientes que, aunque relacionadas, poseen entidad independiente, por lo que resulta necesario su análisis por separado. Conviene a este respecto comenzar por destacar que el desarrollo del presente motivo de amparo es en gran medida tributario de las consideraciones que sobre el delito de intrusismo en el ámbito de las especialidades médicas ha efectuado la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2003. Asimismo, el otorgamiento del amparo que, por quebranto del art. 25.1 CE, solicita el Ministerio Fiscal en su escrito se sostiene, de igual modo, en la citada decisión del Alto Tribunal. Expresado en términos sintéticos, y como ha sido ya expuesto más ampliamente en los antecedentes, el Tribunal Supremo concluye que el Real Decreto 127/1984 es inadecuado para integrar la remisión normativa incluida en el tipo legal del intrusismo, en virtud de dos argumentos de diversa índole, que constituyen, a su vez, las dos vertientes citadas en las que se proyecta la queja del demandante de amparo. De una parte, desde una perspectiva formal la norma reguladora de las especialidades médicas no es adecuada para complementar el tipo penal de intrusismo por su carencia de rango de ley expresamente exigido por el art. 36 CE para el "ejercicio de las profesiones tituladas". Y, de otra parte, a la misma conclusión debe llegarse desde una perspectiva material, pues la citada norma reglamentaria no define los actos propios de cada especialidad, conculcando la garantía de lex certa que incorpora el derecho a la legalidad penal y el principio de seguridad jurídica.

Contempladas ambas alegaciones desde el canon que determina el control constitucional del derecho a la legalidad penal, es preciso poner de manifiesto, con carácter previo que, si bien la segunda vertiente de

⁵⁴⁷ Se pueden citar múltiples sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, como STC 62/1982, de 15 de octubre; STC 122/1987, de 14 de julio; STC 127/1990, de 5 de julio; STC 111/1993, de 25 de marzo; STC 120/1998, de 15 de junio; y STS de 11 de noviembre de 1991.

⁵⁴⁸ España. STC 142/1988, de 12 de julio. Boletín Oficial del Estado nº 89 de 08 de agosto de 1988; y STC 162/1996, de 17 de octubre. Boletín Oficial del Estado nº 267 de 06 de noviembre de 1996.

⁵⁴⁹ España. STC 120/1998, de 15 de junio. Boletín Oficial del Estado nº 170, de 17 de julio de 1998.

⁵⁵⁰ España. STC 283/2006 de 9 de octubre. Boletín Oficial del Estado nº 274 de 16 de noviembre de 2006.

la queja, que atribuye a las normas aplicadas un déficit de *lex certa*, remite directamente a uno de los requisitos que configuran dicho canon, la primera plantea una cuestión que sólo mediatamente guarda relación con el derecho invocado, pues la posible vulneración de la legalidad penal presupone el análisis de si el citado Real Decreto 127/1984 es acorde con la reserva de ley impuesta por el artículo 36 CE para la regulación del ejercicio de las profesiones tituladas; cuestión que, por sí misma, es ajena al derecho fundamental concernido, por cuanto el mero hecho de que la norma de complemento aplicada para integrar la ley penal en blanco carezca de rango legal no incide en las garantías que acoge el art. 25.1 CE. Baste recordar, a estos efectos, que, como reiteradamente hemos afirmado, "la reserva de ley que rige para las disposiciones penales no excluye la posibilidad de que éstas tengan remisiones a los reglamentos administrativos" (STC 120/1998, de 15 de junio, FJ 3; en igual sentido, SSTC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 3; 34/2005, de 17 de febrero, FJ 3). Ello ha de justificar que, en el análisis a realizar, comencemos por la que achaca a las resoluciones impugnadas la aplicación de normas carentes de una mínima predeterminación normativa.

Para el examen de dicha denuncia, debemos, en primer lugar, recordar la doctrina de este Tribunal respecto del derecho a la legalidad penal, así como en particular sobre la garantía de *lex certa* y su proyección sobre la figura de la ley penal en blanco. Por lo que se refiere a las garantías concernidas en el derecho a la legalidad penal, incorpora éste en primer término una garantía de índole formal, consistente en la necesaria existencia de una norma con rango de ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden, derivándose una "reserva absoluta" de ley en el ámbito penal.

Junto a la garantía formal, el principio de legalidad incluye otra "de carácter material y absoluto", que "refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (*lex certa*) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción" (SSTC 25/2004, de 26 de febrero, FJ 4; 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 2; 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 6). En los términos de la STC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2, la garantía esencial de *lex certa*, que es en torno a la que gira el presente proceso de amparo, impone que "la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador (por todas, SSTC 100/2003, de 2 de junio, FJ 2, ó 26/2005, de 14 de febrero, FJ 3)".

El citado aspecto material de la legalidad sancionadora contiene, según hemos señalado con anterioridad, un doble mandato. El primero, dirigido al legislador y a la potestad reglamentaria, es el de taxatividad, "según el cual han de configurarse las leyes sancionadoras llevando a cabo el 'máximo esfuerzo posible' (STC 62/1982) para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones". El segundo se dirige a los aplicadores del Derecho, en tanto en cuanto la citada garantía

de predeterminación normativa de los ilícitos y de las sanciones correspondientes tiene "como precipitado y complemento la de tipicidad, que impide que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de las fronteras que demarca la norma sancionadora" (SSTC 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 8). En lo tocante al canon de constitucionalidad sobre este último aspecto, y asumido que toda norma penal admite diversas interpretaciones y que la indagación de su sentido y consiguiente aplicación de las mismas corresponde a los Tribunales ordinarios ex art. 117.3 CE, nuestro papel se circunscribe a la labor de verificar si la conclusión a la que se ha llegado es una de las interpretaciones posibles de la norma en atención a los valores de la seguridad jurídica que informan la garantía constitucional del art. 25.1 CE, si bien sin limitarnos a contrastar el respeto de los órganos judiciales al tenor literal de la norma, ni a la mera interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irrazonabilidad de las decisiones judiciales, sino comprobando en positivo la razonabilidad de la decisión, desde las pautas axiológicas que inspiran nuestro ordenamiento constitucional y desde los modelos de interpretación aceptados por la comunidad jurídica (entre muchas, SSTC 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 151/2005, de 6 de junio, FJ 9). Expresado en otros términos: cabe hablar de aplicación analógica o extensiva "in malam partem", vulneradora del principio de legalidad penal, cuando dicha aplicación carezca hasta tal punto de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de criterios o modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 6; 151/2005, de 6 de junio, FJ 9).

6. Llegados a este punto, y antes de trasladar dicha doctrina general al ámbito de la ley penal en blanco, debemos detenernos aún en otra cuestión preliminar, relativa a si el cauce de amparo en el que nos hallamos es adecuado para resolver la pretensión del recurrente, en tanto en cuanto ese denunciado déficit de taxatividad de la normativa en que se basa la condena pudiera enmascarar un verdadero juicio de inconstitucionalidad. En efecto, la denuncia del recurrente no se proyecta inicialmente sobre la actividad de los órganos judiciales en su aplicación del Derecho, sino antes sobre aspectos concernidos en el que hemos llamado mandato de taxatividad y que va dirigido al legislador en aras de garantizar la previsibilidad de lo prohibido y la seguridad jurídica. Esta cuestión se ha planteado con anterioridad ante este Tribunal, y hemos entendido que "como quiera que nos encontramos en un recurso de amparo y no en un proceso constitucional cuyo objeto fuera el control de constitucionalidad de aquella norma, hemos de proceder, al menos inicialmente, a examinar si la Sentencia impugnada en amparo ... vulneró o no el derecho fundamental del recurrente derivado del art. 25.1 de la CE, sin que debamos por ahora realizar una confrontación directa entre la norma penal ... y el art. 25.1 de la Constitución" (STC 133/1987, de 21 de julio, FJ 5). En cualquier caso, en esa misma resolución pusimos de manifiesto que el principio de legalidad penal no sólo garantiza "el estricto sometimiento del Juez a la ley penal, vedando todo margen de arbitrio o de discrecionalidad en su aplicación así como una interpretación analógica de la misma", sino también -como ya hemos resaltado- "la seguridad del ciudadano en cuanto la certeza de la ley penal, cuya exigencia es inherente a dicho principio, le permite programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente", vertiente cuya posible infracción debe ser igualmente

fiscalizada en amparo (FJ 5), tal como, de hecho, hemos llevado a cabo en diferentes ocasiones. Así, por ejemplo, cabe citar la reciente STC 51/2005, de 14 de marzo, donde nos hemos ocupado de una queja idéntica a la presente en relación con el delito de tenencia ilícita de armas; la STC 61/1990, de 29 de marzo, resolución de una demanda de amparo en la que se declara la nulidad de una orden ministerial por vulneración del derecho recogido en el art. 25.1 CE; o la STC 116/1993, de 29 de marzo, en la que, ante la demanda interpuesta contra una sanción administrativa de expulsión del territorio nacional, se otorgó el amparo porque la norma aplicada "no sólo no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los administrados por no establecer con claridad criterios para la graduación de las infracciones y las sanciones, sino que infringe directamente el art. 25.1 CE al definir las conductas determinantes de la expulsión a través de conceptos que por su amplitud y vaguedad dejan en la más absoluta indefinición los tipos punibles merecedores de tal medida", por lo que "no permite predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen la infracción merecedora de la expulsión de los extranjeros del territorio nacional, requisito exigido por el art. 25.1 CE" (FJ 3). En suma, la garantía material de *lex certa* integra asimismo el derecho a no ser sancionado en aplicación de una disposición imprecisa, por lo que el déficit de taxatividad alegado por el recurrente encuentra un cauce idóneo en el recurso de amparo.

No puede desconocerse, además, que en el presente caso y dado el carácter de ley penal en blanco del tipo penal recogido en el artículo 403 del Código penal –lo que a continuación reiteraremos–, la norma por la que se condena al recurrente como autor de un delito de intrusismo es el producto de una labor de integración con normas extrapenales (en este caso, el Real Decreto 127/1984) que debe efectuar el órgano judicial que aplica el Derecho, por lo que, predicándose esa falta de certeza y previsibilidad legal no estrictamente del tipo penal, sino de la norma resultante de dicha integración, el quebranto de la legalidad penal denunciado por el actor no deja de proyectarse sobre la actividad del órgano judicial, lo que indudablemente queda comprendido dentro del ámbito del amparo "ex" art. 44 LOTC.

7. Sobre esta base, hemos de señalar que el tipo penal que describe el delito de intrusismo presenta una estructura de ley penal en blanco; "esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta" (STC 127/1990, de 5 de julio, FJ 3). Esa conclusión –avalada por la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo– está sostenida no sólo en el incuestionable carácter jurídico de los elementos a que remiten nociones como "título oficial" o que "habilite legalmente para su ejercicio", sino esencialmente debido a que el régimen español de las profesiones tituladas –materia que conforma el sustrato de regulación del delito de intrusismo y cuyos aspectos más esenciales ("títulos oficiales", "actos propios de una profesión", etc.) son los que han de servir de complemento exegético al mismo– se configura como un sistema cerrado de reglamentación, con una consiguiente vinculación entre títulos y la actividad profesional correspondiente que, con mayor o menor concreción, debe ser legalmente determinada, tal como viene a establecer el artículo 36 CE al exigir que sea la ley la que regule el ejercicio de las profesiones tituladas. En esa medida, habrán de ser precisamente normas jurídicas las que determinen qué deban ser actos propios de una profesión para cuyo ejercicio habilite un título oficial.

8. Concretado tal carácter de la ley penal aplicada, debemos establecer, siguiendo doctrina consolidada de este Tribunal, cómo se

proyecta la garantía material de taxatividad sobre las normas penales en blanco, para después proceder al análisis del caso concreto. Tal como manifestamos en la citada STC 127/1990, de 5 de julio, FJ 3, los postulados contenidos en el derecho a la legalidad penal son conciliables con la utilización por el legislador de dicha técnica legislativa, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos: "que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición", así como, con especial relevancia en lo que atañe a nuestro análisis, "que sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada STC 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada" (en igual sentido, SSTC 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 120/1998, de 15 de junio, FJ 5; o 34/2005, de 17 de febrero, FJ 3).

El quebranto del derecho fundamental denunciado por el recurrente no se atribuye, en rigor, al precepto contenido en el Código penal, por lo que, en la medida en que no se ponen en duda esos aspectos, podemos obviar el análisis de los dos primeros requisitos. Por el contrario, el núcleo de la controversia se plantea respecto del Real Decreto que las resoluciones judiciales impugnadas han empleado para complementar el alcance de la prohibición, considerando el recurrente que en el mismo no se establece una delimitación, siquiera genérica, de las actividades reservadas a cada especialidad, existiendo un completo vacío normativo acerca de cuáles son sus ámbitos competenciales privativos de ejercicio profesional que, por tanto, impide complementar el contenido del elemento típico requerido por el delito de intrusismo. Como ya hemos tenido ocasión de afirmar, el contenido de la demanda se remite, a veces literalmente, a lo afirmado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de abril de 2003 que, como recoge en su escrito de alegaciones el Ministerio Fiscal, declara que "no existe en nuestro sistema jurídico una profesión de especialista médico legalmente establecida y regulada, con definición de actos propios y específicos, diferenciada de la actividad profesional del médico. Existe, eso sí, una regulación oficial de las especialidades médicas, a los efectos del Servicio Nacional de Salud fundamentalmente, pero carente de rango legal y sin constitución de una profesión específica que atribuya a los especialistas la exclusividad de determinados actos médicos". En consecuencia, "el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, no puede cubrir dicha exigencia de certeza, pues no define el ámbito de los actos propios de cada especialidad".

En el presente caso, el Tribunal de instancia, en el fundamento jurídico tercero de dicha resolución resuelve la "cuestión central", consistente en "determinar si sus títulos [Licenciado en Medicina y Cirugía] le facultaban específicamente... para llevar a cabo la intervención quirúrgica concreta que practicó". Los hechos probados describen la intervención como una operación practicada "por una rotura de las fibras del músculo orbicular del labio inferior". Y el juzgador da una respuesta negativa a dicha cuestión, concluyendo que los actos realizados forman parte del contenido propio de la especialidad de cirugía plástica y reparadora y que carecía del título oficial de dicha especialidad cuya obtención aparece regulada en el tantas veces citado Real Decreto 127/1984. Respecto a cuáles han sido los criterios o los elementos normativos que permiten concluir que la intervención realizada es privativa de la cirugía plástica, es la

Audiencia Provincial la que explicita que esa conclusión se infiere de dos elementos: de una parte, un Informe de la Subdirección General de Formación Sanitaria del Ministerio de Sanidad emitido a instancias del Juzgado que conoció de la causa (folios 584 a 587 de las actuaciones); de otra parte, por el programa de formación en cirugía plástica y reparadora elaborado por la Comisión Nacional de la Especialidad y aprobado por Resolución de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia de 25 de abril de 1996 (folios 411 y siguientes) que, según afirma el órgano judicial, "enumera entre los actos médicos comprendidos en dicha especialidad los que fueron realizados por el acusado".

De lo acabado de exponer podemos concluir que la integración de la ley penal en blanco recogida en el art. 403 CP no ha venido presidida únicamente por el Real Decreto 127/1984, sino además por un informe técnico carente, obviamente, de carácter normativo y por la resolución administrativa que aprueba el plan de formación de la especialidad médica. Esa difusa labor exegética operada por el órgano judicial viene motivada por el hecho de que, tal como denuncia el recurrente, el citado Real Decreto no recoge un elenco de las actividades médicas que habrían de corresponder a cada una de las especialidades, limitándose a formular con carácter genérico, en su artículo 1, la obligatoriedad de obtener el título de médico especialista para ejercer la profesión con dicho carácter. Expresado en otros términos, nos hallamos ante una suerte de "remisión normativa en cadena", debiendo acudir, para determinar el contenido de la prohibición, en primer lugar al Real Decreto 127/1984, y descender después hasta una resolución administrativa reguladora de los planes de formación para con ella concretar los perfiles de actividad de la especialidad correspondiente.

Debemos a continuación plantearnos si tal configuración normativa se muestra respetuosa con la exigencia de lex certa y con el derecho fundamental a no ser condenado en aplicación de una norma indeterminada, que se integra en el haz de garantías que conforman el art. 25.1 CE. A tenor de la doctrina que sobre tal derecho fundamental y sobre su proyección a las leyes penales en blanco hemos venido manteniendo, y que ya hemos tenido ocasión de exponer, la respuesta ha de ser negativa, razón por la que hemos de otorgar el amparo. En efecto si, como hemos visto, para que resulte "salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada" es preciso que "la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite" (STC 34/2005, de 17 de febrero, FJ 3), no puede considerarse bastante a tal fin de certeza una ley que debe complementarse por remisión a un Real Decreto que, a su vez, tampoco determina el elenco de conductas prohibidas (en tanto en cuanto, como ya hemos destacado, no delimita la "actividad profesional" reservada a quienes posean el título oficial de cirujano plástico, ni ningún otro), sino que es preciso acudir a otra disposición administrativa, la cual, por su parte, tiene por objeto el programa de formación académica de la especialidad y cuya remisión en el Real Decreto, a los efectos de concretar el marco de aplicación de su artículo 1, tampoco es expresa.

Y en este caso, resulta de aplicación la doctrina sentada en la STC 24/2004, de 24 de febrero, en la que declarábamos que aunque "la reserva de ley en materia penal no excluye la posibilidad de que sus términos se complementen con lo dispuesto en leyes extrapenales y reglamentos administrativos, en el presente supuesto tal posibilidad debe agotarse en el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero (o la norma que en el futuro lo sustituya) sin que pueda considerarse constitucionalmente admisible, a los efectos de la configuración del

tipo penal, la incorporación al mismo de lo prohibido mediante órdenes ministeriales, conforme a lo previsto en la anteriormente transcrita disposición final cuarta del mismo ... porque de lo contrario, por esa vía se diluiría de tal modo la función de garantía de certeza y seguridad jurídica de los tipos penales, función esencial de la reserva de ley en materia penal, que resultaría vulnerado el art. 25.1 CE" (FJ 3).

Pues bien, desde similares presupuestos tenemos que partir en el caso que nos ocupa para considerar vulnerado el art. 25.1 CE, entendiéndose que, desde la garantía de certeza, a la hora de establecer el contenido de la prohibición, el límite de la remisión en materia de intrusismo debería agotarse en el citado Real Decreto 127/1984, sin que sea acorde con el derecho invocado tener que descender a una disposición administrativa como la resolución de la Secretaría de Estado de Universidades antes mencionada.

La estimación del presente motivo de amparo hace innecesario un pronunciamiento sobre las demás cuestiones planteadas.

Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por Don A.V.N. y, en consecuencia:

1º Reconocer su derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

2º Declarar la nulidad de las Sentencias del Juzgado de lo Penal núm. 25 de Madrid de 29 de junio de 2002 y de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de abril de 2003, por las que se le condena como autor de un delito de intrusismo."

No obstante, existe en dicha sentencia el voto particular de uno de los Magistrados del Tribunal Constitucional al que se adhiere otro de ellos, en la que discrepa de la opinión mayoritaria de los componentes (cuatro de los seis que lo componen), argumentando su postura de la siguiente forma:

"1. Voto particular que formula el Magistrado don Pablo Pérez Tremps a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 3614-2003 y al que se adhiere el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria de mis compañeros de la Sala debo manifestar mi discrepancia con parte de la fundamentación de la Sentencia, discrepancia que alcanza al fallo de la misma.

1. La posición de la mayoría basa la vulneración del art. 25.1 CE, desde la perspectiva de la exigencia de "lex certa", en el doble presupuesto de que el art. 403 CP es una norma penal en blanco y de que no debe acudir a una "remisión normativa en cadena" para establecer el contenido de su prohibición, concluyendo de ello que el límite de dicha remisión ha de agotarse en el Real Decreto 127/1984, sin que sea acorde con la garantía de certeza el descender, en un segundo nivel, a una resolución administrativa reguladora de los planes de formación de las especialidades médicas, para determinar las

actividades médicas que habrían de corresponder a cada una de las especialidades médicas.

2. Este proceso argumental se sustenta en un primer presupuesto –el carácter normativo y no descriptivo de un determinado elemento del tipo– que, siendo una cuestión de legalidad ordinaria, no era el asumido por la resolución judicial impugnada, y en un segundo presupuesto –haberse acudido a una “remisión normativa en cadena” para establecer el contenido de la prohibición– que no se corresponde con la realidad de la argumentación desarrollada en la resolución judicial impugnada. En efecto, la necesidad o no de acudir a normas extrapenales para completar la comprensión de algún elemento del tipo penal es una cuestión de legalidad ordinaria que corresponde decidir a los Tribunales ordinarios, en la labor que le es propia de interpretar y aplicar los tipos penales y, respecto de dicha decisión, este Tribunal sólo puede proyectar ex art. 25.1 CE, en su caso, un control externo, tendente a verificar si dicha operación jurídica carece de razonabilidad, haciendo que su resultado sea imprevisible para los destinatarios de las normas (por todas, STC 24/1996, de 13 de febrero, FJ 5). En el presente caso, la resolución judicial impugnada argumentó en su fundamento jurídico tercero que el delito de intrusismo está compuesto por un elemento normativo, que es la referencia al título oficial, y otro de carácter material, como es la referencia a los actos propios de una profesión, para cuya determinación “necesariamente habrá que remitirse a la clase de profesión desempeñada para determinar claramente cuáles son los actos propios, distintivos o insustituibles para que la sociedad o los terceros puedan adquirir la creencia de que el impostor no es tal sino que se comporta como un profesional auténtico”. Es en ese contexto interpretativo en el que la resolución impugnada acude tanto a un informe oficial elaborado por el Ministerio de Sanidad como a la resolución por la que se aprueba el programa de la especialidad de cirugía plástica y reparadora para determinar si el concreto acto médico llevada a cabo por el acusado era propio de dicha especialidad. Por tanto, la resolución impugnada, tras razonar que el concepto “acto propio de cada profesión” es descriptivo, utiliza la normativa administrativa reguladora de los planes de formación de las especialidades médicas, no como norma remitida para completar el contenido de la prohibición del art. 403 CP, sino como un elemento probatorio más para concluir que el concreto acto médico desarrollado por el acusado es de los que la comunidad médica considera integrado en la especialidad médica de cirugía plástica. Pues bien, esta comprensión del tipo penal y la labor de subsunción desarrollada podrá ser discutida desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, pero, desde la posición de control que corresponde ejercer al Tribunal Constitucional, no cabe considerarla contrario a las exigencia del art. 25.1 CE.

3. Sin perjuicio de lo anterior, incluso asumiendo a efectos dialécticos los presupuestos de partida de la posición mayoritaria, la conclusión de que la garantía de certeza determina la imposibilidad de acudir a la normativa administrativa reguladora de los planes de formación de las especialidades médicas para completar el contenido de la prohibición del delito de intrusismo no se compadece, en mi opinión, con el sentido constitucional de la garantía de certeza y con una recta aplicación del mismo al supuesto enjuiciado. Comparto con la mayoría la idea, ya expuesta en la STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 3, de que sucesivos reenvíos normativos pueden llegar a provocar que se diluya la función de garantía de certeza. Ahora bien, ello no permite afirmar que la exigencia de “lex certa” imponga un límite previo e incondicionado al reenvío normativo. Será necesario, en cada caso, comprobar si dicho reenvío afecta al contenido esencial de la

garantía de certeza, en la medida en que resulte un impedimento o dificulte a los destinatarios de la norma conocer el contenido de la prohibición y prever, así, las consecuencias de su conducta. En esta labor habrá de valorarse, como ya se destacara en la STC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 3, elementos como son la delimitación normativa de los posibles sujetos activos del ilícito o el ámbito de actividad en que se establece la prohibición.

En atención a ello, aun asumiendo dialécticamente los presupuestos de la mayoría, discrepo de la conclusión de que la normativa reguladora de las especialidades médicas, compuesta, en cuanto a la determinación de cuál es la actividad que corresponde a cada especialidad, por las resoluciones administrativas que establecen los planes de formación de las especialidades médicas, no permite a los Licenciados en Medicina, únicos potenciales sujetos activos de esta concreta prohibición, conocer de antemano y con certeza qué actos médicos les resultan prohibidos sin obtener la preceptiva especialidad. Y ello no sólo porque se refiere a una regulación que afecta esencialmente al contenido de su propia actividad profesional que, incluso, en lo relativo a la existencia de especialidades y especialistas médicos, es de general conocimiento por la ciudadanía, sino porque, además de tener ya una larga tradición en España, también aparece desarrollada en nuestro entorno hasta el límite de haber sido objeto de armonización por la normativa comunitaria en virtud de la Directiva 93/16/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos. Es más, descendiendo al caso concreto, no resulta fácilmente comprensible que en un supuesto en que el recurrente es médico de profesión, propietario de una clínica dedicada específicamente a la cirugía plástica y que se anuncia como especialista en dicha disciplina, se considere que se ha vulnerado su derecho a la legalidad penal, bajo la "ratio decidendi" de que no se le ha posibilitado tener acceso a un conocimiento cierto de qué concretos actos médicos le estaba prohibido desarrollar por carecer de la especialización en cirugía plástica y reparadora, por el hecho de que no estén previstos expresamente en el Real Decreto 127/1984 sino en otras normas administrativas.

Estos son los motivos por los que discrepo de los fundamentos y del fallo de la presente Sentencia y por lo que entiendo que dicho fallo debería haber sido desestimatorio."

En el presente estudio son múltiples las ocasiones en las que entra en juego el uso del concepto restrictivo de la ley penal en blanco en el recurso, con el ánimo de buscar una solución para el intruso. De entre ellas, se pueden destacar:

- En la siguiente sentencia⁵⁵¹, donde no surte efecto el recurso sobre la base estudiada, como se describe en su fundamento jurídico segundo:

⁵⁵¹ España. SAP de Cuenca 73/1999, de 2 de junio. ARP\1999\2272.

"Como segundo y acaso principal motivo de su impugnación, razona la parte apelante que el comportamiento descrito y que se reconoce efectuado por el acusado, Ángel M. S., no puede considerarse ínsito en el delito de intrusismo, toda vez que la colocación de dentaduras no fijas, sin previa prescripción realizada por un odontólogo, sería -siempre según el discurso del recurrente-, una actividad profesional no reservada a los estomatólogos sino que bien puede ser realizada de forma lícita por los mecánicos dentistas o protésicos dentales. Junto a ello, y de forma más o menos explícita, razona el apelante que podría haberse vulnerado el principio de legalidad, consagrado en el artículo 25 de la Constitución (RCL 1978\2836y ApNDL 2875), toda vez que la Sentencia invoca para fundamentar la condena, normas contenidas en el Real Decreto de 15 de julio de 1994 (RCL 1994\2556). Ya nuestro Tribunal Constitucional, enfrentado con el problema de las denominadas «leyes penales en blanco», ha venido a señalar que la técnica que permite completar el perfil de los tipos penales mediante el reenvío normativo constituye una práctica que, si bien desde la ortodoxia conceptual puede justificar ciertos recelos iniciales, resulta de todo punto necesaria en una sociedad altamente desarrollada y que requiere una respuesta sumamente precisa acerca de los límites que deslindan la actuación lícita de aquella que no lo es. Por eso, las exigencias derivadas del principio de legalidad «no suponen que sólo resulte constitucionalmente admisible la redacción descriptiva y acabada en la Ley Penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos». Por el contrario, es posible la incorporación al tipo de elementos normativos y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco, siempre que se den, esto sí, los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; y que la Ley, además de señalar la pena, sea de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley Penal se remite (STC de fecha 13-2-1996 [RTC 1996\24], por todas). Por otro lado, es de reseñar que la Sentencia condenatoria no se basa, como «ratio decidendi», en la sola y directa aplicación del referido Real Decreto, sino que expresamente alude a que el artículo 5 de aquel Texto reproduce fielmente el contenido del artículo 2.1 la Ley de 17 de marzo de 1986 (RCL 1986\862), Reguladora de las funciones propias de los odontólogos, protésicos e higienistas dentales, señalando que los protésicos estarán facultados para el diseño, elaboración, preparación y fabricación de las prótesis dentales que sean solicitados por el odontólogo, conforme a sus prescripciones e indicaciones. Por lo mismo, es al odontólogo o estomatólogo a quien corresponde la prescripción de las prótesis dentales, después de evaluar, sobre las bases de sus propios y específicos conocimientos, la conveniencia de la referida medida, siendo competencia, pues, del mecánico dentista o protésico dental la realización de los aparatos o prótesis, previamente prescritas o indicadas por el especialista. Por el contrario, el acusado en este procedimiento, sobrepasando con creces el ámbito propio de su profesión e invadiendo sin complejos el reservado a los odontólogos, personalmente prescribió la conveniencia de utilizar dentaduras móviles a distintos afectados, sin el previo consejo o asesoramiento de un odontólogo o estomatólogo, incurriendo de esta forma en el ilícito penal que se le imputa. Ya la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por ejemplo en su Sentencia de fecha 31-10-1992 (RJ 1992\8242), tuvo oportunidad de señalar que de conformidad con el artículo 2 de la Ley 10/1986 (que es precisamente el invocado en la Sentencia de instancia) el protésico dental debe ejercer su profesión «conforme a las indicaciones y prescripciones de los médicos estomatólogos y odontólogos», señalándose que el protésico dental no

sólo debe elaborar prótesis dentales según lo prescrito por un dentista , sino que, además, debe someter su trabajo a la aprobación final de dichos profesionales, pues este juicio requiere de conocimientos especializados que superan los propios de la técnica del protésico. En la misma dirección, las SSTs de fechas 4 de mayo de 1987 (RJ 1987\3303) y 25-9-1987 (RJ 1987\6635), se encargan de subrayar que el protésico dental o mecánico dentista debe limitar su actividad profesional a las manipulaciones propias de su artesanía operando sobre módulos o prótesis, previamente prescritos por un especialista, pero de ninguna manera por decisión propia y actuando directamente sobre las bocas de sus pacientes (en el mismo sentido, por ejemplo, SAP de Toledo de fecha 2-4-1991; o Lleida 3-2-1990); circunstancias, todas ellas, por las cuales, procede desestimar también este segundo y último motivo de impugnación."

- Otra sentencia que es bastante clara en el asunto⁵⁵², lo describe en tres apartados:

- en el fundamento jurídico primero, donde cita los motivos del recurso en esta materia:

"(...) El art. 118 de los Estatutos de los Colegios de Odontólogos, publicados mediante la Orden de 13-11-1950, consideraba la colocación de las prótesis como acto propio de los odontólogos, así como la dirección del trabajo del protésico, pero dicha norma es preconstitucional y no alcanza el rango de ley exigido por el art. 36 CE. También son inconstitucionales los arts. 6 y 7 del Real Decreto 1594/1994. El TC viene sosteniendo de forma reiterada que es incorrecto cumplimentar el art. 403 CP con un Real Decreto, como el indicado, cuya dicción es más amplia que la de la Ley 10/1986, que no contempla ni la toma de medidas, ni la colocación de prótesis dentales (...)"

- en el fundamento jurídico cuarto, donde define el caso específico:

"(...) El referido precepto constituye una norma penal en blanco, que precisa para su integración de una norma extrapenal, que, en el presente caso, consiste en la Ley 10/86 de 17 de marzo sobre odontólogos, protésicos e higienistas dentales (...)"

⁵⁵² España. SAP de Guipúzcoa (Sección 1ª), nº 182/2010, de 26 de abril. JUR\2014\172772.

- y finalmente, en el mismo fundamento jurídico cuarto, se explica de manera detallada la aceptación de una norma reglamentaria:

" (...) Por fin, tampoco puede acogerse la afirmación que se vierte en el recurso consistente en que el Tribunal Constitucional venga sosteniendo de forma reiterada el criterio de que es incorrecto cumplimentar el artículo 403 del Código Penal con una norma con rango de Real Decreto. Por un lado, ya hemos dicho que no es necesaria en el presente caso la constatación de que la actuación del acusado vulneró el Real Decreto 1594/1994. Y, por otro, no se indica en el recurso ni una sola resolución del Tribunal Constitucional en el sentido que se aduce. Lo que dicho Tribunal ha establecido (así en sentencias nº. 24/2004, 34/2005, 283/2006, 181/2008, etc.), es precisamente lo contrario; es decir, que las leyes penales en blanco, como lo es el referido art. 403 CP, pueden ser integradas por otras normas distintas, que pueden tener incluso rango reglamentario. Sí exige el TC para la validez de las normas penales en blanco que se predeterminen de manera suficiente las conductas punibles y sus correspondientes sanciones, lo que requiere una concreción y precisión de los elementos básicos de la correspondiente figura delictiva, de manera que permita apreciar de manera cierta qué conductas son las prohibidas. En tal sentido ha establecido - en las dos últimas resoluciones que hemos citado, dictadas precisamente en relación con sentencias condenatorias por delito de intrusismo- que la norma extrapenal a la que la ley en blanco se remite ha de cumplir con las referidas exigencias de certeza, para lo que ha de definir el ámbito de los actos propios de la profesión en la que se habría cometido el delito de intrusismo. El Real Decreto aplicado en dichas sentencias condenatorias no precisa los actos propios de las actividades médicas a que se refería -sino que, para ello debía acudir a otras normas reglamentarias de inferior rango- por lo que el TC concluye que no se cumplía con las exigencias de ley previa y cierta. Pero dicha doctrina no resulta aplicable al presente caso, ya que los preceptos que hemos citado de la ley 10/1986 definen de manera suficientemente clara el contenido de los actos propios de las profesiones de dentista y de protésico dental, por lo que integra el art. 403 CP de manera respetuosa con el principio de legalidad penal. Por consiguiente, debemos desestimar también el último motivo del recurso que nos ocupa y, con ello, todo el recurso en su integridad (...)"

- Corta y precisa es la desestimación en el fundamento jurídico quinto de esta otra sentencia⁵⁵³, como se transcribe a continuación:

"Tampoco podemos aceptar el argumento de que el RD 1594/94 no puede servir de referencia a efectos del delito de intrusismo porque el art. 36 de la CE hace una reserva de Ley formal para la regulación de la

⁵⁵³ España. SAP de Cádiz (Sección 1ª), nº 165/2011, de 24 de junio. ARP\2014\1336.

existencia misma de la profesión titulada, requisitos, títulos necesarios para su ejercicio y contenido o conjunto formal de actividades ; y es que la implantación y reconocimiento académico y contenido esencial de la profesión de odontólogo está efectuada por la Ley del 86, título habilitante conforme la D.F. 2ª del RD que establece su desarrollo complementario."

- Meses posteriores y por el mismo Tribunal, se emite otra sentencia⁵⁵⁴, que en su fundamento jurídico primero alude a que:

"Ha quedado fuera de toda discusión que el tipo criminal descrito en el art. 403 del Código Penal pertenece a la categoría de los denominados preceptos penales en blanco caracterizados por que, en este casos, se remiten a las disposiciones o normativa administrativa reguladora de las competencias propias y exclusivas- lo que significa también excluyente- en el ejercicio de las profesiones que exigen una titulación oficial reconocida por disposición legal o en convenio internacional. En este orden de cosas, el apelante abunda en su tesis contraria a la motivación expuesta en profundidad por la Juez "a quo", sosteniendo que no pueden ser aplicados los arts. 6 y 7 del Real Decreto 1594/1994 de 15 de julio porque no teniendo la naturaleza de Ley formal infringen lo dispuesto en el art. 36 de la Constitución Española que impone la reserva de Ley para la regulación del ejercicio de las profesiones tituladas. Sin embargo no puede olvidarse que las funciones de los odontólogos y otros profesionales de la salud dental se hallan regulada básicamente en la Ley 10/1986 de 17 de marzo, con lo que, obviamente, la reserva constitucional quedó satisfecha. Dicha norma, en su Disposición Final Segunda establece que corresponderá al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Sanidad y Consumo "desarrollar en cuanto sea preciso, lo dispuesto en el articulado de la presten Ley". Así pues dentro de la habilitación que la mencionada ley concedió al Gobierno fueron desarrolladas ciertas de sus prevenciones mediante el Real Decreto 1594/94 de 15 de Julio, y es evidente que si en el Real Decreto mencionado se hubiese extralimitado en el nuevo desarrollo de lo previsto por el ejercicio de la profesión concreta del protésico dental tales excesos no podrían tenerse en cuenta para integrar el tipo penal en blanco que constituye el art. 403 C.P."

- Y finalmente, la resolución de más alto rango jerárquico sobre la materia en Odontología, la STC 24/1996, de 13 de febrero⁵⁵⁵, en la cual se deniega el recurso de amparo, bajo las siguientes consideraciones:

- En primer lugar, en su antecedente de hecho tercero, se exponen los argumentos:

⁵⁵⁴ España. SAP de Cádiz (Sección 6ª, de Ceuta), nº 98/2011, de 14 de octubre. JUR\2013\89388.

⁵⁵⁵ España. STC 24/1996, de 13 de febrero. Boletín Oficial del Estado nº 67, de 18 de marzo de 1996.

"El demandante en amparo denuncia que la resolución impugnada vulneró el art. 25.1 de la C.E. La infracción con relevancia constitucional se habría producido al dictarse una Sentencia en la que se condena a un profesional por un hecho que no constituye delito. Son dos los argumentos nucleares de la demanda:

a) La recurrente estaba al tiempo de la apertura de su consulta particular en posesión de la titulación suficiente que le habilitaba para ello, pues era Licenciada en medicina por una Universidad pública española. Sostiene la recurrente en base a lo dispuesto en el art. 1 del R.D. 127/1984 de especialidades médicas, que la titulación como especialista únicamente permite a quien la tiene denominarse como tal, y ocupar cargos públicos en esa condición, pero en modo alguno impide el ejercicio de la profesión médica, incluida la Estomatología a quien ostenta el título de Licenciado en Medicina. En consecuencia, la interpretación que del art. 321.1 del Código Penal y Real Decreto citado realizó la Audiencia, es extensiva exigiendo unos requisitos de titulación para el ejercicio de la profesión que no se contemplan en el mismo.

b) En cualquier caso, también se habría producido una infracción del art. 25.1 al condenar a la recurrente pues el tipo penal aplicado y base de la condena es de los llamados "en blanco", y ha sido completada por una disposición de rango reglamentario (el Real Decreto antes citado), contrariamente a lo dispuesto en el art. 36 de la C.E., que establece al respecto una reserva de Ley formal, como recordó la STC 83/1984. No niega la recurrente que sea lícita la remisión a las normas reglamentarias para completar determinados aspectos que se dejan indicados en las leyes, pero en este caso no existe esa subordinación y el Real Decreto ha venido a regular la materia con total libertad, lo que contraría el mandato del art. 25.1 C.E. Termina citando la doctrina de este Tribunal (STC 111/1993), en relación a la posibilidad admitida de vulnerar el derecho constitucional invocado por causa de una defectuosa aplicación de la ley penal."

- posteriormente, en su antecedente de hecho séptimo, se describe el reenvío usado en las leyes penales en blanco:

"En relación con el primero recordó la doctrina de este Tribunal (STC 111/1993), en la que expresamente se dijo que las cuestiones relativas a la interpretación de los tipos penales es una cuestión de mera legalidad, por lo tanto competencia de los órganos del Poder Judicial y ajena a planteamientos constitucionales, salvo en los casos de exceso en la interpretación o aplicación defectuosa de la norma que conduzcan a una lesión de derechos fundamentales. Para fundar su tesis de que ninguna de estas excepciones concurría, analiza el proceso lógico seguido por el Tribunal en la aplicación de la ley. A este respecto, distingue cuatro fases sucesivas que siguió el Tribunal para tomar la decisión, en su opinión de forma correcta: la subsunción del hecho denunciado en el art. 321.1 C.P., la integración de ese tipo penal con el Real Decreto 127/1984, la toma en consideración de la valoración de la titulación obtenida en Francia, y finalmente, la expresión de una motivación para negar efectos a esa pretendida homologación. Con cita de las SSTC 117/1990, 127/1990, 133/1987, 122/1987, 62/1982, recuerda la doctrina del T.C. en el sentido de que

es compatible con el art. 25 C.E. la técnica del reenvío penal, a los efectos de completar la tipología de los ilícitos penales mediante la remisión a un texto normativo de carácter reglamentario, siempre que la ley, como en este caso, contenga la pena y el núcleo esencial de la prohibición. Así el art. 1 del Real Decreto citado expresamente señala que se requiere estar en posesión del título de especialista para atribuirse esa denominación, ejercer la profesión como tal, u ocupar un puesto de trabajo en un establecimiento o institución pública o privada, incluyendo en el Anexo la Estomatología y la Cirugía Maxilofacial como especialidades médicas. En relación al segundo motivo de recurso, aplicación indebida del Real Decreto 127/1984, por violación del art. 36 de la C.E. que establece una reserva legal para las disposiciones que regulen el ejercicio de una profesión, entiende el Ministerio Público que esa es una cuestión que queda al margen de la protección del amparo constitucional, según se desprende del art. 53 C.E. y corrobora una constante jurisprudencia (SSTC 122/1987, 52/1992, 28/1992)."

- Y finalmente, en su fundamento jurídico tercero, se expone la situación:

"Así las cosas, y al descender ya al estudio de las concretas cuestiones sometidas al análisis de este Tribunal, nos encontramos con que un enfoque lógico de las mismas, nos impone alterar el orden propuesto por la recurrente, y ceñirnos en primer lugar al problema relativo a la corrección o no de la integración del tipo penal aplicado con una norma postconstitucional de rango reglamentario, para a continuación, en el caso de estimar que con ese proceder no se produjo ninguna vulneración del derecho fundamental invocado, pronunciarnos sobre la concreta cuestión de si la interpretación del bloque normativo en el que se fundamenta la condena se realizó en forma extensiva, y por tanto contraria al mandato del art. 25 C.E. Por lo que a la primera de estas cuestiones respecta, debemos afirmar que la técnica que permite completar el perfil de los tipos penales mediante el reenvío normativo, constituye una práctica que, si bien desde la ortodoxia conceptual puede justificar ciertos recelos iniciales, resulta del todo punto necesaria en una sociedad altamente desarrollada y que requiere una respuesta sumamente precisa acerca de los límites que deslindan la actuación lícita de aquella que no sólo no lo es, sino que lleva aparejada la más enérgica y contundente reacción que permite el ordenamiento jurídico, como es la sanción penal. Así, ya dijimos en la STC 111/1993, citada por la recurrente y Ministerio Fiscal, que las exigencias derivadas del principio de legalidad "no suponen que sólo resulte constitucionalmente admisible la redacción descriptiva y acabada en la ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos. Por el contrario, es posible la incorporación al tipo de elementos normativos (STC 62/1982), y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco (STC 122/1987); ésto es, de normas penales incompletas en las que la conducta jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la Ley, además de señalar la pena, de certeza, o como señala la citada STC 122/1987, sea de la suficiente concreción

para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite y resulte, de esta manera, salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada". Una vez, que hemos aceptado la posibilidad teórica de completar el tipo penal mediante la invocación y aplicación de normas contenidas en otros textos, y comprobar que los requisitos jurisprudenciales a los que acabamos de referirnos concurren sobradamente en este caso, la siguiente cuestión a la que debe darse respuesta, es la que de modo específico plantea el recurrente en su demanda, y que viene a recordar el planteamiento que se hizo en la STC 111/1993 (Fundamento Jurídico 3º, final). Se trata, en definitiva, de examinar si se ha producido una infracción del arts. 25.1 de la C.E. por haberse aplicado una norma penal en blanco cuyo complemento es una disposición nula por ser opuesta a los art. 35 y 36 de la C.E. que exigen que sea una norma con rango de ley la que regule el ejercicio de profesiones tituladas. En aquel caso (STC 111/1993) se llegó a la conclusión de que ninguna violación del citado precepto se había producido, pues, aunque la norma de complemento aplicada era efectivamente de rango reglamentario, se había promulgado antes de la entrada en vigor de la Constitución, y en esas circunstancias no era posible exigir con carácter retroactivo la exigencia de la reserva de ley. En el presente la norma de complemento es un Real Decreto aprobado en 1984, por lo que en opinión de la recurrente la violación del principio de legalidad es clara, al haberse completado el tipo penal con una norma nula de pleno derecho, por falta de rango. Planteada la cuestión en los términos expuestos, resulta fácil comprobar mediante la lectura de las distintas resoluciones del Tribunal Supremo y de la demanda de amparo, que el recurrente parte en la exposición de su tesis de una premisa que es negada expresamente por el Tribunal Supremo y en cuya aceptación o rechazo se centra la conclusión final a la que deba llegarse."

15. Concurso de leyes y concurso de delitos.

Dentro de la teoría jurídica del delito se encuentran dos figuras denominadas "concurso" que se ubican en diferentes apartados del Código Penal:

- En primer lugar, el concurso de leyes, que se desarrolla en la Parte General del Código Penal, que hace referencia a los supuestos en que un mismo hecho delictivo aparece contemplado en más de un artículo o de las leyes especiales penales, defendiendo todos los preceptos el mismo bien jurídico protegido.

Obviamente, no se puede castigar esa única conducta aplicando todos los tipos en los que es subsumible y acumulando las penas previstas en cada uno de ellos, sino que lo único

razonable es elegir sólo uno, que será aquel que mejor se ajuste al hecho a subsumir, en una interpretación sistemática de todos los preceptos concurrentes⁵⁵⁶.

Su estimación conjunta supondría un "*bis in ídem*", por lo que siempre sucede que uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor hecho o hechos concurrentes, es decir, concurre entonces un solo delito. Existe en la doctrina más autorizada, dos concepciones distintas del concurso de leyes. Según la mayoritaria, el concurso presupone que todos los preceptos en juego concurren efectivamente, de modo que el hecho cabe en todos y cada uno de dichos preceptos, aunque sólo uno será aplicable. Mientras que otra dirección doctrinal entiende que la concurrencia de los distintos preceptos es sólo aparente, puesto que una correcta interpretación de los mismos pone de manifiesto que, desde un principio, en realidad sólo concurre uno de ellos. Por ello, se entiende que la primera concepción es preferible por cuanto permite que el precepto o preceptos desplazados puedan ser tenidos en cuenta, a determinados efectos, en combinación con el precepto preferente y, sobre todo, que pueda aplicarse en caso de que deje de ser aplicable el precepto preferente pero no el desplazado⁵⁵⁷.

El propio precepto que regula el concurso de leyes es tan clarificador que, con su simple transcripción literal es bastante para su comprensión, entendiéndose que se trata a modo de una escalera en la cual el problema se irá resolviendo a la vez que se va avanzando en la lectura de lo descrito en el precepto:

"Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77 (que son los preceptos que regulan el concurso de delitos), se castigarán observando las siguientes reglas:

1ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general. (Principio de especialidad)

2ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. (Principio de subsidiariedad)

⁵⁵⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Compendio de Derecho Penal*, Ed. Dykinson, 2ª ed, Madrid, 2010, pág. 196.

⁵⁵⁷ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Edisofer, 10ª ed., Barcelona, 2015, pág. 682.

3ª *El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.* (Principio de consunción)

4ª *En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.* (Principio de alternatividad)⁵⁵⁸.

- y en segundo lugar, se encuentra el concurso de delitos, regulado en el intervalo de artículos numerados del 73 al 78 del Código Penal, y que existe cuando un hecho constituye dos o más delitos (se trata de un concurso ideal), o cuando varios hechos de un mismo sujeto constituyen otros tantos delitos (se trata de un concurso real)⁵⁵⁹, si ninguno ha sido cometido después de haber recaído condena por alguno de ellos⁵⁶⁰. Dentro del concurso real, el Código Penal distingue un supuesto denominado concurso medial, que es aquel en el cual uno de los delitos haya sido medio necesario para cometer otro. El concurso ideal y esta subclase del real denominado medial, reciben el mismo tratamiento jurídico en el Derecho Penal español (que se puede sintetizar como con la aplicación de una pena en la mitad superior de la infracción penal más grave, con unos determinados límites), y el concurso real en sí recibe otro totalmente distinto (el cumplimiento simultáneo de las penas de cada uno de los delitos, también limitado por unas reglas).

Al tratarse los diferentes concursos en el delito de intrusismo, en general, existen las siguientes singularidades, según se trate de un concurso ideal o real:

- En el caso del concurso de delitos ideal, éste podrá existir entre el delito de intrusismo y el de falsedad documental, regulado en el artículo 390⁵⁶¹ y siguientes del

⁵⁵⁸ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 8.

⁵⁵⁹ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Edisofer, 10ª ed., Barcelona, 2015, pág. 674.

⁵⁶⁰ SANZ MORÁN, A.J. *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, Valladolid, 1986, pág. 246.

⁵⁶¹ Según el artículo 390 del vigente Código Penal: "1. *Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad: 1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial. 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. 3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él*

Código Penal, cuando se falsifique el título, si esta falsificación es necesaria para cometer el delito de intrusismo⁵⁶². Esto ocurrirá en los casos en los que para ser contratado por una empresa o un organismo oficial se exija la presentación del título correspondiente, y dicho contrato ha venido motivado por el ejercicio de actos propios de la profesión⁵⁶³. Pero en el caso de que la presentación del título no sea necesaria, es decir, no sea imprescindible para la realización del delito de intrusismo⁵⁶⁴, daría lugar a un concurso real de delitos entre el intrusismo y la falsificación documental⁵⁶⁵.

Con respecto al concurso entre el delito de intrusismo y otros delitos contra las personas, como podrían ser el homicidio⁵⁶⁶, el asesinato⁵⁶⁷, o el tan frecuente delito de lesiones⁵⁶⁸ que se produce en la esfera de la Odontología, son aquellos casos en los que, de las prácticas del intruso, resulten lesiones para la integridad física, e incluso para la vida. En este tipo de casos es importante analizar si en la

declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho. 4. º Faltando a la verdad en la narración de los hechos.”

⁵⁶² CÓRDOBA RODA, J. *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, tomo III, Ed. Marcial Pons, Madrid 2004, pág. 1060.

⁵⁶³ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *El intrusismo en el nuevo Código Penal (con particular referencia al intrusismo médico)*, en el Libro homenaje a Jesús López Medel, 1999, pág. 329.

⁵⁶⁴ Piénsese en el caso de aquel intruso que cuelgue el título falso de Licenciado en Odontología en la sala de espera de la clínica dental donde realiza los actos propios de la profesión.

⁵⁶⁵ SALOM ESCRIVÁ, J.S. *El delito de intrusismo profesional*, Revista Jurídica de Cataluña, 82 (1), Barcelona, 1983, pág. 71.

⁵⁶⁶ Artículo 138 del Código Penal: “1. El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años. 2. Los hechos serán castigados con la pena superior en grado en los siguientes casos: a) cuando concurra en su comisión alguna de las circunstancias del apartado 1 del artículo 140, o b) cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550.”

⁵⁶⁷ Artículo 139 del Código Penal: “1. Será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1. º Con alevosía. 2. º Por precio, recompensa o promesa. 3. º Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. 4. º Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra. 2. Cuando en un asesinato concurran más de una de las circunstancias previstas en el apartado anterior, se impondrá la pena en su mitad superior.”

⁵⁶⁸ Artículo 147 del Código Penal: “1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.”

producción e dichas lesiones ha existido imprudencia, ya que el delito de intrusismo se castiga aunque el sujeto activo reúna la pericia necesaria para la realización de los actos. Es necesario, por lo tanto, examinar si el sujeto activo reunía la pericia necesaria y, en el caso de así fuera, y se demuestran que las lesiones se han producido por otras causas, entonces no existirá concurso de delitos⁵⁶⁹. Por ello, hay que demostrar si existió imprudencia en la realización de los actos propios de la profesión por parte del intruso para atribuirle los resultados producidos como consecuencia de la ejecución de tales⁵⁷⁰.

Por lo que, si el delito de intrusismo está presente, de manera independiente de la pericia o de su falta, del sujeto activo, por lo que la pericia no se presume siempre "iure et de iure", ya que el título no acredita la misma: sólo que posee la cualificación necesaria para ejercer la profesión. Será una presunción "iuris tantum", es decir, que admite la prueba en contrario. En otro caso, sería ir en contra del sujeto activo si se admitiese en todos los supuestos en los que se produce un resultado lesivo de las prácticas del intruso, que el mismo se ha ocasionado por la impericia del sujeto activo, cuando en el delito de intrusismo no se castiga la falta de pericia, sino la realización de actos propios de la profesión sin el debido título⁵⁷¹. El concurso ideal de delitos entre intrusismo y el de lesiones u homicidio, pero sólo en caso de ser producidos por imprudencia⁵⁷².

Otros casos de concurso de delitos de tipo ideal con el delito de intrusismo son más residuales, como el que se puede producir con el de usurpación del estado civil, si para realizar los actos propios de la profesión se realiza bajo el amparo del

⁵⁶⁹ CÓRDOBA RODA, J. *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, tomo III, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 1058.

⁵⁷⁰ SALOM ESCRIVÁ, J.S. *El delito de intrusismo profesional*, Revista Jurídica de Cataluña, 82 (1), Barcelona, 1983, pág. 71.

⁵⁷¹ SERRANO TÁRRAGA, M. D. *El delito de intrusismo profesional*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 95.

⁵⁷² RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *El delito de intrusismo*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1969, pág. 277.

nombre de otra persona que sí tiene título para ejecutarlos⁵⁷³. También se incluyen aquí aquellos que se producen con el delito de nombramiento ilegal⁵⁷⁴, que existirá dicho concurso ideal cuando un funcionario público o una autoridad nombre para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos: esto sucede en los casos en los que una persona realiza actos propios de una profesión sin poseer el título académico correspondiente, ejecutando el tipo del delito de intrusismo, y se le nombra por ello para ejercer un cargo público que requiere dicha titulación. La persona que lo nombra sabe que carece de la titulación exigida, por lo que existirá un concurso ideal si el intrusismo es el medio para que le nombren para dicho cargo, pero también podría producirse un concurso real si el sujeto realiza el delito de intrusismo per, en este caso, esta conducta no ha sido la determinante para dicho nombramiento.

- y en el caso del concurso real de delitos, se producirá con el delito de falsedad documental cuando se falsifique el título de la profesión que se ejerce, cuando se expidan recetas del sistema sanitario público. Con el delito de falsificación en documento privado⁵⁷⁵ se producirá en los casos en los que se expidan recetas privadas, aunque en este caso específico habrá que tener en cuenta que dicha falsificación, para que constituya delito, tiene que hacerse con la finalidad de perjudicar a un tercero, porque si no se le causa un perjuicio, ni existe la intención de causárselo, no se podrá apreciar la existencia del

⁵⁷³ Artículo 401 del Código Penal: *"El que usurpare el estado civil de otro será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años."*

⁵⁷⁴ Artículo 405 del Código Penal: *"A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años."* Artículo 406 del Código Penal: *"La misma pena de multa se impondrá a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el artículo anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles."*

⁵⁷⁵ Artículo 395 del Código Penal: *"El que, para perjudicar a otro, cometiere en documento privado alguna de las falsedades previstas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años."* Artículo 396 del Código Penal: *"El que, a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento falso de los comprendidos en el artículo anterior, incurrirá en la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores."*

delito de falsificación de documento privado, no existiendo, por lo tanto, concurso con el delito de intrusismo.

Un caso especial es aquel en el cual existe un concurso real: el sujeto que realiza actos propios de diferentes profesiones sin poseer el título correspondiente de cada una de ellas, existiendo un delito por cada una de las profesiones ejercidas⁵⁷⁶. Difícil pero posible en el ámbito de la Odontología⁵⁷⁷.

Entre los casos más frecuentes en Odontología, junto con el delito de lesiones, es el concurso con el de estafa⁵⁷⁸, hecho que ha sido muy controvertido en la doctrina y en la jurisprudencia, las cuales se encuentran divididas en dos tendencias:

- Entre aquella tendencia en la cual se defiende que no existe un concurso entre ambos delitos se apoyan en la hipótesis de que el engaño, es decir, el elemento del tipo de la estafa, y del desplazamiento patrimonial, que se realizaría a través del cobro de los honorarios de los actos propios por parte del intruso, son elementos típicos y esenciales del mismo delito de intrusismo. Por lo tanto, no pueden coexistir dos figuras delictivas de un mismo hecho, no pueden constituir a su vez el delito de intrusismo y el de estafa⁵⁷⁹. No obstante, si la simulación de poseer el título académico se hubiera hecho con la principal finalidad de conseguir el desplazamiento patrimonial,

⁵⁷⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *El intrusismo en el nuevo Código Penal (con particular referencia al intrusismo médico)*, en el Libro homenaje a Jesús López Medel, Madrid, 1999, pág. 329-330.

⁵⁷⁷ Un auxiliar que realice actos propios de un dentista, como tomar impresiones, y que confeccione con ellas prótesis dentales, que sería un acto propio de la titulación de protésico dental.

⁵⁷⁸ Artículo 248 del Código Penal: "1. Cometan estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno. 2. También se consideran reos de estafa: a) Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro. b) Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo. c) Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero." Artículo 249 del Código Penal: "Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción. Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses."

⁵⁷⁹ DÍAZ VALCÁRCCEL, L.M. *La revisión del Código Penal y otras leyes penales*, Ed. Nauta, Barcelona, 1964, pág. 129.

tal comportamiento sería perfectamente subsumible dentro de los elementos del tipo del delito de estafa, consumiendo éste delito al de intrusismo. Parece prevalecer la estimación de un delito de intrusismo por sobreponerse la ley especial respecto de la estafa, de preferente aplicación por concurso de leyes⁵⁸⁰. En todo caso, no podrá valorarse el engaño dos veces, una para el intrusismo y otra para el de estafa, siendo las cantidades recibidas atendidas a los efectos de la responsabilidad civil ex delicto⁵⁸¹,

- y en la parte opuesta, se ubica aquella postura en la cual se establece que sí puede existir un concurso real entre los delitos de intrusismo y estafa con un requisito muy claro: que el montante de los honorarios del intruso sea superior al que pudiera establecerse como medios por parte de los profesionales titulados, causando con ello un verdadero perjuicio de tipo patrimonial⁵⁸², aunque siempre se requiere tal percepción abusiva de honorarios para constituir el delito de intrusismo ya que puede incluirse como propio de la práctica del acto propio de la profesión. No se trata de un elemento esencial del tipo, como se ha establecido en epígrafes anteriores, ya la perfección del delito de intrusismo se produce por la mera actividad, no requiriendo cobro ni pago alguno por parte del sujeto activo del delito. Por lo tanto, la perfección de los honorarios es crucial para determinar si el concurso con el delito de estafa se trata de un concurso ideal o no, dependiendo de la cuantía⁵⁸³.

En este aspecto se puede establecer que la jurisprudencia es vacilante y la doctrina se encuentra dividida, generándose unas directrices mayoritarias en este asunto:

- Si el cobro de honorarios profesionales es abusivo, muy por encima de la media, es decir, aquellos que habitualmente

⁵⁸⁰ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 8.1º.

⁵⁸¹ SERRANO GÓMEZ, A. *Intrusismo y especialidades médicas*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, nº extraordinario, 1º, Madrid, 2000, pág. 89.

⁵⁸² MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *El intrusismo en el nuevo Código Penal (con particular referencia al intrusismo médico)*, en el Libro homenaje a Jesús López Medel, Madrid, 1999, págs. 329-330.

⁵⁸³ SERRANO TÁRRAGA, M. D. *El delito de intrusismo profesional*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, págs. 97-98.

cobran los profesionales titulados, ya que en la actualidad no se pueden establecer los ofrecidos por el Colegio Profesional⁵⁸⁴, se podrá apreciar el concurso ideal entre el delito de intrusismo y el de estafa debido al perjuicio patrimonial que se ha originado⁵⁸⁵. La percepción de honorarios constituye uno de los actos inherentes o incluibles en el indebido ejercicio profesional, por lo que sólo habrá concurso en caso de abuso, cuando superen los márgenes admitidos para la prestación legal de esa actividad⁵⁸⁶. Se apoya esta tesis en diversas sentencias del Tribunal Supremo⁵⁸⁷, siendo prevalente por tal autoridad judicial el principio de consunción del concurso de leyes entre ambos delitos, bajo el criterio de que el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.

- En el supuesto de que el paciente sea asistido por el sujeto activo sabiendo que éste no posee el título, no es posible la consideración de la existencia del delito de estafa por la causa de que no existió el requisito esencial del delito: el engaño⁵⁸⁸.

- Tampoco habrá concurso con el delito de estafa si los actos propios que ha recibido el paciente le han reportado utilidad, ya que sería una paradoja acusar al sujeto de estafa

⁵⁸⁴ España. Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Ómnibus), que mediante su artículo 5.Catorce, ha añadido un nuevo artículo 14 a la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, con la siguiente redacción: “*Los Colegios Profesionales y sus organizaciones colegiales no podrán establecer baremos orientativos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales, salvo lo establecido en la Disposición adicional cuarta.*”. Tal disposición adicional establece: “*Los Colegios podrán elaborar criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados. Dichos criterios serán igualmente válidos para el cálculo de honorarios y derechos que corresponden a los efectos de tasación de costas en asistencia jurídica gratuita.*”

⁵⁸⁵ CÓRDOBA RODA, J. *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, tomo III, Ed. Marcial Pons, Madrid 2004, pág. 1060.

⁵⁸⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *El delito de intrusismo*, Actualidad Penal, nº 22, 28 de mayo de 1995, Madrid, 1995, págs. 317 y ss.

⁵⁸⁷ España. STS 14 de febrero de 1959 y STS 7 de junio de 1966.

⁵⁸⁸ SALOM ESCRIVÁ, J.S. *El delito de intrusismo profesional*, Revista Jurídica de Cataluña, 82 (1), Barcelona, 1983, pág. 73.

cuando el paciente está disfrutando de los servicios prestados⁵⁸⁹.

Un extenso estudio doctrinal de ambas figuras delictivas⁵⁹⁰ arroja las siguientes conclusiones:

- No suponen bien jurídico protegido por el tipo de intrusismo los intereses particulares del paciente que recibe los actos propios del sujeto activo, ni tampoco los intereses de los potenciales pacientes del mismo.

- Frente a la originaria concepción del intrusismo como delito de peligro, se concibe hoy como tales actuaciones que no precisan para su afirmación que se produzca un daño o peligro de lesión que se derive de la impericia detectable.

- No obstante, en el fundamento jurídico tercero de la STC 111/1993, de 25 de marzo de 1993⁵⁹¹, resolución clave en cuanto al delito de intrusismo en España, se orienta hacia una concepción del objeto de protección basado en la lesión o puesta en peligro de bienes fundamentales de los usuarios.

- El delito existe aunque el intruso tenga la máxima pericia y el cliente resulte incluso beneficiado.

- Una vez en posesión del requisito formal del título, no comete el delito el profesional aunque no posea la pericia necesaria, diferenciándose los términos la "*imprudencia profesional*" de la "*imprudencia del profesional*".

- Tampoco constituye bien jurídico protegido en el tipo de intrusismo los intereses, de tipo económico o morales, de las profesiones mismas pese a que, en la práctica, suelen ser los Colegios Profesionales, lo que promuevan el proceso penal, como será analizado en el presente estudio.

- Lo que requiere el Tribunal Supremo para el castigo del delito de estafa es que la acción del intruso presente

⁵⁸⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *El delito de intrusismo*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, 1969, pág. 280.

⁵⁹⁰ CHOCLÁN MONTALVO, J.A. *El delito de intrusismo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 232.

⁵⁹¹ España. STC 111/1993, de 25 de marzo. Boletín Oficial del Estado nº 100, de 27 de abril de 1993.

sustantividad propia para poder ser subsumida en el tipo defraudatorio, lo que equivale a exigir una pluralidad de acciones. Éste aspecto se refleja claramente en el fundamento jurídico cuarto esta sentencia⁵⁹² del Tribunal Supremo cuando menciona:

"(...) si bien es cierto que las acciones clandestinas que entrañan el delito de intrusismo cuando se percibe por ellas un precio más o menos concretado, no puede constituir al mismo tiempo un delito de estafa, ya que el elemento esencial del engaño queda subsumido en el primero de ellos, no es menos cierto que ambos delitos pueden producirse conjuntamente cuando esas actuaciones defraudatorias adquieren, por su propia naturaleza, diferencias fácticas y finalidades perfectamente distintas por ser diferentes y distintas las acciones que les sirven de vehículo (...)"

Se puede determinar que el sustrato de verdad que aparece en las primeras consideraciones de criminalización de las falsedades obedece al valor social que se otorga a la lealtad en espacios muy concretos de la vida cotidiana, respondiendo a la primera idea de Derecho y Moral que ha de ser superada una vez que se han separado definitivamente los dos mundos⁵⁹³.

En el presente estudio, las referencias a los concursos de delitos son múltiples, procediéndose a describir, en primer lugar, las de intrusismo con estafa, a continuación las que se producen con la de lesiones para, finalmente, relatar los concursos con falsificación de documento.

En cuanto al concurso con el delito de estafa, como se ha desarrollado en párrafos anteriores, la resolución al respecto es vacilante:

- En primer lugar, se contempla en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia del Tribunal Supremo⁵⁹⁴, en el que admite el concurso debido al carácter excesivo de los honorarios:

⁵⁹² España. STS de 5 de noviembre de 1993. RJ\1993\8232. Roj: STS 11311/1993. ECLI: ES:TS:1993:11311. Id Cendoj: 28079120011993106058

⁵⁹³ LLORIA GARCÍA, P. *El delito de Intrusismo Profesional (Bien jurídico y configuración del injusto)*. Ed. Tirant lo Blanch Tratados, Valencia, 2001, pág. 123.

⁵⁹⁴ España. STS 1738/1986, de 23 de diciembre. RJ\1986\7979. Roj: STS 9023/1986. ECLI: ES:TS:1986:9023. Id Cendoj: 28079120011986101492.

"Es doctrina reiterada de esta Sala, recogida, entre otras, en sentencias de 24 de marzo de 1953 , 14 de febrero de 1959 , 20 de diciembre de 1967 y 7 de junio de 1986, la de que el cobro de honorarios por el usurpador de título oficial sólo puede estimarse como uno de tantos actos propios del ejercicio de una facultad que constituye el delito definido en el artículo 321 del Código Penal, siempre que dicho cobro se mantenga dentro de los límites admisibles como lucro profesional de los que legalmente gocen del título facultativo que se atribuyó el intruso, y que esa circunstancia del pago de honorarios no puede extraerse para formar con ella el tipo penal de la estafa como delito aparte e independiente por estar subsumido en la usurpación de calidad que lleva implícito el engaño del que son víctimas quienes crédulamente acuden al que se finge profesional titulado y al ser el pago una consecuencia natural de su prestación no pueden coexistir, derivados del mismo hecho, dos figuras delictivas incompatibles, previstas en los artículos 321 y 528 del Código Penal, intrusismo y estafa; doctrina ésta no aplicable al caso enjuiciado en cuanto que el cobro de honorarios percibido por los intrusos fueron excesivos, no tan sólo la cuantía de ellos, sino por la deficiente calidad técnica de los aparatos o prótesis colocados a los pacientes que se dicen en el relato de hechos de la sentencia recurrida, que les fueron inservibles para su uso en razón de calidad y defectuosa confección de las mismas, y ese engaño en la calidad de las prótesis y el excesivo precio pagado por ellos sí es constitutivo, por sí mismo, del delito de estafa tipificado en el artículo 528 del Código Penal, razones que conducen a la desestimación del motivo cuarto del recurso, en el que al amparo del número 1 del artículo 849, denuncia la indebida aplicación del artículo 528 del Código Penal."

Un lustro más tarde, el mismo Tribunal Supremo, rechaza la presencia coetánea de estafa en el fundamento jurídico segundo de otra sentencia⁵⁹⁵, debido a que se cobraron honorarios que se estiman dentro de los límites normales:

"Llegados a este punto, es conveniente destacar que el bien jurídico protegido por el delito de usurpación de funciones (vid. artículo 320 del Código Penal), por el que ha sido condenado el procesado hoy recurrente, no es otro que la fe pública colectiva -vid. Sentencia de 18 de junio de 1975 (RJ 1975\2896)-, tratándose en realidad de un delito de falsedad ideológica -vid. Sentencia de 25 de mayo de 1973 (RJ 1973\2421). Con respecto al presente caso y en relación con el motivo examinado, aparece obligado distinguir en el relato histórico de la sentencia recurrida dos situaciones realmente diferentes: de un lado, la de aquellos pacientes a los que el procesado extrajo alguna pieza dentaria, o procedió a empastársela, o a instalarles alguna prótesis dental (casos de los señores G. M., Amel del C., hermanas Beatriz y M.^a Pilar F., y de la menor M.^a Angeles M., y, de otro, el de D. Francisco H. y D.^a Jesusa S. que, al encargarle sendas prótesis

⁵⁹⁵ España. STS de 15 de abril. RJ\1991\2739. Roj: STS 2080/1991. ECLI: ES:TS:1991:2080. Id Cendoj: 28079120011991108210.

dentales, le entregaron parte del precio convenido -a cuenta- y luego no se les llegó a colocar tales prótesis.

Antes de analizar las consecuencias que deben deducirse de tal distinción, es preciso destacar también que, según dice el Tribunal de instancia en el primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, al referirse al delito de estafa, del que también se acusaba al procesado, los pagos efectuados por los pacientes fueron consecuencia material de la correspondiente prestación; afirmando dicho Tribunal (como evidente) «que los honorarios cobrados por el procesado se encuentran dentro de los límites y baremos al efecto». Sin que, por otra parte, se diga nada en el "factum" acerca de que las intervenciones del procesado hayan sido técnicamente defectuosas."

En el fundamento jurídico primero de esta otra sentencia⁵⁹⁶ también se declara la inexistencia de estafa junto al delito de intrusismo a una conocidísima intrusa vallisoletana por el mismo motivo:

"Los hechos declarados probados tampoco son constitutivos del delito de estafa, objeto de acusación por la acusación particular. Independientemente de que no consta que ésta hubiese sido perjudicada, siendo en consecuencia problemática su posible legitimación para acusar por tal delito, no objeto de acusación por el Ministerio Fiscal, lo cierto es que la conducta realizada por Milagros T., acreditada en este procedimiento, no puede constituir el delito ya citado. No consta documentalmente acreditado que los honorarios percibidos por la acusada hayan sido notoriamente excesivos en relación con su trabajo o con lo que habitualmente se suele cobrar por tal trabajo, ni consta prueba objetiva que avale que la acusada llevó a cabo una actuación notoriamente deficiente, propios de una actuación fraudulenta típica del delito de estafa. El hecho de engañar, desempeñando una función para la que carece de la titulación necesaria, y cobrando por ella, es propio del delito de intrusismo. Para el delito de estafa se requiere algo más, en la línea de lo antes expuesto, que no concurre en el presente caso. Indica la testigo Juliana V. que Milagros del Tola del Barrio le puso la dentadura y que el día que estaba la policía en la consulta, ella fue allí por una infección que tenía en la boca, mas no está probado que ella sea a causa de la colocación de tal dentadura, ni que ésta hubiese sido deficientemente confeccionada y colocada por la acusada."

En esta otra sentencia⁵⁹⁷ se aprecia y se reitera en la apreciación de la presencia del delito de estafa, y por lo tanto, de aplicación de concurso de delitos, en el fundamento jurídico tercero del recurso de casación del principal autor, y

⁵⁹⁶ España. SAP de Valladolid (Sección 2ª), nº 586/1998, de 2 de junio. ARP\1998\2550.

⁵⁹⁷ España. STS nº 407/2005, de 23 de marzo. RJ\2005\4309. Roj: STS 1834/2005. ECLI: ES:TS:2005:1834. Id Cendoj: 28079120012005100427.

se realiza en el texto de la resolución judicial un extenso estudio de tal situación:

"Estudiamos conjuntamente los motivos segundo y tercero que por igual cauce que el anterior denuncia como indebidamente aplicables los arts. 248.1º y 249 en relación con el art. 74.1º del Código Penal. No existió engaño, y en consecuencia no existió delito de estafa. La sentencia condena por el delito de intrusismo y el de estafa continuados. El recurrente estima que el delito de estafa en cuanto al elemento del engaño ya estaría subsumido en el delito de intrusismo, por lo que no sabría la punición por el delito de estafa, y, además, el engaño no puede estimarse de «bastante». Los pacientes sabían que acudían a un curandero, no a un médico, se concluye en la argumentación del motivo. El motivo no puede ser admitido.

La situación concursal entre el delito de intrusismo y el de estafa ha sido estudiada en diversas ocasiones por esta Sala, contabilizándose sentencias tanto en el sentido de estimar absorbida la estafa dentro del intrusismo, o la coexistencia independiente de ambas infracciones, en concurso real. La sentencias de 7 de junio de 1986 y 3 de marzo de 1997, enfocando la conexión con la estafa en relación al hecho de haber cobrado honorarios el intrusista, estima que no por ello existe estafa y que en toda esta antijuridicidad queda englobada o subsumida dentro del intrusismo, se trata de la retribución del acto, una vieja sentencia de 14 de febrero de 1959 sostenía el mismo criterio de estimar implícita e inherente al delito de percepción de honorarios.

En sentido contrario, la STS de 18 de mayo de 1991 atendiendo al bien jurídico protegido por el delito de intrusismo estima que no es un delito patrimonial y por lo tanto no puede incluir en sí mismo el desvalor propio de la estafa, con la consecuencia de optar por la autonomía de ambas figuras. La STS 295/96 de 3 de marzo de 1997 estimando que el cobro de honorarios por el intrusista, viene a ser una consecuencia lógica del ejercicio de esos actos indebidos, no pueden dar vida al delito de estafa, aunque lo que matiza que «situación distinta sería la que se presentase en el caso de que el acusado hubiese obtenido un lucro adicional y al margen del cobro de los honorarios debidos por los actos médicos que realizó».

Más recientemente la STS 41/2002 de 22 de enero en un caso de ejercicio de actos propio de un abogado por quien no lo era, estimó, además, la existencia del delito de estafa condenando por tal. Las SSTS 1612/2002 de 1 de abril de 2003 y 454/2003 de 28 de marzo, no abordan directamente el tema de la compatibilidad entre el intrusismo y la estafa porque si bien es cierto que en la instancia se había condenado por ambas infracciones, en la casación se absolvió del delito de intrusismo porque en la primera sentencia se trataba de un médico que efectuó actos propios de la especialidad de oncólogo, lo que desplaza la posibilidad de la existencia de intrusismo desde la doctrina existente en relación al médico y al especialista, y en el segundo porque no existieron actos propios de la profesión de abogado.

En el caso de autos en la línea ya apuntada en la STS 295/96 de 3 de marzo de 1997, verificamos que en el factum, además de los honorarios cobrados por cada acto médico, visitas, sesiones con la "pieza cilíndrica" que se le pasaba al paciente por el cuerpo, a razón de entre 3.000 y 6.000 ptas. por sesión (de los años 1992 ó 1993) como se expresa en el factum, el recurrente cobró, además, otras cantidades más importantes bien en su beneficio propio o de terceras personas, y

así Verónica abonó cien mil ptas., y posteriormente ciento veintiocho mil ptas. por un tratamiento de medicación embrionaria de la empresa Pro-Nat, Valentín abonó por productos de la misma entidad ciento seis mil ptas. y sesenta mil ptas., productos que le fueron remitidos directamente por la empresa a la consulta del recurrente, sin que podamos ni debamos avanzar más en el razonamiento respecto a las relaciones que pudieran existir entre el recurrente y esta empresa, y, además, todos abonaron importantes cantidades por las extracciones de piezas dentarias.

Esta situación nos lleva a estimar que además de la lógica remuneración de los actos médicos, hubo otros pagos que fueron hechos mediante un engaño precedente por parte del recurrente, que fue bastante atendiendo las concretas circunstancias personales de los pacientes, que ansiaban recuperar la salud, por lo que no es de aplicación la teoría del principio de autorresponsabilidad a que en ocasiones ha hecho uso la Sala para estimar como no bastante el engaño (SSTS 529/2000 de 27 de marzo , núm. 1537/2001 de 23 de julio , 161/2002 de 4 de febrero , 880/2002 de 14 de mayo o 23 de octubre de 2002). Hubo delito de estafa, además del de intrusismo. El motivo debe ser desestimado."

En este otro auto⁵⁹⁸, en su razonamiento jurídico único, se estima que existe estafa por el simple engaño, sin ser elemento valorativo si los honorarios cobrados eran inferiores a los que normalmente se cobran:

"Vistas las alegaciones que integran el recurso, procede analizar en primer término las que se destinan a poner en cuestión la concurrencia en el supuesto de autos del primero de los requisitos establecidos en el artículo 503.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , alegación que no puede ser acogida por cuanto lo actuado permite afirmar la existencia de indicios de la comisión de delitos de intrusismo y estafa, no pudiendo acoger la argumentación de la parte apelante por cuanto, por una parte, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 403 y 249 del Código Penal, la penalidad correspondiente a dichos delitos podría ser igual o superior a dos años de prisión, y por otra, en trance de ponderar la existencia de indicios de la posible comisión del delito de estafa, habrá de convenirse en que lo que resulta relevante es, no que la apelante ofreciera "a quienes acudían a su consulta como paciente precios inferiores a los que se cobraban de ordinario por odontólogos colegiados", sino si la entrega de dichos honorarios por los denunciados se debió a un engaño, elemento del tipo de cuya concurrencia en el supuesto de autos hay indicios puesto que, además de aparentar estar en posesión de un título del que carecía (lo que, como parece lógico, hubo de influir en la decisión de aquellos de abonar los importe que se les reclamaron) la denunciada, según manifiestan los denunciados, parece que no ha llevado a cabo aquellas prestaciones que había ofrecido, sin que, por otro lado, exista constancia alguna de que la cantidades recibidas por la apelante estuvieran destinadas a abonar los honorarios del supuesto cirujano al que se dice iban a ser "derivados" los denunciados."

⁵⁹⁸ España. AAP de Valladolid (Sección 2ª), nº 2/2008, de 16 enero. JUR\2008\87584.

Y finalmente, en esta otra sentencia⁵⁹⁹, en su fundamento de derecho tercero, estima la presencia de estafa por el desplazamiento patrimonial provocado por el engaño:

"En cuanto al tercer motivo del recurso lo cierto es que ha quedado plenamente acreditado que la acusada se valió de engaño continuo, que provocó en los pacientes errores bastantes, ya que acudieron a su consulta creyéndola capacitada profesionalmente para la práctica de la odontológica y, así mismo, un desplazamiento patrimonial, que supuso que, tras entregar determinadas cantidades de dinero, no solo no fueron reparadas en sus problemas dentales, sino que resultaron lesionadas, lo que les ha llevado a nuevos desembolsos económicos. Los testigos, en juicio oral, manifestaron que, de haber conocido la falta de capacitación profesional de la acusada, no hubieran acudido a su consulta, ni le hubieran entregado cantidad alguna económica.

Como menciona en su informe el Ministerio Fiscal, el T.S. mantiene la compatibilidad entre el delito de estafa y el de intrusismo, aunque, como dice la sentencia recurrida, ha habido fluctuaciones jurisprudenciales. La meritada sentencia de fecha 25-3-05, del T.S. apoya dicha tesis de compatibilidad, cuando, como en este caso, la actuación de la acusada fue superior a lo que podría considerarse como notoriamente deficiente, porque cuando recibía las cantidades de dinero de los pacientes, ella era plenamente conocedora y consciente de que la actividad que ofertaba no era la esperada, y podía provocar, y así se aceptó por ella, resultados que, posteriormente, deberían reparar odontólogos, esta vez auténticamente profesionales."

En el caso de concurso de delitos entre intrusismo y lesiones, se pueden destacar dos resoluciones:

- Una sentencia del Tribunal Supremo⁶⁰⁰, en la cual se aprecia un concurso real de delitos entre el intrusismo y el de lesiones, y donde se recurre en casación, no por la oposición a tal concurso, sino por la posible apreciación de la prescripción, recursos que fueron desestimados,

- y un auto de una Audiencia Provincial⁶⁰¹, que tampoco intenta combatir el concurso entre dichos delitos.

⁵⁹⁹ España. SAP de Valladolid (Sección 4ª), nº 109/2008. JUR\2009\19213.

⁶⁰⁰ España. STS 1215/1999, de 29 septiembre. RJ\1999\8087. Roj: STS 5903/1999. ECLI: ES:TS:1999:5903. Id Cendoj: 28079120011999102970.

⁶⁰¹ España. AAP de Madrid (Sección 5ª) 2712/2010, de 12 de julio. JUR\2010\318704.

Y finalmente, en el caso de concurso entre intrusismo y el delito de falsificación de documentos públicos, son variadas las resoluciones al respecto:

- En una sentencia del Alto Tribunal⁶⁰², en la cual el acusado, que fue condenado por intrusismo y documento oficial falso, fue absuelto de éste último delito según se analiza en su fundamento jurídico segundo:

"Recurso del Ministerio Fiscal por infracción de Ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia aplicación indebida del artículo 304 en relación con los números 1 y 5 del artículo 302 del Código Penal y no aplicación del artículo 303 en relación con los mismos números del artículo 302. Estima el Ministerio Fiscal que el procesado no simplemente utilizó el título de Doctor en odontología, declarado falso, sino que, habiendo creado él mismo la mutación de la verdad, ha de entendersele, de acuerdo con el relato fáctico, como autor de un delito de falsedad en documento oficial.

Tiene razón dicho Ministerio. La sentencia no duda en dar como cierto, según quedó ya dicho, ni el carácter oficial del documento ni su falsedad, sino tan sólo quién o quiénes hayan sido autor o autores materiales de dichas falsedades. Como sucede en casos análogos, y en este sentido hay extensa jurisprudencia, cuando se trata de un documento personal: permiso de conducir, título profesional, etc. falsos, poco importa quién ha sido el autor físico o material del mudamiento de la verdad al que antes se ha hecho referencia, puesto que el que podemos llamar beneficiario exclusivo de ella, sea él quien materializó la alteración o un tercero a su ruego u orden, mandato consejo, etc., o incluso cuando se le facilitan a dicho tercero los datos indispensables para llevar a cabo la falsedad, con conciencia de la misma, es autor, bien sea a través del número 1 o del 3 del artículo 14 del Código Penal, de tal infracción penal.

Por consiguiente y en este sentido procede casar la sentencia recurrida y dictar otra ajustada a Derecho."

- En esta otra sentencia del mismo órgano judicial⁶⁰³, en cuyo antecedente de hecho primero consta la realización de hechos subsumibles con el delito de documento oficial falso por los cuales fue condenada:

⁶⁰² España. STS de 7 junio 1990. RJ\1990\5229. Roj: STS 4368/1990. ECLI:ES:TS:1990:4368. Id Cendoj: 28079120011990108502.

⁶⁰³ España. STS de 2 octubre de 1990. RJ\1990\7628. Roj: STS 13478/1990. ECLI: ES:TS:1990:13478. Id Cendoj: 28079120011990105326.

"Para lograr ello, en el mes de agosto de 1983, se personó la procesada en la Comisaría de Policía de El Ejido solicitando la renovación de su Documento Nacional de Identidad por cambio de profesión, ya que pretendía sustituir el que figuraba hasta esos momentos en el que poseía, por la de médico, a tal fin y en justificación de tal cambio entregó a la funcionaria Rosario, junta a la tarjeta-declaración debidamente rellena y firmada, una certificación de la Facultad de Medicina de Valencia en la que se leía: "Doña Nieves ha satisfecho los derechos que señalan las disposiciones vigentes para la expedición de un título de licenciado en Medicina y Cirugía, que con esta fecha se solicita del Ministerio de Educación Nacional. Valencia 21 de julio de 1980. El Secretario de la Facultad", conteniendo dicho certificado una firma atribuida a la persona que refrendaba el mismo, así y como un anagrama y dos sellos donde se leía "Universidad de Valencia-Facultad de Medicina". Comprobándose posteriormente que ni la procesada había cursado la carrera de Medicina en dicha facultad, ni que la firma que aparecía en el documento había sido extendida por la funcionaria a la que se le atribuía, ni el impreso se venía utilizando en dicha facultad, ni en fin los sellos-tampones que figuraba en él pertenecían a dicho centro.

En definitiva dicho documento fue confeccionado falsamente por la procesada, bien directamente, bien por otra persona bajo el interés y directrices de aquélla, quien de esta forma consiguió que se le expidiera el carnet nacional de identidad, figurando como profesión nueva la suplantada de médico."

y que se debate su desestimación en casación en su fundamento jurídico primero:

"En relación con lo que pudiéramos denominar el segundo submotivo, la literalidad de la narración fáctica nos lleva a constatar que la procesada realizó todos los actos que integran la falsedad documental ya que la modalidad falsaria que se le atribuye -simulación de un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad-, aparece perfectamente descrita en los antecedentes de hecho resultando indiferente que la certificación fuera creada materialmente por la procesada o hubiera ésta requerido el concurso de un tercero ya que, en definitiva, la única persona que conocía su falta de titulación profesional y que presentó el certificado en las dependencias oficiales del Documento Nacional de Identidad fue la procesada animada por el propósito de conseguir que se hiciese mención en el correspondiente apartado, a su pretendida cualificación profesional, cuando le constaba que carecía de dicha titulación oficial, habiendo utilizado y dispuesto de dicho documento durante más de un año hasta que se detectan sus actividades odontológicas, lo que revela de manera inequívoca su dolo falsario proyectado sobre un documento que -como el certificado de estudios-, tiene carácter oficial."

- Y finalmente, en esta otra sentencia de una Audiencia Provincial⁶⁰⁴, en el que tras el correspondiente recurso de

⁶⁰⁴ España. SAP de Sevilla (Sección 3ª), de 22 de marzo. ARP\1999\1091.

apelación, se ratifica en la condena y en la aplicación de un concurso real de delitos, como se describe en su fundamento jurídico tercero:

"Respecto del delito de falsedad esta Sala suscribe los argumentos expuestos por el juzgador de la instrucción, esto es, no se duda del carácter oficial del documento señalado como folio 9 por cuanto la finalidad del informe es su unión a expediente administrativo de organismo oficial para obtener subvenciones oficiales y a ello se refiere la señora R. M., «ese papel es el que le dieron para llevar al ISFAS». En este documento se supone la intervención de personas que no la han tenido, pues, como puede apreciarse se hace constar que el facultativo que ha intervenido es don Rafael N. O. y éste negó haber tratado a Enriqueta, haber rellenado el documento ni haberlo firmado. Ello integra el tipo penal, pues, las conclusiones del informe penal emitido por el señor L. V. es concluyente, «el texto manuscrito en el informe de ayuda económica ha sido realizado por Francisco José G. G.». La circunstancia de que este informe no atribuya la firma de manera inequívoca al acusado no le exime de responsabilidad por cuanto éste al rellenarlo mediante falseamiento de la realidad y con pleno conocimiento, manifiesta la intervención de un facultativo que no ha intervenido, aspecto que conforma un perjuicio evidente no sólo para el destinatario del informe sino también el facultativo cuyo nombre y prescripción de tratamiento se supone deviniendo luego falaz por las razones expuestas. Ello impone la desestimación de este motivo del recurso."

16. Tipo privilegiado

El tipo privilegiado se localiza dentro del precepto del delito de intrusismo cuando *"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 seis a doce meses"*⁶⁰⁵.

Este tipo, denominado *"privilegiado"* al imponerse una pena inferior que en el caso del tipo básico, es una nueva creación del Código Penal de 1995 y que, si se echa la vista al anterior Código, contiene la redacción de la falta ubicada en el artículo

⁶⁰⁵ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 403.1.

572.1º del derogado texto⁶⁰⁶, que se mantuvo hasta la reforma de 1989⁶⁰⁷ en la cual se despenalizó tal conducta, convirtiéndose en un simple ilícito administrativo⁶⁰⁸, debido a las siguientes razones:

- en primer lugar, porque entre los principios en los que descansa el Derecho Penal moderno destaca el de intervención mínima. En mérito suyo, el aparato punitivo debe reservar su actuación para aquellos comportamientos o conflictos cuya importancia o trascendencia no puede ser tratada adecuadamente más que con el recurso a la pena; tan grave decisión se funda a su vez en la importancia de los bienes jurídicos en juego y en la entidad objetiva y subjetiva de las conductas que los ofenden.

- además, hace ya tiempo que existe unanimidad en la jurisprudencia y doctrina españolas en cuanto a que nuestro sistema penal tiene una amplitud excesiva, siendo grande el número de las infracciones penales carentes de sentido en la actualidad, sea porque ha desaparecido su razón de ser, sea porque el Derecho privado o el Derecho administrativo están en condiciones de ofrecer soluciones suficientes, con la adicional ventaja de preservar el orden de lo delictivo en su lugar adecuado, que debe ser la cúspide de los comportamientos ilícitos. En el mismo tipo de consideraciones debe inscribirse el hecho demostrable de que fuera de lo punible se describen y sancionan conductas de entidad notoriamente superior a las que son objeto de las descripciones penales. Resulta así que, de un lado, se ha llegado a un exceso de presencia de lo punitivo, y,

⁶⁰⁶ *“Serán castigados con la multa de 250 a 2.000 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 este requisito. A los reincidentes de impondrá, además de la multa, la pena de arresto menor.”*

⁶⁰⁷ España. Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. Boletín Oficial del Estado nº 148, de 22 de junio de 1989, págs. 19351-19358.

⁶⁰⁸ SERRANO TÁRRAGA, M. D. *El delito de intrusismo profesional*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 101; SOTO NIETO, F. *El delito de intrusismo profesional: singular ilícito penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012, pág. 59.

de otro, se ha producido cierto desequilibrio entre las penas y el sistema de reacciones jurídicas no penales.

- y finalmente, la situación expuesta es particularmente visible en el ámbito de las faltas. Los que en su día fueron llamados «*delitos veniales*» integran un cuerpo de infracciones penales de excesiva amplitud. A ello se añaden las imaginables consecuencias de agolpamiento ante los Tribunales de Justicia de muchos pequeños problemas que no merecen ciertamente el dispendio de tantos esfuerzos de los poderes públicos⁶⁰⁹.

Es entonces cuando se ha de analizar el motivo por el cual se despenaliza la figura en 1989 y, seis años después, se vuelve a tipificar como delito en el Código Penal de 1995, y con una pena mayor que cuando era delito con el texto anterior, cuando el mismo preámbulo de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal tiene una redacción similar en cuanto a los objetivos que la que posee el preámbulo de la ley de la reforma de 1989: ello se debe a la enorme presión que se ejercía por parte de los Colegios Profesionales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria⁶¹⁰.

Ya en el proyecto del Código Penal de 1995 existía dentro del tipo del delito de intrusismo el castigo tanto a la carencia de título académico, como a la de título oficial, pero al aceptar una enmienda del Grupo Vasco, la Comisión Parlamentaria eliminó la referencia "*título oficial*", pero ese mismo grupo parlamentario, cambió de opinión, y solicitó de nuevo la inclusión del texto eliminado. Tal consideración fue aceptada y tramitada con éxito por parte del Senado.

En este sentido, la jurisprudencia era fluctuante porque aquellos que ejercían la profesión de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria sin tener el correspondiente título oficial eran tratados de diferentes formas: desde la impunidad penal con la correspondiente sanción administrativa hasta la consideración de

⁶⁰⁹ España. Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. Boletín Oficial del Estado nº 148, de 22 de junio de 1989, págs. 19351-19358. Preámbulo.

⁶¹⁰ LÓPEZ GARRIDO, D., GARCÍA ARÁN, M. *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, pág. 175.

autor de delito de intrusismo. Todo dependía de la interpretación que se hacía del término "oficial" del artículo 321 del Código Penal anterior⁶¹¹.

La línea roja en este aspecto fue la ya tratada con anterioridad sentencia del Tribunal Constitucional 111/1993, de 25 de marzo⁶¹², relacionada con esta actividad profesional, en la cual se interpretó el término "título oficial" del artículo 321 como "título académico" debido a que el bien jurídico protegido no era un bien fundamental, como cita en su fundamento de derecho noveno⁶¹³: el título de Agente de la Propiedad Inmobiliaria no era un título académico y, por lo tanto, no era subsumible con el contenido del tipo. Es entonces cuando los Colegios Profesionales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, cuya actividad por persona no titulada quedaba penalmente desprotegida, ejercieron presión para la inclusión del tipo privilegiado del artículo 403 del actual Código Penal.

La diferencia entre título académico, que está ausente por parte del sujeto activo en el tipo básico, y título oficial, que es el descrito en el tipo privilegiado, es compleja por esta cuestión al afirmar que el título académico no equivale a título oficial, aunque los títulos académicos siempre son oficiales. Sin embargo, hay títulos que aun siendo oficiales no son académicos. Y de otra parte, a veces, se exige para la obtención de un título oficial estar en posesión de un título académico, como podría ser el caso de los gestores administrativos, pues para conseguir este título oficial se requiere previamente

⁶¹¹ "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."

⁶¹² España. STC 111/1993, de 25 de marzo. Boletín Oficial del Estado nº 100 de 27 de abril de 1993.

⁶¹³ "Ningún interés público esencial se advierte en la exigencia de un título para la intermediación en el mercado inmobiliario que no responda sino a intereses privados o colegiales, legítimos y respetables, pero insuficientes por sí solos para justificar la amenaza de una sanción penal como la aquí aplicada. Incurriendo, así, en una vulneración del principio de proporcionalidad entre el injusto y la pena que es inherente a un Estado social y democrático de Derecho como el que la Constitución configura (art. 1.1 C.E.)."

determinada licenciatura universitaria, y este título oficial no se concede por autoridad⁶¹⁴.

Por un lado, el título oficial es el emitido por el Estado u otra instancia habilitada al efecto⁶¹⁵, o por organismo que él reconozca⁶¹⁶, por lo cual el título académico es también un título oficial⁶¹⁷. El título oficial será expedido por el Estado, con la función de garantizar a la sociedad la capacidad técnica del titulado. Si tomamos el concepto en sentido estricto, la denominación "título oficial" es el que expide una Administración Pública u organismo dependiente de la misma a la cual le está reconocida tal facultad, con independencia de los estudios que se han tenido que culminar para su adquisición⁶¹⁸.

Por otro lado, los títulos académicos son los que se obtienen tras superar unos estudios universitarios regulados, siendo expedidos en nombre de SSMM el/la Rey/Reina de España, por el/la Rector/a de la Universidad donde se hubieran cursado. Por lo tanto, la diferencia entre título académico y título oficial se basa en que el oficial no requiere para su obtención, necesariamente, la realización de estudios superiores específicos, ni es la autoridad académica quien los expide, sino otra autoridad⁶¹⁹.

En clave constitucional, si acudimos al artículo 149.1 de la Carta Magna, se establece el elenco de materias donde el Estado tiene una competencia exclusiva para su legislación, y donde en la posición 30^a se encuentra la "regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el

⁶¹⁴ SERRANO GÓMEZ, A. *et al.* *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, Ed. Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2015, págs. 807-808.

⁶¹⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *El delito de intrusismo*, Actualidad Penal, nº 22, 28 de mayo de 1995, Madrid, 1995, pág. 323.

⁶¹⁶ LLORIA GARCÍA, P. *El concepto de título oficial en el delito de intrusismo*, *Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 111/1993, de 25 de marzo*, en "Cuadernos Jurídicos", nº 23, octubre, Madrid, 1994, pág. 46.

⁶¹⁷ SERRANO TÁRRAGA, M. D. *El delito de intrusismo profesional*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 107.

⁶¹⁸ SALOM ESCRIVÁ, J.S. *El delito de intrusismo profesional*, *Revista Jurídica de Cataluña*, 82 (1), Barcelona, 1983, pág.7.

⁶¹⁹ SERRANO TÁRRAGA, M. D. *El delito de intrusismo profesional*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 108.

cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia". En este precepto, se debe entender bajo la interpretación conjunta con el artículo 403 del Código Penal, que los denominados "*profesionales*" son los oficiales.

En el ámbito de la Odontología, al ser necesario para su ejercicio un título académico, bien sea Grado en Odontología, bien Licenciado en Odontología, o Licenciado en Medicina con la especialidad de Estomatología, no es posible la aplicación del tipo privilegiado cuando una persona realiza actos propios de la profesión de dentista, ya que siempre se requiere título académico, y no oficial.

Sin embargo, las otras profesiones declaradas en la Ley 10/1986, de 17 de marzo, no requieren estudios universitarios, ya que se obtienen tras cursar ciclos formativos de grado superior tanto en el caso del protésico dental⁶²⁰, como en el del higienista dental⁶²¹, y cuando son sometidos a contenciosos, se estiman como si fueran títulos académicos.

En el presente estudio se pueden destacar las siguientes resoluciones sobre el asunto:

- En primer lugar, en la una sentencia de una Audiencia Provincial⁶²², donde un dentista quedó absuelto por un delito de intrusismo por la presunta realización de prótesis dentales sin el correspondiente título, y una asociación autonómica de protésicos dentales interpuso recurso de apelación que fue desestimada. En su fundamento jurídico cuarto, tras analizar lo que es "*título académico*", declara que el de protésico dental no lo es y que, por lo tanto, su actividad está despenalizada debido a que se estaba aplicando el artículo 321 del anterior Código Penal que utilizaba sólo el término "*título oficial*" como sinónimo de académico. Por lo tanto, entiende el título como

⁶²⁰ España. Real Decreto 1687/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el título de Técnico Superior en Prótesis Dentales y se fijan sus enseñanzas mínimas. Boletín Oficial del Estado nº 302, de 18 de diciembre de 2011, págs. 137939-138000.

⁶²¹ España. Real Decreto 769/2014, de 12 de septiembre, por el que se establece el título de Técnico Superior en Higiene Bucodental y se fijan sus enseñanzas mínimas. Boletín Oficial del Estado nº 241, de 4 de octubre de 2014, págs. 79186-79253.

⁶²² España. SAP de Cantabria (Sección 1ª), nº 49/1998, de 10 de junio. ARP\1998\3598.

oficial, según la actual acepción según el vigente artículo 403 del Código Penal:

"La expresión «título académico oficial» permite, obviamente y en una primera aproximación, una amplia interpretación comprensiva de cualquier título expedido tras haber cursado estudios en un centro de enseñanza oficial, pero es claro que así entendida conduce a una amplitud desmesurada del tipo que nos ocupa, que abarcaría hoy día prácticamente cualquier profesión para cuyo ejercicio se requiriese, por ejemplo, título de bachiller o la antigua Enseñanza General Básica. Por ello se imponía necesariamente una interpretación más restrictiva, y así fue defendido por amplios sectores de la doctrina que interpretaron dicha expresión como referente a título académico universitario, bien en sus grados superiores bien, incluso, en sus grados medios con base en la referencia que el párrafo Cuarto de la Base Quinta de citada Ley 23 diciembre 1961 al «título facultativo» y al «título o grado facultativo», como equivalentes a título expedido por una Facultad o centro de enseñanza de igual grado. En el fondo late la necesidad de adecuar la interpretación del tipo a la protección del bien jurídico que pretende tutelar, que no debe ser otro que el interés social de evitar el posible peligro que supone el ejercicio por personas desaprensivas o carentes de la necesaria preparación de tareas delicadas y trascendentes para los ciudadanos y que exigen conocimientos y capacidades especiales; ciertamente que junto a esto se consideran también protegidos por la norma los intereses profesionales de quienes han obtenido un título oficial frente a competidores presuntamente «ignorantes e inhábiles», como afirma el Tribunal Supremo en Sentencia de 30 septiembre 1991 (RJ 1991\6655), pero indudablemente tal interés debe ser calificado de menor y residual, pues aun siendo absolutamente legítimo, no parece que su defensa deba obtenerse mediante el recurso a instrumento tan grave y estigmatizante como es una pena.

El ejercicio de la profesión de protésico dental requiere, a tenor de lo dispuesto por la Ley 10/1986, de 17 marzo (RCL 1986\862) y RD 1594/1994, de 15 julio (RCL 1994\2556) que la desarrolla, de la obtención del correspondiente título de Formación Profesional de Segundo Grado, que no es un título universitario (art. 3 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 octubre [RCL 1990\2045] de Ordenación General del Sistema Educativo). Por ello, en definitiva, no puede afirmarse, desde la perspectiva del derecho penal anterior a la promulgación del nuevo Código, que la actividad de protésico dental estuviese protegida por las normas penales de su ejercicio por personas no tituladas, tal como entendió el Juez de instancia cuya decisión, en definitiva, debe ser íntegramente confirmada."

- y en esta otra sentencia⁶²³, donde un Colegio Profesional de Protésicos Dentales denunció la actividad de una persona que no poseía la titulación requerida, siendo condenado por el tipo agravado a pena de prisión y la clausura del local donde ejercía la actividad. Dicho intruso presentó recurso de apelación,

⁶²³ España. SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª), nº 180/2008, de 14 de marzo. JUR\2008\164213.

consiguiendo no sólo que fuera absuelto de las penas impuestas, sino que se le aplicara la pena del tipo básico, y no del privilegiado. En este caso se define el argumento del fundamento jurídico primero, donde se analiza la pertinencia de la aplicación del primer párrafo del artículo 403 originario del Código Penal de 1995, sin especificar si el título de protésico dental es académico u oficial:

"En cuanto al primer requisito, la Ley 10/1986 de 17 de Marzo, en su artículo 2 establece que se reconoce la profesión de protésico dental con el correspondiente título de Formación Profesional de segundo grado, siendo evidente, pues que el acusado carece de título o reconocimiento alguno que le habilite para el ejercicio de dicha profesión, puesto que ninguna homologación ha llevado a cabo respecto de su presunta condición de Protésico dental. Él así lo ha reconocido en el plenario, como ya lo hizo desde su inicial declaración judicial el 2 de Diciembre de 2005 (folio 29), puesto que, además, y pese a tiempo transcurrido de esa declaración, sólo ha aportado en el momento de la vista una serie de documentos que solo hacen referencia a la asistencia a cursos prácticos de perfeccionamiento de prótesis total impartidos por el Colegio de Odontólogos de Buenos Aires. Y en cuanto al segundo requisito, es evidente que ha llevado a cabo actos propios de dicha profesión (reparación de prótesis dentales que deben realizarse en todo caso dichas manipulaciones propias de su artesanía conforme a las indicaciones y prescripciones de los odontólogos o médicos estomatólogos, conforme determina el art. 2.1 de la Ley 10/1986). Tal y como igualmente ha reconocido. En definitiva, se limita a alegar el desconocimiento de tal obligación legal, y en orden al alegado error, difícilmente puede alegar un profesional en cuestiones propias de un trabajo, un error invencible cuando tiene la obligación de saber y conocer cuál es su cometido dentro de esa profesión, y cuáles son las obligaciones legales, pero en todo caso en este supuesto tenemos una prueba evidente y clara de que el imputado era conocedor de la necesidad de homologar el presunto título, - sí lo tenía, o de acreditar a través de los procedimientos legalmente establecidos, y al amparo de las Disposiciones Transitorias -, para acreditar fehacientemente tal ejercicio y poder ser habilitados por la Administración Española, pues así de tajante se mostraron ambos testigos que depusieron el plenario, la Presidenta del Colegio Profesional de Protésicos Dentales (D^a Amanda) y un miembro de la Junta Directiva (D^o Octavio), en cuanto que le informaron al recurrente de su obligación legal de obtener la correspondiente habilitación. De hecho la aportación de recibos de pago a la Asociación, lo es hasta 1990, y es precisamente tras la creación del Colegio, por Ley 4/2002, a partir del cual, consta, por testifical de referencia, el claro conocimiento de que no podía seguir practicando tal actividad profesional, hasta el punto de habersele denegado la colegiación, como el recurrente admite por tal motivo. Ninguna impunidad puede sostenerse con seriedad por el hecho de que con anterioridad a la Ley hubiese ejercido tal actividad, pues tipificada una conducta, será a partir del momento de ese momento cuando por actos cometidos a partir de ese momento podrá incurrir en el tipo penal, y no por actos anteriores, por aplicación del principio de

legalidad en su garantía de irretroactividad de las leyes penales. Así pues, la impugnación es desestimada."

y en el fallo (o parte dispositiva) donde se le condena con la pena establecida por el tipo básico (título académico) a 6 meses de multa, y no por el privilegiado (título oficial)⁶²⁴, por lo que se entiende que se trata de un título académico, y no oficial:

"Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Oscar , contra la sentencia de 7 de Diciembre de 2007, dictada por el Juzgado de lo Penal nº Cuatro de Santa Cruz de Tenerife en el P.A. 276/06 que revocamos parcialmente dejándola sin efecto, y en consecuencia condenar al recurrente como autor responsable de un delito de intrusismo ya definido a la pena de seis meses de MULTA con una cuota diaria de 6 € y responsabilidad personal subsidiaria caso de impago de tres meses de privación de libertad. Declaramos las costas de oficio."

17. Tipo agravado.

Se trata de la aplicación del contenido que existe en el apartado 2 del artículo 403 del actual Código Penal, el cual indica que *"se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años si concurriese alguna de las siguientes circunstancias: a) Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido. b) Si el culpable ejerciere los actos a los que se refiere el apartado anterior en un local o establecimiento abierto al público en el que se anunciare la prestación de servicios propios de aquella profesión."*

⁶²⁴ El texto original del artículo 403 del Código Penal de 1995 es el siguiente: *"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."*

Por lo tanto, de su lectura se puede apreciar que sólo es necesario como requisito la existencia de una de ellas: o la atribución pública, o el ejercicio en establecimiento abierto al público.

Esta redacción es la vigente desde el 1 de julio de 2015, modificación realizada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo⁶²⁵, ya que la anterior redacción sólo definía la primera de las circunstancias en un segundo y último párrafo del artículo: "*si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de 6 meses a 2 años.*" Será ésta la redacción del artículo que está vigente en las resoluciones analizadas en el presente estudio.

Por lo tanto, es tan reciente que no existe ni doctrina ni jurisprudencia al respecto en la aplicación de la segunda circunstancia agravante, ni tampoco si el ejercicio de ambas agravantes puede desencadenar en un tipo "agravadísimo"⁶²⁶. Pero para poder indicar algo al respecto es necesario que transcurra el tiempo para que se ventilen procedimientos con la aplicación del nuevo texto, y que la doctrina más autorizada analice los casos.

Este tipo agravado puede ser aplicado junto a las penas correspondientes al tipo básico y privilegiado analizados con anterioridad ya que la dicción del tipo no especifica la clase de título: "*cualidad de profesional amparada por el título referido*". Esta agravación que conlleva a una pena más grave, ya que complementa la pena de multa con la de prisión, se produce porque existe una falsedad expresa, que es determinada por la atribución pública de la cualidad profesional que se carece, encontrándose inmersa dentro de las denominadas falsedades personales⁶²⁷. La atribución pública de la cualidad de

⁶²⁵ España. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado nº 77, de 31 de marzo de 2015, págs. 27061-27176

⁶²⁶ Por ejemplo, que la jurisprudencia indique que se aplique en tal caso una pena de la mitad superior de la horquilla, o la superior en grado.

⁶²⁷ SERRANO TÁRRAGA, M. D. *El delito de intrusismo profesional*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 111.

profesional cobra una entidad que se aproxima al engaño propio del delito de estafa, si bien no se identifica con él, puesto que aunque la atribución, que puede tener lugar por actos concluyentes, debe ser idónea para inducir a error sobre la cualidad del profesional, no es preciso que llegue a producirla efectivamente: se trata de un parangón, comparación o semejanza, de aptitudes, siempre distinguible de un parangón de los efectos⁶²⁸.

El concepto de público es amplio, debiéndose entender como aquello que es notorio o conocido por la sociedad en general, o que puede llegar a ser conocido. Se produce con un solo acto, como puede ser la colocación de una placa, un rótulo, un anuncio en los diversos medios publicitarios, difusión de tarjetas de visita, etc...⁶²⁹, aunque también se incluye dentro del concepto de atribución pública que el sujeto activo se dé o se haga dar por sus ayudantes el tratamiento correspondiente al título que se atribuye, por ejemplo, el uso de la palabra "Doctor"⁶³⁰.

Como se ha descrito con anterioridad, esta atribución pública llevada a cabo por actos de publicidad que deben ser idóneos para producir el error, ya que en caso contrario no sería una conducta punible⁶³¹. Si con la falsa apariencia no se consigue engañar a nadie, se establece el tipo agravante si los actos son idóneos para ello. Si el perjudicado conoce la ausencia de titulación, existirá la agravante por el hecho de atribuirse públicamente la cualidad de profesional⁶³².

Es de destacar que esta atribución pública, para que sea punitiva, debe ser realizada por el sujeto activo, y no se lo realiza una tercera persona. Ahora bien, si este tercero lo

⁶²⁸ SOTO NIETO, F. *El delito de intrusismo profesional: singular ilícito penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012, pág. 61.

⁶²⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Código penal comentado*, Ed. Akal, Madrid, 1990, pág. 585.

⁶³⁰ DÍAZ VALCÁRCEL, L.M. *La revisión del Código Penal y otras leyes penales*, Ed. Nauta, Barcelona, 1964, pág. 127.

⁶³¹ CÓRDOBA RODA, J. *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, tomo III, Ed. Marcial Pons, Madrid 2004, pág. 1055.

⁶³² RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *El delito de intrusismo*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1969, pág. 273.

realiza con el encargo y consentimiento del sujeto activo, sí es menester la aplicación del tipo agravado⁶³³. En el caso de que el tercero atribuyese tal titulación al sujeto activo sin encargo, y no lo desmiente, no se le aplicará el tipo agravado al sujeto activo ya que se encuentra ajeno a tal conducta: el tipo agravado consiste en una acción ("atribuirse"), y no en una omisión⁶³⁴.

De lo que sí existe es jurisprudencia, y bastante, es del tipo agravado que ha estado formulado como atribución pública, y que se procede a su estudio:

- En la esta sentencia⁶³⁵, en su fundamento jurídico tercero, se confirma la aplicación del tipo agravado, con la siguiente consideración sobre una placa:

"Finalmente, la aplicación del subtipo agravado del párrafo segundo del artículo 403 del Código Penal resulta evidente por la constatación de la placa situada en el exterior del edificio donde ejercía la profesión con las palabras «Doctor José Luis E. A., Clínica Dental», lo cual, unido al hecho de la existencia de una consulta abierta al público en la que se practicaban actos exclusivos de la profesión de odontólogo, es suficiente para entender que públicamente se atribuyó dicha cualidad."

- En esta otra sentencia⁶³⁶, se desestiman los recursos tanto del intruso como del Ilustre Colegio de Médicos. El primero, impidiendo la aplicación del tipo agravado, y el segundo, lo contrario, es decir, que se aplicara, ya que en la primera instancia sólo se le había condenado aplicando el tipo básico. En referencia al intruso, en el fundamento de derecho tercero, se declara que no ha de lugar tal agravante:

⁶³³ SALOM ESCRIVÁ, J.S. *El delito de intrusismo profesional*, Revista Jurídica de Cataluña, 82 (1), Barcelona, 1983, pág. 64.

⁶³⁴ CÓRDOBA RODA, J. *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, tomo III, Ed. Marcial Pons, Madrid 2004, pág. 531.

⁶³⁵ España. SAP de Teruel, nº 19/1997, de 2 de octubre. ARP\1997\1524.

⁶³⁶ España. SAP de Cantabria (Sección 1ª), de 16 de abril ARP\1998\2474.

"En segundo lugar, el recurrente cree haber encontrado lo que él mismo califica de contradicción manifiesta entre algunas afirmaciones realizadas por el juzgador tanto en el relato fáctico como en la fundamentación jurídica, al estimar que unas veces la utilización por el acusado del término «doctor» en la placa del edificio donde tenía la consulta y tarjetas sirve para incriminarle (apartado I-C, párrafo 3.º de los Fundamentos Jurídicos), y otras veces (apartado I-C, párrafo 5.º) para «lo contrario». Sin embargo, la Sala considera que es clara y evidente la inexistencia de contradicción alguna toda vez que los elementos y expresiones entre los que el recurrente quiere, pretende establecer la relación no son estrictamente los únicos que aparecen en el relato fáctico y en el Fundamento Jurídico (pues el propio juzgador añade, entre los citados párrafos tercero y quinto, un cuarto donde claramente señala que lo verdaderamente relevante a la hora de apreciar o no la existencia del delito de intrusismo es la propia naturaleza de la actividad profesional realizada: prescripción de ortopantomografías, de análisis clínicos y puesta de inyecciones intravenosas) y además en el citado párrafo 5.º el juzgador lo que hace es explicar por qué considera no aplicable análisis el tipo agravado previsto en el núm. 2 del art. 403 ya que si bien es evidente la existencia de una atribución pública, no es una atribución típica pues aquélla va referida a su cualidad de naturópata u osteópata y ésta debería ir referida a una usurpada profesión, fundamentalmente, de médico, ATS, estomatólogo u odontólogo, aspecto éste que el juzgador «a quo» explica claramente en dicho párrafo 5.º y que constituye, precisamente, el contenido del recurso interpuesto por el Colegio Oficial de Médicos de Cantabria, que se analizará posteriormente."

y se recibe la misma respuesta ante la consideración reflejada en el recurso del Ilustre Colegio de Médicos, dictado en el fundamento jurídico décimo de la sentencia:

"El recurso interpuesto por el Colegio de Médicos de Cantabria está orientado a lograr la aplicación del tipo agravado de intrusismo previsto en el art. 403 núm. 2, solicitando por ello la imposición de la pena de prisión de dos años, frente a la multa de siete meses establecida por la sentencia recurrida.

Realiza tal pedimento por considerar que el acusado se ha atribuido públicamente la cualidad de médico, en concreto la de «doctor»; sin embargo cuando, a continuación, el propio recurrente trata de explicar más detalladamente los actos concretos que pondrían de manifiesto -en su opinión- tal atribución pública, alude a una serie de hechos o apreciaciones que si bien están alegadas en estrictos términos acusatorios (y como tal deben ser y son valorados por esta Sala) lo cierto es que no pueden ser aceptados, toda vez que no se corresponden con la realidad ni con la interpretación que de tal tipo agravado ha realizado la doctrina y la jurisprudencia, matización esta última que incluso el propio recurrente parece reconocer en el último párrafo de su alegación al indicar que la atribución de «doctor» únicamente ante los pacientes tampoco serviría de base para considerar aplicable la modalidad agravada que propugna. El motivo debe ser asimismo desestimado y por tanto confirmada la sentencia también en lo que respecta a la modalidad delictiva concreta aplicada."

- En ese mismo año, en otra sentencia⁶³⁷, se procede a declarar, en su fundamento jurídico primero, que no existe atribución pública:

"Tampoco concurre en el caso que nos ocupa el tipo agravado de la publicidad. No existe prueba objetiva que acredite sin temor a la duda, que la acusada se hubiese atribuido públicamente la cualidad de estomatóloga u odontóloga. Así, en la denuncia se habla de publicidad donde se hace referencia a una higienista dental - mecánico dentista, pero nunca se hace alusión a estomatólogo u odontólogo. El policía nacional, tras hablar con los vecinos de la acusada, indicó que éstos, unos creían que Milagros T. era dentista y otros higienista. Las cartas dirigidas por los laboratorios a la acusada, no se dirigen a ella como estomatóloga o higienista. No tenía placa donde se anunciase con estos últimos títulos citados. Faltando pues tal prueba, no puede prosperar el tipo agravado interesado por la acusación particular."

- En esta otra sentencia⁶³⁸, se condena a un intruso absuelto en primera instancia, por la interposición de un recurso de apelación presentado por el Ilustre Colegio de Dentistas de Cantabria, pero sólo por el tipo básico, ya que según se recoge en su fundamento jurídico décimo, no es de recibo la agravante, como se declara literalmente a continuación:

"El recurso interpuesto por el Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Cantabria estaba orientado también a lograr la aplicación del tipo agravado de intrusismo al considerar que el acusado se habría atribuido públicamente la cualidad de odontólogo; sin embargo la Sala no puede estimar esta alegación ya que no existe prueba objetiva que acredite dicha atribución pública.

Como ha considerado la doctrina y la jurisprudencia, la mayor gravedad del subtipo radicaría en la falsedad que, con proyección pública, viene a añadirse a la intrusa dedicación, relacionándose (ahora sí sin problemas por parte de la doctrina, dada su incardinación más directa en la estructura de las falsedades) esta modalidad agravada con la fe pública y la seguridad del tráfico fiduciario (Sentencias de 4 abril 1987 [RJ 1987\1864] o 29 octubre 1992), pues debe resaltarse que este delito estaba ubicado, sistemáticamente, en el art. 321 del anterior Código Penal, en el Capítulo VII «De la usurpación de funciones y calidad» del Título III relativo a las falsedades, y en el nuevo Código Penal, en el art. 403, en el Capítulo V «De la usurpación de

⁶³⁷ España. SAP de Valladolid (Sección 2ª), nº 586/1998, de 2 de junio. ARP\1998\2550.

⁶³⁸ SAP de Cantabria (Sección 1ª), nº 114/1998, de 18 de diciembre. ARP\1998\5890.

funciones públicas y del intrusismo» dentro del Título XVIII también dedicado a las falsedades, en definitiva, cabría calificarlo de supuesto de falsedad personal, por lo que, como se señalaba entre otras la Sentencia de 28 octubre 1993, para la aplicación de la agravación no basta con que el autor del delito se arroge la condición que usurpa (en este caso la de odontólogo o médico estomatólogo-que tampoco se la ha atribuido-), que puede hacerse cuando se contacta con el cliente, en el momento en el que se le atiende o después de cobrarle el trabajo realizado, sino que es necesario que tal atribución se haga «públicamente», es decir, utilizando un medio de exteriorización que por su condición tenga aptitud para llegar a una pluralidad indiscriminada de personas, como ocurre, por ejemplo, cuando se anuncia a través de la prensa, radio, rótulos, hojas impresas u otro medio de alcance semejante ... sin que, baste un acto de atribución aislada que, aunque pudiera repetirse con todos los clientes, nunca podría alcanzar la nota de publicidad.”

- En esta otra⁶³⁹, en su fundamento jurídico cuarto, se aprecia que no es pertinente la aplicación en el caso del tipo agravado, y por lo tanto, se estima parcialmente el recurso interpuesto por el acusado:

“Se alega en el recurso infracción del art. 403.2º del Código Penal porque el acusado no se atribuyó públicamente la cualidad de odontólogo.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de octubre de 1993 (RJ 1993\7984), ha declarado que para la aplicación de la agravación no basta que el autor del delito se arroge la condición que usurpa, que puede hacerse cuando se contacta con el cliente, en el momento en que se le atiende o después al cobrarle el trabajo realizado. Es necesario que tal atribución se haga «públicamente», es decir utilizando un medio de exteriorización que por su condición tenga aptitud para llegar a una pluralidad indiscriminada de personas, como ocurre cuando se anuncia a través de la prensa, radio, rótulos, hojas impresas u otro medio de alcance semejante.

En la sentencia recurrida se argumenta que no se han localizado tarjetas o facturas o publicidad en las que el acusado se atribuyera expresamente el título de doctor odontólogo o estomatólogo. Cabe añadir que en ninguno de los centros donde el acusado desarrolló su actividad existía rótulo o placa que expresamente le atribuyera tal titulación. No obstante, el Juez de instancia aplica el subtipo agravado en base a que el apellido del acusado -G.- aparecía en la denominación de los centros de Montblanc y de la calle Cienfuegos de Barcelona y en que dos de los testigos afirman en el juicio su creencia de que el acusado era odontólogo . Esta creencia errónea de los pacientes no es suficiente para estimar que ha existido atribución pública de una inexistente titulación , pues ello constituye un elemento del delito de intrusismo ya que si una persona realiza actos propios de una profesión, lo lógico es que el cliente crea hallarse ante un profesional titulado. Tampoco la denominación de los centros, puede estimarse base suficiente para la titulación pública por ser una

⁶³⁹ España. SAP de Barcelona (Sección 3ª), de 2 febrero. ARP\2000\98.

identificación del centro sin referencia concreta a las personas que en él ejercen actividad.

En consecuencia, la Sala estima que no puede aplicarse en el presente caso el subtipo agravado previsto en el párrafo segundo del art. 403 del Código Penal, procediendo en este punto la estimación del recurso."

- En esta sentencia de la Audiencia Provincial de León⁶⁴⁰, por solicitud en recurso de apelación del Colegio de Dentistas de la misma provincia, se vuelve a debatir la pertinencia de su aplicación por modificación de la narración de los hechos probados, desestimando tal pretensión con la motivación incluida en el fundamento jurídico segundo:

"Estimándose correcta y ajustada a Derecho la sentencia recurrida, tanto en la apreciación de los hechos como en su calificación jurídica y sanción impuesta, es procedente la confirmación de aquélla, en virtud de las mismas razones expresadas en su fundamentación, que se aceptan en lo esencial, dándose por reproducidas, y que no han sido desvirtuadas mediante las alegaciones formuladas por los recurrentes, debiéndose tener en cuenta, respecto de dichas alegaciones:

2.1. Se pretende modificar la anterior narración, añadiendo una referencia a que el acusado venía atribuyéndose de forma pública y notoria la condición de dentista, discrepando asimismo los apelantes de lo que se expone en el fundamento quinto, pues arguyen que no todos los que fueron irregularmente tratados distinguen entre un protésico dental y un dentista. Esta tesis ha sido correctamente rechazada en el apartado que se critica, aunque debe entenderse salvado ahora el patente error allí sufrido al nombrar a una persona distinta del acusado (al final de la novena línea). Pero los que fueron atendidos por el señor F. tenían que saber que no era médico y tenían elementos para creerlo, dado lo inhabitual, en la actualidad, de ver a un especialista desarrollar su trabajo sin guantes y en la trastienda de un bar; en cuanto a la tarjeta (original incorporado al folio 137 de la causa), probablemente sea más clara la denominación «mecánico dentista» que la de «protésico»."

- Y en esta sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla⁶⁴¹, en la cual el intruso recurre la sentencia condenatoria de pena de prisión por observarse la presencia de la atribución pública, siendo desestimada por el órgano "ad quem", según se explica detalladamente en su fundamento jurídico cuarto:

⁶⁴⁰ España. SAP de León (Sección 3ª), nº 62/2000, de 16 de mayo. ARP\2000\1767.

⁶⁴¹ España. SAP de Sevilla (Sección 3ª), nº 208/2002, de 25 de julio. JUR\2003\227515.

"Aduce finalmente la defensa del acusado apelante que en la conducta de éste no se dan los requisitos exigidos para la aplicación del subtipo agravado tipificado en el último párrafo del tipo del artículo 403 del Código Penal.

El argumento expuesto por el acusado no puede ser estimado; pues lo cierto es que de la prueba practicada se deduce la concurrencia en este caso de la atribución pública por parte del acusado de la cualidad profesional de la que carecía, así tanto de la colocación de la placa en la puerta de la clínica, como de los anuncios en revistas, pasquines y radio se acredita la existencia en este caso de la concurrencia en la conducta del acusado del subtipo agravado previsto en el artículo 403 del vigente Código Penal.

También este último motivo de impugnación debe ser desestimado, y con él la totalidad del recurso de apelación interpuesto procediendo la íntegra confirmación de la sentencia condenatoria recurrida."

- En esta otra de un juzgado de primera instancia⁶⁴², se explica en su fundamento jurídico primero la no presencia de publicidad en la atribución:

"No cabe, por el contrario, encuadrar la conducta del acusado en el subtipo agravado que se define en el segundo párrafo del citado art. 403, como pretende la acusación particular, al no haber quedado acreditado que se atribuyera públicamente la cualidad profesional de odontólogo, pues para ello no es suficiente que el autor del delito se arroge la condición que usurpa, que puede hacerse cuando contacta con el cliente, en el momento en que le atiende o después al cobrarle el trabajo realizado. Es necesario además, como señala la STS de 28 de octubre de 1993, que tal atribución se haga públicamente, es decir utilizando un medio de exteriorización que por su condición tenga aptitud para llegar a una pluralidad indiscriminada de personas, como cuando se anuncia a través de la prensa, radio, rótulos, hojas impresas u otro medio de alcance semejante. En el presente supuesto solo quedó probado que el Sr. S. se hacía pasar por dentista ante los clientes que acudían a la clínica y él atendía, pero no que se anunciara públicamente como tal."

- En esta sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid⁶⁴³, en la que el acusado recurre, entre otros motivos, por la no apreciación de la atribución pública, siendo desestimada tal pretensión, y detallada en su fundamento jurídico tercero:

⁶⁴² España. Sentencia del Juzgado de lo Penal Nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, nº 109/2003, de 24 de marzo. JUR\2003\96124.

⁶⁴³ España. SAP de Madrid (Sección 15ª), nº 248/2003, de 30 de mayo. ARP\2003\599.

“Es correcta la aplicación del segundo párrafo del artículo 403 del Código Penal y la agravación de pena que supone. Discute el recurrente que el acusado haya difundido públicamente una condición de mecánico dental que no tenía. Reconoce carecer de la correspondiente titulación pero afirma que puso el rótulo que consta en el buzón de correos por haber trabajado como aprendiz. A los folios 54 y 55 constan sendas fotografías del buzón, donde se lee con claridad: José Ángel ESTEBA MECÁNICO DENTISTA Begoña NUM003 NUM002». En el 53, un comunicado de la Comisaría de Móstoles al Juzgado Instructor, del que resulta que los vecinos del inmueble manifiestan que en el domicilio señalado hay una «CLINICA DENTAL». El trabajo de aprendiz no le faculta para ostentar título alguno. La excusa que facilita, carece de sentido y de lógica. No es normal que figure una profesión en los buzones y más cuando no se tiene autorización para ejercerla. Sólo cobra coherencia al resultar probado, como ya se ha dicho, que recibía en ese piso, a pacientes, los cuales por medio de la lectura del buzón, comprobaban a qué piso habían de encaminarse. Es decir se colocó la expresión en el buzón, con la finalidad de hacerlo público, que fuera conocido por cuantos entraran o pasaran por el portal y de así captar clientes.”

- En esta otra sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres⁶⁴⁴, no se estimó la atribución pública en la resolución “a quo”, ni es tratada en el recurso de apelación, interpuesto por el acusado, para su inclusión, ya que la intención era revocar la sentencia en la que se aplicaba el tipo básico. La atribución pública, que se ubica en el antecedente de hecho primero, no es específicamente del protésico dental, sino del supuesto cooperador necesario, médico odontólogo, que fue absuelto:

“En el mes de octubre de 2003, el acusado recibió en su consulta a Montserrat, quien se presentó en la misma sin previa indicación de odontólogo y en base a la publicidad dejada en su buzón, solicitando una prótesis parcial superior. El acusado procedió tomándole medidas, y realizó el molde que colocó a la paciente.”

- En esta otra sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona⁶⁴⁵, el condenado por el tipo agravado obtiene la estimación de su recurso, al entender que no es de aplicación, como se explica en el fundamento jurídico tercero:

⁶⁴⁴ España. SAP de Cáceres (Sección 2ª), nº 149/2005, de 17 de noviembre. JUR\2006\834.

⁶⁴⁵ España. SAP de Gerona (Sección 3ª), nº 420/2006, de 10 de julio. JUR\2007\63906.

"Aduce finalmente la defensa del acusado apelante que en la conducta de éste no se dan los requisitos exigidos para la aplicación del subtipo agravado tipificado en el último párrafo del tipo del artículo 403 del Código Penal.

El argumento expuesto por el recurrente debe ser estimado. Pues lo cierto es que de la prueba practicada no se deduce la concurrencia en este caso de la atribución pública por parte del acusado de la cualidad profesional de la que carecía, dado que aún cuando es evidente que insertó un anuncio en la revista dirigida en especial a personas de nacionalidad alemana, al estar redactado en idioma alemán y no haberse efectuado en legal forma la traducción no es posible determinar su contenido y en consecuencia, no se puede deducir del mismo el cumplimiento del requisito exigido en el último párrafo del artículo 403 Código Penal, dejando sin efecto la condena en aplicación de dicho precepto y condenándole por el segundo párrafo del artículo 403 Código Penal a la pena de tres meses de multa con una cuota diaria de seis euros, dado que conforme a la doctrina del Tribunal Supremo (SS15/03/2002 y 11/06/2002) es posible fijar la misma al hallarse próximo al mínimo aún no conociéndose la capacidad económica del acusado, salvo que se encuentre en situación de indigencia, que no acontece en este supuesto."

- Y finalmente, en esta sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid⁶⁴⁶, en su fundamento de hecho primero, aprecia la agravante en este singular caso:

"El primer motivo del recurso alega vulneración del art. 403 del C. Penal, por entender que se ha hecho aplicación indebida del subtipo segundo del último párrafo de dicho precepto.

Entiende esta Sala que dicho motivo no puede prosperar, ya que, aunque algunos testigos en el juicio oral, manifestaron que la acusada les dijo que era Higienista y Protésico, la mayoría de ellos, sin embargo manifiestan que les dijo que era Odontólogo , incluso que hacía prácticas en la Seguridad Social, y ello se ratifica por el hecho de que, en la consulta, se observa que había una placa, que fue intervenida por la Policía, en la que se atribuye la condición de odontólogo , y esta placa es perfectamente visible para todos los pacientes y terceros que acuerden, añadiendo algunos testigos que era público que la acusada ejercía como " dentista ", en lo que abunda la propaganda aportada por el testigo Sr. Rafael . Por ello, el hecho de que la acusada se atribuía públicamente la condición de odontólogo ha quedado plenamente acreditado. Es más, la propia acusada, en su primera declaración ante el Juzgado instructor, dice que había obtenido el título en septiembre, de lo que luego se desdijo.

Es cierto que la placa no se hallaba en la vía pública, pero sí en su consulta, lo que tenía efecto sobre las personas que acudían a la misma, en el convencimiento de que era odontóloga."

16. Responsabilidad civil

⁶⁴⁶ España. SAP de Valladolid (Sección 4ª), nº 109/2008, de 27 de mayo. JUR\2009\19213.

La mayor parte de las conductas tipificadas como delitos o faltas en el Código penal constituyen también supuesto de hecho de consecuencias jurídicas de Derecho privado que, en términos laxos, podemos llamar de "responsabilidad" en el terreno civil, desde la nulidad e ineficacia de actos y contratos por motivos diversos, hasta la imposición de ejecución forzosa de conductas omitidas o irregulares; desde la ineficacia jurídica de actos hasta la indemnización de daños y perjuicio. En algunos casos, determinados tipos de delito, y cuando concurren determinadas cualidades funcionales y de relación con una Administración Pública, esa responsabilidad surge también bajo las reglas del Derecho Administrativo, esencialmente las de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas⁶⁴⁷. En lo que sigue, las referencias a las normas y principios civiles incluirán igualmente los de Derecho Administrativo para los casos pertinentes.

Al mismo tiempo, gran parte de las conductas generadoras de alguna forma de "responsabilidad civil" de carácter doloso, y de algunas negligentes también, desde luego son conductas típicas criminalmente de modo que, si concurren los demás elementos necesarios para la punición, son sancionadas penalmente

Existe completo acuerdo en que las normas de los artículos 109 al 122 del Código Penal⁶⁴⁸, aun contenidas en un texto

⁶⁴⁷ Tratada en los artículos 139 y siguientes de la derogada Ley 30/1992, de 30 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

⁶⁴⁸ Artículo 109: "1. La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados. 2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil." Artículo 110: "La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1.º La restitución. 2.º La reparación del daño. 3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales." Artículo 111: "1. Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito. 2. Esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irrevindicable." Artículo 112: "La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa." Artículo 113: "La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a

normativo penal, no son reglas de Derecho Penal, sino de Derecho Privado o Civil⁶⁴⁹. Desde este punto de vista, su entendimiento, interpretación e integración han de ser los propios de las normas de Derecho Privado (artículos 3 y siguientes del Código Civil). Sin embargo, su inserción en el Código Penal no es intrascendente, pues el canon de interpretación contextual y sistemática del artículo 3.1 del Código Civil debe llevar a considerar, en la interpretación y aplicación de los artículos 109 al 122 del Código Penal, que se trata de preceptos "dentro" del Código Penal y, por tanto, que deben entenderse de forma coherente con las normas penales en general, y en especial con aquellas que rigen las conductas que son también supuesto de hecho de los mismos. La coherencia en el entendimiento de estas reglas se ha de referir también, no obstante, al conjunto de las reglas civiles que prevén responsabilidad para la misma, aunque no constitutiva de delito o falta, conducta o que establecen la misma clase de consecuencia jurídica. En este sentido, la "lealtad" interpretativa en relación con estas normas es doble, y no sencilla: el Código Penal y las normas y principios de Derecho Civil que se ocupan de esa clase de comportamientos y efectos jurídicos. Esta característica, no obstante, no resulta internamente problemática o contradictoria, pues la finalidad u objetivo de las normas civiles y penales en relación con las conductas penalmente tipificadas no es discordante, sino que se orienta en todo caso a la adecuada prevención de tales comportamientos. No es dudoso tampoco, en línea con la idea anterior, que las pretensiones (acciones en la terminología del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Criminal) que se fundamentan en los artículos 109 al 122 del Código Penal son

terceros." Artículo 114: "Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización."

Artículo 115: "Los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución."

⁶⁴⁹ España. SSTS, 29/4/2010; 12/5/2009; 9/2/2004; 26/1/2004.

pretensiones puramente civiles, y que su ubicación en el Código Penal no restringe ni añade nada a esta caracterización⁶⁵⁰.

Por lo tanto, la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito de intrusismo puede reclamarla todo aquel que se haya sentido perjudicado por la consumación del mismo, y en particular en este delito, el concepto de perjudicados debe entenderse el Estado o la Administración Pública, porque se tratan de entes que son encargados de la expedición de los títulos, aunque también se podrían incluir a otros, como podrían ser el paciente que recibe el acto propio de la profesión, o los profesionales que sí están titulados, o incluso se podría pensar en los propios Colegios Profesionales, concepto de perjudicado de este último que discrepa cierta doctrina⁶⁵¹.

No obstante, hay que tener en cuenta que el verdadero perjudicado de tipo material y directo, es el sujeto que recibe la prestación, pero para tal extremo es necesario que se le haya causado un daño o perjuicio que, en el caso de la Odontología, podría pensarse en una lesión, o en casos excepcionales, una muerte, además de la estafa. No es lógico que aquellos pacientes que hayan obtenido un beneficio de la práctica del intruso exijan una responsabilidad civil, quedando sólo expedita en estos casos una por perjuicio moral en el caso de que se sienta engañado por la falsa apariencia del sujeto activo⁶⁵². Existe jurisprudencia que limita los perjuicios reclamables, a través del procedimiento penal, sólo a *"aquellos perjudicados por haber sufrido un daño inmediato y actual que directamente se haya derivado delito y no otra relación jurídica como puede ser la contractual (...)"*.⁶⁵³

Si se exige una determinada indemnización debido a que se han causado perjuicios morales, será hartos de difícil determinar

⁶⁵⁰ GÓMEZ POMAR, F. *Responsabilidad civil ex delicto*. Universidad Pompeu Fabra. https://www.upf.edu/dretcivil/_pdf/mat_fernando/T11.pdf [Consultado el 30/10/2016]

⁶⁵¹ CÓRDOBA RODA, J. *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, tomo III, Ed. Marcial Pons, Madrid 2004, pág. 1061.

⁶⁵² SERRANO TÁRRAGA, M. D. *El delito de intrusismo profesional*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 99.

⁶⁵³ España. STS de 11/12/1989. Roj: STS 7180/1989. ECLI: ES:TS:1989:7180. Id Cendoj: 28079120011989102207.

tal extremo, por la apreciación subjetiva de la circunstancia por parte de la autoridad judicial ya que dicho daño no es cuantificable exteriormente por el daño causado⁶⁵⁴. Si bien ni el paciente, ni el Colegio Profesional pudieran considerarse sujetos pasivos, nada impide, en cambio, que pudieran aparecer como terceros perjudicados pudiendo, por lo tanto, incluso personarse en el proceso penal como actores civiles⁶⁵⁵.

En el presente estudio, el asunto de las indemnizaciones se encuentra presente en multitud de resoluciones judiciales relacionadas con el delito de intrusismo:

- La STS de 15 de abril de 1991⁶⁵⁶ es el ejemplo más antiguo sobre tal institución. Procede de una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, que condenó a un individuo como autor de un delito continuado de usurpación de funciones (intrusismo en la vieja definición), a la pena de seis meses y un día de prisión menor y que como responsabilidad civil, abonando a diferentes personas las cantidades de 40.000, 5.000, 10.000, 17.000, 16.000 y 20.000 pesetas, en concepto de indemnización de perjuicios. Contra ella, recurrió el procesado en casación alegando aplicación indebida de los artículos 19⁶⁵⁷ y 101⁶⁵⁸ del anterior Código Penal⁶⁵⁹. En la sentencia del Tribunal Supremo citada, se declara haber lugar al recurso y se dicta segunda sentencia en la que confirma el fallo de la sentencia recurrida en lo concerniente a la acción penal y le condena al intruso, por el concepto de responsabilidad civil «*ex delicto*» a que indemnice sólo dos personas en las cantidades de 16.000 y 20.000 pesetas, absolviéndole de las restantes pretensiones civiles

⁶⁵⁴ SOTO NIETO, F. *El delito de intrusismo profesional: singular ilícito penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012, pág. 221.

⁶⁵⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *El delito de intrusismo*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1969, pág. 281.

⁶⁵⁶ España. STS de 15 de abril de 1991. RJ\1991\2739. Roj: STS 2080/1991. ECLI: ES:TS:1991:2080. Id Cendoj: 28079120011991108210.

⁶⁵⁷ Artículo 19 del antiguo Código Penal: “*Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente*”.

⁶⁵⁸ Artículo 101 del antiguo Código Penal: “*La responsabilidad establecida en el capítulo II, título II de este libro, comprende: 1. º La restitución. 2. º La reparación del daño causado. 3. º La indemnización de perjuicios*”.

⁶⁵⁹ España. Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

deducidas contra él. Se explica de manera clara en el fundamento jurídico segundo:

"Con respecto al presente caso y en relación con el motivo examinado, aparece obligado distinguir en el relato histórico de la sentencia recurrida dos situaciones realmente diferentes: de un lado, la de aquellos pacientes a los que el procesado extrajo alguna pieza dentaria, o procedió a empastársela, o a instalarles alguna prótesis dental (casos de los señores G. M., A. del C., hermanas B. y M.^a P. F., y de la menor M.^a A.M., y, de otro, el de F. H. V. y J. S. V. que, al encargarle sendas prótesis dentales, le entregaron parte del precio convenido -a cuenta- y luego no se les llegó a colocar tales prótesis.

Antes de analizar las consecuencias que deben deducirse de tal distinción, es preciso destacar también que, según dice el Tribunal de instancia en el primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, al referirse al delito de «estafa», del que también se acusaba al procesado, los pagos efectuados por los pacientes fueron consecuencia material de la correspondiente prestación; afirmando dicho Tribunal -como evidente- «que los honorarios cobrados por el procesado se encuentran dentro de los límites y baremos al efecto». Sin que, por otra parte, se diga nada en el «factum» acerca de que las intervenciones del procesado hayan sido técnicamente defectuosas.

Así las cosas es preciso concluir que, conforme a la jurisprudencia anteriormente citada, solamente cabe apreciar la existencia de perjuicios, por la actuación del procesado, en los casos de F. H. y de J.S.; pero no en los restantes. Consiguientemente, procede la estimación parcial del motivo examinado."

- En esta sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo⁶⁶⁰ se estima el recurso interpuesto por la perjudicada, condenando al intruso a indemnizarla con una cantidad mayor que la considerada en primera instancia, por las molestias físicas y daño moral, como se describe su causa en el fundamento jurídico segundo:

"En lo que afecta al recurso que se interpone por la acusación particular, la cantidad que se concede en sentencia se considera absolutamente exigua (65.000 ptas.), en cuanto en modo alguno repara el padecimiento (molestias físicas y daño moral); que ocasionó el acusado a la perjudicada con su actuación, al igual que también debe ser estimada como desorbitada (1.000.000 de ptas.) la que se suplica para reparar dichos deméritos. Es por ello que la Sala debe hacer uso de la facultad moderadora que en orden a la fijación de daños y perjuicios le está encomendada por la Ley, entendiéndose que la suma, que ponderadamente resarcirá a la perjudicada es la de 200.000 ptas. (sin perjuicio del mantenimiento y ratificación condenatoria de la

⁶⁶⁰ España. SAP de Toledo (Sección 2ª), nº 69/2000, de 17 de octubre. JUR 2001\24039.

otra cantidad concedida, de 188.000 ptas.), ya que, por una parte, no está probado que el dolor y/o padecimiento fuera permanente, ni tal situación se prolongara durante el lapso temporal que relata la acusación particular; por lo que, en definitiva se estima en parte el motivo."

- En esta sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona⁶⁶¹ se estima parcialmente el recurso interpuesto por el acusado, revocando la sentencia de instancia en el sentido de absolver al acusado de la responsabilidad civil por la que venía condenado (cantidad que se determine en ejecución de sentencia equivalente al importe de la operación o el tratamiento necesario para que su dentadura quede en condiciones óptimas tal y como se le prometió), manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia, es decir, la pena por delito de intrusismo. El fundamento jurídico primero acoge el razonamiento de tal circunstancia:

"El tercer motivo del recurso del señor José Antonio C. alega infracción de precepto constitucional del art. 24.1 y 2 de la Constitución, así como de los artículos 113, 120.3º y 403.1º del Código Penal. Dicho motivo debe ser estimado parcialmente.

El recurrente dice que: «las lesiones que motivan la condena a responsabilidad civil no pueden reputarse como una consecuencia del delito de intrusismo, ya que dichas lesiones únicamente podrían constituir una consecuencia del otro delito -del de lesiones imprudentes- sobre el que no se abrió el juicio oral. De ahí que exigir una responsabilidad a su representado por este delito vulnera el derecho al principio acusatorio dimanado de los derechos fundamentales proclamados por la Constitución en su art. 24.1 y 2».

Este Tribunal considera que es cierto que los daños corporales que motivan la responsabilidad civil acordada en la sentencia impugnada no pueden reputarse como «una consecuencia» del delito de intrusismo. Es sabido que la responsabilidad civil «ex delicto», tiene como verdadero y único fundamento la producción o causación de un daño evaluable económicamente («ex» art. 1089 Código Civil), y que su función no es sancionatoria ni precisa siempre de un acto antijurídico sino que tiene una finalidad meramente «reparadora» o restablecedora de un patrimonio e incluso puede ser responsable civil quien ni siquiera ha cometido un acto antijurídico (es el caso del responsable civil subsidiario); sin embargo también es cierto que dicho daño debe derivar causalmente de un delito concreto y en el caso del delito de intrusismo no pueden conceptual y causalmente causarse daños corporales.

Ya el Juez «a quo» en su R.J Primero dice que: «A fin de delimitar la cuestión objeto de debate, cabe dejar constancia como ya se hizo al

⁶⁶¹ España. SAP de Barcelona (Sección 8ª), nº 817/2002, de 20 de septiembre. ARP\2002\710.

inicio del juicio oral, que este juicio se sigue únicamente por el delito de intrusismo ya que sólo por este delito se abrió el juicio oral por Auto de fecha 7 de marzo de 2001, Auto que deniega expresamente la apertura del juicio oral por el delito de lesiones imprudentes, por tanto, toda referencia que respecto de este último dato hace la acusación del Colegio en su escrito de conclusiones provisionales, se tiene por no hecha...». El motivo debe ser estimado.”

- En esta otra del mismo Tribunal⁶⁶², en la que el condenado por un delito de intrusismo interpone recurso de apelación para que, entre otros extremos, se le absuelva de la obligación de pagar una indemnización en concepto de responsabilidad civil por importe de 6.000 euros al no haber quedado acreditada la causación del daño moral alegado por la denunciante. Tal pretensión es estimada y se refleja en el extenso y clarificador contenido del fundamento jurídico tercero:

“En materia de responsabilidad civil rige el principio de justicia rogada. No estando en juego más interés que el estrictamente privado en el derecho de crédito a percibir una compensación económica por el perjuicio sufrido, su titular puede disponer libremente del mismo, ejercitarlo o no y renunciar en todo o en parte si lo estima oportuno. De ahí que ni quepa otorgar una indemnización que no se ha pedido ni sea posible conceder más cantidad ni por concepto distinto que lo que se solicite, tanto si ejercita el derecho indemnizatorio el propio titular personado en la causa como si, en su beneficio, el ejercicio se formula por el Ministerio Fiscal, en cumplimiento del artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En cualquier caso la renunciabilidad, su reservabilidad y posible separación de la acción penal, su ejercitabilidad ante la jurisdicción civil y su transmisibilidad "mortis causa", que regulan los artículos 106 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ponen de relieve su índole jurídica privada, de la que es corolario su sometimiento a los principios de libre disposición y de rogación.

Y ello se corrobora claramente con lo dispuesto en la propia LECrim. a propósito de los escritos de conclusiones de las partes, art. 650 , últimos párrafos: "El acusador privado en su caso, y el Ministerio Fiscal cuando sostenga la acción civil, expresarán además: 1. La cantidad en que aprecien los daños y perjuicios causados por el delito, o la cosa que haya de ser restituida. 2. La persona o personas que aparezcan responsables de los daños y perjuicios o de la restitución de la cosa, y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esta responsabilidad" (que nada tiene que ver con el hecho que da pie a la tipicidad, a que se refiere el número 1º del citado art. 650). Es decir, se exige la concreción fáctica del "hecho" (civil) en virtud del cual el acusado o acusados hubieran contraído esa responsabilidad (civil) que se quiere reclamar.

⁶⁶² España. SAP de Barcelona (Sección 5ª), nº 324/2006, de 20 de abril. JUR\2006\249188.

En el caso analizado, el Ministerio Fiscal no reclamaba indemnización alguna por entender que "no se podía acreditar el perjuicio sufrido" (ver acta del juicio extendida por el fedatario). Y sólo la interesaba la Acusación particular. Pero dicha parte no describe, en forma de hecho (en la conclusión primera), ningún tipo de perjuicio material concreto o daño moral que hubiera sufrido la víctima, al margen de lo que es la propia intervención ilícita del acusado, que es lo que configura la tipicidad penal. En su relato histórico ni aparece mencionado el coste económico de las intervenciones dentales llevadas a cabo por el acusado ni tampoco dato alguno indicativo de que, con posterioridad a dicha intervención, o durante la práctica de la misma, se derivasen otros perjuicios añadidos a los puramente materiales, como es el caso de posibles daños morales. No hay relato alguno referente a esa afectación subjetiva o personalísima que implica todo daño moral.

Y sin embargo, la sentencia de instancia fija esos 6.000 euros en concepto indemnizatorio por "daños morales generados por la indebida actuación del acusado, ejercitando una profesión de naturaleza médica para la que no estaba habilitado en España, profesión basada en el principio de confianza del paciente y que además supuso intervención corporal sobre la menor". Es decir, se mezcla lo que es la descripción fáctica que da lugar a la propia tipicidad penal (no todo delito lleva siempre, por sistema, indemnización) con lo que son perjuicios verdaderamente resarcibles.

Pero, en todo caso, la Acusación particular no sólo no relataba en forma de hecho la existencia de daño moral alguno sino que ni siquiera, cuando formaliza su petición de indemnización, solicita tal reparación por ese supuesto daño moral específico. Lo único que dice la Acusación particular en el apartado de su escrito de conclusiones definitivas relativo a la responsabilidad civil que pide para el acusado, al margen la falta de descripción fáctica en la conclusión primera de su escrito del perjuicio supuestamente sufrido, es que la indemnización de 6.000 euros se debe a "las 8 obturaciones practicadas indebidamente". O sea, parece centrarse en lo que es la propia actividad delictiva del acusado (de ahí la utilización por su parte de la expresión "practicadas indebidamente"); es decir, parece que pretende que se indemnice por la mera existencia del delito, lo que no es suficiente, por sí solo, para fijar responsabilidad civil alguna. El delito lleva aparejada esa responsabilidad complementaria sólo cuando efectivamente se producen tales perjuicios añadidos, pero no por la mera comisión delictiva de que se trate, tal como se desprende de lo dispuesto en el art. 109 CP (que alude a "daños y perjuicios causados", lo que también exige su debida acreditación).

Y es cierto que habla de "8 obturaciones", pero tal expresión no viene acompañada de ningún otro aporte indicativo del perjuicio sufrido, si es que realmente lo hubo. Al acusado se le condena por delito de intrusismo, por no disponer de la titulación necesaria para ejercer en España como dentista, pero de la práctica de esas 8 obturaciones no puede deducirse, por ejemplo, que las mismas fueran muy dolorosas o extremadamente incómodas o excesivas para la paciente (el propio relato de hechos probados de la sentencia apelada da a entender que, pericialmente, no se ha podido demostrar si esas 8 obturaciones eran o no necesarias), lo que podría justificar una indemnización por daño moral derivado de la propia intervención dental.

En definitiva, la mera comisión delictiva no lleva aparejada, por sí misma, indemnización alguna; ésta no sólo debe ser objeto de pedimento específico claro por parte del interesado, o del Fiscal, sino que necesariamente debe acreditarse con los medios de prueba admitidos en Derecho, lo que aquí tampoco ha ocurrido, tal como sostuvo el

Ministerio Público durante el acto del juicio. El perjuicio no se presume nunca, requiere de prueba específica cuya carga corresponde a quien lo invoca.

Desde esta perspectiva, es evidente que no se ha acreditado perjuicio alguno que justifique una indemnización como la concedida (6.000 euros). Y por ello, también en este punto, procede estimar el recurso dejando sin efecto dicha concesión de indemnización.

Una vez más, "obiter dicta", da la impresión que lo que aquí se pretendía era incrementar los efectos sancionadores de la propia condena penal. Pero el camino elegido para hacerlo no parece el más adecuado. Se estima el recurso."

- En esta sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona⁶⁶³, en la que se estima la pretensión del acusado de no abonar una determinada cantidad en concepto de responsabilidad civil, a causa de la vulneración del principio acusatorio, como se determina en el fundamento jurídico tercero:

"Se alega, por último, la vulneración del principio acusatorio porque la sentencia fija la indemnización para los perjudicados cuando el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular solicitaron que se defiriera su cuantificación al trámite de ejecución de sentencia.

En realidad lo que la sentencia vulnera es el principio dispositivo y de congruencia que rige el ejercicio de las acciones civiles, vulneración que comporta, conforme a lo solicitado, eliminar la indemnización y dejar su determinación para el trámite de ejecución de sentencia. El Ministerio Fiscal, pues la Acusación Particular tal como se denuncia en el recurso carece de legitimación para solicitar indemnización para los perjudicados al no ostentar su representación, en su escrito de conclusiones provisionales elevadas a definitivas en el acto del juicio, solicitó que el acusado indemnizara a los perjudicados en la cantidad que se determinara en ejecución de sentencia por los tratamientos practicados por el acusado, las lesiones sufridas y los tratamientos necesarios para la restauración y curación de las lesiones.

El ejercicio de las acciones civiles en el proceso penal se halla sujeto a los principios de rogación y congruencia propios del ámbito civil, de tal modo que no se puede condenar sin la correspondiente pretensión previa de la parte y tampoco puede condenar a más de lo pedido, lo que implica la necesidad de determinar la cuantía (Sentencias del Tribunal supremo de 24 de octubre de 2000 y de 3 de octubre de 2000 entre otras). Como quiera que la Acusación no determinó la cuantía de la indemnización para cada uno de los perjudicados en función de los distintos conceptos indemnizables contemplados, la Juzgadora de instancia no podía proceder a su cuantificación en la sentencia porque la parte legitimada para ello no lo solicitó y porque al no concretar la acusación cuantías se sustrajo la cuantificación de la indemnización al debate contradictorio del juicio, impidiendo a la defensa rebatir tal cuantificación.

⁶⁶³ España. SAP de Gerona (Sección 3ª), nº 74/2010, de 2 de febrero. JUR\2010\158057.

Partiendo de que, tal como se ha expuesto, en el anterior fundamento jurídico, todos los perjudicados, a excepción de Marco Antonio que no reclamó nada, sufrieron un perjuicio derivado del coste del tratamiento incorrectamente efectuado, las lesiones derivadas del mismo y el coste del tratamiento efectuado o que debe efectuarse para la curación de las lesiones y la corrección de los defectos constatados en el tratamiento efectuado por el acusado, deberá en fase de ejecución de sentencia fijarse la indemnización en función del importe económico acreditado de cada uno de los conceptos indemnizables, debiéndose de eliminar del relato fáctico las referencias al coste de los tratamientos efectuados por el acusado, porque no fueron fijados en los escritos de acusación y tener en cuenta que el coste que se dice que tienen los tratamientos posteriores es aproximado y, en consecuencia, necesitará ser concretado.”

- Y finalmente, en esta sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz⁶⁶⁴, se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Colegio de Dentistas de Cádiz, condenándola a indemnizar en concepto de responsabilidad civil al perjudicado en 6000€ por las lesiones, como se ajusta la motivación en su fundamento jurídico cuarto:

“Ahora bien, el Ministerio Fiscal se ha adherido al recurso del Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos y en el cual, entre los pedimentos formulados figura la concesión de indemnización civil al paciente. El Ministerio Fiscal ostenta legitimación para ejercitar dicha petición, ex artículos 109, 112 y concordantes de la LECrim, pues no consta la reserva expresa en vía civil ni la renuncia del perjudicado.

La indemnización solicitada por el Ministerio Fiscal , esto es, 6.000 euros no nos parece excesivo, teniendo en cuenta que fueron 360 euros los que el perjudicado entregó a la acusada como emolumentos de su intervención y que no han sido restituidos, y que el tiempo invertido en la sanidad duró de 3 a 4 meses. El presupuesto de nueva prótesis también debe tenerse muy en cuenta `pues cuando el paciente acude a ver por primera vez a la protésica portaba una prótesis de tan solo dos años de antigüedad, aunque presentase una fractura.

Al derivar tales daños de actos médicos inadecuados, además de constitutivos de intrusismo, no hay inconveniente en considerarlos como responsabilidad civil derivada del propio delito de intrusismo, sin que a su otorgamiento sea óbice la inexistencia de condena por delito/falta de lesiones y en aplicación de los arts. 109 y siguientes del CP”.

No obstante, en los casos en los que los Colegios Profesionales de Dentistas se han personado como acusación

⁶⁶⁴ España. SAP de Cádiz (Sección 1ª), nº 165/2011, de 24 de junio. ARP\2014\1336.

particular en contenciosos penales contra intrusos, la jurisprudencia es vacilante, a veces obteniendo con ello indemnizaciones, como se desarrolla en el fundamento jurídico cuarto de la STS 1527/1987, de 4 de marzo⁶⁶⁵:

"No contradiciéndose ello, cual apunta el recurrente, con el hecho de que en la sentencia se admita la condición de perjudicado del Colegio de Odontólogos, personado en la causa, dado que viene reconociéndose doctrinalmente que, en razón del «intrusismo» pueden verse comprometidos o afectados los intereses del grupo profesional, siendo difícil concretar en la práctica el «titulado» que sufrió la afección por causa del usurpador."

Y otras a las cuales se les ha impedido resarcirse económicamente al entender que no tienen derecho, como declara en los fundamentos jurídicos quinto y séptimo de la STS 2370/1993, de 28 octubre⁶⁶⁶:

"Si la Audiencia estimó que el Colegio profesional ahora recurrente no tenía derecho a ser indemnizado, es claro que no era necesario incluir en la narración de hechos si se probaron o no las retribuciones o la cuantía de éstas, según la propia argumentación del colegio recurrente, se plantea la cuestión de fondo relativa a la indemnización pedida a favor del Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Baleares en calidad de perjudicado por el delito de autor, alegando infracción de los arts. 19, 101, 103 y 104 del CP, en relación con los 100 y ss. de la LECrim y con el 1092 del CC, porque - se dice- de los hechos declarados probados en la sentencia se desprende la realidad de un perjuicio efectivo, material y moral, que la Audiencia no reconoció. El recurrente comienza manifestando que los argumentos que la sentencia recurrida nos ofrece al respecto son contradictorios, pues, por un lado, dice que el perjudicado es la colectividad y no el Colegio y, por otro, afirma que el perjuicio es de imposible cuantificación. La entidad querellante, Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Baleares, reclama una indemnización para sí, como representante de sus colegiados que vieron disminuir sus ingresos por la actuación de la aquí condenada. Además, cabe preguntar si el Colegio acusador, que, respecto de sí mismo, como persona jurídica con entidad propia distinta de la de sus asociados, no pudo quedar afectado económicamente, tenía proyectado hacer un reparto entre sus colegiados y, en su caso, qué criterios iba a seguir para tal reparto. En conclusión, ni se han probado los perjuicios ni, en su caso, nos encontramos ante un daño económicamente reparable que

⁶⁶⁵ España. STS 1527/1987, de 4 de marzo. RJ\1987\1864. Roj: STS 1527/1987. ECLI: ES:TS:1987:1527. Id Cendoj: 28079120011987101185.

⁶⁶⁶ España. STS 2370/1993, de 28 octubre. RJ\1993\7984. Roj: STS 7225/1993. ECLI: ES:TS:1993:7225. Id Cendoj: 28079120011993109481.

podiera estimarse producido «por razón del delito», por lo que, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 19, 101 y ss. del CP, 100 y ss. de la LECrim, y 1092 del CC, entendemos que el Colegio querellante no tiene derecho a ser indemnizado por los hechos de autos.”

En todo caso, el Colegio Profesional de Dentistas no puede situarse en la posición del perjudicado para solicitar por él, a modo de representante, una indemnización exclusivamente para el demandante, como se refleja claramente en el fundamento jurídico sexto de esta sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla⁶⁶⁷:

“La entidad acusadora solicita se indemnice al paciente D. Emilio con 60.000 ptas. No procede estimar la petición, puesto que el citado Colegio Oficial carece de capacidad procesal para solicitar indemnización en nombre del perjudicado”.

18. Prescripción

La prescripción del delito y la de la pena son las últimas formas de extinción de la responsabilidad penal que son citadas en el Código Penal, dentro de la enumeración del artículo 130⁶⁶⁸. La prescripción del delito se trata del simple transcurrir del tiempo durante un plazo determinado después de haber cometido el delito, sin que tal conducta haya sido ya juzgada, mientras que la prescripción de la pena se produce por la misma causa, el transcurso de un plazo, pero en este caso debe ser tras la

⁶⁶⁷ España. SAP de Sevilla (Sección 4ª), nº 199/2005, de 25 de abril. JUR\2005\137996.

⁶⁶⁸ Artículo 130.1. del Código Penal: *“La responsabilidad criminal se extingue: 1.º Por la muerte del reo. 2.º Por el cumplimiento de la condena. 3.º Por la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 87. 4.º Por el indulto. 5.º Por el perdón del ofendido, cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias del agraviado o la ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla. En los delitos contra menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, los jueces o tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena. Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección. 6.º Por la prescripción del delito. 7.º Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad.”*

imposición de una pena, o tras una interrupción de su cumplimiento sin que se cumpla.

Esta figuras jurídicas se fundamentan, desde el punto de vista material, por la falta de necesidad del cumplimiento de una determinada pena tras el transcurso del tiempo, y desde el punto de vista procesal, el cual sólo afecta a la prescripción del delito, por las dificultades en la actividad probatoria que ocasiona el paso del tiempo⁶⁶⁹.

Un ejemplo jurisprudencial de esta figura jurídica se puede encontrar en la STS 417/2006, de 7 de abril⁶⁷⁰, en su fundamento jurídico tercero, cuando indica que *"el instituto de la prescripción significa la renuncia por parte del Estado del derecho a juzgar, en razón al transcurso del tiempo que puede hacer ineficaz la pena y puede incidir sobre la necesidad de resolver las situaciones conflictivas generadas por los hechos delictivos o, porque ese transcurso borra los efectos de la infracción. Son varios los principios y derechos fundamentales que inciden en el instituto, desde la seguridad jurídica, la intervención mínima, el orden público, etc., y, razones de política criminal, pues una exigencia de responsabilidad penal tras el transcurso de un determinado tiempo no satisface las exigencias del derecho penal como instrumento de control social."*

Esta apreciación se complementa con la STS 224/2002, de 12 de febrero⁶⁷¹, también en su fundamento jurídico tercero, en la cual se establece *"una concepción mixta (sustantivo-procesal) defendida por parte de la doctrina respecto de la naturaleza jurídica de esta institución a la que, en la actualidad, según reiterada y pacífica jurisprudencia de este Alto Tribunal, se reconoce naturaleza sustantiva y la posibilidad de ser apreciada de oficio en cualquier instancia de la causa, en cuanto se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la*

⁶⁶⁹ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Edisofer, 10ª ed., Barcelona, 2015, pág. 799.

⁶⁷⁰ España. STS 417/2006, de 7 de abril. Roj: STS 2971/2006. ECLI: ES:TS:2006:2971. Id Cendoj: 28079120012006100524

⁶⁷¹ España. STS 224/2002, de 12 de febrero. Roj: STS 936/2002. ECLI: ES:TS:2002:936. Id Cendoj: 28079120012002102380

definen y condicionan" (v. ss. de 27 de junio de 1986, 14 de diciembre de 1988, 31 de octubre de 1990 y 22 de septiembre de 1995, entre otras muchas), como defienden doctrinalmente algunos autores⁶⁷².

Los plazos que se estipulan para la prescripción de la pena suelen ser más dilatados que los que deben de transcurrir para la prescripción del delito:

- En el caso de la prescripción de los delitos, los plazos se encuentran determinados en el artículo 131 del vigente Código Penal, y van de menor a mayor tiempo en proporción directa a la gravedad de la pena, existiendo imprescriptibilidad en los casos más escandalosos como los delitos de lesa humanidad y de genocidio, y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado⁶⁷³. En el caso del delito de intrusismo, la prescripción según la redacción actual estaría incluida dentro de la cláusula residual "los demás delitos" que prescriben a los cinco años, ya que en el tipo básico se impone pena de multa de doce a veinticuatro meses; en el privilegiado, pena de multa de seis a doce meses; y en el tipo agravado, pena de prisión de seis meses a dos años⁶⁷⁴. Por lo tanto, sería

⁶⁷² RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Compendio de Derecho Penal*, Ed. Dykinson, 2ª ed, Madrid, 2010, pág.292.

⁶⁷³ Artículo 131 del Código Penal: "1. Los delitos prescriben: A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años. A los quince, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años. A los diez, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez. A los cinco, los demás delitos, excepto los delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año. 2. Cuando la pena señalada por la ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción. 3. Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso. Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona. 4. En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave."

⁶⁷⁴ Artículo 403 del Código Penal: "1. 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 doce a veinticuatro 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 seis a doce meses. 2. Se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años si concurriese alguna de las siguientes circunstancias: a) Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido. b) Si el culpable ejerciere los actos a los que se refiere el apartado anterior en un local o establecimiento abierto al público en el que se anunciare la prestación de servicios propios de aquella profesión."

necesario que la persecución de este delito sea en un periodo inferior a cinco años desde la comisión del delito para que no se entienda prescrito,

- y en el caso de la prescripción de las penas, se ubican en el artículo 133 del Código Penal⁶⁷⁵, con el mismo criterio que la prescripción de los delitos: en proporcionalidad directa de la gravedad. En este caso, el tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse, pudiendo quedar en suspenso durante el período de suspensión de la ejecución de la pena, o durante el cumplimiento de otras penas, cuando resulte aplicable lo dispuesto en el artículo 75⁶⁷⁶.

Atendiendo específicamente al delito de intrusismo, la pena prescribe a los cinco años, al tratarse de un delito menos grave sea en su forma básica, privilegiada, e incluso la agravada, ya que las penas de multa superan los tres meses, y la pena de prisión supera los tres meses pero no alcanza los cinco años⁶⁷⁷. El cumplimiento de la condena prescribirá si el delincuente no apareciera en el trascurso de cinco años desde la sentencia condenatoria.

En el presente estudio, la prescripción es usada, alegándose su existencia en múltiples resoluciones:

⁶⁷⁵ Artículo 133 del Código Penal: “1. Las penas impuestas por sentencia firme prescriben: A los 30 años, las de prisión por más de 20 años. A los 25 años, las de prisión de 15 o más años sin que excedan de 20. A los 20, las de inhabilitación por más de 10 años y las de prisión por más de 10 y menos de 15. A los 15, las de inhabilitación por más de seis años y que no excedan de 10, y las de prisión por más de cinco años y que no excedan de 10. A los 10, las restantes penas graves. A los cinco, las penas menos graves. Al año, las penas leves. 2. Las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso. Tampoco prescribirán las penas impuestas por delitos de terrorismo, si estos hubieren causado la muerte de una persona.”

⁶⁷⁶ Artículo 75 del Código Penal: “Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible.”

⁶⁷⁷ Artículo 33.3 del Código Penal: “Son penas menos graves: a) La prisión de tres meses hasta cinco años. (...) j) La multa de más de tres meses. (...)”

- En esta sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias⁶⁷⁸, estimando la prescripción no apreciada en primera instancia y, por ello, revocando la sentencia dictada recurrida, describiendo la institución de la prescripción en el fundamento jurídico segundo:

"Visto lo anterior procede, igualmente, estimar la alegada prescripción del delito de intrusismo invocada por los recurrentes.

El derecho del Estado a imponer una pena se extingue por el transcurso del tiempo, que para los delitos menos graves, como es el caso, el Código Penal fija en tres años. Es, pues, la prescripción una institución de naturaleza sustantiva, es decir, que afecta a la punibilidad de la conducta y opera por la sola concurrencia del paso del tiempo, cuyo cómputo se inicia el día en que se comete la infracción punible (artículo 131.1 del Código Penal) y se interrumpe cuando se dirige el procedimiento contra el culpable, reiniciándose "ex novo" desde que se paralice el procedimiento.

En el caso enjuiciado, los hechos que pudieran ser constitutivos del delito de intrusismo (artículo 403 del Código Penal) son anteriores al 13 de septiembre de 1995, por lo que el día en que se presentó la querrela, el 30 de octubre de 1998, la acción para perseguir el referido delito había prescrito al haber transcurrido más de tres años entre ambas fechas."

- En esta otra sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla⁶⁷⁹, por la cual el Colegio de Dentistas de Sevilla interpone recurso de apelación contra la sentencia absolutoria provocada por admisión de la prescripción. Dicho recurso es desestimado, ratificando la absolución del reo, como se deduce en el fundamento jurídico primero:

"El recurso se centra en la valoración de la prueba realizada por el Juez, "a quo", y no en la normativa aplicada. El Juzgador en base el principio "in dubio pro reo" y al apreciar dudas sobre la fecha de comisión del delito por el que se había formulado acusación, que prescribía a los tres años conforme al artículo 131 del Código Penal, al castigar el artículo 403 del C. P. con pena menos grave, estimó aplicable el instituto de la prescripción que determina la exención de responsabilidad penal cuando no se ha dirigido el procedimiento contra el culpable en el citado plazo. Considera el Juzgador que no se ha acreditado que el acusado actuara sobre la boca del paciente y prescribiera el tratamiento de ortodoncia más allá del año 1.996, y la denuncia que dio origen a éste procedimiento se presentó en el Juzgado

⁶⁷⁸ España. SAP de Asturias (Sección 8ª), nº 179/2002, de 25 de julio. JUR\2002\253793.

⁶⁷⁹ España. SAP de Sevilla (Sección 3ª), nº 14/2015, de 20 de enero. JUR\2005\140292.

30 de octubre de 2002, por lo que se había superado ampliamente el citado plazo prescriptivo.

La anterior valoración es aceptada por este Tribunal, no solo por aplicación del principio de libre valoración de la prueba, recogido en el art. 741 de la LECrim., sino también, porque no consta determinado con la certeza que precisa una sentencia penal condenatoria que el acusado hubiera realizado el tratamiento objeto de enjuiciamiento más allá del termino fijado en la sentencia, ya que no existe prueba objetiva que permita desvirtuar dicha apreciación, y se han puesto de manifiesto datos que debilitan la credibilidad del testimonio inculpativo de los testigos, tales como los indicados en los fundamentos de la resolución recurrida, que damos por reproducidos que por si solos justifican la sentencia dictada, y vienen corroborados por otros que abundan en el mismo sentido absolutorio."

- En esta sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz⁶⁸⁰, que estima el recurso presentado por el Colegio de Dentistas de la misma provincia, frente a la apreciación de la prescripción, donde rechaza los motivos de la juzgadora "a quo" y realiza un extenso análisis motivado incidiendo sobre la doctrina de los delitos conexos, en su fundamento jurídico tercero:

"Invoca la parte recurrente, como segundo motivo, que los hechos serían constitutivos de un delito de lesiones por imprudencia grave del art. 152.1.1º del CP por el que la acusada fue absuelta. Niega la parte que se haya producido la prescripción de este delito.

Este motivo se desestima aunque la Sala no comparte las conclusiones de la juzgadora de instancia

La Sala comprueba que el procedimiento se ha iniciado en virtud de una querrela interpuesta por el Colegio oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Cádiz contra la recurrente y es cierto que la relación circunstanciada de los hechos sólo muy tangencialmente hace referencia a las lesiones sufridas por el señor Juan Luis, centrando todo el interés, como por otra parte parece lógico, a la vista de la condición de la parte querellante, en el delito de intrusismo. A mayor abundamiento, comprobamos que entre las diligencias de investigación no se encuentra la del reconocimiento forense del lesionado, inevitable para su calificación jurídica, diligencia ésta que es solicitada por primera vez por el Ministerio Fiscal -f.59- en su escrito de fecha 6 de enero de 2005, cuando había ya transcurrido con exceso el plazo prescriptivo de los 3 años legalmente previsto conforme la legislación vigente en el momento de comisión del delito, que data del año 1998. En ese largo y dilatado intervalo, y como bien apunta la juzgadora de instancia, no se puede afirmar que el procedimiento haya sido enderezado a la averiguación de este delito, sino exclusivamente al delito de intrusismo, que es el que motiva el inicio del procedimiento y sobre el que gravitan todas las actuaciones practicadas, siendo así que la declaración judicial de la imputada no

⁶⁸⁰ España. SAP de Cádiz (Sección 1ª), nº 165/2011, de 24 de junio. ARP\2014\1336.

contiene pregunta ni respuesta alguna relativa a las lesiones sufridas por el señor Juan Luis.

Con base en estos argumentos, la Juzgadora decidió tener por prescrito el delito de lesiones por imprudencia y condenar por el delito de intrusismo, por entender que la querrela sólo interrumpió el plazo prescriptivo de este delito pero no del primero, como tampoco lo hizo la declaración judicial de la imputada ni ningún otro acto de contenido sustancial por el que se entendiera dirigido el procedimiento contra la acusada por tal imputación hasta la petición del Fiscal ya comentada, cuando el plazo de prescripción había sido ampliamente superado.

La Sala no cuestiona estas premisas fácticas sino su consecuencia jurídica pues es contraria a la doctrina, muy consolidada del Alto Tribunal en relación con los delitos conexos.

La conexidad entre el delito de intrusismo y el delito o falta de lesiones imprudentes es palmaria, pues lógicamente, a consecuencia de la realización de los actos médicos vedados a la acusada y para los que, precisamente, se requiere una titulación superior de la que ostenta y unos conocimientos especializados, se produce un resultado lesivo causado directamente por tal exacerbación, que puede ser calificada de gravemente imprudente, pues nadie mejor que la acusada, por su condición de protésica dental, debiera conocer de las posibles complicaciones o consecuencias lesivas que una mala prescripción o adaptación de la prótesis pueden producirse.

La STS nº 912/2010 de 11 de octubre hace referencia, una vez más, a la doctrina de la Sala Casacional, deducida entre otras, de la STS de 19/11/2003 y 54/2002 , de 21 enero) , que citando a las Sentencias de 18 de mayo de 1995 y la 758/1999 , de 12 de mayo , afirma que "... no debe operar la prescripción, en supuestos en los que se condena por varios delitos conexos, ya que hay que considerarlo todo como una unidad, al tratarse de un proyecto único en varias direcciones y, por consiguiente, no puede aplicarse la prescripción por separado, cuando hay conexión natural entre ellos y mientras el delito más grave no prescriba tampoco puede prescribir el delito con el que está conectado, no pudiendo apreciar la prescripción autónoma de alguna de las infracciones enjuiciadas aplicando plazos de prescripción diferenciados por paralización del procedimiento (STS de 29 de julio de 1998, 12 de mayo y 21 de diciembre de 1999, 14 de febrero 2000 o 3 de julio de 2002 , 31 de octubre de 2002). Este criterio jurisprudencial es confirmado en la reciente LO 5/2010, que entrará en vigor próximamente, cuyo apartado 5 del art. 131 del Código penal, dispondrá: "En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave". Como se ve es traslación legislativa de nuestra doctrina jurisprudencial sobre la prescripción de los delitos conexos.

Consecuentemente, el supuesto delito de lesiones por imprudencia grave, sujeto al mismo plazo de prescripción que el de intrusismo, conforme la legislación en vigor en la fecha de los hechos, no podía prescribir al presentar una clara vinculación natural con este delito."

- Y finalmente, la sentencia del Juzgado de lo Penal N° 1 de Móstoles (Madrid)⁶⁸¹, en la que existe una condena por delito

⁶⁸¹ España. Juzgado de lo Penal N° 1 de Móstoles (Madrid). Sentencia nº 1/2013, de 8 de enero. ARP\2014\87.

de intrusismo y la defensa alega prescripción del delito, desestimada por el juzgador, detallando los motivos, de manera muy extensa, en el fundamento jurídico tercero:

"Las defensas plantean al inicio del juicio oral y como cuestión previa la prescripción de los delitos y faltas por los que se formula acusación, al haber transcurrido el tiempo fijado en el Código Penal para dichas infracciones.

Del examen de las actuaciones resulta que no ha existido, en ningún momento, una paralización ininterrumpida superior a los tres años, pues la paralización máxima que se ha producido ha sido de once meses, del 8 de noviembre de 2011, fecha en que la acusada solicitó designación de abogado de oficio (pues con anterioridad había tenido abogados particulares que fueron renunciando), hasta el 10 de octubre de 2011, que se dicta providencia teniendo por designado al letrado y dándole traslado para el escrito de defensa (folios 1769, 1777 y 1783 de las actuaciones).

El procedimiento se inició con denuncia interpuesta ante la Policía el 30 de marzo de 1998 por Melisa, y por auto de 28 de abril de 1998 se incoan diligencias previas por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Fuenlabrada, en el que se acuerda tomar declaración y hacer ofrecimiento de acciones a la denunciante, señalando para esa diligencia el 27 de mayo de 1998, practicándose la misma en la fecha indicada (folio 10).

A partir de ahí se van sucediendo diversas diligencias, y se van incorporando a la causa numerosas denuncias interpuestas por otros pacientes de la clínica afectados y perjudicados, denuncias que se interponen tanto ante la fiscalía, como ante las comisarías de policía, y en el juzgado, y se reparten a distintos juzgados de Fuenlabrada, que cuando tienen noticia de la causa seguida en el instrucción cuatro se inhiben en su favor.

Esas denuncias sucesivas obligan a ir tomando declaración a los denunciantes, a hacerles el ofrecimiento de acciones, y a su reconocimiento por el médico forense para fijar el alcance de los tratamientos seguidos, y en su caso, de las lesiones y perjuicios sufridos como consecuencia de los mismos, diligencias que suponen la interrupción del plazo de prescripción.

La cantidad de personas afectadas, y el hecho de que las denuncias se siguieran interponiendo de manera sucesiva hasta 2001 en que se cierra la clínica, y por tanto que hasta esa fecha se siguieran desarrollando los hechos enjuiciados, al menos el intrusismo profesional, ha supuesto que la causa haya tenido una larguísima duración, pues ha obligado también a diversas declaraciones de los imputados, al irse incorporando nuevas denuncias y por tanto nuevos hechos enjuiciados, y el dictado de nuevos autos de procedimiento abreviado.

Pero en modo alguno se ha paralizado el procedimiento judicial por el tiempo de tres años, pues todas esas resoluciones y diligencias de toma de declaración a los denunciantes-perjudicados, el ofrecimientos de acciones y reconocimiento forense del alcance de sus lesiones, las declaraciones de los imputados, que han llegado a ser tres, así como de otros testigos empleados de la clínica, suponen diligencias previas necesarias y sustanciales para poder formular una acusación como la presente, donde se enjuician dos delitos de intrusismo y veintitrés delitos de lesiones, así como delitos y faltas de estafa.

Es cierto que ha habido algunas paralizaciones del procedimiento no imputables a la acusada pero, como se ha expuesto, ninguna de ellas ha superado el año.

También hay que tener en cuenta que la actitud del acusado ha supuesto el retraso del procedimiento, pues en varias ocasiones no ha sido encontrada o no ha acudido a la citación judicial, lo que ha supuesto un retraso en la tramitación imputable a ella misma.

Así, por Providencia de 27 de mayo de 1998 se acuerda citar a Adelina a declarar como imputada para el día 16 de junio de 1998 (folio 11), por primera vez, tras la declaración de la primera denunciante (folio 10), sin embargo esa declaración no se produce el día señalado y es preciso volver a señalar su declaración por providencia de 23 de noviembre de 1998, para el día 15 de diciembre de 1998, sin que tampoco comparezca la imputada, volviéndosela a citar para el 26 de enero de 1999, fecha en que se produce la primera declaración como imputada de Adelina en fase de instrucción.

En el mismo sentido, desde el 1 de julio de 2010 que se dicta el auto de apertura del Juicio Oral, hasta que se consigue notificar este a Adelina el 8 de noviembre de 2010, por encontrarse en ignorado paradero, se produce un retraso en la tramitación imputable a ella misma.

Y lo mismo cabe decir respecto del otro acusado, Arcadio , cuya prescripción también alega su defensa, pues los hechos que se le imputan a él van de septiembre de 2000 a mayo de 2001, y la primera resolución para su localización y toma de declaración como imputado es de fecha 18 de julio de 2001 (folio 411), del Juzgado de Instrucción N° 2 de Fuenlabrada, que no llega a tomarle declaración en la fecha señalada porque se inhibe al cuatro, donde finalmente se le toma declaración como imputado el 16 de octubre de 2001, y por tanto sin que hayan transcurrido seis meses desde los últimos hechos por los que viene siendo acusado, y poco más de un año desde los primeros hechos que se le imputan.

Por tanto, no puede hablarse de prescripción de los delitos y faltas por los que se acusa, de una manera general, pues no ha habido en ningún caso una paralización ininterrumpida del procedimiento que alcance los tres años, enjuiciándose conjuntamente numerosos delitos y falta conexos, por lo que el plazo de prescripción ha de ser para todos ellos el de los delitos, sin perjuicio de que algunos de los concretos delitos y faltas de lesiones y estafa que se imputan sí hayan prescrito, por haberse iniciado la causa respecto de ellos transcurrido el plazo de prescripción fijado, como a continuación se examinará."

20. Reincidencia

Dentro de las llamadas circunstancias agravantes, descrita en el artículo 22 del Código Penal, se puede localizar en 8ª posición la definida como "ser reincidente. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los

efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves. Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español."

Para entender este concepto legal de reincidencia, es necesario la distinción de sus tres elementos que se describen a continuación: un elemento de pasado, otro de presente y uno tercero relacional de los anteriores⁶⁸²:

- En cuanto al elemento de pasado, es necesario que el culpable, al delinquir, haya sido ya ejecutoriamente condenado por otro delito, entendiéndose que sólo son ejecutorias aquellas sentencias que son firmes y contra las cuales no caben recurso alguno, según el artículo 141.5 de la LECrim⁶⁸³. En el caso de delinquir, si el sujeto activo ha sido condenado, como mínimo, por tres delitos del mismo título del Código Penal y son de la misma naturaleza, es entonces cuando concurrirá una cualificación que permite agravar la pena de una forma más contundente que por la aplicación de una sola, formalizándose lo que se llama una "agravación extraordinaria", en la cual, según el artículo 66.5^a del Código Penal⁶⁸⁴, pudiéndose aplicar (de manera potestativa, debido al uso de la forma verbal "podrán aplicar") la pena superior en grado a la prevista en la ley, no siendo necesaria para su aplicación ni una doble o triple reincidencia en sentido estricto, por lo que en la cualificación no se exige una auténtica "multirreincidencia" que a lo largo de la historia se ha requerido.

⁶⁸² MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Edisofer, 10^a ed., Barcelona, 2015, págs. 659-662.

⁶⁸³ Artículo 141 de la LECrim: "Las resoluciones de carácter judicial que dicten los Juzgados y Tribunales se denominarán: Sentencias firmes, cuando no quepa contra ellas recurso alguno ordinario ni extraordinario, salvo los de revisión y rehabilitación".

⁶⁸⁴ Artículo 66.1. del Código Penal: "En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: 5.ª Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo."

- En cuanto al elemento de presente, segundo requisito de la reincidencia, se presenta cuando el sujeto activo delinque, realiza la acción típica, en un momento que ha de ser posterior a la condena ejecutoria del delito anterior. En este caso, tras la última modificación operada en el Código Penal⁶⁸⁵, no se incluye la comisión de delitos leves⁶⁸⁶, y en el caso de los delitos graves, deben de estar incluidos en el Código Penal, excluyendo aquellos que estén previstos en las leyes penales especiales. Es de destacar que la reincidencia tampoco actúa cuando el nuevo hecho se produce cuando al sujeto activo se le han cancelado los antecedentes penales o, habiendo debido serlo⁶⁸⁷.

- Y para finalizar, un elemento relacional, ya que los delitos anteriormente condenados y el que ha sido cometido deben tener una relación específica, la de estar comprendidos en el mismo título del Código penal y, a la vez, ser de la misma naturaleza. Por lo tanto, se descarta la reincidencia si el delito ha sido de otra entidad. El delito de intrusismo, tipificado en el artículo 403 del Código Penal, se encuentra ubicado en el Título XVIII, denominado "*De las falsedades*", donde se incluyen delitos como la falsificación de moneda y efectos timbrados, las falsedades documentales (tanto de documentos públicos, oficiales y mercantiles y de los despachos transmitidos por servicios de telecomunicación, como de documentos privados, la falsificación de certificados, la

⁶⁸⁵ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, nº 77, de 31 de marzo de 2015, págs. 27061-27176.

⁶⁸⁶ Véase 2º párrafo del artículo 22. 8ª.

⁶⁸⁷ Artículo 136 del Código Penal: "*1. Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, cuando hayan transcurrido sin haber vuelto a delinquir los siguientes plazos: a) Seis meses para las penas leves. b) Dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes. c) Tres años para las restantes penas menos graves inferiores a tres años. d) Cinco años para las restantes penas menos graves iguales o superiores a tres años. e) Diez años para las penas graves. 5. En los casos en que, a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para la cancelación, ésta no se haya producido, el juez o tribunal, acreditadas tales circunstancias, no tendrá en cuenta dichos antecedentes.*" Artículo 137 del Código Penal: "*Las anotaciones de las medidas de seguridad impuestas conforme a lo dispuesto en este Código o en otras leyes penales serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida; mientras tanto, sólo figurarán en las certificaciones que el Registro expida con destino a Jueces o Tribunales o autoridades administrativas, en los casos establecidos por la Ley.*"

falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje, la usurpación del estado civil, y la usurpación de funciones públicas y del intrusismo, donde está incluido el delito estudiado.

Es importante, por lo tanto, describir el instituto de los antecedentes penales, y cómo se produce su cancelación, ya que aunque el delincuente haya cumplido la pena impuesta (o haya sido ésta extinguida por el elenco de causas del artículo 130 del Código Penal⁶⁸⁸), el sujeto activo seguirá estando sometido a unos efectos posteriores de la pena que se denominan antecedentes penales, que consiste en la inscripción en el Registro Central de Penados y Rebeldes, dependiente del Ministerio de Justicia, de la pena que fue impuesta, remitiendo las autoridades judiciales a éste ente notas autorizadas de las sentencias firmes en las que se imponga alguna pena⁶⁸⁹. No obstante, cada Juez de Instrucción extractará las certificaciones que deben recibir las sentencias firmes de los Tribunales que las pronuncian en un libro denominado Registro de Penados⁶⁹⁰.

Estos antecedentes penales tienen una función doble:

- En primer lugar, deben ser tenidos en cuenta en la aplicación de posteriores penas en la aplicación de leyes penales y/o procesales porque permiten comprobar la concurrencia de la agravante de reincidencia en un delito posterior, según se ha visto en apartados anteriores, pueden impedir la suspensión

⁶⁸⁸ Artículo 130.1 del Código Penal: *“La responsabilidad criminal se extingue: 1. ° Por la muerte del reo. 2. ° Por el cumplimiento de la condena. 3. ° Por la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 87. 4. ° Por el indulto. 5. ° Por el perdón del ofendido, cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias del agraviado o la ley así lo prevea (...). 6. ° Por la prescripción del delito. 7. ° Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad.”*

⁶⁸⁹ Artículo 252 de la LECrim: *“Los Tribunales remitirán directamente al Registro Central de Procesados y Penados, establecido en el Ministerio de Gracia y Justicia, notas autorizadas de las sentencias firmes en las que se imponga alguna pena por delito y de los autos en que se declare la rebeldía de los procesados, con arreglo a los modelos que se les envíen al efecto.”*

⁶⁹⁰ Artículo 253 de la LECrim: *“El Tribunal que dicte sentencia firme condenatoria en cualquiera causa criminal, remitirá testimonio de la parte dispositiva de la misma al Juez de instrucción del lugar en que se hubiere formado el sumario.”* Artículo 254 de la LECrim: *“Cada Juez de instrucción llevará un libro que se titulará «Registro de Penados». Las hojas de este libro serán numeradas, selladas y rubricadas por el Juez de instrucción y su Secretario de gobierno. En dicho libro se extractarán las certificaciones expresadas en el artículo anterior.”*

de la ejecución de la pena, podían (en pasado porque por la última modificación esta potestad está suprimida del cuerpo legal) sustituir de las penas privativas de libertad a través del concepto de reo habitual⁶⁹¹, o pueden determinar la denegación de la libertad condicional⁶⁹².

- Por otro lado, pueden impedir el acceso a un cargo público, la obtención de pasaporte, de permisos de armas, etc..., además de impedir el acceso a determinadas profesiones, ya que para acceder a la inscripción en un Colegio Profesional de Dentistas es necesario un certificado de antecedentes penales a efectos de acreditar la no inhabilitación para el ejercicio profesional⁶⁹³.

La ley preveía, antes de la última modificación del Código Penal, la cancelación de dichos antecedentes penales con vistas de limitar esos efectos perniciosos que tienen para el delincuente. Se denominaba como "rehabilitación", cuyos requisitos estaban descritos en redacción antigua del artículo 136 del Código Penal⁶⁹⁴. No obstante, en la redacción que está

⁶⁹¹ Artículo 94 del Código Penal: "A los efectos previstos en la sección 2.ª de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello. Para realizar este cómputo se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al artículo 88 y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad."

⁶⁹² Artículo 503.1 de la LECrim: "La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurran los siguientes requisitos: 1.ª Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso. Si fueran varios los hechos imputados se estará a lo previsto en las reglas especiales para la aplicación de las penas, conforme a lo dispuesto en la sección 2.ª del capítulo II del título III del libro I del Código Penal (...)"

⁶⁹³ <http://www.dentistascadiz.com/Impresos/SOLICOEEC.pdf> [Consultado el 30/10/2016]

⁶⁹⁴ Artículo 136 del Código Penal vigente antes del 1/7/2015: "1. Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, previo informe del juez o tribunal sentenciador. 2. Para el reconocimiento de este derecho serán requisitos indispensables: 1.ª Tener satisfechas las responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia declarada por el juez o tribunal sentenciador, salvo que hubiera mejorado la situación económica del reo. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en el caso previsto en el artículo 125 será suficiente que el reo se halle al corriente de los pagos fraccionados que le hubieran sido señalados por el juez o tribunal y preste, a juicio de éste, garantía suficiente con respecto a la cantidad aplazada. 2.ª Haber transcurrido, sin delinquir de nuevo el culpable, los siguientes plazos: seis meses para las penas leves ; dos años para las penas que no excedan de 12 meses y las impuestas por delitos imprudentes ; tres años para las restantes penas menos graves ; y cinco para las penas graves."

vigente en la actualidad, se simplifican los trámites para este procedimiento, suprimiéndose la exigencia de informe previo de la autoridad judicial sentenciadora, además de la satisfacción de las responsabilidades civiles y la comprobación de insolvencia del condenado, quedando la cancelación supeditada sólo y exclusivamente al transcurso de los plazos descritos, siempre que el condenado no haya delinquido durante ellos. Por ello, los trámites son más simples y sencillos para el reo con el vigente artículo 136 del Código Penal⁶⁹⁵.

Otra novedad de la actual regulación de la cancelación de antecedentes penales es la inclusión de la errónea denominación de *"prescripción de la reincidencia"*, debido a la redacción del apartado 5º del susodicho artículo 136: *"En los casos en que, a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para la cancelación, ésta no se haya producido, el juez o tribunal, acreditadas tales circunstancias, no tendrá en cuenta dichos antecedentes."* No obstante, se mantiene, en el artículo 137 del Código Penal, la cancelación de las anotaciones de las medidas de seguridad que son perfectamente descritas en la literalidad del precepto: *"Las anotaciones de las medidas de seguridad impuestas conforme a lo dispuesto en este Código o en otras leyes penales serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida; mientras tanto, sólo figurarán en las certificaciones que el Registro expida con destino a Jueces o Tribunales o autoridades administrativas, en los casos establecidos por la Ley"*⁶⁹⁶.

En el presente estudio, son variadas las resoluciones donde está presente la institución de la reincidencia, incluso existiendo casos en los que una misma persona ha realizado el

⁶⁹⁵ Artículo 136.1 del vigente Código Penal: *"Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, cuando hayan transcurrido sin haber vuelto a delinquir los siguientes plazos: a) Seis meses para las penas leves. b) Dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes. c) Tres años para las restantes penas menos graves inferiores a tres años. d) Cinco años para las restantes penas menos graves iguales o superiores a tres años. e) Diez años para las penas graves."*

⁶⁹⁶ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Edisofer, 10ª ed., Barcelona, 2015, págs. 817-818.

acto delictivo en multitud de ocasiones, siendo juzgada hasta en ocho ocasiones.

- En esta sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla⁶⁹⁷, concurre la agravante de reincidencia, como se describe en el antecedente de hecho primero, y se impone una pena de multa de doce meses, la máxima de la horquilla establecida⁶⁹⁸ y se desestima el recurso de apelación interpuesto por el intruso en base a otros motivos diferentes a la concurrencia de la reincidencia (error en la valoración de la prueba e infracción de la norma constitucional). Se reproduce el susodicho antecedente de hecho primero:

"En fecha 1 de junio de 2005 la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de lo Penal núm. 13 de Sevilla dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: Condeno a Cesar como autor de un delito de intrusismo, ya definido. Concorre la circunstancia agravante de reincidencia. Se le impone la pena de multa de 12 meses con cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal legal subsidiaria en caso de impago y abono de costas, incluidas las de la acusación particular."

- En esta sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid⁶⁹⁹, resultado de la interposición de recurso de apelación por parte del Ministerio Fiscal y el Ilustre Colegio Oficial de Dentistas de la I Región, contra la sentencia "a quo" en la que se condenan a dos intrusos con la pena de 5 meses de multa a cada uno de ellos, por aplicación indebida del tipo penal ya que debería haberse aplicado la agravante por reincidencia, tema que se debate en el fundamento jurídico primero:

"El Ministerio Fiscal y la acusación particular fundan su recurso contra la sentencia que condena a los acusados como autores de un delito de intrusismo del art. 403. 1 del CP, en una aplicación indebida del tipo penal al haberse impuesto a los penados una pena de cinco meses de multa con una cuota diaria de diez euros, cuando el tipo penal por el que se sanciona establece una pena que se mueve en

⁶⁹⁷ España. SAP de Sevilla (Sección 3ª), nº 555/2005, de 12 de diciembre. JUR\2006\181140.

⁶⁹⁸ Artículo 403 del Código Penal: *"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."*

⁶⁹⁹ España. SAP de Madrid (Sección 1ª), nº 11/2010, de 14 de enero. JUR\2010\101971.

una horquilla de seis a doce meses de multa, sin que se haya apreciado circunstancia modificativa de la responsabilidad alguna que justificase una rebaja en grado de la pena. (...)Así las cosas, y contemplando el art. 403 en su párrafo primero una modalidad de intrusismo consistente en el ejercicio de actos sin tener título académico, como sucede en el caso aquí enjuiciado, que pena con multa de seis a doce meses de multa y otra de menor intensidad punitiva, cuando la carencia es de título oficial, que sanciona con pena de multa de tres a cinco meses, hemos de concluir que se ha sancionado indebidamente el delito, al reconocerse en la sentencia que se ejercían actos de una profesión para el que se necesitaba título académico expedido u homologado por el Estado Español del que se carecía, Y se ha sancionado indebidamente porque la pena a imponer debe serlo dentro de la escala señalada para la primera modalidad, y no como se ha hecho, dentro de la correspondiente a la segunda modalidad, máxime cuando como señala por el Ministerio Fiscal, no se ha apreciado ninguna figura atenuadora de la responsabilidad penal que permitiera rebajar la pena en un grado e imponerla en cinco meses de multa."

y cuando se procede a la rectificación de la aplicación de la pena, en la horquilla de 6 a 12 meses, en el mismo fundamento jurídico "in fine", se recoge este simbólico párrafo:

"Por ello procede modificar la pena impuesta, que se fija para cada uno de los penados dentro de la mitad inferior correspondiente al tipo penal en una extensión de ocho meses de multa, que se considera adecuada al reproche que merecen los hechos, al no ser estos un suceso aislado."

Atendiendo a su interpretación jurídica, la frase de cierre "al no ser estos un suceso aislado", hace deducir que el juzgador ha aplicado la multiplicidad de actos para aumentar la pena, pero no ha aplicado la agravante de reincidencia.

En cuanto a reincidentes, se inicia el elenco con un Licenciado en Medicina que:

- en primer lugar, se inicia el procedimiento por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 2 de Palma de Mallorca, dictando sentencia la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca el 16 de julio de 1987, siendo absuelto del delito de intrusismo que fue acusado. Contra ella, se presentó recurso de casación por parte del Ilustre Colegio

Oficial de Dentistas de la XIII Región por infracción de ley (artículos 321 y 572 del anterior Código Penal y el artículo 24 de la Constitución Española), y por error en la apreciación de la prueba. El Tribunal Supremo⁷⁰⁰ (analizada en el apartado de "Error de prohibición" del presente estudio), desestiman las pretensiones por entender que faltaba el requisito de la culpabilidad y, por ello, declara absuelto al presunto intruso,

- pero, no obstante, dicho individuo como expresa en el hecho probado VII del antecedente de hecho primero de la STS 1215/1999, de 29 de septiembre⁷⁰¹, sigue ejecutando actos propios de la profesión de dentista:

"(...) Ya conocedor el acusado de esta Sentencia del Tribunal Supremo y con posterioridad a la misma, continuó el ejercicio habitual de la profesión de Odontólogo en los mismos términos que había venido desarrollándolo antes, llevando a cabo su actividad en (...) de Palma de Mallorca, utilizando el instrumental propio de la profesión de Odontólogo y Estomatólogo, y llevando a cabo exploraciones y diagnósticos de enfermedades bucales, extracción de dientes y muelas, empastes, endodoncias, tratamiento de ortodoncias, etcétera (...)".

y declara no haber lugar al recurso de casación de dichos individuos, por lo que se mantiene la condena indicada anteriormente, haciendo hincapié el órgano judicial, en el fundamento jurídico cuarto de su recurso, en detallar por qué no es posible aducir de nuevo el error de prohibición:

"En el motivo tercero, encauzado en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la indebida aplicación del artículo 403 del Código Penal de 1995, y artículo 321 del Código Penal de 1973 (RCL 1973\2255 y NDL 5670) alegando que los hechos probados no constituyen delito de intrusismo. Según el recurrente su condición de Licenciado en Medicina y Cirugía le habilita para ejercer legítimamente como Odontólogo, tal y como sostiene el voto particular acompañado a la Sentencia. Debe recordarse que el mismo acusado fue en su día juzgado por un comportamiento análogo, y absuelto en la instancia sobre la base de la legitimidad de su acción, si bien esta

⁷⁰⁰ España. STS de 13 de junio de 1990. RJ\1990\5291. Roj: STS 4571/1990. ECLI: ES:TS:1990:4571. Id Cendoj: 28079120011990108490.

⁷⁰¹ España. STS 1215/1999, de 29 de septiembre. RJ\1999\8087. Roj: STS 5903/1999. ECLI: ES:TS:1999:5903. Id Cendoj: 28079120011999102970.

Sala Segunda confirmó la absolución (Sentencia de 13 de junio de 1990 [RJ 1990\5291]) por apreciarse que con la posesión del título de Licenciado en Medicina y Cirugía obró en la creencia fundada pero errónea de que podía realizar los actos propios de la profesión de Odontólogo. A pesar de ello ha continuado después con la misma actividad, insistiendo en la suficiencia del título poseído, no obstante lo declarado en sentido contrario por esta Sala, cuya doctrina es preciso repetir."

Otro caso bien conocido de reincidencia, respecto al delito de intrusismo en Odontología, es el de una higienista y protésico dental vallisoletana, con una carrera criminal que comienza en 1986 (curiosamente, año de promulgación de la ley reguladora del odontólogo, el protésico dental y el higienista dental) y la cual se encuentra cumpliendo condena en el Centro Penitenciario de Villanubla, en Valladolid. Se procede al análisis de su trayectoria delictiva.

- En una sentencia de fecha 25/10/1993 se le condenó por un delito de intrusismo a la pena de dos años de prisión menor, por un delito de desobediencia a las penas de tres meses de arresto mayor y de multa, por un delito de estafa a la pena de un año de prisión menor, por 16 delitos de imprudencia temeraria a dos meses de arresto mayor, por cada uno de ellos, y por dos delitos de imprudencia temeraria a sendas penas de multa, en razón a actividades desarrolladas por la solicitante entre 1986 y 1989.

- A continuación, en sentencia de 7/02/1994, se le condena a una pena de 2 años de prisión por un delito de intrusismo, por aplicación del artículo 321 del derogado Código Penal de 1973⁷⁰², en razón a hechos que se sitúan temporalmente en 1997.

- y poco después, en 1998, por sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid⁷⁰³, a esta persona se le absuelve del delito de estafa de que venía siendo acusada por la acusación particular (Ilustre Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de la VIII Región), condenándola como autora de un delito de

⁷⁰² Artículo 321 del derogado Código Penal de 1973: "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".

⁷⁰³ España. SAP de Valladolid (Sección 2ª), nº 586/1998, de 2 de junio. ARP\1998\2550.

intrusismo bajo el artículo 403 del vigente Código Penal, con la presencia de la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de reincidencia debido a que tiene antecedentes penales, a la pena de 12 meses de multa, con una cuota diaria de 1.500 ptas.

- Posteriormente, en sentencia de 29/01/2002, es condenada por otro delito de intrusismo, a la pena de doce meses de multa, y por un delito de lesiones por imprudencia grave, a la pena de arresto de veinticuatro fines de semana, por hechos que se sitúan entre diciembre de 1998 y el 26 de mayo de 2000.

- En otra sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid⁷⁰⁴, se desestima el recurso de apelación frente a la sentencia de 29 de enero de 2002, en base a infracción de precepto legal (del artículo 468 de la LECrim⁷⁰⁵ y del artículo 24 de la Constitución Española⁷⁰⁶) y error en la apreciación de la prueba.

- Mediante sentencia de fecha 30/05/2003, es de nuevo condenada por otro delito de intrusismo, a la pena de doce meses de multa, y por otro delito de lesiones por imprudencia grave, a la pena de arresto de doce fines de semana, por los hechos que se desarrollaron en los meses de marzo a diciembre de 2000 y en el mes de agosto de 2001.

- Y en la sentencia nº 383 de fecha 14/11/2007, del Juzgado de lo Penal Nº 1 de Valladolid, en el Procedimiento Abreviado

⁷⁰⁴ España. SAP de Valladolid (Sección 2ª), nº 385/2002, de 27 de mayo. JUR\2002\191213. Roj: SAP VA 715/2002. ECLI: ES:APVA:2002:715. Id Cendoj: 47186370022002100417.

⁷⁰⁵ Artículo 468 de la LECrim: “Son causa de recusación de los peritos: 1.º El parentesco de consanguinidad o de afinidad dentro del cuarto grado con el querellante o con el reo. 2.º El interés directo o indirecto en la causa o en otra semejante. 3.º La amistad íntima o la enemistad manifiesta”.

⁷⁰⁶ Artículo 24 de la Constitución Española: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

298/07⁷⁰⁷, se le juzga por hechos que se sitúan temporalmente entre 1999 y 2000, y desde 2003 hasta 2005. En ella se le absuelve del delito de quebrantamiento de condena, mientras que se le condena como autora de un delito de intrusismo del art. 403, apartados 1º y 2º del Código Penal, a veintinueve meses de prisión e inhabilitación profesional para el ejercicio de la profesión de protésico e higienista dental por el mismo periodo, siete delitos de lesiones del art. 147.1 del CP a veintinueve meses de prisión e inhabilitación profesional para el ejercicio de la profesión de protésico e higienista dental por el mismo periodo, por cada uno de los siete delitos, una falta de lesiones del art. 617.1 del CP a doce días de localización permanente, y un delito continuado de estafa del art. 248 y 74 del C. Penal a veintiún meses de prisión. Además, indemnizará a los siete perjudicados (o sus herederos).

- Mediante auto de la Audiencia Provincial de Valladolid⁷⁰⁸, se deniega el recurso de apelación del auto con fecha 30/11/2007 en el que se dictó se acordaba la prisión provisional, comunicada y sin fianza de Ana María. Contra dicha resolución, se interpuso recurso de reforma (en el que con fecha 14/12/2007 se dictó auto en el que se acordaba no haber lugar a la reforma pretendida) y se admitía a trámite el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto, recurso a cuya estimación se opuso el Ministerio Fiscal, y que finalmente fue desestimado.

Dicho recurso de apelación se sustentaba en los siguientes argumentos:

- En primer lugar, en el artículo 503.1.1º de la LECrim⁷⁰⁹, la cual es rechazada ya que, como se cita en el razonamiento jurídico único:

⁷⁰⁷ <http://www.dentistascadiz.com/Legislacion/SENTENCIAMILAGROSTOLA.pdf> [Consultado el 30/10/2016]

⁷⁰⁸ España. AAP de Valladolid (Sección 2ª), nº 2/2008, de 16 de enero. JUR\2008\87584.

⁷⁰⁹ Artículo 503.1.1º de la LECrim: *“La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurren los siguientes requisitos: 1.º Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso. Si fueran*

"lo actuado permite afirmar la existencia de indicios de la comisión de delitos de intrusismo y estafa, no pudiendo acoger la argumentación de la parte apelante por cuanto, por una parte, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 403 y 249 del Código Penal, la penalidad correspondiente a dichos delitos podría ser igual o superior a dos años de prisión, y por otra, en trance de ponderar la existencia de indicios de la posible comisión del delito de estafa, habrá de convenirse en que lo que resulta relevante es, no que la apelante ofreciera "a quienes acudían a su consulta como paciente precios inferiores a los que se cobraban de ordinario por odontólogos colegiados", sino si la entrega de dichos honorarios por los denunciados se debió a un engaño, elemento del tipo de cuya concurrencia en el supuesto de autos hay indicios puesto que, además de aparentar estar en posesión de un título del que carecía (lo que, como parece lógico, hubo de influir en la decisión de aquellos de abonar los importe que se les reclamaron) la denunciada, según manifiestan los denunciados, parece que no ha llevado a cabo aquellas prestaciones que había ofrecido, sin que, por otro lado, exista constancia alguna de que la cantidades recibidas por la apelante estuvieran destinadas a abonar los honorarios del supuesto cirujano al que se dice iban a ser "derivados" los denunciados".

- y en el artículo 503.1.3^a de la LECrim⁷¹⁰, ya que según se aprecia en el mismo razonamiento:

"ha de admitirse que no parece existir riesgo de fuga, no lo es menos que la finalidad a la que se refiere el instructor para fundamentar la

varios los hechos imputados se estará a lo previsto en las reglas especiales para la aplicación de las penas, conforme a lo dispuesto en la sección 2.ª del capítulo II del título III del libro I del Código Penal".

⁷¹⁰ Artículo 503.1.3^º de la LECrim: "Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines: a) Asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga. Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado o encausado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el título III del libro IV de esta ley. Procederá acordar por esta causa la prisión provisional de la persona investigada cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores. En estos supuestos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado. b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto. No procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del investigado o encausado en el curso de la investigación. Para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del investigado o encausado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros investigados o encausados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo. c) Evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado".

prisión (evitar la reiteración delictiva) está plenamente justificada si se tiene en cuenta que, según consta en la causa, la apelante ha sido condenada, entre otras, en sentencias de 28 de enero de 2000 - firme el 6 de junio de 2002 - por un delito de intrusismo y en sentencia 30 de mayo de 2003 - firme el 5 de diciembre de 2003 - por un delito de intrusismo y un delito de lesiones por imprudencia grave, habiéndolo sido también, en sentencia de 14 de noviembre de 2007 , por un delito de intrusismo, siete delitos de lesiones y un delito continuado de estafa.

- En otra sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid⁷¹¹, se desestima el recurso de apelación contra la sentencia nº 383 de fecha 14/11/2007 del Juzgado de lo Penal Nº 1 de Valladolid, en el Procedimiento Abreviado 298/07⁷¹², en la que se alega error en la apreciación de las pruebas (conurrencia del denominado "dolo eventual") e infracción de precepto legal (vulneración del art. 403 del CP, por entender que se ha hecho aplicación indebida del subtipo segundo del último párrafo). El Tribunal no aprecia la presencia de ninguna de ambas motivaciones, por lo que mantiene la parte dispositiva de instancia, en la cual se indica:

"ABSOLVER Y ABSUELVO a M. T. del B. del delito de quebrantamiento de condena del que ha sido acusada, con declaración de oficio de una onceava parte de las costas procesales, y debo condenar y condeno a Cecilia como autora de a) un delito de intrusismo del art. 403 1º y 2º del C. Penal, b) siete delitos de lesiones del art. 147.1 del C. Penal, y c) una falta de lesiones del art. 617.1 del C. Penal, y d) un delito continuado de estafa del art. 248 y 74 del C. Penal , con la concurrencia en a),b) y c) de la circunstancia por el delito a), VEINTINUEVE MESES DE PRISIÓN E INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE LA PROFESION DE PROTESIDO E HIGIENISTA DENTRAL POR IGUAL PERIODO por cada uno de los delitos b) DOCE DIAS DE LOCALIZACION PERMANENCIA por la falta c) y VEINTUN MESES DE PRISIÓN POR EL DELITO d) y al pago de diez onceavas partes de las costas procesales, incluidas las de las acusaciones particulares.

M. T. del B. indemnizará a Sofía en la cantidad de 6.847,87 euros; a Gabino en 1.123 euros; a Rafael en la cantidad de 750 euros y en la que acredite documentalmente en ejecución de sentencia como correspondiente a gastos médicos y sanitarios con un límite de 2.880 euros; a María Rosario en la cantidad de 1540 euros, a Celestina y Benjamín conjuntamente en la cantidad de 80 euros; y en la que acredite documentalmente en ejecución de sentencia como correspondiente a gastos médicos y sanitarios con un límite de 4.000

⁷¹¹ España. SAP de Valladolid (Sección 4ª), nº 109/2008, de 27 de mayo. JUR\2009\19213.

⁷¹² <http://www.dentistascadiz.com/Legislacion/SENTENCIAMILAGROSTOLA.pdf> [Consultado el 30/10/2016]

euros; a los herederos de Luis Andrés en la cantidad de 27.900 euros y en la que acredite documentalmente en ejecución de sentencia como correspondiente a gastos médicos y sanitarios con un límite de 4000 euros; a Nieves en la cantidad de 21.900 euros; cantidades todas ellas que devengarán el interés previsto en el artículo 576 de la L.E.C . Firme la presente resolución, procédase a la aplicación del artículo 76 del CP. Aplíquense los 245 euros intervenidos en la entrada y registro al pago de las indemnizaciones”.

- En una sentencia posterior de la misma Audiencia Provincial⁷¹³, se confirma la resolución dictada el 5/05/2008 por el Juzgado de lo Penal Nº 3 de Valladolid por la que se condena a la acusada como autora responsable de un delito de lesiones, un delito de intrusismo y un delito continuado de estafa a las penas de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial durante igual tiempo para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, por el primer delito, siete meses de prisión, con igual accesoria, por el segundo, y veinte meses de prisión, con la accesoria indicada, por el tercero, así como al pago de las costas procesales y a que, en concepto de responsabilidad civil, e indemnice a un individuo en 15.417,21 euros y a otro en 1.840 euros.

En apelación se alega infracción de la norma sustantiva, infracción de la constitucional y error en la apreciación de la prueba: tales motivos hacen desestimar el recurso de apelación y, por lo tanto, no se modifica la condena impuesta.

- Más tarde, en sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid⁷¹⁴, se desestima el recurso de apelación frente a la condena por la comisión de un delito de estafa mediante sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Valladolid. En la sentencia “a quo” no se le condena por el delito de intrusismo ya que, como se refleja en el antecedente de hecho segundo de la sentencia de la Audiencia Provincial, que “apreciando la concurrencia de cosa juzgada se absuelve a M.T. del B. del delito de intrusismo con todos los pronunciamientos favorables”.

⁷¹³ España. SAP de Valladolid (Sección 4ª), nº 147/2008, de 24 de junio. JUR\2008\346054.

⁷¹⁴ España. SAP de Valladolid (Sección 2ª), nº305/2012, de 18 de septiembre. JUR\2012\393408.

Según el antecedente de hecho primero, se declara probado que *"de acuerdo con la prueba practicada, que el 1 de julio de 2007 Luis Alberto acudió a la consulta abierta al público (...), siendo examinado por la acusada y prescribiéndole la necesidad de una prótesis dental en la mandíbula inferior que sustituyera a la que ya tenía. Le presupuestó un precio final de 2800 €, haciendo un primer pago de 1500 € y pagos parciales mensuales hasta el total de 2050 €. Para la realización de la prótesis le hizo un molde de la mandíbula, aplicó anestesia en la boca con jeringuilla y le colocó una prótesis provisional sin que llegara a colocar nunca la prótesis definitiva al no realizarla"*.

- Y finalmente, el auto de la Sección 1ª del TS, de fecha 4 de mayo de 2013⁷¹⁵, resolutorio de un recurso extraordinario de revisión contra la sentencia nº 383 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Valladolid, en el Procedimiento Abreviado 298/07, en fecha 14/11/2007⁷¹⁶, que fue ratificada por la sentencia nº 109/2008, de 27 mayo, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Valladolid⁷¹⁷, por el cual se declara en el hecho primero, apartado quinto:

"En la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Valladolid en fecha 14 de noviembre de 2007 se recogen, con concreto, condenas por hechos que fueron ya enjuiciados por delito de intrusismo profesional (...) mi representada fue condenada por delitos de intrusismo tanto en el año 2002 como 2003, por lo que no se explica cómo se incluye en la sentencia del año 2008 hechos acaecidos en 1999 y 2000, pues mi representada ya fue enjuiciada y condenada por intrusismo en los años 2002 y 2003".

en el apartado noveno de dicho hecho primero, se determina:

"Como se ha acreditado, el delito de intrusismo ya había sido juzgado y condenado en los años 2002 y 2003, por lo que, al haberse incluido

⁷¹⁵ Roj: ATS 4776/2013. ECLI: ES:TS:2013:4776. Id Cendoj: 28079120012013201263.

⁷¹⁶ <http://www.dentistascadiz.com/Legislacion/SENTENCIAMILAGROSTOLA.pdf> [Consultado el 30/10/2016]

⁷¹⁷ JUR\2009\19213.

de manera incorrecta en la condena del año 2008 debe procederse a la revisión de la citada sentencia, instruyendo de nuevo el asunto".

en su fundamento jurídico segundo, se transcribe texto del Ministerio Fiscal, sintetizando ordenadamente los diversos pronunciamientos que han recaído en relación a la solicitante:

"1.- Sentencia del juzgado de lo Penal nº 3 de Valladolid de 25 de octubre de 1993 , condenada por 1 delito de intrusismo, 1 de desobediencia, 1 de estafa y 19 de lesiones por imprudencia en razón a actividades desarrolladas por la solicitante entre 1986 y 1989.

2.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 2 de junio de 1998 condenada por delito de intrusismo en razón a hechos que se sitúan temporalmente en 1997.

3.- Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Valladolid de fecha 29 de enero de 2002 , confirmada en apelación por sentencia de 27 de mayo de 2002 , condenada por 1 delito de intrusismo y 1 delito de lesiones por imprudencia por hechos que se sitúan entre diciembre 1998 y 26 de mayo de 2000.

4.- Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Valladolid de fecha 30 de mayo de 2003 condenada por 1 delito de intrusismo y 1 delito de lesiones por imprudencia por los hechos que se desarrollaron en los meses de marzo a diciembre de 2000 y en el mes de agosto de 2001.

5.- Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Valladolid de 14 de noviembre de 2007 condenada por 1 delito de intrusismo, 7 de lesiones, 1 falta de lesiones y 1 delito continuado de estafa por hechos que se sitúan temporalmente entre 1999,2000, y 2003 a 2005".

y a la postre, tal interposición del recurso extraordinario de revisión no es autorizada, como se describe por parte del Tribunal al analizar las características del delito continuado, en el fundamento jurídico quinto:

"En lo que respecta al delito de intrusismo la cuestión presenta peculiaridades en cuanto se trata de un delito de tracto continuado, lo que arrastra un problema específico: determinar cuándo acaba una infracción y cuándo comienza otra distinta. Cada acto de intrusismo no es constitutivo de un delito diferente. El art. 403 habla de "actos" en plural. Habrá lugar a la doble o múltiple condena cuando se produzca lo que se ha denominado una "ruptura jurídica" entre una actuación y otra.

(...)El dato clave estriba en el momento en que el sujeto activo es objeto de detención o de una imputación o citación para defenderse en

la investigación seguida por unos hechos. En ese instante se produce la ruptura desde el punto de vista jurídico; la solución de continuidad. Ya no habrá un punto y seguido; sino un punto y aparte. Quien vende droga todos los días y es sorprendido, detenido e ingresado en prisión sólo habrá cometido un único delito contra la salud pública. Sin embargo si quien ha sido sorprendido vendiendo una dosis de cocaína, es detenido y al ser puesto en libertad vuelve a vender otra papelina, habrá cometido dos delitos contra la salud pública. Otra tesis llevaría a la paradoja de que quien ya conoce que contra él se sigue causa penal vea en ella una licencia para seguir la actividad delictiva, al menos hasta que recaiga sentencia.

Precisando más, para que se pueda hablar de un nuevo delito diferente es necesario que se produzca una ruptura jurídica en la actividad. No es suficiente con que exista el temor de haber sido descubierto o la sospecha de que se está sometido a investigación. Es precisa la seguridad de que existe una investigación penal estatal expresamente dirigida contra el sujeto activo para que en ese mismo momento se pueda hablar de solución de continuidad y por tanto de recomenzar una actividad delictiva diferente, y merecedora de un reproche penal distinto y autónomo, no susceptible de ser embebida en los hechos anteriores por los que ya se sigue causa penal. Esa es la tesis que inspira la STS 503/2008 de 17 de Julio en lo que se refiere a una nueva condena por tenencia de explosivos (fundamento jurídico 89) y esa es la tesis que abiertamente acoge la STS 187/2009, de 3 de marzo : "la doctrina científica más caracterizada, nos dice que la unidad o pluralidad de acciones no viene impedida por la naturaleza de la infracción como de "peligro abstracto o comunitario", por no depender el delito del grado o intensidad del peligro, esto es, no influye el desvalor del resultado de los comportamientos, que es difícilmente conmensurable (resultado cortado), sino de las ocasiones diferentes en que se ha puesto de manifiesto una voluntad rebelde a la norma.

De este modo aunque en el plano teórico se pusiera en peligro varias veces el bien jurídico a través de varias acciones no estaríamos necesariamente ante una pluralidad de delitos con el efecto de multiplicar los reproches penales.

Esa tesis conduce no al delito continuado (que es un único delito), sino a la dualidad de delitos. La reanudación de actividades incardinables en el art. 368, por quien ya se sabe sometido con seguridad a un proceso por las actuaciones efectuadas hasta ese momento, abre paso a un nuevo delito del art. 368. Si, por el contrario, se descubriesen con posterioridad actos de venta de droga efectuados antes de esa detención y que no han podido ser investigados, sí que topáramos, en principio, ante el muro de la cosa juzgada".

y cómo, en el sexto, lo traslada al delito de intrusismo:

"Es plenamente proyectable esa doctrina al delito de intrusismo. Desde el momento en que la solicitante fue enjuiciada en mayo de 2003, se fijó un "punto y aparte". Incluso podría retrotraerse esa ruptura al momento en que conoció que había sido imputada en aquella causa. Se abre un nuevo capítulo. Si todos los actos anteriores de intrusismo quedaban embebidos en esa condena, todos los posteriores eran susceptibles de una nueva condena. Y es obvio que la sentencia cuya revisión se impetra contempla actos muy posteriores. Solo

incidentalmente se refiere a actos previos por aludir a personas cuyo tratamiento odontológico había comenzado varios años antes. Es evidente que no se trata de condenas por el mismo hecho. Son hechos jurídicamente diferentes dada la ruptura jurídica que supuso la condena anterior. Como dice el Fiscal, otra interpretación llevaría al absurdo de que justamente la condena por intrusismo se convertiría en el "título" para ya seguir desempeñando la profesión sin titulación, pues estaría protegida por esa "extravagante" concepción de la cosa juzgada".

Tras esta trayectoria delictiva "de libro", es insólito que solicite el indulto al Gobierno, siendo éste claramente rechazado⁷¹⁸. La figura del indulto aparece de modo negativo, en la Constitución Española⁷¹⁹ y sobre su aplicación en el Código Penal⁷²⁰, siendo extendidamente regulada en una norma de origen preconstitucional⁷²¹, en la cual se estipula que los reos de toda clase de delitos podrán ser indultados (artículo 1), pero se exceptúan a los reincidentes en el mismo o en otro cualquier delito, por el cual hubiesen sido condenados por sentencia firme. Sin embargo, el caso en que, a juicio del Tribunal sentenciador, hubiese razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública, podría otorgarles la gracia (artículo 2.3º). Así, el indulto total sólo y exclusivamente se otorgará a los penados en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador (artículo 11). El caso que se ha analizado se encuentra dentro de las excepciones de concesión del indulto, y sólo se podría desmontar este criterio por razones que no se presentan en la condenada.

⁷¹⁸ <http://www.colegiodedentistas.com/vernoticia/1> [Consultado el 30/11/2016]

⁷¹⁹ Artículo 62 de la Constitución Española: "Corresponde al Rey: i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales".

⁷²⁰ Artículo 4 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre: "3. Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo. 4. Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada. También podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria".

⁷²¹ España. Ley de 18 de junio de 1870, de Reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto. Boletín Oficial del Estado, nº 175, de 24 de junio de 1870, pág. 1.

21. Detectives

El ejercicio de los detectives privados se encuentra actualmente regulado en la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada⁷²², que entró en vigor el 05/06/2014, fecha próxima a la finalización del presente estudio. La normativa vigente a lo largo del estudio hasta su derogación por la norma citada han sido la Ley 23/1992, de Seguridad Privada⁷²³, y el Reglamento de Seguridad Privada⁷²⁴, pero del propio Reglamento mantendrán su vigencia aquello en lo que no contravenga a la vigente ley de 2014.

Haciendo uso de estas últimas, los detectives privados, a solicitud de personas físicas o jurídicas (como los Colegios Profesionales de Dentistas), se encargarán de obtener y aportar información y pruebas sobre conductas o hechos privados y de la investigación de delitos perseguibles sólo a instancia de parte por encargo de los legitimados en el proceso penal (como las injurias y las calumnias), por lo que no podrán realizar investigaciones sobre delitos perseguibles de oficio (como es el caso del delito de intrusismo, infracción penal del presente estudio), debiendo denunciar inmediatamente ante la autoridad competente cualquier hecho de esta naturaleza que llegara a su conocimiento y poniendo a su disposición toda la información y los instrumentos que pudieran haber obtenido. En ningún caso podrán utilizar para sus investigaciones medios materiales o técnicos que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad

⁷²² España. Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada. Boletín Oficial del Estado, nº 83, de 05/04/2014.

⁷²³ España. Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada. Boletín Oficial del Estado, nº 186, de 4 de agosto de 1992, págs. 27116-27122.

⁷²⁴ España. Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre Boletín Oficial del Estado, nº 8, de 10 de enero de 1995, págs. 779-815.

personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones⁷²⁵.

En el presente estudio, el uso de detectives privados es amplio, ya que desde las resoluciones más antiguas existen su presencia:

- En la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1987⁷²⁶, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el reo contra sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que le condenó por delito de intrusismo, con la concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración a la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, y al pago de las costas procesales, decretando el comiso de los objetos intervenidos. En su fundamento de derecho primero, se describe la intervención del detective privado:

"el procedimiento comienza aunque con carácter particular por iniciativa del Sr. Secretario del Colegio Oficial de dichos profesionales en Tenerife, quien sospechando actos de intrusismo por parte de algunos protésicos dentales encarga una investigación privada a detectives de esta naturaleza, quienes por lo que se refiere al procesado D. Juan Antonio R. A. comprueban que realizan cometidos propios de los odontólogos en Valle Guerra (La Laguna). Con este informe el citado Secretario formula la correspondiente denuncia, llevándose a seguido la correspondiente investigación pública por la policía, la que se persona en la mentada localidad interesando la asistencia de un dentista, indicándole el edificio donde el procesado tiene su despacho; comprueban la existencia de una Sala de espera con varias personas, y otra que es asistida en otra, donde hay un sillón de odontólogo".

- En otra sentencia del Tribunal Supremo⁷²⁷, se declara no haber lugar al recurso en casación interpuesto por la acusación particular contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana que condenó al procesado como autor de una

⁷²⁵ Según apunta el contenido del artículo 19 de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada y de los artículos 101 y 102 del Reglamento de Seguridad Privada, que se reitera con el mismo contenido del susodicho artículo 19.

⁷²⁶ España. STS de 4 de mayo de 1987. RJ\1987\3003. Roj: STS 3071/1987. ECLI: ES:TS:1987:3071. Id Cendoj: 28079120011987104014.

⁷²⁷ España. STS de 20 de junio de 1988. RJ\1988\5049. Roj: STS 4712/1988. ECLI: ES:TS:1988:4712. Id Cendoj: 28079120011988101646.

falta del art. 572.1º del Código Penal a la pena de 1.500 pesetas de multa. Uno de los motivos planteados fue el error en la apreciación de la prueba respecto a los informes de los detectives privados, como se declara en su fundamento jurídico primero, aclarando que se trata de una testifical y no de una documental:

"El segundo de los motivos del recurso interpuesto por la representación del Colegio Oficial de Odontólogos -el primero de ellos, fue renunciado en el acto de la vista-, fundado en el número 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba según resulta de los informes de la Agencia de Detectives Abraham y de la Agencia Privada de Investigación A. P. I. I., S. A. obrantes en el sumario y adverbados por sus titulares. Ha de precisarse que si bien los documentos propios exigidos por aquella norma para la demostración del error padecido, suponen su generación fuera del proceso, con significación y rango de preconstitución probatoria, posteriormente incorporados al mismo dentro de ese acopio de datos concluyentes para el adecuado esclarecimiento de los hechos enjuiciados, no puede reconocérsele carácter de documentos a los informes de una agencia de detectives privados en los que se insertan consideraciones particulares e incorporan manifestaciones testificables desplazadas de su cauce propio, cual es el proceso en marcha, privando a las partes del interrogatorio directo y del normal ejercicio de su derecho de defensa. Como ya indicó esta Sala en Sentencia de 11 de septiembre de 1986 (RJ 1986\4668), la prueba testifical no transforma su naturaleza por que se formule ante un Notario; no pudiendo por tal circunstancia convertirse en prueba documental. En consecuencia el motivo ha de ser desestimado".

y en el fundamento jurídico segundo, se considera como delito provocado, en el modo que se describe:

"Según el relato histórico de la sentencia, el procesado, de profesión joyero y que había ejercido actividad de protésico dental hasta unos ocho años antes, «en alguna ocasión no exactamente especificada, impulsado por personas dependientes de una agencia de detectives privados ..., realizó alguna labor como la de inspeccionar la boca en alguna supuesta cliente, dando su opinión y consejo acerca de lo que había de hacerse para la colocación de "puentes", pero sin llegar a fabricar éstos, ni diseñarlos ni realizar ninguna tarea previa o preparatoria». No consta que su actuación fuera más allá de los consejos esporádicos provocados por las personas al servicio de las agencias, ni que interviniese en relación con otras ajenas a las mismas. Tales limitadas actuaciones, en las condiciones en que se produjeron, no pueden integrar el delito generalmente denominado de «intrusismo» a que se refiere el artículo 321 del Código Penal. Los actos integrantes del mismo han de tener una cierta relevancia o

entidad para que produzcan resonancia dentro del marco profesional afectado, ofreciéndose con proyección relevante -Sentencias de 20 de febrero de 1981 (RJ 1981\761), 5 de mayo de 1982 (RJ 1982\2630) y 14 de febrero de 1983 (RJ 1983\1666)-. Corolario de ello ha de ser la desestimación del motivo”.

- En otra sentencia del mismo tribunal⁷²⁸, se declara no haber lugar a al recurso de casación interpuesto por los acusados frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, que con fecha 17 de marzo de 1986⁷²⁹, condenó a dos individuos, uno como autor y otro como cooperador necesario, de un delito de usurpación de funciones del artículo 321 del Código Penal, a las penas de seis meses y un día de prisión menor para cada uno de ellos, así como a las accesorias de suspensión de todo cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo y profesión de médico y oficio relacionado con actividades estomatológicas, odontológicas o protésicas, por el mismo tiempo.

Uno de los motivos aducidos consistía en la ausencia de actividad probatoria suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia declarada en el artículo 24.1 de la Constitución Española, cuestión que es desestimada por la siguiente argumentación contenida en el fundamento jurídico primero:

“Se razona el motivo sobre la base de las declaraciones negativas de los procesados y alegando que la sentencia de instancia no tiene más apoyo que el informe de una agencia de investigación privada, que no tiene valor legal a estos efectos. Los otros dos testimonios que se aducen (de un cliente y del portero de la clínica) se sintetizan parcialmente.

La comprobación de que en la clínica odontológica , local arrendado por el procesado, había bastante clientela y que acudía a intervenciones dentales ordinarias, que no se hallaba presente con frecuencia el médico sino sólo este procesado, que la clientela comentaba a satisfacción tales actuaciones, que el portero informaba que el dentista y el mecánico eran la misma persona, no figuran sólo en la investigación de la agencia privada de detectives sino también

⁷²⁸ España. STS de 23 de octubre de 1989. RJ\1989\7733. Roj: STS 9993/1989. ECLI: ES:TS:1989:9993. Id Cendoj: 28079120011989103948.

⁷²⁹ Casualmente es la fecha de la creación y firma de la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental. Boletín Oficial de Estado, nº 68, de 20 de marzo de 1986, págs. 10562-10563.

en el atestado policial, ratificado por el inspector de Policía en el juicio oral. En éste se ha ratificado también un testigo, paciente de una extracción satisfactoria lo que revela experiencia y destreza que no existirían en una ocasión aislada, y testifica también, como la Policía que había más personas en la consulta. Tales testimonios, plenamente válidos legalmente, confirman el atestado el informe de los detectives privados y las pruebas objetivas indiciarias (placas de la puerta, ausencia obligada del médico por su presencia en otra ciudad donde tenía su residencia y abierta consulta, donde cursaba estudios en la Escuela de Estomatología y donde realizaba operaciones quirúrgicas según el propio procesado declaró en el día en que se personó la Policía). De todo lo examinado se concluye que ha habido actividad probatoria, incluso en el juicio oral, y que desvirtúa la presunción iuris tantum de inocencia. El Tribunal a quo ha tenido base para formar su convicción, razonada en su sentencia”.

- En otra sentencia del Tribunal Supremo⁷³⁰, se declara no haber lugar al recurso que interpuso el procesado contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona que lo condenó como autor de un delito de usurpación de funciones o intrusismo, a la pena de seis meses y un día de prisión menor. Todo se inició cuando el Colegio Oficial de Odontólogos y estomatólogos de la 2ª Región (Cataluña), al tener conocimiento de la conducta del procesado, encargó a la Agencia de Investigación Privada Detecta, un informe sobre las actividades, en el ramo de propio de los profesionales odontólogos y estomatólogos, del procesado, que dicha agencia realizó en fecha 15/06/1983 y con cuyo resultado el citado colegio formuló querrela en fecha 9/05/1984.

Ante tal sentencia, el procesado alegó, al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia recogido en el artículo 24.2 de nuestra Constitución fundándose en que los informes de los detectives privados no son prueba en la que un Tribunal de Justicia pueda basar una sentencia condenatoria de carácter penal. Ante ello, se desestima bajo el razonamiento expuesto en el fundamento jurídico segundo de la sentencia del Tribunal Supremo:

⁷³⁰ España. STS de 12 de marzo de 1990. RJ\1990\2989. Roj: STS 2295/1990. ECLI: ES:TS:1990:2295. Id Cendoj: 28079120011990109436.

"Ante tales alegaciones hay que decir que los resultados de una investigación privada que pudieran realizar detectives contratados al respecto por alguna de las partes, cuando, como es frecuente, aparecen en el sumario como si de una prueba documental se tratara, es claro que no pueden servir al juzgador de fundamento para estimar acreditados los hechos correspondientes, pues no es propiamente una prueba documental, ya que simplemente recoge lo que una o varias personas han percibido en relación con el trabajo desempeñado en su oficio. Pero si, como ha ocurrido en el caso presente, el detective que practicó la investigación privada acude a juicio oral y allí declara con las formalidades propias de tal acto solemne y cumpliendo, por tanto, con las exigencias correspondientes a los principios de inmediación, publicidad, oralidad y contradicción, es evidente que nos encontramos ante una verdadera prueba testifical que puede ser tenida en cuenta por el Tribunal para formar su convicción en orden a la determinación de los hechos probados conforme a lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el supuesto de autos declaró como testigo en el juicio e detective que actuó contratado por el Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Cataluña, quien dijo que estuvo en la consulta del procesado donde había muchos enfermos que esperaban su turno, varios de ellos para dolencias de la boca propias de un dentista, y pudo percibir por sí mismo y por las manifestaciones de quienes allí se encontraban que don Juan S. S. se dedicaba a extraer piezas dentarias y a otros trabajos característicos de los odontólogos, dando detalles de lo que él allí presenció.

Además, en dicho juicio oral declararon otros testigos, tres de los cuales, al menos, dijeron haber sido sometidos en tal consulta a extracciones de colmillos y muelas, e incluso una señora manifestó que a su marido le arregló una prótesis, aparte de que el propio acusado reconoció haber realizado extracciones fáciles y otras atenciones médicas en la boca, y de que le fueron hallados y ocupados en su consultorio tenazas y otros aparatos propios de la estomatología.

Así pues, hay que estimar que holgadamente existió la mínima actividad probatoria de cargo practicada con todas las garantías legales respecto de los hechos constitutivos de esta figura de delito de intrusismo, que es lo único que puede examinar esta Sala en este momento procesal en el que se ha sometido a consideración la determinación de si hubo o no violación de la presunción de inocencia. Este derecho fundamental fue respetado y ello obliga a rechazar el primer motivo del presente recurso".

- En la sentencia de fecha 21 de junio de 1991 del Tribunal Supremo⁷³¹, se declara no haber lugar al recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por el condenado, contra sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que le condenó como autor de un delito de intrusismo profesional a la pena de seis meses y un día de prisión menor, a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión respectiva y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y al pago de las

⁷³¹ España. STS de 21 de junio de 1991. RJ\1991\4775. Roj: STS 3494/1991. ECLI: ES:TS:1991:3494. Id Cendoj: 28079120011991108999.

costas procesales por mitad, inclusive las de la acusación particular. Como se declara en el fundamento jurídico primero, no puede ser admitida tal pretensión de error de hecho en la apreciación de la prueba:

"El motivo primero del recurso formulado al amparo del número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error de hecho en la apreciación de la prueba, incide en la causa de inadmisión 6.ª del artículo 884 de esa misma Ley, en cuanto que ni las declaraciones de los procesados y testigos, ni los informes de la Agencia de Investigación son documentos a efectos casacionales, sino pruebas de carácter personal documentadas a apreciar libremente por el Juzgador en uso de las facultades que le concede el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que dicha causa de inadmisión se convierte en este momento procesal en causa de desestimación de dicho motivo de casación".

- En la STS de 10 de octubre de 1991⁷³², se declara haber lugar al recurso, casa y anula la sentencia recurrida en la que se condenada al procesado como autor de un delito de usurpación de funciones, intrusismo, a la pena de un año de prisión menor, y dicta segunda sentencia en la que absuelve libremente al procesado. Según se relata en el antecedente de hecho primero, en Hechos probados, una vez "enterado el Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Cataluña, de la mentada actividad que desarrollaba el procesado, encargó a la agencia de detectives privados "Investigator" la investigación de tales hechos, y al efecto, en fecha 25/3/1985 un agente investigador de la agencia se presentó, sobre las 17 horas, en la consulta de la DIRECCION000 nº NUM000 - NUM001 , siendo atendido por el procesado, quien, tras sentarse el investigador en un sillón odontólogo, y provisto del instrumental que utilizan los odontólogos realizó una exploración bucal, diagnosticando, una vez terminada, la necesidad de algún empaste, limpieza bucal y colocación de un puente, calculando un coste de 40.000 pesetas. El mismo día, sobre las 18,30 horas, se personó en la consulta otra investigadora Marcelina, a la que también el procesado

⁷³² España. STS de 10 de octubre de 1991. RJ\1991\7052. Roj: STS 5273/1991. ECLI: ES:TS:1991:5273. Id Cendoj: 28079120011991109146.

efectuó una revisión bucal, utilizando instrumental de odontólogo, con diagnóstico y cálculo de honorarios, ofreciéndose, al igual que en el caso anterior, a realizar él mismo la limpieza, empaste, colocación de puente y extracción de piezas dentales, que, a juicio del procesado, eran necesarias para la perfecta conservación de la dentadura".

El Tribunal Supremo estima la casación de la sentencia condenatoria ya que, como se relata en el fundamento jurídico único, se trata de un delito provocado, ya que el resto de pruebas determinan su inocencia:

"Con apoyo en el art. 5,4 de la LOPJ (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 1975-85, 8375), en relación con el 11 de la misma Ley, se denuncia violación del art. 24.2 de la Constitución ya que se trata de un delito provocado, como el propio Tribunal de instancia reconoce: «los actos realizados por el procesado en las personas de los detectives privados no puede calificarse de actividad probatoria regularmente obtenida». A pesar de ello el Tribunal formó su convicción con los datos objetivos que dichos investigadores privados pudieron percibir (...). En el Juicio Oral el procesado reiteró que su actividad ha sido siempre de protésico dental trabajando para otros odontólogos. Que el presupuesto lo hizo tras mucha insistencia, «que no tuvo intención de nada más, no le citó para otro día, no le cobró nada». El motivo ha de prosperar".

- En la STS 222/1993, de 5 febrero⁷³³, declara haber lugar al recurso interpuesto en casación el Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Cataluña frente a la sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial de Barcelona y dicta segunda sentencia en la que condena al procesado como autor de un delito de usurpación de funciones, a la pena de seis meses y un día de prisión menor y 30.000 pts. de multa. La estimación del recurso se produce por la admisión de la aplicación indebida del precepto sustantivo, en esencia, del artículo 403 del Código Penal, y no por la alegación que se recoge en el fundamento jurídico quinto:

⁷³³ España. STS 222/1993, de 5 de febrero. RJ\1993\877. Roj: STS 418/1993. ECLI: ES:TS:1993:418. Id Cendoj: 28079120011993109140.

"El segundo motivo, al amparo del núm. 2.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia error en la apreciación de la prueba, alegando que «a efectos de aplicación de la agravante específica del apartado segundo del art. 321 del Código Penal, en los autos queda evidente constancia de que el inculpado se atribuía la calidad de Médico estomatólogo. Sin embargo la sentencia establece que ello no fue así. (...) Para acreditar que el inculpado se atribuyó la calidad de Médico Estomatólogo, cita la parte recurrente -como documentos que obran en autos- los folios 12, 13, 14, 15, 15 bis, 16, 16 bis, 68, 69 y 70; y se refiere también a lo manifestado por el inculpado que se recoge en el acta del juicio oral. En relación con este motivo, debe decirse que en los folios 12 a 16 bis obran una serie de documentos privados y de fotografías, integrados en un expediente de «Investigator» (Detectives privados), aportado a los autos, que guardan puntual relación con las «investigaciones» practicadas por éstos, y que aparecen relatadas en los folios precedentes. De tal modo que, en buena medida, participan del carácter testifical de dicho relato (...)".

- En otra sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona⁷³⁴, sedesestima el recurso de la acusación particular pero se estima el del codemandado, absolviéndole del delito de intrusismo del que fue condenado por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Gerona, como autor de un delito de intrusismo, a la pena de seis meses y un día de prisión menor. En el fundamento jurídico segundo, se determina la causa por la cual se estima el recurso, absolviendo al codemandado:

"Analizando en complemento, cuanto de la documental obrante, pudiera justificar un fallo condenatorio, es de ver, que existe un acta de entrada y registro, absolutamente inocua, en cuanto a preconstituir pruebas indicarias siquiera de una actividad ilícita, pues se limita a describir despachos y material, pluralmente utilizado por todos o cada uno de los componentes del equipo asociado en el Centro, y que específicamente pertoca a cada cual; la labor investigadora de la agencia de detectives, no ha sido tampoco siquiera ratificada y por tanto, su omisión, es correcta y obligada en la recurrida.

El hecho de que algunos de los clientes, pensara o tratara al acusado señor L. de P., como «doctor» en medicina o especialista, no es suficiente para investirle de tal presunción, ni tampoco consta en lo actuado, que el mismo se lo arrogara, no existiendo reconocimiento pericial sobre el número de colegiado que consta en el membrete de recetas, por lo que, dado el confusionismo sobre este particular propio del cliente que se persona en un gabinete plural con equipo médico cambiante o variado, tal extremo representa un elemento negativo en la carga probatoria, al no haber sido siquiera propuesto por las acusaciones, que también descuidaron acreditar los elementos personales de la misma sociedad denunciada, de la que al parecer formó parte uno de los inductores del denunciante, despedido o saliente -

⁷³⁴ España. SAP de Gerona (Sección 1ª), nº 287/1995, de 13 de diciembre. ARP\1995\1351.

tampoco ha sido probado- pero con amistad manifestada con el último, aparte su interés competencial en el tema. Por lo que tal extremo, permanece en la obscuridad, aparte restar a su testimonio, credibilidad total".

- En la sentencia nº 82/1998, de 10 marzo, de la Audiencia Provincial de La Rioja, que es desestimada y que es causada porque el condenado interpuso recurso de apelación frente a la sentencia condenatoria del Juzgado de lo Penal nº 1 de Logroño, que lo consideró como autor responsable de un delito de intrusismo, a la pena de 6 meses de multa. La intención del condenado al interponer el recurso, según el fundamento de derecho primero se redacta así,

"Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de José Luis G. M. solicitando que con revocación de la misma, se dictase otra resolución por esta Sala, en la que se absolviese libremente a dicho acusado con todos los pronunciamientos favorables y costas de oficio, por cuanto que el mismo no había incurrido en delito alguno, y que en todo caso el presunto delito sería tendría caracteres de delito provocado que conduciría necesariamente a la absolución del repetido acusado y recurrente José Luis G. M."

lo cual es analizado y motivado en el fundamento siguiente:

"Por lo que respecta a la alegación con carácter subsidiario, en el sentido de que en todo caso el delito tendría los caracteres de provocado, debe indicarse que, como se desprende en la Sentencia de 10 julio 1992 (RJ 1992\6665), en relación con el delito provocado la norma general prevalente, es la de admitir la figura expresada, cuando no hay quebrante para el principio de legalidad, lo que acaece cuando se trata de descubrir delitos ya cometidos, como generalmente son los de tracto sucesivo, por en tales casos los agentes policiales no buscan la comisión de delito, sino poner al descubierto su realización; tratando en definitiva, de obtener pruebas de una actividad sobre las que se aplicaban fundadas sospechas (en el mismo sentido las Sentencias de 12 septiembre 1991 [RJ 1991\6148] y 29 noviembre 1991 del Tribunal Supremo, y de 21 febrero 1983 [RTC 1983\11], del Tribunal Constitucional), de modo que en tal supuesto resulta admisible la actuación que da lugar al delito de tales características, ya que con la misma únicamente se pretende la probanza del delito ya realizado o en vía material de realización, que impide puede hablarse de provocación ya, pues no se pretendió incitar o inducir la idea criminal, sino investigar y esclarecer, poniendo término a la actividad reiterada y consumada por el autor, o en vías de ejecución por parte del mismo (Sentencias de 27 noviembre 1992 [RJ

1992\9535], 21 septiembre 1991 [RJ 1991\6524] y 20 febrero 1991 [RJ 1991\1308]), como ocurrió en el caso presente en el que se deba una actividad por parte del acusado, que se siguió desarrollando con diversas personas y, que, en definitiva, impide que, pueda apreciarse se dé un supuesto de inducción engañosa por parte de un agente para provocar la infracción criminal, por ello debe también de rechazarse este segundo motivo de alegación planteado en el recurso y con él la totalidad del mismo, con mantenimiento de la sentencia de instancia, cuyos hechos y fundamentos de derechos se admiten y dan por reproducidos en la presente”.

- En esta otra sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia⁷³⁵, se desestima el recurso interpuesto por el acusado frente a la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 11 de Valencia que lo condenó como autor de un delito de intrusismo, a la pena de multa de nueve meses con una cuota diaria de 3.000 pesetas.

En el fundamento jurídico segundo se atiende a la falta del carácter de delito provocado por parte de los detectives privados,

“Como primer motivo de recurso, invocando un pretendido quebrantamiento de normas y garantías procesales con infracción de preceptos constitucionales y legales instando la nulidad de la prueba y basado en la nulidad de la prueba por haber provocación de delito. La sentencia apelada, y el apelante mismo conoce la cuestión del delito provocado como resulta de su escrito de apelación, estudia perfectamente lo que es el delito provocado, lo que es el agente provocador y las consecuencias fatales que tiene en el derecho penal el delito provocado. Este, sintéticamente, es aquél que nunca estaba en el ánimo del agente y sólo llega a nacer porque alguien que seduce o sugestiona la voluntad del agente y lo determina hacia el delito que de otro modo nunca hubiese cometido; cuando así sucede no pueda reprocharse penalmente nada. La jurisprudencia es uniforme y no se encuentra en ella extravagancias o distorsiones. Pero en el caso presente no estamos ante una provocación del delito ni hay agentes provocadores, sólo se constata por la intervención de personas lo que estaba en el ánimo del recurrente y surgió a la vida de los hechos sin forzamiento ni doblez: no se provoca pues el delito sino que se constata y se acredita que el recurrente efectuó actos profesionales para los que no tenía título que le habilitase. No se limitó a dirigir a un titulado a las personas que se lo solicitaron sino que asumiendo funciones del profesional de la odontología, prevención diagnóstico, tratamiento y prescripción medicamentosa y reparadora según la Ley 10/1986 (RCL 1986\862), fue más allá de lo que la misma disposición permite a los protésicos dentales y esto no fue por incitación de alguien que sedujese su voluntad sino por designio propio por lo que como dice la sentencia lo único que hicieron quienes fueron a su taller fue contribuir a la prueba del delito y no a su nacimiento,

⁷³⁵ España. SAP de Valencia (Sección 4ª), nº 25/1999, de 8 de febrero. ARP\1999\782.

debiendo desestimarse este motivo de recurso y confirmarse la resolución recurrida en cuanto a este extremo”.

mientras que en el tercero, se trata sobre la aceptación de las grabaciones de dichos detectives:

“El siguiente motivo de recurso es idéntico al tercero; ambos se sustentan en la nulidad de las grabaciones producidas entre el recurrente y sus dos interlocutores. Ni hay violación del derecho a las comunicaciones ni hay prueba ilícitamente obtenida más aún cuando, como establece la resolución recurrida no hay vulneración del secreto de las comunicaciones sino que la grabación la produce una de las partes intervinientes en la misma que luego depuso, en dos casos, como testigo, lo que hubiese igualmente bastado para tener y ser acreditados los hechos. No hay necesidad de autorización judicial y no hay prueba ilícitamente obtenida por lo que ambos motivos han de decaer”.

- En otro auto de la Audiencia Provincial de León⁷³⁶, se desestima el recurso interpuesto Colegio de Estomatólogos de la misma provincia por intrusismo profesional contra el auto por el que declara el sobreseimiento provisional de las diligencias iniciadas por el Juzgado de Instrucción nº 7 de León, con fecha 24/1/2000. En él se determina que no existe delito, ni aunque haya sido acreditado mediante el uso de detectives privados:

“El Colegio denunciante mantiene en su recurso que ha quedado acreditado, conforme al Informe de Investigadores Privados aportado y a las declaraciones testificales, que Don Carlos Q. S., que tiene la capacitación de Protésico Dental, ejerce actos propios de un Médico Odontólogo o Estomatólogo sin el preceptivo título. Asimismo, se advierte que la Juzgadora «a quo» ha incurrido en error al considerar que, en la fecha de los hechos denunciados, el Sr. Q. tenía contratados a otros odontólogos distintos a Don José María M. C., cosa que no es así.

Ha de señalarse, en relación con los motivos del recurso de apelación formulado, que las diligencias practicadas llevan a estimar que, efectivamente, no está debidamente justificada la perpetración del delito de intrusismo (art. 403 C.P.) por el denunciado. En efecto, no consta que éste haya realizado actos propios de Médico Odontólogo o Estomatólogo , ni otros distintos que los previstos para los Protésicos Dentales en la Ley 10/1.986, de 17 de marzo , sobre Odontólogos y otros Profesionales relacionados con la Salud Dental, y que son el «diseño, preparación, elaboración, fabricación y reparación

⁷³⁶ España. SAP de León (Sección 2ª), de 10 de julio de 2000. JUR\2000\286142.

de prótesis dentales, mediante la utilización de los productos, materiales, técnicas y procedimientos conforme a las indicaciones y prescripciones de los Médicos Estomatólogos u Odontólogos».

Por un lado, en el Informe de Investigación Privada que se aporta con la denuncia se concluye que el Sr. Q. realiza intervenciones como Odontólogo y Estomatólogo, por gestiones realizadas con pacientes y vecinos de la Clínica en la que el denunciado ejercita su actividad, sin que un mayor detalle sobre la razón del conocimiento que al respecto se tenga sobre los hechos pueda atribuir a dicho Informe, por sí mismo, una especial virtualidad probatoria. Por otro lado, únicamente las declaraciones testificales del Doctor M. contribuirían a considerar acreditados los hechos denunciados, pero dichas declaraciones deben ser valoradas teniendo en cuenta la confrontación del testigo con el Sr. Q., a raíz de la finalización de la actividad laboral realizada por el Sr. M. para el denunciado, con la Clínica de este último, como Odontólogo. Tres de los testigos que han declarado, entre ellos la Auxiliar de la Clínica del Sr. Q. y el empleado de la Gestoría de la que es cliente el Sr. Q., han manifestado que, en discusiones entre este último y el Sr. M. presenciadas, éste llegó a decir al Sr. Q. que «le iba a arruinar», que «se iba a acordar», y que «le iba a hacer a Carlos Q. el máximo daño posible». Tales declaraciones, además del tono utilizado por el Sr. M. en las suyas, al que hace referencia el Ministerio Fiscal en su Informe, y que no ha podido percibir esta Sala por estar vedada de la inmediación de la diligencia, nos llevan a relativizar la fuerza probatoria de las manifestaciones del Sr. M. Si bien el Sr. M. mantiene que durante el tiempo que trabajó para el Sr. Q., éste realizaba actividades propias de Odontólogo, también hace referencia a los enfrentamientos que hubo entre los dos y que dieron lugar a la finalización de la relación laboral, utilizando términos como que el denunciado «es egoísta, asquerosita y mala persona», lo que demuestra que las manifestaciones del declarante pueden verse influidas por una actitud poco objetiva”.

- En esta sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla⁷³⁷, se desestima el recurso de apelación interpuesto por el acusado contra la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Sevilla, que condenó al acusado como autor responsable de un delito de intrusismo, a la pena de ocho meses de multa con cuota diaria de 2.000 ptas. Para entender el asunto, en su fundamento jurídico primero se detallan una serie de aspectos importantes:

“La resolución de las cuestiones planteadas en este recurso ha de llevarse a cabo partiendo, para centrar el debate, de algunas premisas, como son:

a. -Que la condición de Directivo del Colegio de Protésicos Dentales que tiene el acusado y la pugna entre Colegios ha de tenerse, quizás, en cuenta para advertir la necesidad de una mayor cautela en la valoración de la prueba, pero en sí misma resulta indiferente para este proceso.

⁷³⁷ España. SAP de Sevilla (Sección 1ª), nº 459/2000, de 24 de julio. ARP\2000\2804.

b. -Que al Colegio de Odontólogos no le compete llevar a cabo investigación alguna de hechos que revistan caracteres de delito.

c. -Que resulta indiferente para la responsabilidad penal la presencia o no de problemas bucales ni, en su caso, cuándo se presentaron, ya que lo que se sanciona en el art. 403 del Código Penal no es la mala práctica, con causación de un resultado lesivo, sino el mero ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el título académico correspondiente. De este modo, la eventual causación de un resultado sería, en su caso, una infracción penal distinta en concurso con el delito de intrusismo, pero no afecta a la concurrencia o no de los elementos del tipo de éste.

Como consecuencia, la cuestión que se plantea en este proceso se refiere exclusivamente a si existe o no prueba suficiente de dicho ejercicio, lo que se traduce en una revisión de la valoración de la prueba llevada a cabo por la Juez de lo Penal”.

que son ratificados por el último párrafo del fundamento jurídico segundo:

“En suma, la valoración de la prueba llevada a cabo por la juzgadora es razonable, está suficientemente motivada y no existe base objetiva alguna que ponga de manifiesto un error de apreciación, por lo que ha de ser mantenida y, con ella, la calificación de los hechos como constitutiva de un delito de intrusismo, del art. 403 del Código Penal al haberse probado la realización de actos propios de la profesión de odontólogo por quien carece de tal titulación”.

En esta otra resolución judicial de la Audiencia Provincial de Cádiz⁷³⁸, se estima el recurso de apelación formulado por el acusado absolviéndolo, frente a la sentencia condenatoria del Juzgado de lo Penal N° 2 de Cádiz que lo condenó como autor de un delito de usurpación de funciones a la pena de multa de seis meses con cuota diaria de 5.000 pesetas. Como se indican en los hechos probados:

“El día 5 de Febrero de 1.996 acudió a la expresada consulta el Detective Privado Don Agustín G. A. de la Agencia de Detectives "Parente" de Sevilla, quien, por encargo del Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de Cádiz, sin revelar su identidad profesional ni el motivo real de su actuación, solicitó del acusado Manuel J. F. la confección de una prótesis para sí mismo, que le fue realizada por Manuel tras examinar directamente la boca de Garrido, tomar por sí mismo los moldes de su dentadura superior e inferior, efectuando los

⁷³⁸ España. SAP de Cádiz (Sección 2ª), de 16 de octubre de 2000. JUR\2001\23533.

negativos y el diseño y ejecución de la prótesis esquelética metálica que recomendó él mismo; igualmente el día 13 de Febrero de 1.996 probó a Garrido la prótesis directamente y sin intervención de Médico estomatólogo u odontólogo, e implantó los dientes en la misma, efectuando su prueba y las correcciones precisas para conseguir el adecuado ajuste de la dentadura. Manuel cobró en total la suma de 45.000 pesetas por la ejecución de la prótesis. No consta que Manuel haya realizado en más ocasiones que la descrita los referidos trabajos para otras personas sin la debida intervención de titulados superiores competentes para el examen de la boca, diagnóstico de sus enfermedades y receta de la prótesis precisa para corregir las deficiencias sobrevenidas en la dentadura del paciente".

En el presente caso, en primer lugar se reconoce la falta de carga acusatoria del uso de los detectives privados, desarrollado en el fundamento jurídico primero:

"Respondiendo a la primera de las alegaciones efectuadas en la apelación, solo han de tenerse por probados por medios convincentes los hechos que aparecen relatados en el apartado anterior. Efectivamente, se cuenta con el testimonio de una sola persona, Detective Privado, que ha concurrido a la consulta en la que trabaja el acusado apelante con la intención de investigar si el acusado apelante se dedicaba a realizar prótesis sin la intervención de Médico estomatólogo o estomatólogo, y allí ha solicitado la confección de una para su propia dentadura, habiendo sido precisamente este acusado Manuel J. F. quien le ha examinado la boca, apreciado la necesidad de efectuar una prótesis, aconsejado en relación a la calidad de los modelos posibles, y, sin intervención alguna de Médico estomatólogo u Odontólogo, ha realizado los moldes oportunos, la confección de los negativos, el diseño y confección de la prótesis, la prueba de la misma y el montaje de los dientes, así como la corrección de éstos, procediendo a continuación al cobro de unos honorarios al Detective y a la entrega a éste de la prótesis. No ha tenido éxito, sin embargo, la prueba desplegada por la acusación tendente a la demostración de que a otras personas diferentes se les habían realizado las mismas manipulaciones en la boca a fin de dotarles de la prótesis correspondiente".

mientras que en el fundamento segundo se deduce que ha existido un delito provocado:

"Y pese a lo anterior, ha de mantenerse la tesis de la impunidad de los hechos declarados probados. La teoría del delito provocado como enervador de efectos condenatorios está suficiente y retiradamente consolidada en la doctrina del Tribunal Supremo, como reconocen las Sentencias de 13 de julio y 20 de enero de 1995, 11 de mayo de 1994, 22 de diciembre, 3 de noviembre, 14 de junio, 22 y 18 de mayo de 1993,

22 de diciembre, 17 de noviembre y 10 de julio de 1992, entendiéndose por delito provocado aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona, generalmente miembro de las Fuerzas de Seguridad que, deseando la detención de sospechosos, incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito en concreto, originando así el nacimiento de una voluntad criminal en supuesto concreto, de forma tal que de no ser por tal provocación no se hubiere producido ese hecho ilícito concreto. Tal forma de proceder lesiona los principios inspiradores del Estado democrático y de Derecho y desde luego desconoce el principio de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenidos en el artículo 9.3 de la Constitución.

Mas ha de diferenciarse esta figura de lo que se denomina "actuación de agente provocador", prevista en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en tanto en cuanto se rodea de las garantías precisas y está sometida en todo momento al Juez competente y al Ministerio Fiscal. Una cosa es el delito provocado que ha de ser enérgicamente rechazado porque, no existiendo culpabilidad ni habiendo tipicidad propiamente dicha, se llega a la lógica conclusión de que el sujeto no hubiera actuado de la manera que lo hizo si no hubiere sido por la provocación previa y eficaz del agente incitador. La impunidad es entonces absoluta. No hay dolo criminal independiente y autónomo ni tampoco hay verdadera infracción penal, sólo el esbozo de un delito imposible. Sin embargo es distinta la conducta que, sin conculcar legalidad alguna, se encamina al descubrimiento de delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo, porque en tales casos los agentes no buscan la comisión del delito sino los medios, las formas o los canales por los que ese tráfico ilícito se desenvuelve, es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo pero de la que únicamente se abrigan sospechas".

lo cual es desarrollado en el fundamento tercero:

"En el presente caso ha de mantenerse sin lugar a dudas que la actuación del Detective privado provocó la comisión de una conducta ilícita por parte del acusado, quien para el Colegio profesional ordenante de la actividad era sospechoso de ejecutar ese tipo de conductas, sin que se tendiera mediante esa actuación (que no le estaba permitida al Detective por tratarse de delito público ajeno a sus facultades de intervención) a descubrir delitos ya cometidos o en trance de ejecución producto de una voluntad criminal independiente de la actuación del propio Detective, que, en definitiva, induce a la ejecución del mismo. Por todo ello ha de tenerse por inexistente el delito objeto de acusación, por ausencia del dolo propio de la conducta típica, debiéndose dictar sentencia absolutoria, declarando de oficio las costas de ambas instancias".

- En esta otra sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas⁷³⁹, generada por la interposición de recurso de apelación

⁷³⁹ España. SAP de Las Palmas (Sección 2ª), nº 267/2007, de 11 de enero. JUR\2008\53834.

de ambos acusados, se confirma la sentencia del Juzgado de lo Penal N° 1 de los de Las Palmas por la que se condena a ambos, como autores responsables de un delito de intrusismo profesional, concurriendo en el primero de los acusados la atribución pública de cualidad profesional, a la pena, para el primero de ellos de seis meses de prisión y de seis meses de multa con cuota diaria de doce euros para el segundo.

Al tratar el recurso de uno de los acusados, se confirma la validez de la testifical de un paciente, sin necesidad de ser detective privado para ello,

"A tal efecto pone de relieve que la actividad desarrollada por el testigo, Pablo , que carece de la condición de detective privado, introduciéndose en la consulta del apelante haciéndose pasar por paciente y provocando el delito, es ilícita por lo que no pueden ser pruebas de cargo su intervención en los hechos resultando ilícita, también, la prueba por ellos obtenida dado que se ha llevado a cabo sin autorización de los particulares que estaban presentes en el domicilio de la clínica ni del juez de instrucción",

objeto que es confirmado en el fundamento jurídico segundo,

"A la hora de resolver el presente recurso debemos comenzar por destacar que, en orden a la valoración probatoria que pueda merecer la intervención en el plenario de Pablo o de Pedro Francisco, poca relevancia tiene el que los mismos dispongan o no de la habilitación precisa para actuar como detectives privados. Lo sean o no, sus manifestaciones tendrán el mismo valor como prueba testifical y , como veremos , el valor que pueda tener la grabación por ellos realizada es independiente de esa condición de los autores pues ni el ser detective privado les autoriza para provocar un delito o para infringir un derecho fundamental ni el no serlo les incapacita para intervenir en el proceso penal como testigos".

y aceptándose las grabaciones realizadas por tales, como se aduce en precedentes judiciales en el fundamento jurídico tercero:

"Como se recogía en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de febrero de 2006 , la jurisprudencia ha venido aceptando con relevantes matices la legalidad y validez de las filmaciones videográficas como material incriminatorio en el proceso penal, incluidas las realizadas por particulares o por agencias de detectives a instancia de éstos, considerándolas equivalentes a la prueba documental admitida por el artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , pero siempre y cuando la grabación cumpla con los siguientes criterios: 1) que sea respetuosa con los derechos constitucionales relativos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, pues en este caso resulta imprescindible la previa y motivada autorización judicial, así como su control posterior; 2) que haya sido necesaria para obtener los datos objetivos adecuados a la investigación o incriminación; 3) que sea proporcional -en tiempo e intensidad- a la gravedad del hecho delictivo investigado o denunciado; y 4) que la autenticidad de la misma y de la realidad de las imágenes que recoja, se asegure mediante el cumplimiento de una serie de garantías procesales relacionadas con su incorporación al proceso jurisdiccional y con su admisibilidad y eficacia probatoria en el juicio oral".

- En otra sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas⁷⁴⁰, se desestima el recurso de apelación interpuesto por los acusados contra la sentencia de fecha 10/10/2007 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Las Palmas y la confirma. En ella se condena a uno de los acusados como autor penalmente responsable de un delito de intrusismo y otro de lesiones a la pena de multa de doce meses a razón de doce euros diarios por el delito de intrusismo y la pena de seis meses de prisión por el delito de lesiones. Además, en concepto de responsabilidad civil, deberá indemnizar a la paciente en la cantidad de 9.855 euros por los días que tardó en curar, y la cantidad de 510 euros por los servicios indebidamente prestados. Y se condena al otro acusado como autor penalmente responsable en concepto de cooperador necesario de un delito de intrusismo a la pena de doce meses a razón de doce euros diarios por el delito de intrusismo.

En ella, exactamente en su fundamento jurídico sexto, se motiva la inadmisión del concepto de delito provocado:

"Como otro elemento que corrobora la versión de la víctima nos encontramos con el informe de la detective obrante a folios 57 a 64, también valorado por la juzgadora de instancia. Trata la parte

⁷⁴⁰ SAP de Las Palmas (Sección 1ª), nº 150/2009, de 1 de junio. JUR\2009\365641.

apelante de desvirtuar y desnaturalizar sus conclusiones, y si bien no lo señala así expresamente, parece acudir a la doctrina del delito provocado al indicar en su recurso que "lo instigaron a delinquir y a la comisión de hechos delictivos, persuadiéndolo con su actuar y logrando que orientara a una supuesta paciente". Si tales manifestaciones se ponen en consonancia con lo declarado por la testigo en el acto del plenario, resulta más que evidente que el Sr. Teodoro realizó tareas propias de un odontólogo y que no le correspondían por su titulación. En tal sentido consta en el acta del plenario que acudió a ver si le corregían la desviación de un diente, actuación notoriamente propia del odontólogo. Fue recibida por el Sr. Teodoro tras esperar en la Sala de espera, siendo dicho señor quién la atendió y le dijo que le tendrían que hacer una radiografía. Identifica el lugar, que coincide -fotografía obrante a folio 121- con el laboratorio donde afirma el Sr. Teodoro que nunca se atiende a pacientes, sin que en momento alguno fuera visto por el Sr. Pedro Francisco, que es el odontólogo que trabajaba en esas fechas y quién habría firmado la prescripción de la radiografía, pero negando que éste la hubiese examinado.

Sobre la posibilidad insinuada de estar en presencia de un delito provocado, cabe descartarla por completo ya que la actividad investigadora de la detective surge con posterioridad, cuando ya se había puesto de manifiesto una actividad por aquél entonces presuntamente constitutiva de delito, de modo que la intervención de aquélla se limitó a indagar sobre la realidad de esas actividades presuntamente delictivas que ya estarían llevando a cabo los acusados. En tal sentido, cabe citar al respecto lo indicado por esta misma Audiencia Provincial (sin bien la sección 2ª), en su sentencia 267/2007, de 11 de enero, en un caso muy parecido, al señalar que "Recordemos que como se indicaba en la STS de 13 de junio de 2003, el delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no hubiera realizado. Para la existencia del delito provocado es exigible que la provocación -en realidad, una forma de instigación o inducción- parta del agente provocador, de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, surgiendo así en el agente todo el "iter criminis", desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, que es por ello la verdadera causa de toda la actividad criminal, que nace viciada, pues no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la ya prevista "ab initio" intervención policial.

Pero, no existe delito provocado, como dice la Sentencia 1114/2002, de 12 de junio, cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a cabo, en busca de información o pruebas que permitan impedir o sancionar el delito. En estas ocasiones, la decisión de delinquir ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente provocador, que, camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo. En la STS núm. 1992/1993, de 15 de septiembre, se señalaba, en este sentido, que "otra cosa es el supuesto en el que el autor ha resuelto cometer el delito y es él quien espera o busca terceros para su co-ejecución o agotamiento, ofreciéndose en tal caso a ello los agentes de la autoridad,

infiltrados en el medio como personas normales y hasta simulando ser delincuentes, como técnica hábil para descubrir a quienes están delinquiendo o se proponen hacerlo, en cuyo supuesto está la policía ejerciendo la función que le otorga el art. 282 LECrim . En tal caso el delito arranca de una ideación criminal que nace libremente en la inteligencia y voluntad del autor y se desarrolla conforme a aquella ideación hasta que la intervención policial se cruza, con lo que todos los actos previos a esa intervención policial son válidos para surtir los efectos penales que le son propios, según el grado de desarrollo delictivo alcanzado.

En este caso ni mucho menos estamos ante un delito provocado por P. o por cualquier otra persona. Y es que basta leer los hechos declarados probados para comprobar que la labor de los acusados, en la clínica dental..., en la que R. desempeñaba funciones propias de un médico estomatólogo, se había iniciado mucho tiempo antes de que el ... acudiera a la consulta P. F. Es A., que resulta ser la que inicia todo este procedimiento, la que acude a la misma ya en marzo de ... siendo recibida como paciente practicándole T. la extracción de varias piezas dentales con la aplicación posterior de diversos puntos de sutura. Por lo tanto, no estamos ante un caso en el que el testigo provoca el delito sino en un caso en el que el delito se estaba desarrollando y ejecutando de forma continuada en el tiempo, la clínica dental estuvo abierta bastantes tiempo e incluso el acusado T. llegó a contratar a una higienista dental y entregó una tarjeta de visitas en las que se indicaba que era doctor en odontología e implantólogo, de forma que sin necesidad de tal intervención la actividad delictiva ya se estaba desarrollando de forma evidente y pública".

22. Comiso

Como consecuencia accesoria al delito, el comiso, también denominado decomiso o confiscación, consiste en la privación definitiva de un bien o derecho padecida por su titular y derivada de su vinculación con un hecho antijurídico. Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar⁷⁴¹. Esta privación y desplazamiento de la titularidad del bien o derecho que pasa a ser titularidad del Estado, se justifica en nuestro ordenamiento jurídico penal por la comisión de un delito o falta. Su finalidad es anular cualquier ventaja obtenida por el delito, relativa a bienes o cosas que, de manera mediata o inmediata, se encuentran en poder del delincuente como

⁷⁴¹ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 127.1.

consecuencia de la infracción penal⁷⁴². Sólo cuando los efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente⁷⁴³.

La figura del comiso en nuestro sistema jurídico penal, ha venido desempeñando un papel secundario y siempre subordinado al de la pena y su imposición está presidida por el principio de proporcionalidad, debiendo la sentencia condenatoria razonar de manera adecuada su imposición y extensión, al amparo del cumplimiento de los 24.1⁷⁴⁴ y 120.3⁷⁴⁵ de la Constitución Española. Rige, además, el principio acusatorio y la necesidad de solicitar su imposición, pretensión sometida al debate procesal con los principios de inmediación y contradicción⁷⁴⁶.

En el presente estudio, esta figura jurídica aparece plasmada en las siguientes resoluciones:

- En una sentencia del Tribunal Supremo⁷⁴⁷, en la que se declara no haber lugar al recurso de casación, por quebrantamiento de forma e infracción de ley, interpuesto por la procesada contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que le condenó como autora de un delito de usurpación de funciones del art. 321 del CP de 1973. En su fundamento jurídico noveno versa sobre el recurso interpuesto por el Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de Baleares en cuando a la pertinente aplicación del comiso como pena accesoria, la cual no ha sido condenada la acusada:

⁷⁴² RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Compendio de Derecho Penal*, Ed. Dykinson, 2ª ed, Madrid, 2010, pág. 289.

⁷⁴³ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 128.

⁷⁴⁴ Artículo 24.1 de la Constitución Española: *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”*.

⁷⁴⁵ Artículo 120.3 de la Constitución Española: *“Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”*.

⁷⁴⁶ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Edisofer, 10ª ed., Barcelona, 2015, págs. 831-836.

⁷⁴⁷ España. STS 2370/1993, de 28 de octubre. RJ\1993\7984. Roj: STS 7225/1993. ECLI: ES:TS:1993:7225. Id Cendoj: 28079120011993109481.

"Los dos motivos que quedan por examinar (8.º y 9.º) se refieren al comiso de las herramientas e instrumental utilizados por la condenada para la confección de las prótesis que colocaba a sus clientes.

Sabido es [véase la S. 12-11-1992 (RJ 1992\9662) de esta Sala] que el comiso es una pena accesoria en nuestras Leyes que, desde la modificación introducida por la LO 8/1983 (RCL 1983\1325, 1588 y ApNDL 2364) en el art. 48 del CP, ya no tiene el carácter de forzosa imposición, salvo supuestos excepcionales (arts. 213 y 393), ni siquiera cuando los efectos o instrumentos del delito pertenezcan en su totalidad al responsable penal, pues el párrafo último de tal art. 48, introducido por la mencionada Ley Orgánica, permite al Juez que, por razones de proporcionalidad entre la naturaleza y gravedad de la infracción penal y la clase y valor de tales efectos o instrumentos, no imponga el comiso o sólo lo haga parcialmente.

La consecuencia procesal que se deduce de tal exigencia de proporcionalidad para la condena a esta clase de pena accesoria es la necesidad de que la cuestión tenga que ser introducida en el proceso a través de una concreta petición por parte de alguna de las partes acusadoras para que pueda ser controvertida en el trámite del juicio oral, de modo que no ha de entenderse correctamente formulada la correspondiente pretensión si se utiliza una petición genérica de penas accesorias o si, como aquí ocurrió, se solicita simplemente el comiso de los instrumentos del delito de conformidad con el art. 48 en conclusiones provisionales sin precisar los objetos respecto de los cuales se pide, y después nada más consta en la instancia sobre este extremo.

Deseable es que la Audiencia se hubiera pronunciado sobre esta petición, aunque fuera simplemente para rechazarla por su inconcreción, pero, si no lo hizo, no cabe reprocharle el vicio de la incongruencia omisiva que en el presente recurso se ha formulado con base en el núm. 3.º del art. 851 de la LECrim, con la inexcusable consecuencia de devolver la causa a la Audiencia para su subsanación en nueva sentencia, porque entendemos que su defectuoso planteamiento por la referida falta de precisión obliga a estimar que en esta ocasión no concurrió el referido quebrantamiento de forma, lo que impone el rechazo de este motivo 8.º

Las mismas razones expuestas sirven para justificar la desestimación del motivo 9.º, en el que, al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la LECrim, se alega infracción de ley por no haberse aplicado al caso el mencionado art. 48 del CP.

Nos encontramos ante una cuestión nueva no debatida en el juicio, donde tenía que haberse discutido la procedencia del comiso que ahora se pretende, particularmente la mencionada cuestión de la proporcionalidad. Si la concreción que hay en el presente recurso hubiera existido en la instancia, el tema se habría discutido ante la Audiencia y ésta lo habría resuelto, lo que hubiera permitido su impugnación en casación. Pero, al no haber ocurrido así, ahora no cabe resolver sobre el fondo del asunto.

No obstante, conviene decir que, caso de que se hubiera planteado correctamente el tema en esta alzada, es muy probable que la resolución, en definitiva, hubiera sido desestimatoria de la petición de comiso, porque podría entenderse que en el caso presente existía desproporción entre el delito de autos, una usurpación de funciones por ejercicio por parte de un protésico dental (o profesión quizá similar) de actos que se encuentran dentro de la competencia exclusiva de médicos estomatólogos y odontólogos, y una privación a la acusada de la herramienta de la cual probablemente se valiera para cometer el delito, pero que también puede utilizar para el ejercicio ilícito de

su profesión. Quizá sea en estos casos, en los que debe favorecerse el desempeño de un oficio por parte del delincuente, cuando más razones hay para utilizar la facultad de denegación de la pena de comiso que permite expresamente ahora el art. 48 del CP desde su modificación en 1983. Por más que algún sector de la doctrina pueda patrocinarlo, el comiso es una pena en nuestras leyes, aunque tenga carácter accesorio, y no una medida de seguridad.

Así pues, no cabe acoger ninguno de estos dos motivos últimos del presente recurso”.

- En otra sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid⁷⁴⁸, se declara a la intrusa como autora de un delito de intrusismo, con la presencia de la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de reincidencia, a la pena de 12 meses de multa, con una cuota diaria de 1.500 ptas. Además, en el fallo o parte dispositiva de la sentencia “se declara el comiso de los efectos intervenidos que son propios de la profesión de odontólogo y estomatólogo”.

- En esta otra de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares⁷⁴⁹, en su fundamento de derecho sexto, se niega a su aplicación en el presente caso:

“La Acusación Particular aquí apelante, demandó la imposición al acusado de la pena accesoria de comiso de la maquinaria, instrumental y materiales utilizados por el acusado, que la Sala estima desproporcionada atendida la gravedad del hecho y el presumible valor de tales efectos o instrumentos, utilizados y utilizables además para el ejercicio lícito de la profesión de protésico dental; de ahí que el Tribunal, haciendo uso de la facultad de denegación de la pena que autoriza expresamente el art. 48 CP 1973 -tras su modificación operada por LO 8/1983 (RCL 1983\1325, 1588 y ApNDL 2364)- no acceda ni imponga la pena postulada”.

- En esta otra sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid⁷⁵⁰, se desestima el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 14/11/2007 del Juzgado de lo Penal N° 1 de Valladolid, en cuya parte dispositiva se expone:

⁷⁴⁸ España. SAP de Valladolid (Sección 2ª), nº 586/1998, de 2 de junio. ARP\1998\2550.

⁷⁴⁹ España. SAP de las Islas Baleares (Sección 1ª), nº 239/2008, de 16 de noviembre. ARP\1998\4412.

⁷⁵⁰ España. SAP de Valladolid (Sección 4ª), nº 109/2008, de 27 de mayo. JUR\2009\19213.

"Firme la presente resolución procédase a la destrucción de los materiales, fármacos y efectos intervenidos con la consulta de la c/ Covadonga 19, 2º F, excepto los títulos y placas correspondientes a las profesiones de Higienista Dental y Protésico Dental, que permanecerán en este Juzgado hasta que transcurra el total cumplimiento de la inhabilitación especial acordada en sentencia".

5. MATERIAL Y MÉTODOS

La jurisprudencia que se ha utilizado para el presente estudio se ha obtenido a través de la base de datos Westlaw de Aranzadi, con un intervalo de 35 años comprendido entre la resolución más antigua que data de 1980 y el 31 de diciembre de 2015, fecha elegida para aplicar un límite superior a la horquilla.

Del citado estudio, de un total de 4985 resoluciones que se han obtenido en la búsqueda de las palabras "dentista", "odontólogo", "odontología", "estomatólogo" y "estomatología", se han extraído un total de 195 resoluciones judiciales entre sentencias y autos que trataban sobre el delito en cuestión, el intrusismo o usurpación de funciones, las cuales son sometidas a una primera lectura de situación, y una segunda lectura de comprensión y análisis específico en la cual se extraen dos caracteres principales:

- Las variables determinadas para el estudio estadístico, que serán objeto de una posterior exposición.
- Los elementos esenciales destacados del delito, con el hallazgo de determinadas singularidades.

El estudio estadístico de tal cantidad de variables se ha realizado con la última versión del programa informático IBM SPSS, que se trata de la 23.0.

Las variables que se han estudiado de cada resolución son las siguientes:

1. Año de emisión de la resolución.

Se marca el año, con cuatro dígitos, en el cual se ha emitido la resolución judicial, es decir, se ha realizado por parte de la autoridad judicial un análisis del caso y se ha

emitido un fallo motivado de los hechos que han sido puestos a su disposición.

2. Tipo de resolución.

Son resoluciones judiciales las providencias, los autos y las sentencias dictadas por los jueces y Tribunales. En este estudio no existen providencias al respecto, las cuales se dictan cuando la resolución se refiera a cuestiones procesales que requieran una decisión judicial por así establecerlo la ley, siempre que en tales casos no exigiera expresamente la forma de auto.

Se dictarán autos ("a" como variable) cuando se decidan recursos contra providencias o decretos, cuando se resuelva sobre admisión o inadmisión de demanda, reconvenición, acumulación de acciones, admisión o inadmisión de la prueba, aprobación judicial de transacciones, acuerdos de mediación y convenios, medidas cautelares y nulidad o validez de las actuaciones. También revestirán la forma de auto las resoluciones que versen sobre presupuestos procesales, anotaciones e inscripciones registrales y cuestiones incidentales, tengan o no señalada en esta Ley tramitación especial, siempre que en tales casos la ley exigiera decisión del Tribunal, así como las que pongan fin a las actuaciones de una instancia o recurso antes de que concluya su tramitación ordinaria, salvo que, respecto de estas últimas, la ley hubiera dispuesto que deban finalizar por decreto.

Se dictarán sentencias ("s" como variable) para poner fin al proceso, en primera o segunda instancia, una vez que haya concluido su tramitación ordinaria prevista en la ley. También se resolverán mediante sentencia los recursos extraordinarios y los procedimientos para la revisión de sentencias firmes⁷⁵¹.

⁷⁵¹ España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Artículo 206.

3. Órgano que emite la resolución.

Son cuatro los órganos judiciales que ventilan los contenciosos motivados por el delito de intrusismo en Odontología, los cuales ordenados de menor a mayor grado de jerarquía⁷⁵², se tratan de los siguientes: Juzgados de Primera Instancia e Instrucción ("j" como variable), las Audiencias Provinciales ("ap" como variable), la Sala Segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo ("ts" como variable) y, como órgano no clasificable en la jerarquía descrita, el Tribunal Constitucional⁷⁵³ ("tc" como variable).

4. Provincia del órgano.

Se introduce como variable las tres primeras letras del nombre de la provincia del órgano judicial del que emana la resolución. En caso de coincidencia, se usa bien la siguiente letra, o bien una abreviatura que defina el nombre de la provincia.

5. Comunidad autónoma del órgano.

Dato que se computa como el apartado anterior, en el cual también existen coincidencias que son solventadas por el mismo método.

6. Resolución "a quo" (previa).

⁷⁵² España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Artículo 26.

⁷⁵³ España. Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Artículo 1.

Se trata de la resolución que emite el órgano judicial, mediante auto o sentencia, que es objeto de impugnación mediante recurso, a excepción de aquellas que se emiten por los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción. Se tratan de las siguientes variables: absolutoria ("a") o condenatoria ("c")⁷⁵⁴, sobreseimiento libre y archivo de la causa ("s")⁷⁵⁵, o el inicio de la instrucción ("instrucc")⁷⁵⁶.

7. En las condenatorias "a quo", la pena impuesta.

En el caso de esas resoluciones iniciales previas al recurso en las cuales hay un fallo condenatorio, se distinguen las variables en función de la/s pena/s impuesta/s⁷⁵⁷ que se denominan de la siguiente forma: multa ("m"), prisión ("p"), inhabilitación profesional ("i"), arrestos de fines de semana ("a"), prisión provisional ("pp") y una amalgama de las anteriores (como son "pm", "pi", "pmi", "ma", etc...).

8. Resolución "ad quem" (posterior).

Se trata de la resolución que emite el órgano judicial mediante auto o sentencia tras la impugnación mediante recurso. En este caso, aquellas que se emiten por los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, este dato está perdido ya que no existe. Se tratan de las mismas variables que en el apartado "Resolución a quo".

⁷⁵⁴ España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículos 144 y 742.

⁷⁵⁵ España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículos 634 y ss.

⁷⁵⁶ España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículos 757 y ss.

⁷⁵⁷ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículos 32 y ss.

9. En las condenatorias "ad quem", la pena impuesta.

Ídem al apartado "*En las condenatorias a quo, la pena impuesta*", teniendo en cuenta que se tratan de aquellas que se emiten tras el pertinente recurso.

10. Cambio en el fallo.

En el caso de haberse presentado recurso⁷⁵⁸, sobre el posible cambio que se haya producido, se determinan tres variables: no ha habido cambio en el fallo ("n"), sí ha habido cambio en el fallo ("s") y el cambio ha sido parcial ("p"). No se ha de confundir la calificación de parcial con la de cambio en el fallo, ya que la primera se produce cuando ha existido un aumento o disminución de la pena, pero sigue subsistiendo; mientras que la segunda determina una anulación de una impuesta, o viceversa.

11. Tipo de cambio realizado.

Sólo en los casos de cambio previstos anteriormente (total con la variable "s" o parcial con la variable "p"), se determina el tipo de cambio ejercido, eso sí, sólo con respecto al querellado. Puede ser un cambio a mejor ("m") cuando la pena se ha reducido o se ha anulado, y a peor ("p") cuando sucede lo contrario. Se establece la variable "inadmisión" ("i") cuando el cambio ha sido la inadmisión de la causa, que no se ha de confundir con sobreseimiento ni con absolución, ya que en este

⁷⁵⁸ España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículos 216 y ss., y 846 bis a y ss.

caso no se ha admitido a trámite el estudio del caso por no tener base para ello.

12. **Querellados.**

Se trata de un dato numérico que indica el número de personas que han sido acusadas por medio de denuncia o querrela por haber cometido el delito de intrusismo. La parte acusada es el imputado, quien recibe la denominación de acusado, cuando se ha ejercitado contra él la pretensión penal mediante el escrito de acusación o de calificación provisional. A dicho imputado se le conoce también como procesado cuando el Juez de Instrucción, en el sumario ordinario, dicta contra él, un auto de procesamiento, si bien la Ley de Enjuiciamiento Criminal utiliza genéricamente el término de procesado como sinónimo de imputado⁷⁵⁹.

13. **Sexo del querellado.**

En este caso, se trata de la misma referencia que la anterior pero en referencia al sexo. Por ello, se establecen cuatro variables: que sea/n hombre/s ("h"), que sea/n mujer/es ("m"), que existan hombres y mujeres cuando sean dos o más participantes ("v") y cuando el dato no quede bien reflejado a lo largo de la resolución judicial ("nc").

14. **Inicia el recurso.**

⁷⁵⁹ GIMENO SENDRA, V. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, 4ª ed, Madrid, 2014, págs. 101 y ss.

Los recursos o medios de impugnación son los actos de postulación que puede ejercitar contra una resolución judicial a fin de que, por el mismo órgano que lo dictó (no devolutivos) o por su superior jerárquico (devolutivo), se proceda a la anulación de esa resolución y su sustitución por otra que, aplicando el Derecho, acceda a la pretensión de la parte recurrente⁷⁶⁰. Por ello, el dato a introducir puede ser de cuatro tipos: que no proceda porque se trata de una resolución que no ha sido objeto de recurso ("np"), que la haya iniciado el querellado o parte acusada del proceso ("quedo"), que lo haya iniciado el querellante y/o denunciante ("quete"), o que la ejerzan de manera independiente y simultánea tanto querellado/s y querellante/s ("qyq").

15. Querellantes exceptuando el Ministerio Fiscal.

Se trata de un dato numérico que indica el número de personas que, por medio de denuncia o querrela, han acusado a determinadas personas por haber cometido el delito de intrusismo. En este caso se exceptúa del recuento el Ministerio Fiscal como acusador, ya que tiene el derecho-deber de ejercitar la acción penal ante la sospecha de la comisión de un delito público, además de la obligación de comparecer para sostener la pretensión penal en aquellos procesos penales incoados por los ofendidos que obedezcan a delitos semipúblicos. No obstante, tienen la prohibición de solicitar la incoación o personarse en los procesos por delito privado (como los de calumnias e injurias)⁷⁶¹.

16. Sexo del querellante.

⁷⁶⁰ GIMENO SENDRA, V. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, 4ª ed, Madrid, 2014, págs. 501 y ss.

⁷⁶¹ España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Artículos 104 y 105. España. España. Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Artículo 1.

Ídem al apartado "*Sexo del querellado*", aunque en este caso existe una variable más que se define cuando no procede establecer un determinado género, como sucede con las personas jurídicas, los Colegios Profesionales ("np")⁷⁶².

17. Participación del Colegio de Dentistas.

En este caso la variable es muy sencilla: cuando hay participación en el proceso del Colegio Profesional de Dentistas ("s") y cuando no sucede, o bien no se conoce ese dato ("n").

18. Profesión del autor principal.

Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento⁷⁶³. En este apartado existe una gran variabilidad debido al abanico de profesiones diferentes que ostentan los que cometen el delito de intrusismo, aunque se ha intentado denominar de la siguiente forma para poder clasificarlas: odontólogo titulado ("odo"), médico especialista en Estomatología ("estoma"), estudiante de Odontología o de Estomatología ("est"), médico estudiante de Odontología ("medest"), médico pero Odontólogo sin homologación ("medodo"), médico general sin especialidad ("med"), protésico dental ("prot"), higienista bucodental ("hig"), protésico dental e higienista bucodental de manera simultánea ("prohig"), odontólogo sin homologación ("odosin"), auxiliar de clínica ("aux"), naturista, medicina alternativa o similar ("nat"),

⁷⁶² España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículos 101.2.

⁷⁶³ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 28.

personal sanitario ("san"), asesor dental ("ase"), propietario de la clínica dental ("prop") y otras profesiones ("otr").

19. Tratamiento realizado por el intruso.

Debido a la gran variabilidad de tratamientos que existen en la Odontología, se procede a agruparlas en las siguientes variables, bajo las características de general conocimiento del delito de intrusismo: no es conocido porque no se desprende del texto de la resolución ("nc"), actos preparatorios como diagnósticos, prescripción de medicamentos, etc... ("pre"), colocación de prótesis removibles sobre dientes ("prorem"), colocación de cualquier tipo de prótesis ("pro") y cualquier tipo de tratamiento dental, como ortodoncia, endodoncia, etc... ("tod").

20. Profesión del cooperador necesario.

También serán considerados autores, por un lado, los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo, y por otro lado, los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado⁷⁶⁴. En este caso, el catálogo de las profesiones es más restringido que en el caso de los autores: odontólogo titulado ("odo"), médico especialista en Estomatología ("estoma"), estudiante de Odontología o de Estomatología ("est"), médico estudiante de Odontología ("medest"), médico y odontólogo sin homologación ("medodo"), médico general sin especialidad ("med"), propietario de la clínica dental ("prop") y otras profesiones ("otr").

21. Profesión del cómplice.

⁷⁶⁴ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 28.

Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en la definición de autores ni en el de cooperadores necesarios, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos⁷⁶⁵. Se aprecian en este apartado las mismas variables que las profesiones de los cooperadores necesarios.

22. Delito/s cometido/s.

Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley⁷⁶⁶. En nuestro estudio, se trata de aquellas acciones contempladas en el delito de intrusismo⁷⁶⁷. En el caso de sólo haber cometido el delito de intrusismo, se describirá como "int", mientras que si se trata de una falta de intrusismo, será con la abreviatura "intfal".

Cuando se suma al delito de intrusismo cualquier otro, se marca con una abreviatura que intenta reunir todas las infracciones penales, como son intrusismo, coacciones y derechos de los trabajadores ("intcoatrab"), intrusismo y documento oficial falso ("intdoc"), intrusismo, documento oficial falso y lesiones por imprudencia ("intdofle"), intrusismo y estafa ("intest"), intrusismo y lesiones ("intles"), intrusismo, estafa y abusos deshonestos ("intestabu"), intrusismo, estafa y lesiones ("intestles"), intrusismo y homicidio imprudente ("inthomim"), intrusismo, estafa, lesiones y otros ("intestlesyotr") y varios, incluido el de intrusismo ("var").

23. Concurso de delitos.

⁷⁶⁵ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 29.

⁷⁶⁶ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 10.

⁷⁶⁷ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 403.

Existe concurso de delitos cuando un hecho constituye dos o más delitos, o cuando varios hechos de un mismo sujeto constituyen otros tantos delitos, si ninguno ha sido cometido después de haber recaído condena por alguno de ellos⁷⁶⁸. Se distinguen diferentes variables al respecto: que no proceda concurso porque el delito de intrusismo es único ("np"), que sea un concurso real ("rea") o que sea ideal ("ide").

24. Uso de detectives.

Los detectives privados se encargan de la ejecución personal de los servicios de investigación privada, mediante la realización de averiguaciones en relación con personas, hechos y conductas privadas, pero no podrán investigar delitos perseguibles de oficio, debiendo denunciar inmediatamente ante la autoridad competente cualquier hecho de esta naturaleza que llegara a su conocimiento, y poniendo a su disposición toda la información y los instrumentos que pudieran haber obtenido hasta ese momento⁷⁶⁹. En este apartado sólo existen dos variables: que exista la contratación de un detective privado ("s") o que no la haya o no se deduzca del texto su presencia ("n").

25. Imposición de costas.

En los autos o sentencias que pongan término a la causa o a cualquiera de los incidentes deberá resolverse sobre el pago de las costas procesales⁷⁷⁰, que podrá consistir: en declarar las costas de oficio, que será computada como "ofi", en condenar a su pago a los procesados, señalando la parte proporcional de que cada uno de ellos deba responder, si fuesen varios, en la que se

⁷⁶⁸ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Edisofer, 10ª ed., Barcelona, 2015, pág. 674.

⁷⁶⁹ España. Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada. Artículos 37.1 y 37.4.

⁷⁷⁰ España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículos 239 y ss.

usa la abreviatura "quedo" o en condenar a su pago al querellante particular o actor civil cuando resultare de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe, en la que se usa el acrónimo "quete".

26. Motivo alegado para recurrir en casación.

Son muy limitadas las causas para poder interponer un recurso de casación ante el Tribunal Supremo⁷⁷¹, aunque lo podemos clasificar en los siguientes parámetros: por nuevos acontecimientos para un recurso extraordinario de revisión ("ext"), por infracción de un precepto constitucional ("infcon1"), por infracción de una norma sustantiva ("infsus2"), por error en la apreciación de la prueba ("err3"), por infracción procesal causante de indefensión material ("queind4"), por vulneración de los requisitos de la sentencia ("querec5"), y por la mezcla de dos o más de ellos.

27. Motivo alegado para recurrir en apelación.

De igual forma, son definidas las causas para poder acudir a un recurso de apelación⁷⁷². Podemos tomar las variables descritas en el apartado anterior.

28. Indemnización impuesta "a quo" en pesetas.

⁷⁷¹ España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículo 847 y ss.

⁷⁷² España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículo 846 bis y ter.

El objeto civil del proceso penal tiene la principal característica la de posibilitar la acumulación de la pretensión civil a un procedimiento penal en curso⁷⁷³. En el presente estudio, en este apartado se describe el montante de la indemnización establecida en la resolución emitida por el órgano previo, especificada en la moneda de curso legal de la época, es decir, en pesetas.

29. Indemnización impuesta "ad quem" en pesetas.

Montante de la indemnización establecida en la resolución emitida por el órgano posterior al recurso, especificada en la moneda de curso legal de la época, es decir, en pesetas.

30. Indemnización impuesta a quo en euros.

Montante de la indemnización establecida en la resolución emitida por el órgano previo, especificada en la moneda de curso legal de la época, es decir, en euros, ya que a partir del 1 de enero de 1999, se podían usar ambas monedas, hasta que el 1 de enero de 2002, sólo y exclusivamente se podía usar el euro⁷⁷⁴.

31. Indemnización impuesta ad quem en euros.

Montante de la indemnización establecida en la resolución emitida por el órgano posterior al recurso, especificada en la moneda de curso legal de la época, es decir, en euros.

⁷⁷³ España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículos 109 y ss de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículos 100 y 106.II y ss.

⁷⁷⁴ España. Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro. Artículo 23.

6. RESULTADOS

Tras el pertinente estudio estadístico descriptivo de las variables introducidas, se procede a extraer los siguientes datos:

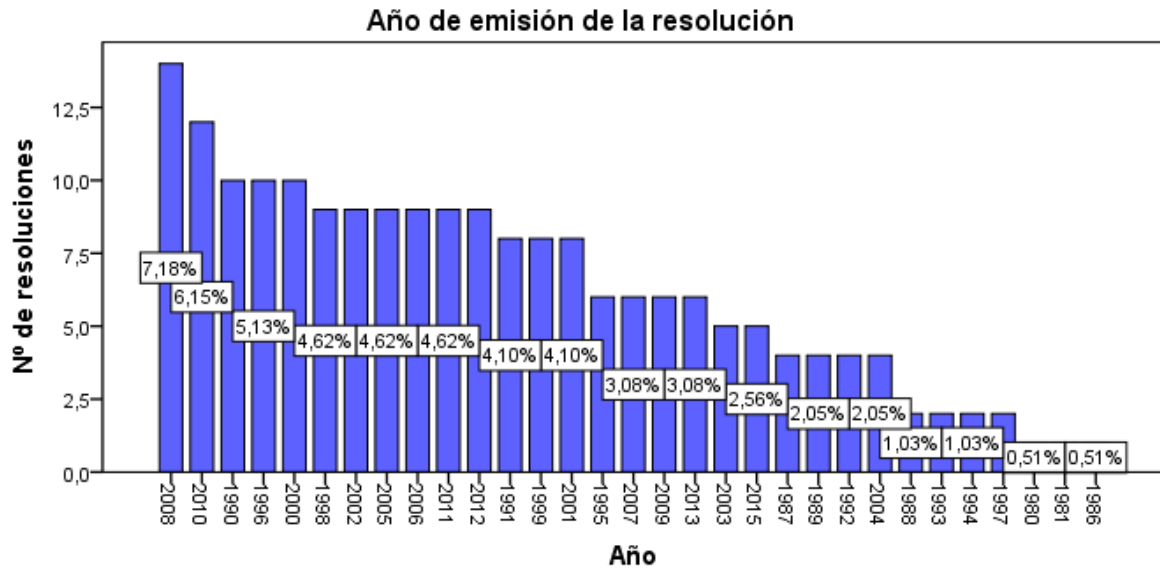
1. Año de emisión de la resolución judicial.

Antes de su estudio estadístico, se ha de detallar que no se trata del año en el cual se ha cometido el delito, ya que la resolución judicial se emite en un plazo muy posterior a la comisión del delito. Es difícil establecer el tiempo entre ambos acontecimientos (comisión del delito y emisión de una resolución judicial) porque el delito de intrusismo suele ser una infracción penal continuada a lo largo del tiempo, en la que se determina la comisión a partir de la fecha de la realización por parte del intruso de actos propios de la profesión invadida y/o la fecha en la que se interpone una denuncia⁷⁷⁵ ante los Ilustres Colegios Oficiales de Dentistas, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o las autoridades judiciales, o querrela⁷⁷⁶ ante las autoridades judiciales, frente tales actos.

Se puede observar que no existen diferencias estadísticamente significativas en cuanto al número de resoluciones emitidas cada año de la serie histórica, aunque es de destacar que la suma de las resoluciones de los once años con mayor frecuencia supera la mitad de las estudiadas y que se tratan de series muy actuales (1990, 1996, 1998, 2000, 2002, 2005, 2006, 2008, 2010, 2011 y 2012).

⁷⁷⁵ España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículos 259 y ss.

⁷⁷⁶ España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículos 270 y ss.



2. Tipo de resolución judicial.

En este apartado nos encontramos con los siguientes resultados, que sorprenden por sus cifras redondas: un 80% corresponden a sentencias, es decir, las 4/5 partes de todas las resoluciones, mientras que los autos sólo representan el restante 20%.

Tipo de resolución					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Sentencia	156	80,0	80,0	80,0
	Auto	39	20,0	20,0	100,0
	Total	195	100,0	100,0	

Es normal que existan estas cifras debido a la fuente que se ha utilizado: la base de datos de Westlaw Aranzadi. Con un contenido de 395.891 resoluciones del Tribunal Supremo y

1.515.617 de las Audiencias Provinciales⁷⁷⁷, es la más completa. No obstante, es mucho más frecuente que se documenten sentencias que autos debido a su mayor interés para el usuario final de la citada base de datos (juristas, estudiantes, docentes, etc..), según se aclara desde el Servicio de Atención al Cliente de dicho servicio.

3. Órgano que emite la resolución judicial.

Ídem podemos considerar respecto al órgano que emite la resolución, con unos incisos:

- el primero, la baja recopilación de sentencias de Juzgados de Primera Instancia e Instrucción debido a su difícil accesibilidad,

- y el segundo, la disminución de resoluciones emitidas cuanto más subimos en la jerarquía judicial, es decir, la superioridad del órgano es inversamente proporcional al número de resoluciones producidas.

Las Audiencias Provinciales predominan como órgano judicial en las bases de datos jurídicas⁷⁷⁸, como podemos comprobar en nuestra búsqueda.

⁷⁷⁷ LÓPEZ HURTADO, M., VALENTÍN RUÍZ, F.J. *Análisis de las bases de datos*, Biblioteca de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, 2009. Pág. 23.

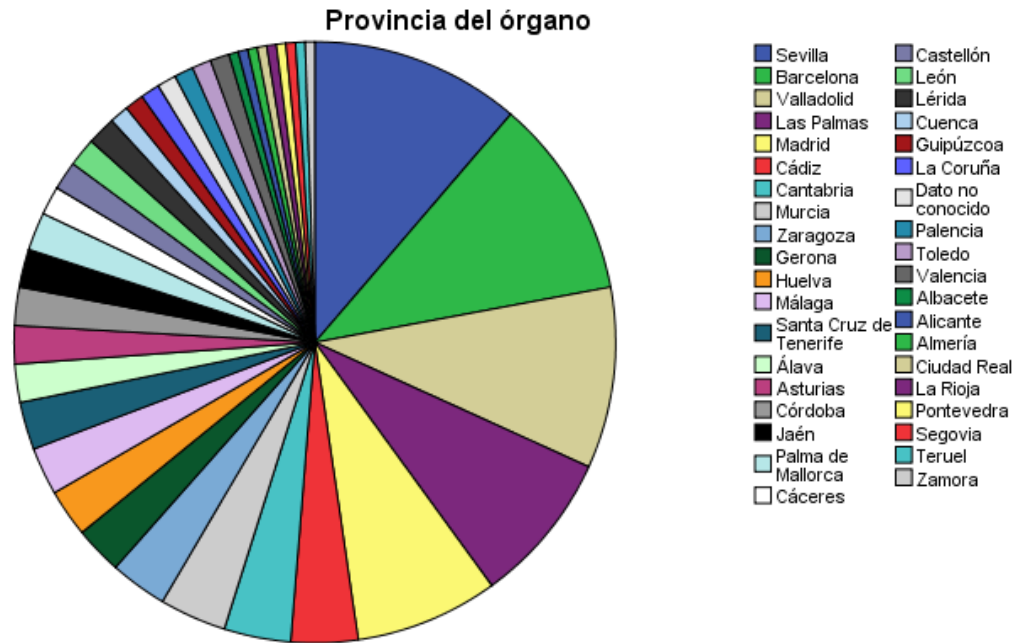
⁷⁷⁸ LÓPEZ HURTADO, M., VALENTÍN RUÍZ, F.J. *Análisis de las bases de datos*, Biblioteca de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, 2009. Pág. 27.

Órgano que emite la resolución (en orden decreciente)					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Audiencia Provincial	135	69,2	69,2	69,2
	Tribunal Supremo	42	21,5	21,5	90,8
	Tribunal Constitucional	13	6,7	6,7	97,4
	Juzgado de Primera Instancia e Instrucción	5	2,6	2,6	100,0
	Total	195	100,0	100,0	

4. Provincia del órgano judicial.

Dato fácil de obtener en los casos de Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, y de las Audiencias Provinciales, ya que en las primeras consiste en localizar la provincia en la que se encuentra ubicada la localidad del Juzgado y en las segundas, viene implícita en el encabezamiento de la propia sentencia. No obstante, en el caso de órganos superiores a los descritos, como son el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, es un dato que hay que indagar en el texto de la resolución ya que la sentencia que ha sido objeto de recurso de casación, en el primer caso, o de recurso de amparo, en el segundo, que se ventilan en estos Tribunales ubicados en la capital del Estado, proceden de Juzgados y Tribunales de menor entidad territorial que se pueden circunscribir a una determinada provincia.

Los datos estadísticos que ofrece el parámetro "provincia" arroja la siguiente gráfica, en orden decreciente en el sentido horario.



Se aprecia que la suma de las resoluciones judiciales de 6 de las 52 provincias existentes en el Estado español representa la mitad de las resoluciones judiciales objeto del estudio. Aquellas emanadas de Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, órganos que se ubican en Madrid, no se recuentan en tal provincia, a menos que su origen haya sido un órgano de menor entidad de esa misma provincia.

Las provincias con las cifras más elevadas son las siguientes:

Provincia del órgano (en orden decreciente)					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Sevilla	22	11,3	11,3	11,3
	Barcelona	21	10,8	10,8	22,1
	Valladolid	19	9,7	9,7	31,8
	Las Palmas	16	8,2	8,2	40,0
	Madrid	15	7,7	7,7	47,7
	Cádiz	7	3,6	3,6	51,3
	Cantabria	7	3,6	3,6	54,9
	Murcia	7	3,6	3,6	58,5
	Zaragoza	6	3,1	3,1	61,5
	Gerona	5	2,6	2,6	64,1
	Huelva	5	2,6	2,6	66,7
	Málaga	5	2,6	2,6	69,2

Destaca la presencia en el *ranking* de dos provincias andaluzas (Sevilla en la 1ª posición, y Cádiz, en la 6ª, y es de destacar que la onubense es la 11ª y la malagueña, la 12ª), además de las dos provincias más pobladas del Estado (Madrid, en 5º lugar y Barcelona, en 2º puesto). Valladolid obtiene la 3ª plaza y Las Palmas de Gran Canaria, la 4ª.

Estos datos deben de analizarse relacionándolo con diferentes parámetros, como bien podría ser la población de cada una de ellas, debido a su estabilidad, a diferencia del número de protésicos y dentistas colegiados, que ha sufrido en la última década un crecimiento exponencial.

En cuanto a la población, se establece la ratio resoluciones/población, es decir, resoluciones por cada millón de habitantes, cuyos datos arrojan la siguiente tabla por orden de frecuencia⁷⁷⁹:

⁷⁷⁹ Datos a 1 de enero de 2016 según el Instituto Nacional de Estadística. <http://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=2852> [Consultado el 30/10/2016]

Provincia	Población	Resoluciones	Ratio
Valladolid	526.288	19	36,1
Las Palmas	1.098.406	16	14,56
Cantabria	585.179	7	11,96
Huelva	520.017	5	9,61
Álava	323.648	4	9,26
Cáceres	406.267	3	7,38
Gerona	753.054	5	6,64
Zaragoza	956.006	6	6,27
Cádiz	1.240.284	7	5,6
Sta. Cruz de Tfe.	1.001.900	5	4,99
Murcia	1.467.288	7	4,77
Barcelona	5.523.922	21	3,8

En este caso, la provincia de Valladolid obtiene el mayor resultado (36,1) que dista bastante del segundo (Las Palmas con 14,56) y del tercero (Cantabria con 11,96). Las tres primeras provincias ordenadas por número de resoluciones ocupan ahora la 19ª (Sevilla), 12ª (Barcelona) y 1ª posición (Valladolid).

5. Comunidad autónoma del órgano judicial.

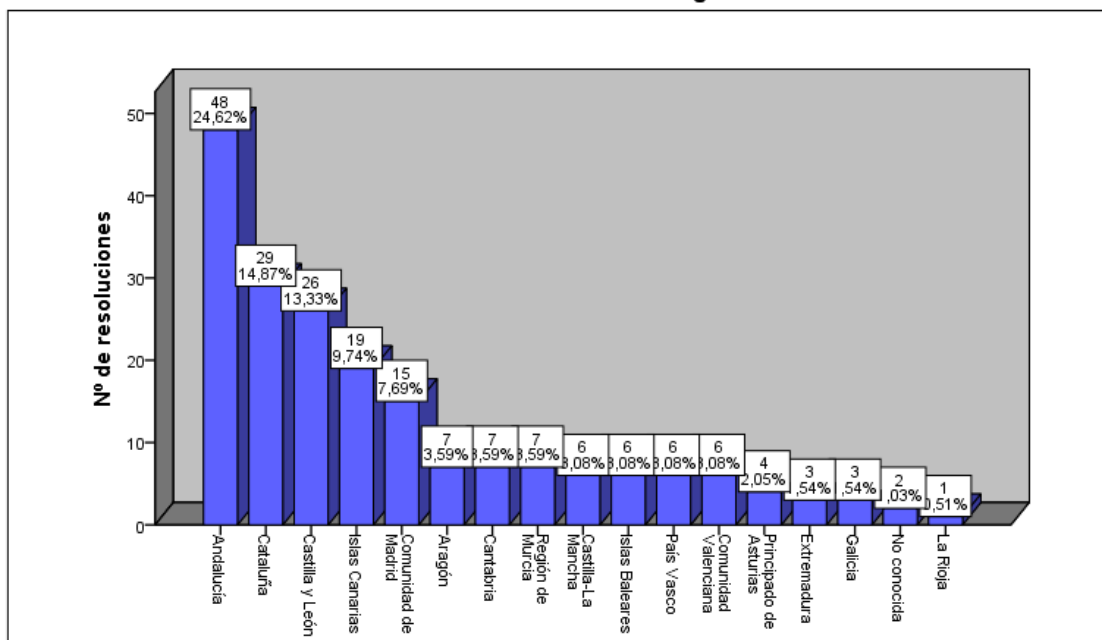
Las Comunidades Autónomas que captan el 70,3 % de las resoluciones judiciales son las mismas que acogen en su seno a las seis provincias con mayor prevalencia. Incluso siguen el mismo orden. En primer lugar Andalucía, con casi una cuarta parte (24,6%), que de las ocho provincias que la conforman, aloja a las provincias sevillana y gaditana, que ocupaban el 1º y 6º puesto en cuanto a su contabilización por provincias.

Le sigue en segunda posición la comunidad de Cataluña, de las que una de sus cuatro provincias, Barcelona, ocupa también el mismo, como se puede observar con anterioridad. Castilla y León, con nueve provincias, es la tercera, al igual que Valladolid en el orden por provincias. Las Islas Canarias es la 4ª comunidad autónoma, con 7 islas mayores agrupadas en dos

provincias, en la que una de ellas también ocupa la misma posición: Las Palmas. En último lugar de este elenco lo ocupa la comunidad autónoma uniprovincial de Madrid.

Comunidad autónoma del órgano (en orden decreciente)					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Andalucía	48	24,6	24,6	24,6
	Cataluña	29	14,9	14,9	39,5
	Castilla y León	26	13,3	13,3	52,8
	Islas Canarias	19	9,7	9,7	62,6
	Madrid	15	7,7	7,7	70,3
	Aragón	7	3,6	3,6	73,8
	Cantabria	7	3,6	3,6	77,4
	Región de Murcia	7	3,6	3,6	81,0
	Castilla-La Mancha	6	3,1	3,1	84,1
	Islas Baleares	6	3,1	3,1	87,2

Comunidad autónoma del órgano



Como unidad territorial del Estado español, podemos hacer las mismas consideraciones que con la provincia, es decir, relacionar los datos obtenidos con diferentes parámetros, como bien podrían ser la población de cada una de ellas.

En cuanto a la población, se establece la ratio resoluciones/población de cada una de las comunidades autónomas más prevalentes, arrojando el siguiente orden de frecuencia⁷⁸⁰:

Comunidad Autónoma	Habitantes	Resoluciones	Ratio
Cantabria	585.179	7	11,96
Castilla y León	2.472.052	26	10,51
Canarias	2.100.306	19	9,04
Andalucía	8.399.043	48	5,71
Islas Baleares	1.104.479	6	5,43
Aragón	1.317.847	7	5,31
Murcia	1.467.288	7	4,77
Cataluña	7.508.106	29	3,86
Asturias,	1.051.229	4	3,8
Castilla - La Mancha	2.059.191	6	2,91
Extremadura	1.092.997	3	2,74
Madrid	6.436.996	15	2,33

En el caso de las Comunidades Autónomas, la lista la encabezan Cantabria (11,96), Castilla y León (10,51) y Canarias (9,04). Las tres primeras en cuanto al número de resoluciones ocupan la 4ª (Andalucía), la 8ª (Cataluña) y la 2ª posición (Castilla y León).

6. Resolución a quo (previa).

En este apartado, se analiza el fallo o parte dispositiva de las diferentes resoluciones.

Tomando como estudio inicial los autos emitidos en la materia objeto de análisis, se establecen como valores perdidos los resultados propios de las sentencias, quedando una muestra de 29 autos frente al total de resoluciones, arrojando el presente cuadro.

⁷⁸⁰ Datos a 1 de enero de 2016 según el Instituto Nacional de Estadística. <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=2853> [Consultado el 30/10/2016]

Resolución a quo (previa)					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Sobreseimiento	18	9,2	62,1	62,1
	Instrucción	11	5,6	37,9	100,0
	Total	29	14,9	100,0	

Los sobreseimientos superan al resto de opciones de los autos, pero debido al pequeño tamaño de la muestra, no se puede extrapolar estos resultados para poder afirmar que se trate de la opción más mayoritaria.

Se puede establecer una tabla cruzada donde se relacionan estos fallos con la jerarquía del órgano emisor, resultando de tal combinación de parámetros que no existen diferencias estadísticamente significativas con el análisis por órgano judicial emisor.

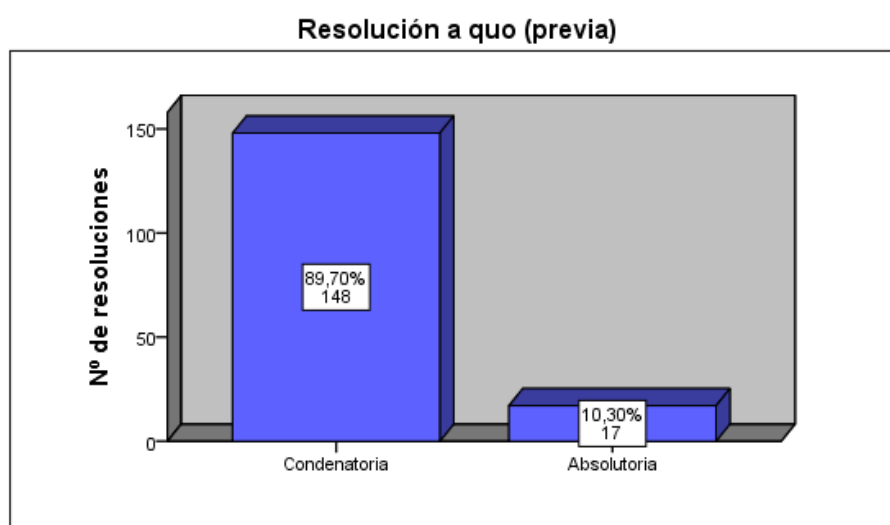
Tabla cruzada: Resolución a quo (previa) y el órgano judicial que emite la resolución				
		Órgano que emite la resolución		Total
		Audiencia Provincial	Tribunal Supremo	
Resolución a quo (previa)	Sobreseimiento	17	1	18
	Instrucción	11	0	11
Total		28	1	29

Mientras que en el caso de las sentencias, se establecen como valores perdidos aquellos datos que son resultado de un auto, como son el sobreseimiento libre y archivo de la causa y el inicio de la instrucción del procedimiento. Por ello, de la muestra de 195 resoluciones, se procede a perderse los 29 datos estudiados en el apartado anterior sobre los autos y analizar los 166 restantes.

Se establece el siguiente resultado en cuanto a su análisis:

Resolución a quo (previa)					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Condenatoria	149	76,4	89,8	89,8
	Absolutoria	17	8,7	10,2	100,0
	Total	166	85,1	100,0	

Si lo observamos de una manera gráfica, simplificando estos datos, se aprecia una gran discrepancia entre ambas opciones: las sentencias condenatorias ocupan casi la totalidad de la muestra (89,8%) frente a la minoría de sentencias absolutorias (10,2%).



Con este tamaño significativo de la muestra, se refleja la eficacia en la lucha frente al delito de intrusismo cuando éste ha sido sometido a dictamen de una autoridad judicial.

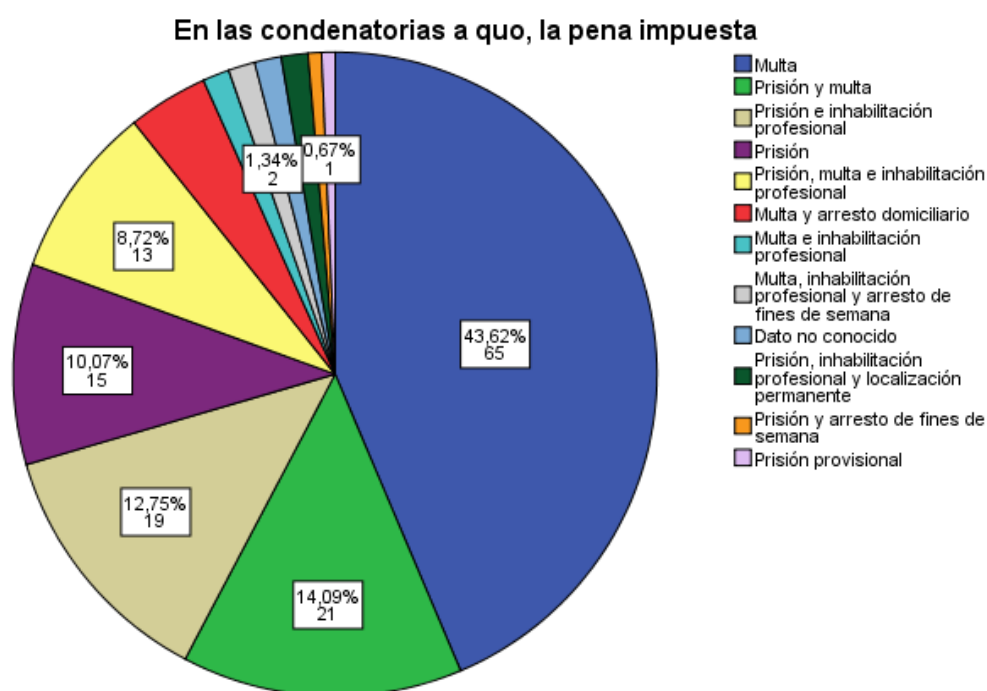
También se puede establecer una tabla cruzada donde se relacionan estos fallos con la jerarquía del órgano emisor: los fallos condenatorios son mayoritarios con los datos desagregados

por órganos, e incluso es variable única en el caso de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y del Tribunal Constitucional.

Tabla cruzada: Resolución a quo (previa) y Órgano que emite la resolución						
		Órgano que emite la resolución				Total
		Audiencia Provincial	Juzgado de Primera Instancia	Tribunal Constitucional	Tribunal Supremo	
Resolución a quo (previa)	Condenatoria	87,7%	100,0%	100,0%	90,2%	89,7%
	Absolutoria	12,3%			9,8%	10,3%
Total		100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

7. En las condenatorias a quo, la pena impuesta.

En las sentencias iniciales, previas al recurso, en las cuales hay un fallo condenatorio, que son 149 del recuento total de sentencias de 166 (89,8%), existe una gran variabilidad al analizar las penas impuestas.



En las condenatorias a quo, las cinco principales penas impuestas (en orden decreciente)					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Multa	65	33,3	43,6	43,6
	Prisión y multa	21	10,8	14,1	57,7
	Prisión e inhabilitación profesional	19	9,7	12,8	70,5
	Prisión	15	7,7	10,1	80,5
	Prisión, multa e inhabilitación profesional	13	6,7	8,7	89,3

Las cinco primeras penas, por combinaciones o de manera aislada, representan la mayoría del total de penas posibles (89,3%), por lo que se realiza una descripción de cada una de ellas para entender mejor el motivo del orden de estos datos.

No se puede olvidar que estas penas, en muchos casos como se estudiará en el apartado posterior denominado "Concurso", pueden ir asociadas a la comisión de otros delitos junto al intrusismo, como el de lesiones, el de estafa, etc...

- La primera de ella, por orden de frecuencia, es la pena de multa, que consiste en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria que se impondrá, salvo que la Ley disponga otra cosa, por el sistema de días-multa, cuya extensión mínima será de diez días y la máxima de dos años. La cuota diaria, en la actualidad por modificación a finales del año 2010⁷⁸¹, tendrá un mínimo de dos y un máximo de cuatrocientos euros⁷⁸². Es la pena principal y básica del artículo 403 del Código Penal de 1995, y la pena como agravante, junto a la privativa de libertad, en el artículo 321 del derogado Código Penal de 1973. Es por ello que en el presente análisis global represente el 43,6% del total de las penas de toda la serie histórica, es decir, casi la mitad, por lo que representa una pena significativa.

⁷⁸¹ España. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo único, Apartado Duodécimo.

⁷⁸² España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 50.

- En segundo lugar, se encuentra la combinación de la pena de prisión y la de multa descrita anteriormente. La pena de prisión⁷⁸³ se encuentra dentro de las denominadas privativas de libertad, las cuales consisten en que el condenado debe ingresar en una prisión durante un tiempo determinado por la sentencia condenatoria, teniendo una duración mínima de tres meses y una máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente puedan disponer otros preceptos del Código Penal, como sucede con la prisión permanente revisable⁷⁸⁴. La pena de prisión, en combinación con la de multa, aparece desde antaño en los diferentes cuerpos legales penales, pero sobre todo, como pena agravante del artículo 403 del Código Penal de 1995, y como pena básica en el artículo 321 del derogado Código Penal de 1973. Esta conjunción de prisión y multa representa el 14,1% del total de la muestra de nuestro estudio, un porcentaje bastante bajo respecto al total, y a mucha distancia con respecto a la pena de multa de forma exclusiva (43,6%).

- Le sigue en tercer lugar la pena de prisión descrita anteriormente junto con el cumplimiento de la pena de inhabilitación especial para profesión, que se trata de una pena privativa de derechos⁷⁸⁵. La inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, ha de concretarse de manera expresa y motivadamente en la sentencia, y su efecto consiste en privar al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena⁷⁸⁶. También esta combinación supone una baja frecuencia con respecto al total (12,8%).

- En cuarto lugar, y representando sólo un 8,7% del total, se encuentra la triada de pena de prisión, de multa y de inhabilitación especial para profesión. Cada una de ellas ya ha sido descrita con anterioridad.

⁷⁸³ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículos 35 y 36.

⁷⁸⁴ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 92.

⁷⁸⁵ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 39.b.

⁷⁸⁶ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 45.

Hasta ahora se han analizado las penas de una manera global a lo largo de la serie histórica 1980-2015, por lo que se debe diferenciar y analizar estadísticamente, la pena impuesta por el derogado artículo 321 del Código Penal de 1973⁷⁸⁷ y el artículo 403 del vigente y reformadísimo Código Penal de 1995, que entró en vigor el 24 de mayo de 1996⁷⁸⁸. Es por ello que, estableciendo un corte en la horquilla de este estudio en el año 1996, se proceda a realizar un análisis estadístico de dos intervalos:

- uno primero que corresponde a la vigencia del derogado cuerpo legal que se establece en el periodo 1980-1995,

- y un segundo que se establece en el periodo 1996-2015, que corresponde a la aplicación del vigente Código Penal, cuyo artículo 403 ha permanecido intacto desde su entrada en vigor hasta su reforma el 1 de julio de 2016⁷⁸⁹, fecha posterior al límite superior de la horquilla de resoluciones analizadas (31 de diciembre de 2015).

Tabla cruzada: Año de emisión de la resolución y la pena impuesta en las condenatorias a quo						
		En las condenatorias a quo, la pena impuesta				
		Multa	Prisión y multa	Prisión e inhabilitación profesional	Prisión	Prisión, multa e inhabilitación profesional
Año de emisión de la resolución	1980 - 1995	4,60%	33,30%	84,2%	66,70%	15,40%
	1995 - 2015	95,40%	66,70%	15,8%	33,30%	84,60%
Total		100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

En esta tabla, donde se exponen las penas en los dos intervalos de años, se desprende que entre los años 1980 y 1995,

⁷⁸⁷ España. Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

⁷⁸⁸ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disposición final séptima.

⁷⁸⁹ España. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

son mayoritarias las penas de prisión, representando un 66,7% respecto a toda la serie histórica, y de ésta con inhabilitación profesional, con un 84,2%, también respecto a la misma serie.

En cambio, en el periodo 1996-2015, la principal diferencia se produce en la aplicación de la pena de multa (95,4% del total de la serie) y la de ésta con prisión (66,7%).

8. Resolución ad quem (posterior).

Se vuelve a tomar la muestra de 29 autos frente al total de resoluciones, resultando el siguiente cuadro, donde el resultado "inicio de la instrucción del procedimiento" es mayor que el "sobreseimiento libre y archivo de la causa".

De la misma manera que se indicó anteriormente con los autos a quo (previos), y debido al pequeño tamaño de la muestra, no se pueden extrapolar los resultados obtenidos para poder afirmar que representa la mayoría.

Resolución ad quem (posterior)					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Instrucción	18	9,2	62,1	62,1
	Sobreseimiento	11	5,6	37,9	100,0
	Total	29	14,9	100,0	

Una tabla cruzada donde se relacionan estos fallos con la jerarquía del órgano emisor desprende otro dato: en el caso de las Audiencias Provinciales, el resultado "inicio de la instrucción del procedimiento" es mayor que el "sobreseimiento libre y archivo de la causa". No se puede decir lo mismo respecto al Tribunal Supremo ya que sólo cuenta con un auto en el estudio.

Tabla cruzada: Resolución ad quem (posterior) y el órgano que emite la resolución				
		Órgano que emite la resolución		Total
		Audiencia Provincial	Tribunal Supremo	
Resolución ad quem (posterior)	Instrucción	18	0	18
	Sobreseimiento	10	1	11
Total		28	1	29

En el caso de las sentencias, de la muestra de 195 resoluciones, se procede a perderse los 29 datos estudiados en el apartado anterior sobre los autos, restando 156 resoluciones. Como valores perdidos, se establecen las 10 sentencias que se han emitido sin ser objeto de un recurso. Se establece el siguiente resultado en cuanto a su análisis estadístico:

Resolución ad quem (posterior)					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Condenatoria	128	65,6	82,1	82,1
	Absolutoria	26	13,3	16,7	98,7
	Absolutorias uno/s y condenatorias otro/s	2	1,0	1,3	100,0
	Total	156	80,0	100,0	
	Perdidos	39	20,0		
Total		195	100,0		

Un 82,1% de las resoluciones sentencias son condenatorias, frente a un 16,7% que son absolutorias. Sólo en el 1,3% de las sentencias, al ser múltiples los querellados, existen en la sentencia condenas para alguno/s y condena para otro/s.

Al establecer un cruzamiento donde se relacionan estos fallos de las sentencias "ad quem" con el órgano emisor, nos arroja que las sentencias condenatorias son abundantes en las Audiencias Provinciales (con un 83,3% de las sentencias) y de las emitidas

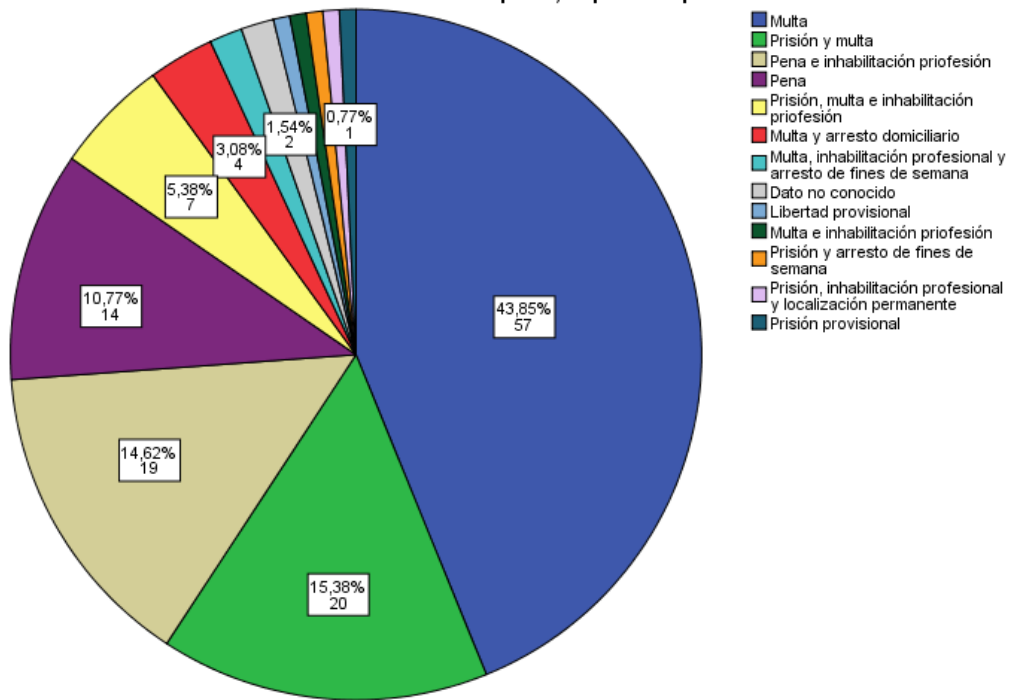
por el Tribunal Supremo (con un 90,2%). En el caso del Tribunal Constitucional, existe casi un equilibrio entre condenatorias (46,2%) y las absolutorias (53,8%).

Tabla cruzada: Resolución ad quem (posterior) y Órgano que emite la resolución					
		Órgano que emite la resolución			Total
		Audiencia Provincial	Tribunal Constitucional	Tribunal Supremo	
Resolución ad quem (posterior)	Condenatoria	83,3%	46,2%	90,2%	82,1%
	Absolutorias uno/s y condenatorias otros/as	2,0%			1,3%
	Absolutoria	14,7%	53,8%	9,8%	16,7%
Total		100,0%	100,0%	100,0%	100,0 %

9. En las condenatorias ad quem, la pena impuesta.

En las sentencias posteriores al recurso en las cuales hay un fallo condenatorio, que representan 130 del recuento total de sentencias (66,7%), existe una gran variabilidad de penas impuestas, de la misma manera que se analizó en las sentencias condenatorias "a quo".

En las condenatorias ad quem, la pena impuesta



En las condenatorias ad quem, la pena impuesta

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Multa	57	29,2	43,8	43,8
	Prisión y multa	20	10,3	15,4	59,2
	Pena e inhabilitación profesional	19	9,7	14,6	73,8
	Prisión	14	7,2	10,8	84,6
	Prisión, multa e inhabilitación profesional	7	3,6	5,4	90,0
	Total	130	66,7	100,0	
Perdidos	No procede	65	33,3		
Total		195	100,0		

Las cinco primeras penas, por combinaciones o de manera aislada, por frecuencia representan la mayoría del total de penas posibles (90,0%), por lo que se realiza una descripción de cada una de ellas para entender mejor el motivo del orden de estos datos. El orden es el mismo que en el caso de las sentencias condenatorias en las resoluciones "a quo".

Se vuelven a analizar estos datos pero diferenciando y analizando, estadísticamente y de manera separada, la pena impuesta por el artículo 321 del derogado Código Penal de 1973 y el más artículo 403 del vigente Código Penal de 1995. Se procede a volver a realizar un análisis estadístico de dos intervalos:

- uno primero que corresponde a la vigencia del derogado cuerpo legal que se establece en el periodo 1980-1995,

- y un segundo que se establece en el periodo 1996-2015, que corresponde a la aplicación del vigente Código Penal.

Tabla cruzada: Año de emisión de la resolución y la pena impuesta en las condenatorias <i>ad quem</i>						
		En las condenatorias <i>ad quem</i> , la pena impuesta				
		Multa	Prisión y multa	Prisión e inhabilitación profesional	Prisión	Prisión, multa e inhabilitación profesional
Año de emisión de la resolución	1980 - 1995	3,5%	40%	89,5%	64,3%	0%
	1995 - 2015	96,5%	60%	10,5%	35,7%	100%
Total		100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

En esta tabla donde se exponen las penas en los dos intervalos de años, se puede visualizar que entre 1980 y 1995, son mayoritarias las penas de prisión con inhabilitación profesional, con un 89,5%, y de sólo prisión, con un 64,3%. En cambio, en la serie 1996-2015, la principal diferencia se produce en la aplicación de la pena de multa (96,5% del total) y la de ésta con prisión (60%).

10. Cambio en el fallo.

A continuación se analiza la tabla que muestra, en el caso de haberse presentado recurso, si se ha producido un cambio

total, uno parcial o no se ha producido un cambio. Recuérdese que no se ha de confundir la calificación de cambio parcial con la de cambio total, ya que la primera se produce cuando ha existido un aumento o disminución de la pena, pero sigue subsistiendo la susodicha pena; en cambio, en la total, hay un cambio de imponerse una pena a ser absuelto, o viceversa.

Descartando aquellas resoluciones que no son motivo de un recurso, y las cuales son tomadas como valores perdidos (sólo 10, que representan un escaso 5,1 %), existe una mayoría representada por un 69,7 % de ausencia de cambio, es decir, que las pretensiones del recurso no han tenido la fuerza suficiente para provocar un cambio en la parte dispositiva. En segundo lugar, con un 17,4% se localizan aquellas que, al contrario, sí han surtido efecto, provocando un sustancial cambio. No obstante, aun siendo superior al porcentaje de aquellas que han obtenido una modificación parcial, se encuentra bastante alejada de los más de 2/3 de resoluciones que no han cambiado.

Cambio en el fallo					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	129	66,2	69,7	69,7
	Sí	34	17,4	18,4	88,1
	Parcial	22	11,3	11,9	100,0
	Total	185	94,9	100,0	
Perdidos	No procede	10	5,1		
Total		195	100,0		

11. Tipo de cambio realizado.

Se contabiliza sólo un caso de cambio a la inadmisión, es decir, cuando el cambio es que no se ha admitido a trámite el estudio del caso por no tener base para ello.

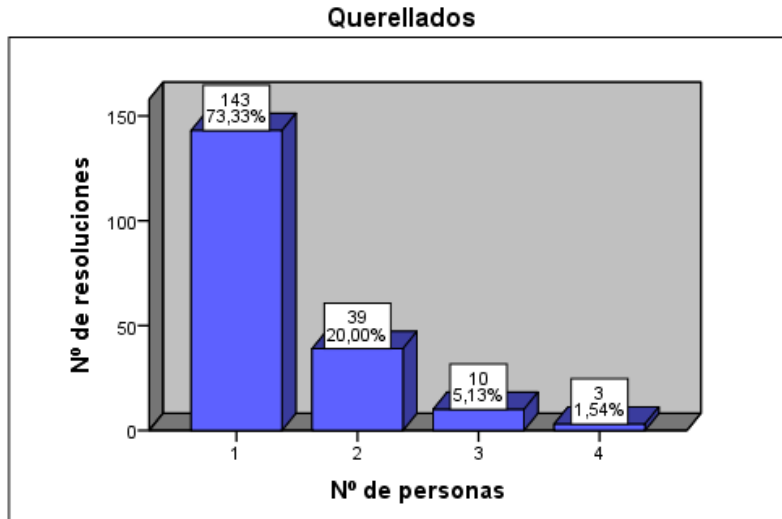
En el resto de los casos, cuando se ha efectuado un cambio, es mayoritario tanto en los casos de cambios totales como

parciales, que han sido en beneficio del reo. Esta diferencia, de un cambio a mejor frente a uno a peor, destaca más en los cambios parciales (15 beneficiados frente a 7 perjudicados) que en los totales (19 frente a 15).

Tabla cruzada: Cambio en el fallo y tipo de cambio realizado						
			Tipo de cambio realizado			Total
			Inadmisión	A mejor	A peor	
Cambio en el fallo	Sí	Recuento	0	19	15	34
		%	0,0%	55,9%	68,2%	59,6%
	Parcial	Recuento	0	15	7	22
		%	0,0%	44,1%	31,8%	38,6%
	No	Recuento	1	0	0	1
		%	100,0%	0,0%	0,0%	1,8%
Total		Recuento	1	34	22	57
		%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

12. Querellados.

El número de personas que han sido acusadas por medio de denuncia o querrela por haber cometido el delito de intrusismo, el imputado, quien recibe la denominación de acusado, en un 73,3%, se trata de una sola persona. La acción del delito de actividad en pareja baja a un 20% de las resoluciones, y más aún en el caso de ser tres personas (5,1%) y cuatro (1,5%). La media es de $1,35 \pm 0,651$.



13. Sexo del querellado.

Tomando como referencia el sexo del querellado, existe una mayoría de hombres (70,8%) frente a una escasa minoría de mujeres (15,4%). Sólo en el 11,8% de las resoluciones objeto de estudio han sido mixtos, es decir, participando ambos sexos, y en un 2,1% no se ha podido obtener el sexo a través de la lectura y estudio de la resolución.



14. Inicia el recurso.

En el estudio estadístico sobre aquel/la o aquellos/as ejecutan aquellos actos de postulación con el fin de ser un medio de impugnación o recurso, se establece un porcentaje del 67,2% en el que es realizado por el querellado, mientras que un 23,1 % lo realiza el querellante. La figura que sean ambas partes las que lo inician representan sólo un 9,7%, cada uno con su pretensión de carácter opuesto. Existen 9 resoluciones en las cuales no procede su contabilización ya que son datos perdidos ya que se trata de resoluciones que no han sido fruto de un recurso, por lo que son tratados como valores perdidos.

Inicia el recurso					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Querellado	125	64,1	67,2	67,2
	Querellantes particulares	43	22,1	23,1	90,3
	Querellantes y querellados	18	9,2	9,7	100,0
	Total	186	95,4	100,0	
Perdidos	No procede	9	4,6		
Total		195	100,0		

15. Querellantes exceptuando el Ministerio Fiscal.

En el caso del análisis del número de personas que han acusado por el delito de intrusismo donde, como se indicó anteriormente, se exceptúa en el recuento el Ministerio Fiscal por ser un delito público, un 84% es ejecutado por una sola persona. Se acompaña por otra en sólo un 12,8% de los casos. Son extrañas las veces que participan presentando denuncia o querrela tres o cuatro personas, representando un 1,6% y un 1,1%, respectivamente. Sólo hay un caso residual en la que son seis (0,5% de la muestra). La media es de $1,22 \pm 0,614$ personas.



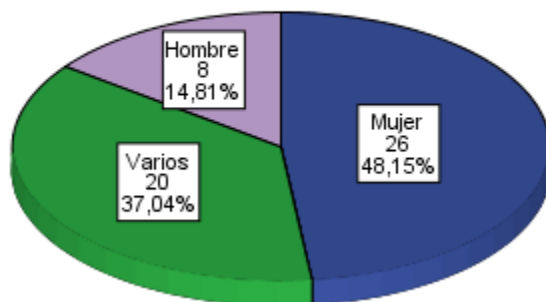
16. Sexo del querellante.

En cuanto al sexo del querellante, en un 13,3% de los casos no ha sido posible extraer este dato de la resolución judicial. Es mayoritaria la presencia de una persona jurídica (Colegio profesional, sociedad, etc...) la que inicia el procedimiento, representando un 68% de la muestra.

Sexo del querellante					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Persona jurídica	115	59,0	68,0	68,0
	Mujer	26	13,3	15,4	83,4
	Varios	20	10,3	11,8	95,3
	Hombre	8	4,1	4,7	100,0
	Total	169	86,7	100,0	
Perdidos	Dato no conocido	26	13,3		
Total		195	100,0		

Si valoramos a estas personas jurídicas como valores perdidos, junto aquellos que no han sido conocidos, la mujer representa un 48,15%, mientras que el hombre, sólo un 14,81%. La mezcla de ambos sexos como parte acusadora asciende al 37,04%.

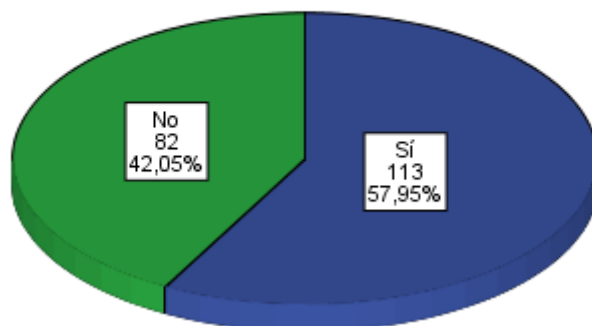
Sexo del querellante



17. Participación del Colegio de Dentistas.

La participación en el proceso del Colegio Profesional de Dentistas es mayoritaria, participando de manera activa en el contencioso en el 57,95% de los casos.

Participación del Colegio de Dentistas



Tomando como referencia las seis provincias con mayor prevalencia, se vuelven a obtener datos equilibrados si tenemos en cuenta la participación o no de las corporaciones en los contenciosos suscitados en su circunscripción territorial, de manera similar que en conjunto a nivel nacional. Sólo se salen de esta norma en la provincia hispalense, donde existe una participación muy activa del Colegio Profesional, estando implicado en el 72,7% de las resoluciones, mientras que en el

polo opuesto se ubica Madrid, donde está ausente en el 93,3% del tamaño de la muestra.

Tabla cruzada entre la participación de los Colegios y las principales provincias			Sevilla	Barcelona	Valladolid	Las Palmas	Madrid	Cádiz	Nacional
Participación del Colegio de Dentistas	Sí	Recuento	16	10	11	9	1	4	113
		%	72,7%	47,6%	57,9%	56,3%	6,7%	57,1%	57,9%
	No	Recuento	6	11	8	7	14	3	82
		%	27,3%	52,4%	42,1%	43,8%	93,3%	42,9%	42,1%
Total		Recuento	22	21	19	16	15	7	195
		%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

De la misma manera que en el caso de las provincias, se procede a relacionar la presencia o ausencia del Colegio Profesional, tomando de referencia las cinco comunidades autónomas más prevalentes que han sido objeto de análisis individual, que acaparan el 70,3% de las resoluciones objeto de estudio.

Tabla cruzada participación del Colegio de Dentistas y comunidad autónoma del órgano			Andalucía	Cataluña	Castilla y León	Islas Canarias	Comunidad de Madrid	Total nacional
Participación del Colegio de Dentistas	Sí	Recuento	35	17	14	11	1	113
		%	72,9%	58,6%	53,8%	57,9%	6,7%	57,9%
	No	Recuento	13	12	12	8	14	82
		%	27,1%	41,4%	46,2%	42,1%	93,3%	42,1%
Total		Recuento	48	29	26	19	15	195
		%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

En ella se refleja la ligera intervención (57,9%) a nivel nacional por parte de los Colegios de Dentistas con respecto a su abstención, de la misma forma que sucede en el resto de comunidades autónomas más prevalentes. En Andalucía predomina la presencia de los Colegios con una presencia del 72,9% de las resoluciones (en la provincia de su capital hispalense es de un 72,7%), mientras que la comunidad madrileña desprende la misma cifra de abstención del 93,3% debido a que se trata de una comunidad autónoma uniprovincial.

Entre aquellas resoluciones en las cuales ha existido intervención de la corporación y las que no, no se evidencian grandes diferencias cuando no ha existido cambio en el fallo o parte dispositiva, o cuando éste ha sido parcial (modificación de la pena sin cambio de un estado a otro). Sin embargo, existe una mayor participación, estando presente en un 79,4% de aquellas resoluciones en las cuales si ha existido un cambio en el fallo (que puede ser, por ejemplo, de absolutoria a condenatoria, o viceversa).

Tabla cruzada Participación del Colegio de Dentistas y el cambio en el fallo			Cambio en el fallo			Total
			No	Parcial	Sí	
Participación del Colegio de Dentistas	Sí	Recuento	70	12	27	109
		%	54,3%	54,5%	79,4%	58,9%
	No	Recuento	59	10	7	76
		%	45,7%	45,5%	20,6%	41,1%
Total		Recuento	129	22	34	185
		%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Al relacionar el tipo de cambio (claro es, de aquellas en las que ha existido cambio) con la implicación o no de los Colegios Profesionales de Dentistas, se aprecia que están presentes de manera mayoritaria tanto en el caso de que el cambio sea favorable al reo, como en aquellos en los que les son perjudiciales.

Tabla cruzada entre la participación del Colegio de Dentistas y el tipo de cambio realizado			Tipo de cambio realizado			Total
			Inadmisión	A mejor	A peor	
Participación del Colegio de Dentistas	Sí	Recuento	0	23	16	39
		%	0,0%	67,6%	72,7%	68,4%
	No	Recuento	1	11	6	18

		%	100,0%	32,4%	27,3%	31,6%
Total		Recuento	1	34	22	57
		%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Interrelacionando quién ha iniciado el recurso con la participación de la corporación de Derecho público, están presentes en más casos que ausentes, de forma ascendente, cuando lo ha iniciado el querellado (53,6%), el querellante (69,8%) y ambos (72,2%).

Tabla cruzada entre la participación del Colegio de Dentistas y quién inicia el recurso			Inicia el recurso			Total
			Querellado	Querellantes particulares	Querellantes y querellados	
Participación del Colegio de Dentistas	Sí	Recuento	67	30	13	110
		%	53,6%	69,8%	72,2%	59,1%
	No	Recuento	58	13	5	76
		%	46,4%	30,2%	27,8%	40,9%
Total		Recuento	125	43	18	186
		%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

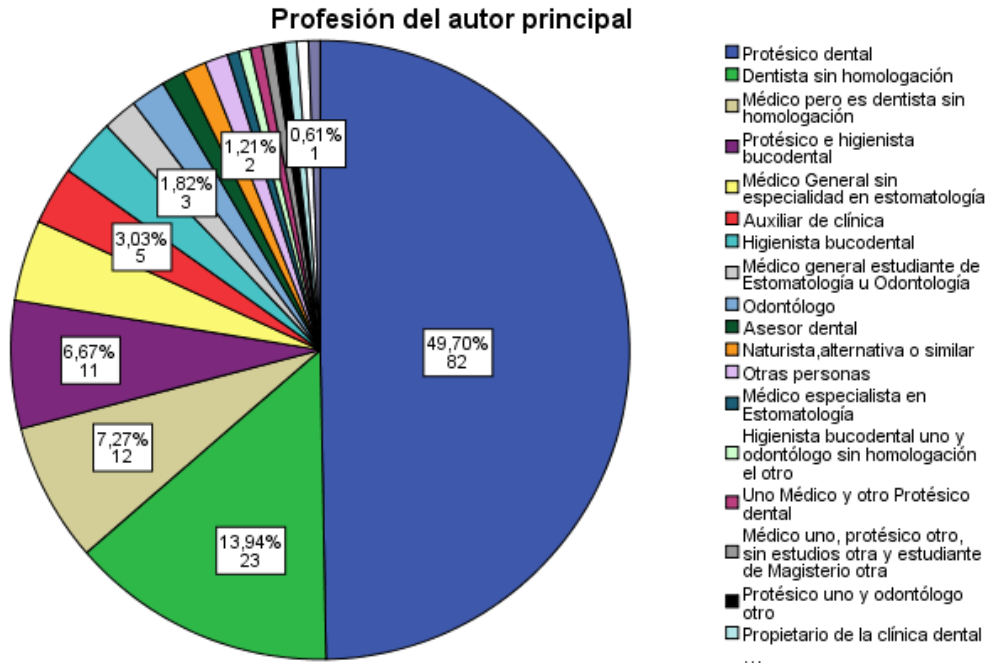
El Colegio Profesional de Dentistas está presente en un 87,5% cuando son dos los querellantes, en un 66,7% cuando son tres y en todos cuando son cuatro. En el caso de ser sólo y exclusivamente uno el número de querellantes, hecha la excepción del Ministerio Fiscal que actúa en los delitos públicos como el del presente estudio, el Colegio está presente en un 56,1%, es decir, en más de la mitad de los recursos en los que sólo hay un querellante, es el propio Colegio.

Tabla cruzada entre la participación del Colegio de Dentistas y el número de querellantes exceptuando el Ministerio Fiscal			Querellantes exceptuando el Ministerio Fiscal					Total
			1	2	3	4	6	
Participación del Colegio de Dentistas	Sí	Recuento	88	21	2	2	0	113
		%	56,1%	87,5%	66,7%	100,0%	0,0%	60,4%
	No	Recuento	69	3	1	0	1	74
		%	43,9%	12,5%	33,3%	0,0%	100,0%	39,6%
Total		Recuento	157	24	3	2	1	187
		%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

18. Profesión del autor principal.

Existe una gran variabilidad debido al abanico de profesiones diferentes que ostentan los que cometen el delito de intrusismo. Se han valorado como datos perdidos aquellas resoluciones donde no ha sido posible determinar la profesión (15,4% de la muestra total). El análisis del resto arroja que casi la mitad de los intrusos son protésicos dentales (49,7%), representando la siguiente profesión un alejado 13,9%, que corresponde a los dentistas que han obtenido la titulación oportuna en otro país y que no han sido objeto de homologación.

El resto de profesiones son residuales como los Licenciados en Medicina y Cirugía legales que, cursando la titulación de Odontología en el extranjero, no han obtenido la homologación de ésta última (7,3%), aquellos que tienen la dualidad de profesiones de protésico dental e higienista dental (5,6%), médicos generales sin más estudios de especialización (4,2%) y los auxiliares de clínica y los higienistas dentales, con un 3% cada uno de ellos. El resto de datos se consideran como anecdóticos, aunque es de destacar la figura del "asesor dental" que, en el periodo de estudio, sólo representa el 1,2%.

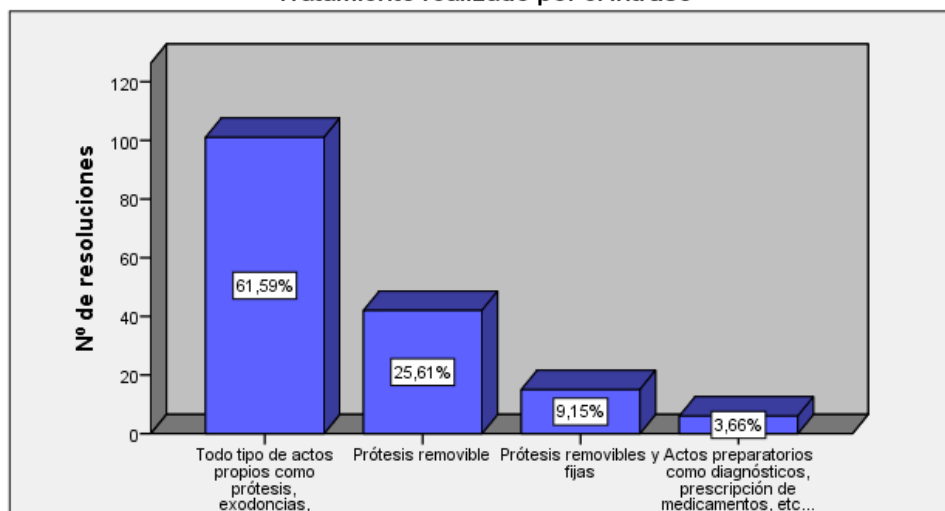


19. Tratamiento realizado por el intruso.

Igualmente, se han valorado como datos perdidos aquellas resoluciones judiciales en las que no ha sido posible determinar el tratamiento realizado, que representan un 15,9% de la muestra.

En un 65,51%, los tratamientos que realizan estos intrusos es de lo más variado (endodoncias, obturaciones, etc...), que se podrían caracterizar por ser muy invasivos y arriesgados para alguien que no está capacitado para ello. En un 25,61% se tratan de prótesis removibles; en un 9,15%, prótesis fijas, que se encuadran también como muy invasivos y arriesgados, y en último lugar, los actos preparatorios, con un 3,66%.

Tratamiento realizado por el intruso



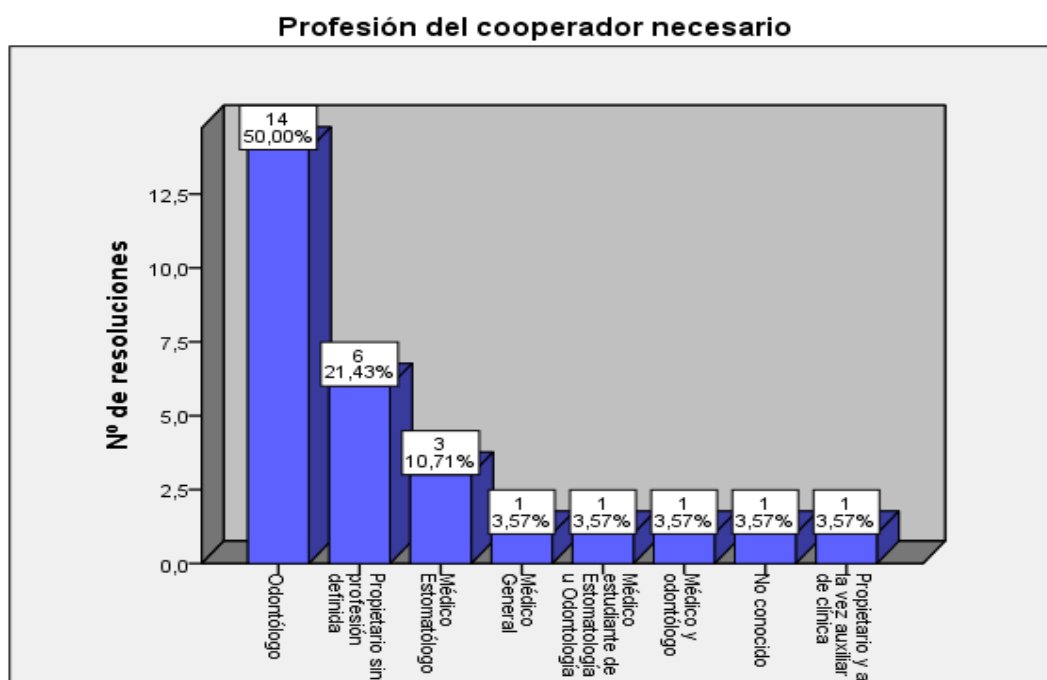
Si se relacionan estos tratamientos con la profesión del autor, se presenta la siguiente tabla.

	Protésico dental	Dentista sin homologación	Médico pero es dentista sin homologación	Protésico e higienista	Médico General sin especialidad estomatología	Auxiliar de clínica	Higienista bucodental	Asesor dental
Todo tipo de actos	27	15	12	10	7	4	2	0
Prótesis removible	34	0	0	1	0	0	2	0
Prótesis removibles y fijas	8	1	0	0	0	1	1	0
Actos preparatorios	3	0	0	0	0	0	0	2
TOTAL	72	16	12	11	7	5	5	2

20. Profesión del cooperador necesario.

Sólo en el 14,4% de la resoluciones se encuentra esta figura que tiene la misma consideración de autores ya que inducen directamente a otro/s a ejecutarlo, o cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

De ellas, exactamente la mitad (50,00%), corresponden a odontólogos titulados, mientras que casi una cuarta parte (21,43%) son los propietarios de una clínica dental, sin estar presente en el texto de la resolución una profesión definida. En tan sólo un 10,71%, el cooperador necesario es un médico especialista en Estomatología.



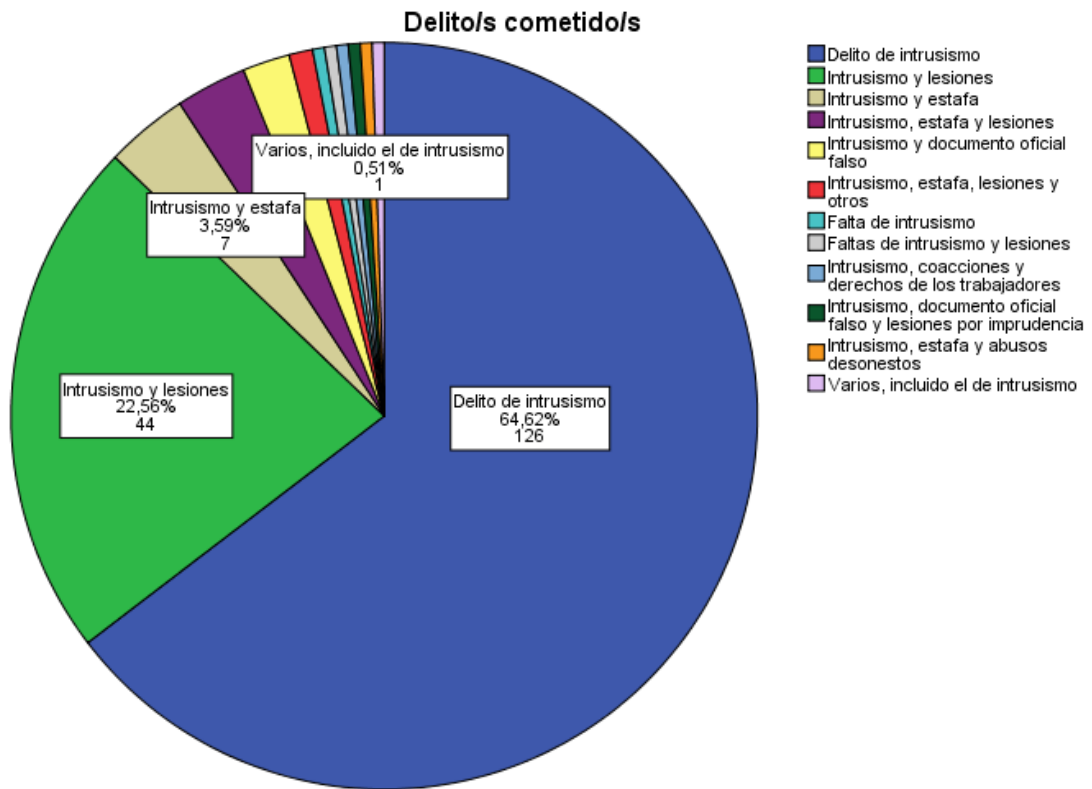
21. Profesión del cómplice.

En cuanto al recuento de aquellos que cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos sin ser ni autores ni cooperadores necesarios, se ubican un mínimo porcentaje (2,6%), de los cuales en sólo dos resoluciones está implicado mediante esta figura un odontólogo, en otras dos, un protésico dental y en una de ellas ni siquiera se puede extraer este dato.

Profesión del cómplice					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Odontólogo	2	1,0	40,0	40,0
	Protésico dental	2	1,0	40,0	80,0
	No conocido	1	,5	20,0	100,0
	Total	5	2,6	100,0	
Perdidos	No procede	190	97,4		
Total		195	100,0		

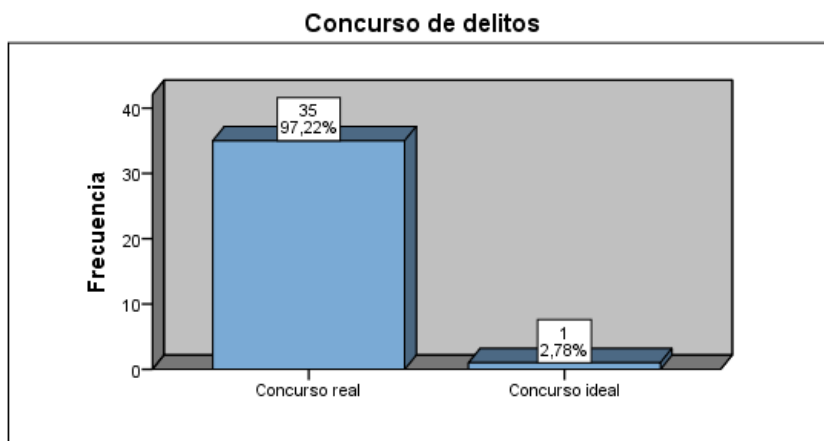
22. Delito/s cometido/s

Los autores materiales del delito, en un 64,62%, sólo han sido objeto en el contencioso del de intrusismo. Sólo es acompañado de otros delitos como el de lesiones, en un 22,56%, y con el de estafa, en el 3,59%. La combinación de los tres (intrusismo, lesiones y estafa), en cuarto lugar de frecuencia, sólo está presente en un 3,1% de las resoluciones.



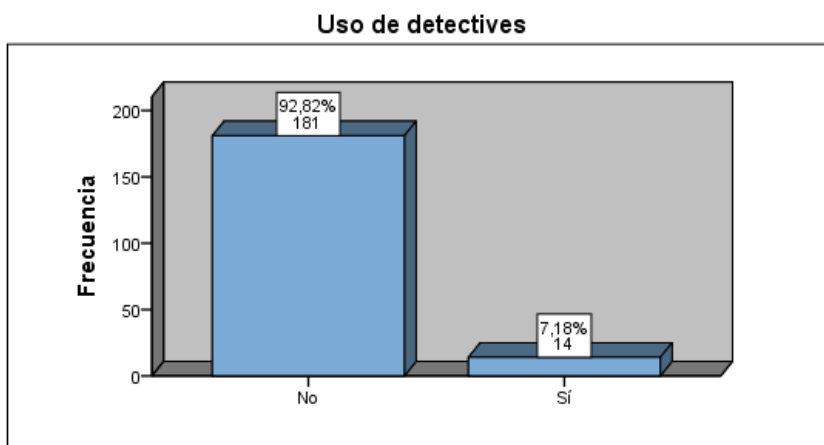
23. Concurso de delitos.

En aquellos casos en los cuales sólo existe el delito de intrusismo, no puede existir un concurso de delitos, igual que en las escasas resoluciones sobre faltas de intrusismo: todos ellos representan un 81,5% del tamaño de la muestra. En el 18,5% restante, existe concurso de delitos de tipo real en el 97,2%, mientras que sólo el 2,8% es de aplicación el concurso ideal.



24. Uso de detectives.

Los detectives privados son contratados para la persecución de este delito de intrusismo en sólo el 7,18% de los casos.



Asociando este uso de detectives con la participación de los Colegios Profesionales de Dentistas, se obtiene la siguiente tabla.

Tabla cruzada Participación del Colegio de Dentistas y uso de detectives					
			Uso de detectives		Total
			No	Sí	
Participación del Colegio de Dentistas	Sí	Recuento	100	13	113
		%	55,2%	92,9%	57,9%
	No	Recuento	81	1	82
		%	44,8%	7,1%	42,1%
Total		Recuento	181	14	195
		%	100,0%	100,0%	100,0%

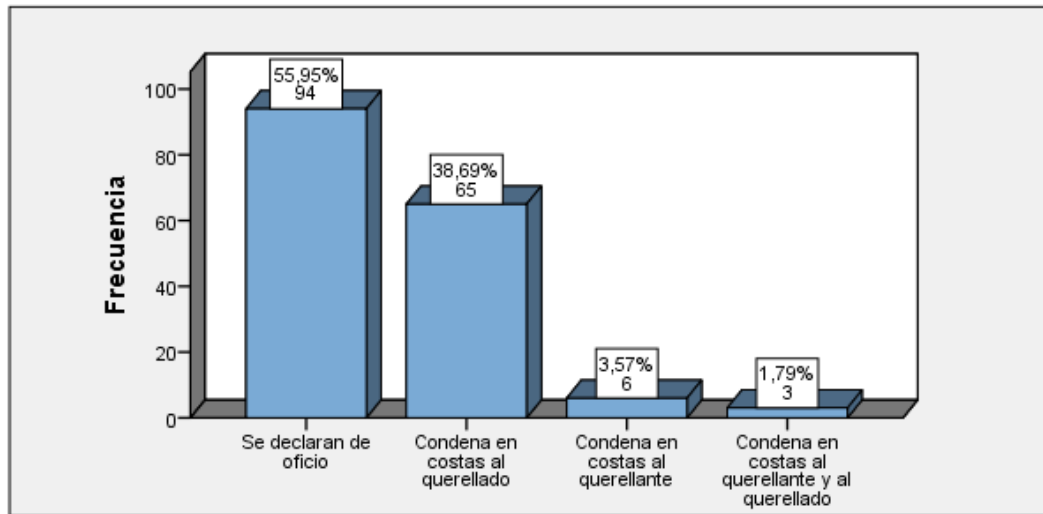
Y asociando este uso de detectives con el tipo de cambio de la resolución tras el correspondiente recurso, se obtiene la siguiente tabla.

Tabla cruzada: Tipo de cambio realizado y uso de detectives				
% dentro de Uso de detectives		Uso de detectives		Total
		No	Sí	
Tipo de cambio realizado respecto al querellado	A peor	39,6%	25,0%	38,6%
	A mejor	58,5%	75,0%	59,6%
	Inadmisión	1,9%		1,8%
Total		100,0%	100,0%	100,0%

25. Imposición de costas.

El estudio estadístico de la variable imposición de costas, indica que en más de la mitad de las resoluciones, se declaran de oficio (55,95%). No obstante, en un 38,69% de imponen a la parte querellada y el 3,57%, al querellante. En tan solo el 1,79%, se imponen a ambas partes: querellado/s y querellante/s.

Imposición de costas



Si se establece un análisis en el cual se relacione esta variable con la parte que inicia el recurso, se produce el siguiente cuadro:

		Imposición de costas				Total
		Se declaran de oficio	Costas al querellado	Costas al querellante	Costas a ambos	
Inicia el recurso	Querellado	59,1%	87,7%	16,7%		66,7%
	Querellantes particulares	29,0%	8,8%	83,3%		23,3%
	Querellantes y querellados	11,8%	3,5%		100,0%	10,1%
Total		100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Si, en cambio, se estudia la relación entre las costas y si ha existido cambio tras el recurso, se establece la siguiente tabla:

Tabla cruzada Cambio en el fallo e Imposición de costas						
		Imposición de costas				Total
		Se declaran de oficio	Costas al querellado	Costas al querellante	Costas a ambos	
Cambio en el fallo	No	61,7%	89,1%	100,0%	100,0%	73,4%
	Parcial	18,1%	7,3%			13,3%
	Sí	20,2%	3,6%			13,3%
Total		100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

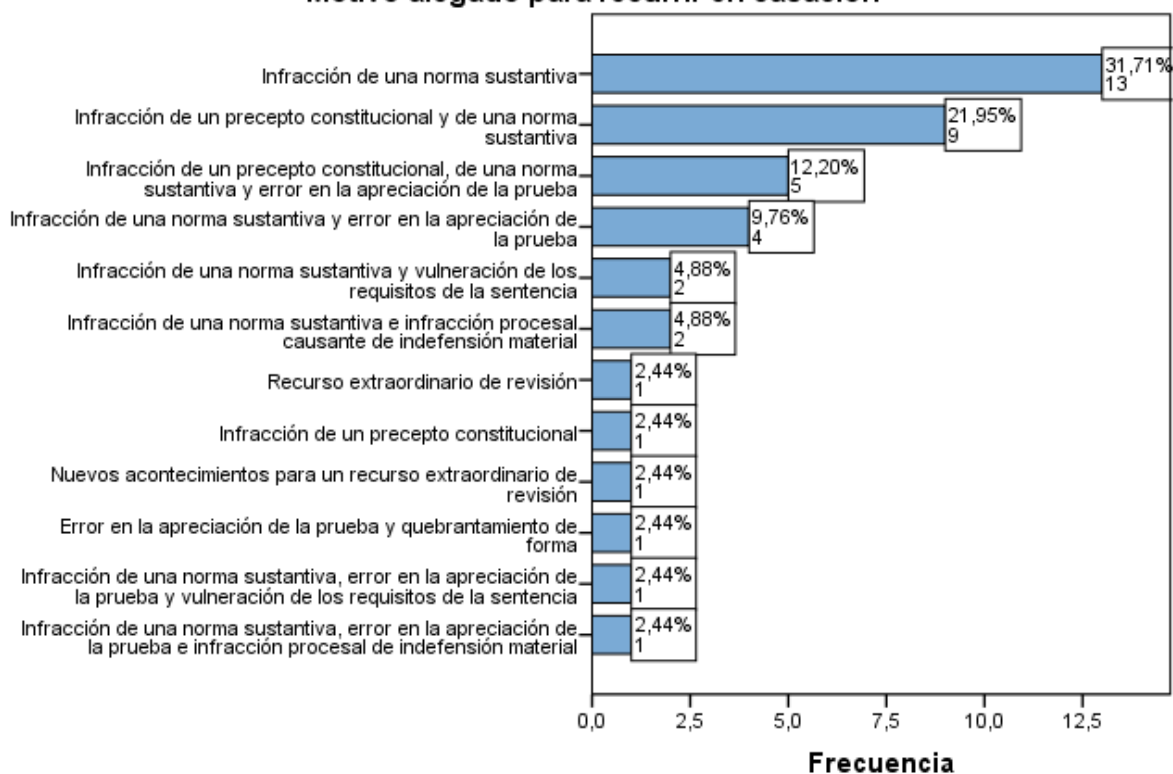
No obstante, si se relaciona esta variable (condena en costas) con la variable que analiza el tipo de cambio, en el caso de existir, se produce el siguiente cuadro:

Tabla cruzada Tipo de cambio realizado e Imposición de costas				
		Imposición de costas		Total
		Se declaran de oficio	Condena en costas al querellado	
Tipo de cambio realizado	Inadmisión		14,3%	2,3%
	A mejor	63,9%	14,3%	55,8%
	A peor	36,1%	71,4%	41,9%
Total		100,0%	100,0%	100,0%

26. Motivo alegado para recurrir en casación.

Entre las limitadas causas por las cuales se puede interponer un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, se reparten en este estudio de la siguiente forma sobre las 41 resoluciones judiciales procedentes del Tribunal Supremo (un 21% de la muestra de este estudio): en casi un tercio de las resoluciones (31,71%), se aduce una infracción de la norma sustantiva; en un 21,95%, por lo anterior junto a una infracción de una norma constitucional; y en un 12,2, las dos anteriores junto con el error en la apreciación de la prueba. Son escasos los usos de otras causas o mezcla de causas.

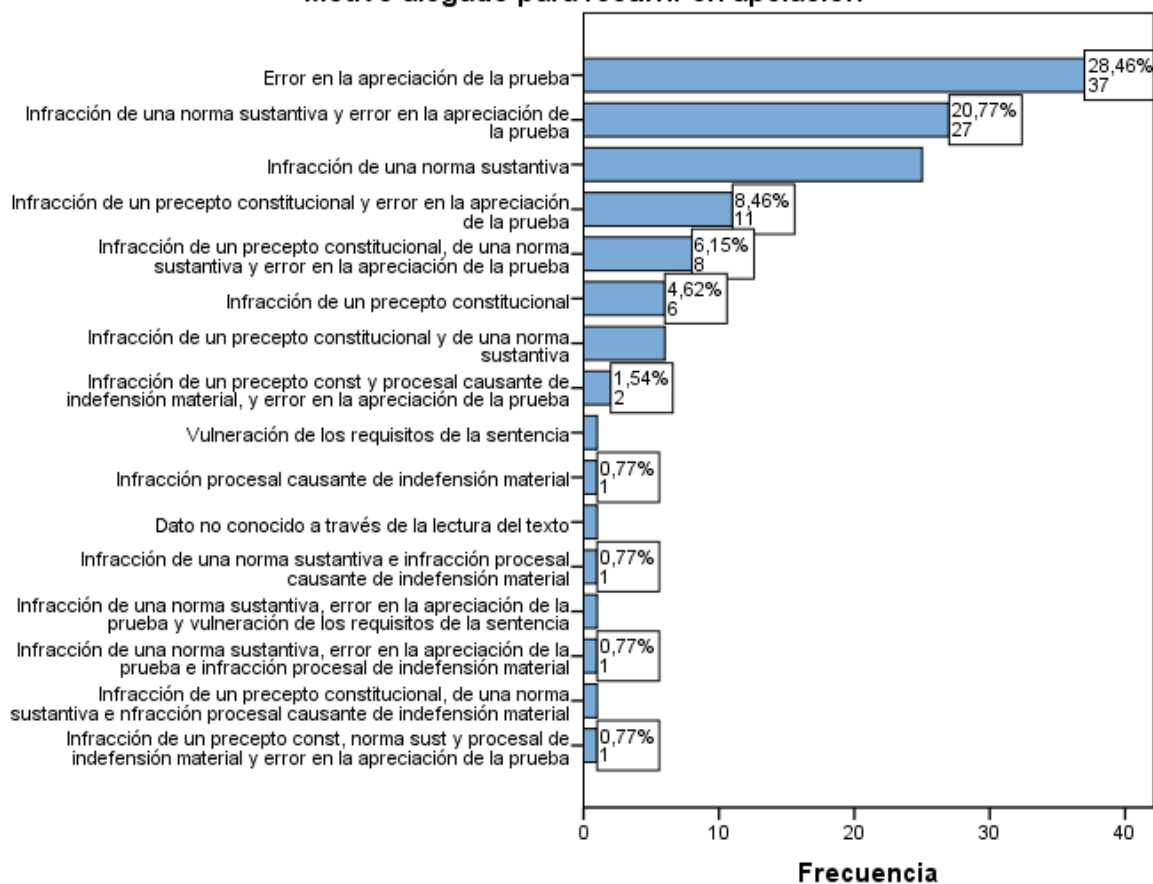
Motivo alegado para recurrir en casación



27. Motivo alegado para recurrir en apelación.

De igual forma, entre las definidas causas para poder acudir a un recurso de apelación, aparece la siguiente tabla, donde destaca, entre las 130 resoluciones que han alcanzado la Audiencia Provincial (un 66,7% del total de la muestra), que un 28,46% de utiliza la causa del error en la apreciación de la prueba; en un 20,77%, la anterior junto la infracción de una norma sustantiva; sólo ésta última, en el 19,2% de los casos.

Motivo alegado para recurrir en apelación



28. Indemnización impuesta a quo y ad quem, en pesetas y en euros.

En las 87 resoluciones en las cuales se ha condenado al pago de una indemnización (44,62% de la muestra), se establece una indemnización media de 2.140.500 pesetas (12.864,66 €) en las resoluciones "a quo" y de 2.048.000 pesetas (12.308,73 €) en las "ad quem", con una indemnización mínima en ambas de 25.000 pesetas (150 €) y una máxima de 22.828.000 pesetas (137.199,04 €). En el caso de sanción expresada en euros, la media en las "a quo" es de 18.280,33 € y en las "ad quem", de 17.478,09 €, con una indemnización mínima en ambas de 100 € y máxima de 80.000 €.

Estadísticos descriptivos					
	N	Mínimo	Máximo	Media	D.S.
Indemnización a quo (ptas)	18	25.000	22.828.000	2.140.500	5276481,15
Indemnización ad quem (ptas)	19	25.000	22.828.000	2.048.000	5143814,52
Indemnización a quo (€)	28	100,00	80.000,00	18.280,33	21795,48
Indemnización ad quem (€)	22	100,00	80.000,00	17.478,09	23119,7167
N válido (por lista)	87				

Si se actualizan las cifras convertidas en euros en pesetas desde la implantación de la nueva moneda (1 de enero de 2002) a la fecha de la finalización del estudio (1 de enero de 2016), se presentan los siguientes resultados:

Estadísticos descriptivos					
	N	Mínimo	Máximo	Media	Tasa de variación
Indemnización a quo (conversión a €)	18	198,15	181.239,93	16.994,22	32,1 %
Indemnización ad quem (conversión a €)	19	198,15	181.239,93	16.259,83	32,1 %
Indemnización a quo (€)	28	100,00	80.000,00	18.280,33	
Indemnización ad quem (€)	22	100,00	80.000,00	17.478,09	
N válido (por lista)	87				

Existe un intervalo de variación de 7,49%-7,57%, al hacer una comparación entre las medias de las cantidades en pesetas convertidas a euros y las ya expresadas en euros.

	Media	% de variación
Indemnización a quo (conversión a €)	16.994,22	
Indemnización a quo (€)	18.280,33	7,57
Indemnización ad quem (conversión a €)	16.259,83	
Indemnización ad quem (€)	17.478,09	7,49

7. DISCUSIÓN

Una idea básica del delito de intrusismo se obtiene desde su definición básica como aquel "*ejercicio de actividades profesionales por persona no autorizada para ello*", partiendo de que el desempeño legítimo de la actividad profesional odontológica constituye una problemática de alcance incluso constitucional. Para su lucha nuestro país, como Estado democrático de Derecho, posee una serie de armas: las sanciones administrativas y, en los casos de más envergadura, el "*ius puniendi*" o las sanciones penales.

La lucha contra el intrusismo ha sido combatida a lo largo de los diferentes códigos penales de la historia española, comenzando nada más y nada menos que en las Siete Partidas, texto legal del S. XIII. Fuera del ámbito penal, ha existido legislación administrativa desde el año 1876 para combatir la usurpación de funciones o intrusismo, tanto de médicos generales y de dentistas titulados extranjeros, así como de otros individuos sin titulación. Se ha podido comprobar cómo se han ido atenuando las penas impuestas por su comisión, desde las susodichas Siete Partidas de Alfonso X donde el duro castigo era un "*yerro*", es decir, un destierro en una isla durante cinco años, a la permisiva situación actual de la pena de multa, y sólo cumplir de manera simultánea una pena de prisión, en caso de presentarse el tipo agravado, cuyo límite temporal superior es de tan sólo dos años.

A lo largo de la historia, el delito de intrusismo comenzó siendo considerado durante el S. XIII como un delito de resultado, pasando a ser de actividad a partir de la publicación de la Novísima Recopilación de 1805. Poco más tarde, vuelve a ser considerado como un delito de resultado con el Código Penal de 1822, y de nuevo de actividad en el de 1948. En el Código de 1928 se mezclan, diferenciándose el tipo básico como delito de actividad, dejando el tipo agravado para cuando existe resultado. Es a partir del Código de 1932 cuando se determina

que el delito de intrusismo es exclusivamente de mera actividad, continuando así hasta nuestros días.

Las sanciones penales en el periodo histórico estudiado se han obtenido de dos textos del intervalo temporal 1980-2015:

- En primer lugar, por el artículo 321 del Código Penal de 1973 inicial, que posee la siguiente literalidad:

"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 profesional, se le impondrá además la pena de multa de 10.000 a 50.000 pesetas."

- por el mismo artículo 321 del Código Penal de 1973 modificado en 1989, con una redacción similar ya que lo que se modifica es la pena de multa, que la aumenta sustancialmente:

"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."

- y en segundo lugar, por la aplicación del artículo 403 del vigente Código Penal de 1995, en su redacción original previa a la reciente modificación:

"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 6 a 12 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 3 a 5 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 6 meses a 2 años."

Arrancando del importante concepto de "*acto propio*", descrito como elemento del tipo de ambos preceptos penales, éste ha sido ampliamente descrito a lo largo del presente estudio en sus vertientes clínica, legal y ética:

- en primer lugar, en la clínica, como aquellas actividades, excluyentes y exclusivas, que son reservadas a los dentistas y que están descritas de manera amplia en la Norma UNE 179004/2009, sobre los Actos Odontológicos, fechada en el mes de diciembre de 2009, cuyo objeto y campo de aplicación fue unificar los términos y especificar los contenidos de los servicios dentales, siendo alguno de ellos compartidos con otros profesionales sanitarios, como el higienista dental o el cirujano maxilofacial;

- en segundo lugar, en la vertiente legal, como aquellas actuaciones cuya realización es atribuida a una profesión por el ordenamiento jurídico positivo, de manera única y exclusiva, pero no llevando estas adjetivaciones hasta extremos insólitos, ya que existen determinados actos que pueden ser realizados por dos o más profesiones, como se ha descrito en el párrafo anterior, es decir, los actos típicos de la misma a través de los cuales se sitúa una persona en el ámbito social y económico, contemplando la especialización de determinadas funciones, carácter, estilo y confianza, en su modo o forma de realizar aquellos que, de por sí, integran su núcleo actuacional, verídicos y auténticos, íntimamente relacionados con los fines y objetos que vienen predicándose como esencia y norte del quehacer profesional resaltado,

- y claro es, desde el prisma ético, a través del importante Código Español de Ética y Deontología Dental, en el cual se define un concepto similar, el de "*acto clínico*", que se entiende como tal en el ámbito de las competencias del dentista toda actividad lícita, desarrollada por un profesional dentista, legítimamente capacitado, sea en su aspecto asistencial, docente, investigador, pericial u otros, orientado a la curación

de una enfermedad, al alivio de un padecimiento o a la promoción integral de la salud en el ámbito del aparato estomatognático. En tal concepto se incluyen actos diagnósticos, terapéuticos o de alivio del sufrimiento, así como la preservación y promoción de la salud, por medios directos e indirectos.

Si se centra el análisis en esta última vertiente, aparece el término Bioética que, a diferencia de la Ética médica o clínica, no se limita al ámbito médico, sino que incluye todos los problemas éticos que tienen que ver con la vida en general, extendiendo de esta manera su campo a cuestiones relacionadas con el medio ambiente y al trato debido a los animales. Se ha definido por varios autores de maneras similares, como *"el uso creativo del diálogo interdisciplinar y transdisciplinar entre ciencias de la vida y valores humanos para formular, articular y, en la medida de lo posible, resolver algunos de los problemas planteados por la investigación y la intervención sobre la vida, el medio ambiente y el planeta Tierra"*, o como *"el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la salud, examinado a la luz de los valores y principios morales"*, siendo clave para este campo el año 1979, donde dos autores, Beauchamp y Childress, publicaron la primera edición de un manual básico sobre Bioética denominado *"Principios de ética biomédica"*, en la que recogían aquellos tres principios del Informe Belmont (autonomía, beneficencia y justicia) y añade uno nuevo (no maleficencia).

En el caso de que se produzca un conflicto entre ellos, aquellos que son calificados como de nivel público y obligatorio (que son el de no maleficencia y justicia) están jerárquicamente por encima de los considerados de nivel privado (es decir, el de beneficencia y el de autonomía). No obstante, la regla no siempre se cumple, siendo siempre necesario el estudio individualizado, caso por caso, porque puede darse el supuesto de hecho en el que un principio de nivel privado supere a uno público. Como excepción, hay otros autores que describen el reconocimiento de esos cuatro principios y de su aparente igual importancia que no ha evitado que la historia reciente de la

Bioética esté presidida por una enorme preponderancia de todo lo que tiene que ver con el principio de autonomía, el cual acoge en su seno el importante "*consentimiento informado*", cima de tal principio, que debe ser sinónimo de "*toma de decisiones conjunta*", y que está regulado en la normativa nacional (como la Ley 14/1986, General de Sanidad, y Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica) y de la jurisprudencia constitucional (STC 147/2011, de 28 de marzo) de la cual se estimó que no se satisfizo el derecho a prestar un consentimiento debidamente informado a un paciente consciente que iba a ser sometido a una intervención quirúrgica, vulnerándose su derecho fundamental a la integridad física, descrito en el artículo 15 de la Constitución Española.

Además, se pueden especificar los dos componentes del consentimiento informado, dándole la vuelta literalmente al concepto: en primer lugar el "*informativo*", que consiste en exponer la información y que ésta sea comprendida, y en segundo lugar el componente de "*consentimiento*", que hace referencia a la decisión voluntaria de someterse o no a una intervención médica. Las relaciones humanas empezaron a salir de "*la minoría de edad*", iniciando su proceso de emancipación de los antiguos moldes paternalistas. Incluso ya el Fuero Real de 1255, se tiene en cuenta el principio bioético de la autonomía, la cual determina el derecho al consentimiento informado, describiendo que los "*maestros de llagas*" (cirujanos), para poder curar, tenían que haber sido aprobados por los físicos de la villa, dando una carta testimonial de ello, y como se detalla literalmente en el texto madre, "*tenían que obrar con el consentimiento del paciente o de algún familiar*".

La discusión sobre qué principio o modelo debe predominar en la práctica sanitaria no puede resolverse de una manera tan perfeccionista con la defensa de un principio contra el otro, o convirtiendo un principio en absoluto: no hay autoridad principal, o predominante, ni en el paciente ni en el sanitario, y hay que destacar que en la ética biomédica no existe ningún

principio preeminente, ni siquiera la advertencia para actuar en el mejor interés de los pacientes. En el ámbito de la Bioética o Ética médica, desde hace siglos, ha prevalecido el paternalismo del médico sobre el paciente, por la asimetría existente entre ellos, y con el principio de beneficencia como central y supremo. Es a partir de la década de los setenta cuando los enfermos empezaron a tener conciencia plena de su condición de agentes morales autónomos, libres y responsables, que no quieren establecer con sus médicos relaciones como la de sus padres con sus hijos, es decir la paternalista, sino como la de personas adultas que mutuamente se necesitan y se respetan, pasando así a basarse en el principio de autonomía y de libertad de todos los sujetos implicados en él. La relación médica más simple, aquella que se establece entre un médico y un enfermo, se ha convertido en autónoma, plural, secularizada y conflictiva: el enfermo actúa guiado por el principio moral de autonomía; el médico, por el de beneficencia, y la sociedad, por el de justicia.

De todo lo anterior se extrae que la asistencia por parte de un intruso sobre un paciente vulnera los principios de autonomía y de beneficencia, aún incluso en aquellos casos en los que conoce que tal persona no está capacitada o que obtenga algún beneficio de su actuación, pero sobre todo, rompe el principio de no maleficencia, debiendo abstenerse, tanto de manera intencionada como imprudentemente, de realizar actos que puedan causar daño o perjudicar al paciente.

Basándonos en una reformulación comunitarista del principio de autonomía en bioética, la primacía de dicho principio en la escala de valores de la bioética contemporánea es hoy en día un criterio consolidado en el plano del debate teórico, aunque todavía queden residuos prácticos importantes de paternalismo clínico e institucional en campos como la eutanasia, la interrupción voluntaria del embarazo o la política de drogas. Este hecho es un logro del individualismo ético y del reconocimiento normativo de derechos y libertades individuales.

La autonomía, como la libertad ha de ser considerada como un bien colectivo, una relación social, la cual comporta que no

es posible lesionarla de forma privada, ya que se trata de un derecho constitutivo y no instrumental, y por lo tanto, no es renunciable por medio de ningún consentimiento voluntario el paciente hacia el intruso: el principio bioético de la autonomía, como el valor de la libertad, no autoriza a renunciar normativamente a la autonomía o la libertad. Al igual que no es democrática aquella decisión que clausura o renuncia a la democracia.

Si se atiende al punto de vista jurisprudencial, se ha podido constatar que, tanto la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental, como el Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio, por el que se desarrolla lo previsto en la Ley 10/1986, que regula la profesión de Odontólogo, Protésico e Higienista dental, no han sido modificadas ni derogadas como se ha intentado por la parte de determinados sectores interesados, desde el ámbito nacional como comunitario. Tan sólo se ha efectuado una armonización de la Ley 10/1986, que por jerarquía afecta a su norma reglamentaria de desarrollo, a causa de la trasposición de una Directiva de la Unión Europea, añadiéndose un párrafo a la única disposición adicional que contiene, por la cual se limitan a los médicos especialistas en Cirugía Oral y Maxilofacial a ejercer la profesión de dentista, sin que sea impedimento para que continúen realizando actividades compartidas con ellos, como por ejemplo bien podrían ser la colocación de implantes dentales o la exodoncia de cordales, en concordancia con la normativa reguladora de la profesión.

En cuanto al bien jurídico protegido mediante la tipificación del delito de intrusismo, se describe con la adjetivación de la pluriofensividad, respaldada de manera mayoritaria por la jurisprudencia, la cual señala que atacan, ofenden, a la sociedad, a la fe pública y a la profesión invadida. Existen autores que deducen otros bienes jurídicos como la competencia limpia que incluye una determinada calidad del producto o servicio, acreditado con el título, y el interés de las profesiones en impedir una competencia ilícita o el

perjuicio que provocaría a las profesiones y el peligro que representaría para la sociedad el consentir el ejercicio de aquéllas a quienes no se hallen capacitados.

Mientras que por otro lado, en el análisis de los intereses que pueden verse afectados por el ataque, destaca principalmente el interés privado de los particulares que reciben los servicios del no titulado, ya que como se desprende del párrafo anterior, no se trata de un bien jurídico protegido porque el delito existe aunque los actos se realicen con la pericia exigida, no protegiéndose en este delito la lesión o puesta en peligro de los usuarios, ya que el delito se entiende consumado aunque el cliente resulte beneficiado, bien por el tratamiento recibido o por el precio pagado.

El presente autor, con absoluto respeto a las opiniones expresadas por determinados autores, objeta totalmente sobre la despenalización del delito de intrusismo, compartiendo esta postura junto a la doctrina más autorizada, ya que es partidario, al igual que el Consejo General de Odontólogos y Estomatólogos de España, de una revisión de este delito, con el aumento considerable, tanto cuantitativo como cualitativo, de las penas que actualmente se imponen por la comisión del delito de intrusismo ya que, como se menciona en la citada STC 111/1993, de 25 de marzo, incurriría en una vulneración del principio de proporcionalidad entre el injusto y la pena que es inherente a un Estado social y democrático de Derecho como el que la Constitución configura, si 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 pudiera ejercer la Odontología, la Medicina, la Arquitectura, la Abogacía, y un largo etcétera, con el único temor de recibir una simple sanción administrativa, sea o no de tipo pecuniaria.

Se trata de un delito de tipo doloso, no cabiendo la forma imprudente, el cual no exige habitualidad, ni lesión concreta de tercero, es decir, un determinado resultado, siendo por ello definido como un delito de mera actividad. Por ser un delito en

blanco, exige acudir a disposiciones normativas y/o administrativas que regulan la profesión porque lo que se castiga es la violación de la normativa que regula los requisitos de obtención de la titulación, con conciencia de la realización de esos actos y la necesidad de titulación para su ejercicio, o de su homologación, automática, a instancia del solicitante o mediante pruebas de aptitud, si se trata de un título extranjero.

Los elementos del tipo básico del delito en cuestión son tres: en primer lugar, la realización de actos propios de una profesión, para la cual se requiera un título académico determinado y el sujeto no lo tenga; en segundo lugar, que exista una violación antijurídica de la normativa que regula y ordena la profesión invadida, que es de carácter extrapenal, debido a que el Código Penal no puede dar cabida a tales preceptos de todas las profesiones tituladas, como es el caso de las leyes penales en blanco; y finalmente, una conciencia y una voluntad del individuo que ejecuta la violación de las disposiciones por las que se rige la profesión. Todos ellos deben concurrir de manera simultánea para que se ejecute el delito de intrusismo. Estos elementos han sido recogidos en la jurisprudencia más autorizada, como el Tribunal Supremo y diferentes Audiencias Provinciales, en donde en alguna de ellas citan a un cuarto requisito: la asunción de la profesión, es decir, asumirla, oralmente o por la vía de hecho.

Sólo y únicamente se castiga el hacer, el simple movimiento del agente, definiéndose como un delito de simple actividad, ya que no es necesario que se produzca un resultado determinado. Y en el caso de que se produzca, se podría sumar ese resultado, si supone la comisión de un delito, con el de intrusismo. Con la denominación de "*mera actividad*" se quiere referir al ámbito de la acción, es decir, incluir aquellas figuras que carecen de resultado lesivo, de consecuencias causales, ya que se considera que la simple conducta es en sí más que suficiente para consumar el delito, por lo que se puede establecer que es sólo necesario la acción por sí y sin más requisitos para violar la ley y lograr

la objetividad jurídica. Como se relata en determinadas resoluciones judiciales con gran claridad y detalle, basta la realización de un acto aislado de calidad y condición momentánea, siempre que sea específico, idóneo, característico y peculiar de la profesión.

La forma imprudente en el delito de intrusismo no existe debido a que no se describe tal figura en la ley penal, y por la consideración de delito estrictamente doloso.

Según posición unánime de la legislación, la doctrina científica y la jurisprudencia, el sujeto activo puede ser cualquier persona, no pudiendo determinarse una específica persona: en la jurisprudencia analizada en el presente estudio existe un amplio abanico de personas con profesiones del ámbito dental, como protésicos dentales, higienistas dentales, titulados extranjeros sin homologación, etc..., pero también se encuentran casos de profesiones totalmente ajenas a la profesión. En el lado opuesto, se encuentra el sujeto pasivo, que es el titular o portador del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito, no coincidiendo de manera necesaria con el sujeto sobre el que recae físicamente la acción, ni con el perjudicado, el cual desde el punto de vista criminológico, el sujeto pasivo del delito coincide con la víctima del mismo. Es de destacar que no puede ser sujeto activo de este delito aquel titulado que ejerce los actos propios de la profesión habiendo sido inhabilitado o suspendido por sanción penal o administrativa.

No obstante, dentro del concepto de sujeto activo, se pueden acoger otras figuras, presentes en la jurisprudencia analizada, como el cooperador necesario, además del cómplice y del inductor, que son más residuales. Según reiterada jurisprudencia, se exige para la consecución de la cooperación dos requisitos: primero, un previo acuerdo para delinquir o "*pactum sceleris*" y segundo, la realización de una conducta de ayuda o favorecimiento de la ejecución del delito.

El sujeto pasivo en el delito de intrusismo se determinará dependiendo o atendiendo al bien jurídico afectado: como el principal bien es la fe pública, la potestad del Estado para expedir títulos académicos, o para reconocer los extranjeros, se puede deducir que el sujeto pasivo por excelencia es el propio Estado.

La cuestión sobre el consentimiento en el plano jurídico ya ha sido tratada, destacando su indiferencia y su nula afectación a la ejecución del delito, y sus repercusiones penales sobre el intruso, pero ello no es trasladable al aspecto ético que se ha tratado en el área bioética del presente estudio en la cual se determinó que, por el principio de ética biomédica de la autonomía, con el subprincipio del consentimiento, supuestamente informado ya que en caso contrario estamos ante un verdadero engaño o falsedad, el individuo es dueño de su cuerpo para que sea atendido por quien él estime oportuno incluso sin tener el correspondiente título, aunque por el principio de beneficencia se estime de manera clara, que recibir los actos propios de una profesión de una persona que no posee el título académico oportuno, puede producir un efecto pernicioso al que hay que proteger, incluso siendo prioritario, es decir, estando por encima del propio principio de autonomía. Si los intereses de los particulares, es decir, de los pacientes, fuera el bien jurídico protegido del delito de intrusismo, el consentimiento de los usuarios anularía la infracción penal, pero tal consentimiento es irrelevante para la configuración del delito ya que existe aunque se preste un consentimiento informado.

El error de tipo es una "rara avis" en nuestro análisis jurisprudencial (v.g. supuesto en la que una persona piensa que tiene el título de dentista sin tenerlo) además de no ser nunca admitida como figura absolutoria para los acusados que la han alegado, mientras que el error de prohibición es mucho más frecuente y fructífero, ya que la jurisprudencia es vacilante en este sentido, existente en el delito de intrusismo con la base de que los actos propios de la profesión están ubicados en normas extrapenales, normalmente de carácter administrativo, si

el sujeto puede actuar en la creencia de que lo hace de manera lícita, produciéndose una inversión en la carga de la prueba, y por lo tanto, tendiendo que ser alegada y probada por el acusado. Por ello, si el error de prohibición fuera invencible (si se determina que el sujeto no ha podido comprender la criminalidad de su hecho), se excluye la responsabilidad penal, mientras que si se produce el vencible (cuando su comprensión tuvo dificultades que no le son imputables totalmente), se atenúa la pena en uno o dos grados.

Los preceptos penales principales que, de manera excepcional, no expresan completamente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que lo remiten a otro u otros preceptos o autoridades para que completen la determinación de aquellos elementos se denominan como leyes penales en blanco, característica principal presente en la infracción penal estudiada: el delito de intrusismo. Se produce un conflicto en este tipo de leyes penales en blanco porque la determinación de la conducta delictiva se deriva no del tipo delictivo en sí, sino de otra norma incluso sin rango de ley ordinaria, como un reglamento, o incluso dimanante de la actividad legislativa de las comunidades autónomas debido a las competencias que pudieran tener en una determinada materia. Todo ello podría estimarse como conculcatoria de la estricta legalidad penal exigente de una ley estatal, de rango orgánico.

Es de destacar que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han declarado que si tal remisión es clara y el núcleo esencial de la prohibición está contenido en la norma penal al igual que la pena, no se incumple esta reserva de ley orgánica, pues se trata de un modo de complementar las circunstancias de la conducta típica incrementando la certeza y la seguridad jurídica, resultando por otra parte imposible defender ciertos bienes jurídicos definidos en otras ramas del ordenamiento jurídico sin remitirse a estas ramas, pues en estos supuestos toda infracción de ley penal exige la de la ley no penal reguladora de tal realidad, aun cuando no toda lesión de la ley no penal genere delito. Es decir, que la infracción de la

ley no penal, configuradora del bien jurídico y defensora del mismo de modo inmediato, es una condición necesaria, aunque no suficiente de la infracción penal. Y además, aun cuando las normas autonómicas no puedan incluir materias reservadas al Estado, como el caso de las leyes penales, sí pueden constituir complemento de las normas penales en blanco mediante remisión.

Todas las resoluciones del estudio que han sido objeto de recurso por parte de los querellados en base a la ilegalidad de la aplicación de los preceptos que no se correspondan al rango de ley han sido rechazados, siendo la STC 24/1996, de 13 de febrero, la producida en el ámbito de la Odontología por el órgano de más alto rango en la interpretación de la Carta Magna, y que ratifica la doctrina de los diferentes tribunales, en especial, del Tribunal Supremo.

En sede de concurso de delitos, tanto si se atiende al concurso ideal (existe una afinidad cuando un hecho constituye dos o más delitos), como si se trata de un concurso real (cuando varios hechos de un mismo sujeto constituyen otros tantos delitos), suelen ser frecuentes el delito de lesiones y el de estafa. El de lesiones es típico que suceda cuando una persona es atendida por una persona no titulada para ejercer actos propios de un profesional sanitario, mientras que el de estafa es más complicado, aceptándose sólo cuando los honorarios cobrados son excesivos con respecto a la media de los profesionales titulados, ya que si son similares o inferiores, tal conducta queda integrada dentro del tipo de intrusismo. No obstante, existen casos en los cuales se admite la comisión de la estafa aún cobrando precios menores a los de mercado, pero son los menos.

En el presente estudio, el delito de intrusismo, de manera exclusiva, ha sido objeto del 64,62% de las resoluciones judiciales. No obstante, ha existido concurso con el delito de lesiones en un 22,5%. Con el de estafa sólo ha existido concurso de delitos en un 3,59%. Cuando ha existido concurso con tales delitos (lesiones y/o estafa), casi siempre ha sido real, y sólo se determinó como ideal en el 2,78% de los casos.

Se llama tipo agravado a la aplicación del contenido que existe en el apartado 2 del artículo 403 del actual Código Penal, que en su aplicación a la jurisprudencia en el presente estudio, sigue la vigente desde la entrada en vigor del Código Penal vigente, antes de la reforma operada en 2015: *"si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de 6 meses a 2 años."*

Es de destacar que el concepto jurídico de "público" es amplio, debiéndose entender como aquello que es notorio o conocido por la sociedad en general, o que puede llegar a ser conocido. Se produce con un solo acto, como puede ser la colocación de una placa, un rótulo, un anuncio en los diversos medios publicitarios como prensa y radio, difusión de tarjetas de visita, etc..., aunque también se incluye dentro del concepto de atribución pública que el sujeto activo se dé o se haga dar por sus ayudantes el tratamiento correspondiente al título que se atribuye, por ejemplo, el uso de la palabra "Doctor".

En relación a la responsabilidad civil "ex delicto", la jurisprudencia es vacilante tanto si es solicitada su aceptación por parte del paciente, como si lo es a requerimiento del Colegio Profesional en representación del anterior. En el presente estudio, las indemnizaciones que se han mencionado en sede de resultados, han sido causadas por el delito de lesiones, siendo residuales las causadas por el estricto de intrusismo.

En sede de la prescripción, es aceptada cuando se cumple estrictamente el requisito temporal señalado en la ley penal, destacando la especialidad que debe operar tal prescripción en los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, en los que el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave.

La reincidencia se presenta en varios casos del estudio, estando presente en dos de especial singularidad:

- en primer lugar, la del médico general que, tras la aceptación del error de prohibición alegado sobre las

actuaciones de su profesión en un primer procedimiento, se le condena cuando al cabo de unos años, el mismo vuelve a realizar los mismos actos, pero ya sabiendo por la anterior sentencia que no son propios de su profesión, alegando de nuevo el mismo error pero ya, en este caso, siendo desestimado, como es obvio;

- y en segundo lugar, de una manera mucho más acusada, el de una higienista y protésico dental vallisoletana que, desde 1986 hasta su última condena de pena de prisión en 2007, obtuvo cinco sentencias condenatorias por la comisión del delito de intrusismo y otros tantos conexos, como el de lesiones y el de estafa.

En este último caso, se puede describir la presencia por parte de la autora de la figura de la desobediencia civil, cuyo rasgo característico es su ejecución de forma consciente, pública, pacífica y no violenta, manteniendo una actitud de protesta contra la autoridad con el fin de rectificar los errores que ésta haya cometido, a juicio de quienes protestan. En un sistema democrático, el desobediente civil viola la norma como medio de apelación a la mayoría para que ésta rectifique, aunque siempre recurriendo, en la expresión de la protesta, a los mismos principios constitucionales a los que la mayoría recurre para legitimarse.

Por lo tanto, la desobediencia civil es una forma de disidencia política consistente en una quiebra consciente de la legalidad vigente con la finalidad no tanto de buscar una dispensa personal a un deber general de todos los ciudadanos, sino de suplantar la norma transgredida por otra que es postulada como más acorde con los intereses generales. Intereses que, no obstante, han de ser identificados a través de un procedimiento democrático de formación de la voluntad.

Los detectives privados, a solicitud de los Colegios Profesionales de Dentistas, se encargan de obtener y aportar información y pruebas sobre conductas o hechos privados y de la investigación de delitos perseguibles sólo a instancia de parte por encargo de los legitimados en el proceso penal (como las

injurias y las calumnias), por lo que no podrán realizar investigaciones sobre delitos perseguibles de oficio (como es el caso del delito de intrusismo, infracción penal del presente estudio), debiendo denunciar inmediatamente ante la autoridad competente cualquier hecho de esta naturaleza que llegara a su conocimiento y poniendo a su disposición toda la información y los instrumentos que pudieran haber obtenido. En ningún caso podrán utilizar para sus investigaciones medios materiales o técnicos que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar, o a la propia imagen, o al secreto de las comunicaciones.

En relación de la actuación de tales profesionales en la persecución del delito de intrusismo, la jurisprudencia es variable, estando dividida entre la que la acepta como una testifical más que refuerza el resto de material probatorio y la que la rechaza al entender que su presencia es compatible con el instituto del delito provocado, entendido éste como aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona que, deseando la detención de sospechosos, incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito en concreto, originando así el nacimiento de una voluntad criminal en supuesto concreto, de forma tal que de no ser por tal provocación no se hubiere producido ese hecho ilícito concreto.

En el presente estudio, sus servicios profesionales aparecen en el 7,18% de las resoluciones, del cual el 92,9% de los casos han estado presentes porque han sido contratados por los Colegios Profesionales de Dentistas. Su actuación ha sido beneficiosa para el querellado en el 75% de los casos en los cuales han actuado al alegar la presencia del delito provocado y ser admitido por la autoridad judicial.

En relación con el resto de resultados obtenidos por el estudio estadístico, se pueden establecer diferentes apreciaciones al respecto.

Carecen de importancia las diferencias establecidas en cuanto al año de emisión de la resolución, ya que los porcentajes obtenidos no son tan dispersos respecto a la media de la serie histórica, pudiéndose deber el ligero aumento en los años más recientes a la mayor litigiosidad, al aumento de dentistas, a la mayor implicación de los Colegios Profesionales en la persecución del intrusismo y el mejor acceso a través de la base de datos consultada para el presente estudio. Éste último parámetro, la base de datos, es el responsable de que sean las sentencias las más abundantes con respecto a otras resoluciones, como los autos.

Cosa similar en referencia al órgano que emite la resolución judicial, sea sentencia o auto, ya que como se ha mencionado con anterioridad, las procedentes de las Audiencias Provinciales son las más frecuentes en las principales bases de datos jurisprudenciales, representando casi un 70% de las del presente estudio.

Respecto a la ubicación territorial, tanto en el estudio a nivel provincial como en el autonómico, destaca Andalucía, con sus provincias sevillana y gaditana en las primeras posiciones, Cataluña (Barcelona como principal), Castilla y León (donde destaca Valladolid), Islas Canarias (con Las Palmas a la cabeza) y Madrid. En el estudio de la ratio resoluciones/población, arroja similares datos, pero destacando Cantabria que, debido a su baja población, es normal que la ratio sea alta sin implicar alta litigiosidad.

En relación a las sentencias en primera instancia ("a quo") del estudio (ya que el tamaño de la muestra del estudio con respecto a los autos es tan baja que no pueden arrojar datos extrapolables), la mayoría son condenatorias (89,8%), dato porcentual similar si segregamos los datos respecto el órgano que lo emite.

Dentro de estas condenas, y atendiendo a toda la serie histórica, abunda la multa representando un 43,62%, dato destacable respecto a la pena de prisión con multa, que

representa el 14,09% y la pena de prisión con inhabilitación profesional, con un 12,75%. No obstante, si se realiza un estudio por periodos de vigencia del anterior y del vigente Código Penal, se aprecia como destaca la pena de prisión con inhabilitación profesional y la única de prisión con el primero de los textos legales, Código Penal de 1973, mientras que la multa es la pena estrella con el vigente Código Penal. Son lógicos estos datos debido a la redacción de cada uno de los textos legales: en el derogado de 1973, el tipo básico se castigaba con pena de prisión menor y, si existía agravante, con el acompañamiento de la de multa; en cambio, en el vigente Código Penal, es al contrario, imponiéndose la pena de multa en el tipo básico y reservándose la de prisión sólo para el tipo agravado (atribución pública).

En relación a las sentencias posteriores a un recurso ("*ad quem*"), las resoluciones condenatorias representan el 82,1%, dato ligeramente inferior a las resoluciones previas (89,8%), obteniéndose cifras altas similares en el análisis por separado según el órgano judicial, con excepción del Tribunal Constitucional, el cual pasan de ser condenatorias el 46,2%, respecto al 53,8% de las absolutorias, debido a la estimación de los recursos de amparo interpuesto por multitud de médicos que fueron condenados por intrusismo por el uso de títulos extranjeros que debían haber sido convalidados de manera automática en España, como son los obtenidos en República Dominicana, a los que les eran de aplicación el Convenio de 1988 de Colaboración Cultural y Educativa entre el Reino de España y la República Dominicana y la Orden Ministerial de 1992 por la que se regula y coordina el periodo complementario de formación que deben realizar los titulados en Materia de Odontología por Universidades de la República Dominicana como requisito previo para la homologación de sus títulos al título español de Licenciado en Odontología.

En relación a la pena impuesta en la resolución "*ad quem*" sucede lo mismo que en el análisis realizado en las "*a quo*": predomina la multa, seguida de la prisión y multa, en el estudio

de toda la serie histórica, mientras que en el caso de análisis por texto legal vigente en la época de la resolución, predomina la prisión cuando se aplicaba el derogado de 1963, mientras que con el vigente de 1995 la pena más aplicada es la de multa.

A lo anterior hay que añadir que el estudio arroja que, además de representar las condenatorias la mayoría de las sentencias tanto las previas "a quo" como las posteriores "ad quem", esto se debe a que no ha existido cambio en el fallo o parte dispositiva a causa del recurso. Y en el caso de producirse (30,3%), ha repercutido a beneficio del querellado, sobre todo cuando éste ha sido parcial (misma pena pero reducida), y menos cuando ha sido total (paso a absolutoria).

Los recursos suelen ser presentados por los querellados (67,2%) y por ellos simultáneamente con los querellantes (9,2%), dato obvio ya que la mayoría de las sentencias son condenatorias. La interposición del recurso por los querellantes sólo representa el 22,1%, y suelen ser contra sentencias absolutorias o contra condenatorias que han sido benevolentes. En este aspecto, los querellantes suelen ser personas físicas o jurídicas individuales (media de 1,22 con desviación estándar de 0,614) si exceptuamos del recuento al Ministerio Fiscal en caso de personarse. En caso de ser personas físicas, el sexo predominante suele ser la mujer (48,15%) frente al hombre (14,81%) o la presencia de ambos sexos (37,04%).

En cuanto a los Colegios Profesionales de Dentistas, se puede determinar que su participación es mayoritaria en los procedimientos judiciales (57,95%), y siendo muy alta su implicación en los territorios descritos con anterioridad de alta frecuencia de litigiosidad, sobre todo en Andalucía con una presencia del 72,9%. En un 56,1% de las veces en las que sólo hay un querellante, están presentes los Colegios de Dentistas, y en un 87,5% cuando acompaña a otro querellante.

Se puede definir como un delito de comisión preferentemente individual (media de 1,35 con una desviación estándar de 0,651) cuyo autor suele ser mayoritariamente un hombre (representan el

70,77% de los querellados). La profesión mayoritaria, representando la mitad de los casos (49,70%) es la de protésico dental, seguida a mucha distancia de la de dentista titulado sin la correspondiente homologación (13,94%) y otras profesiones sanitarias. Los cooperadores necesarios, cuando existe tal figura, suelen ser odontólogos en un 50% de las ocasiones, igual que en el caso de los cómplices.

Entre los tratamientos realizados destaca la variable de "Todo tipo de actos" que recoge todos aquellos actos propios que puede realizar un dentista titulado. Al relacionarlo con la profesión, puede ser entendible que se realice ilícitamente por parte de titulados no homologados, pero no por parte de protésicos dentales, aunque en ellos supera ligeramente la colocación de prótesis removibles a la realización de todo tipo de actos odontológicos.

Las costas causadas por los procedimientos han sido declaradas de oficio en la mayoría de los casos: en un 55,95% para ser exactos. En el 38,69% de los casos, ha sido condenado en costas los querellados, impuestas por la ley a los criminalmente responsables de todo delito, dato que debemos relacionar con el 89,70% de resoluciones "a quo" condenatorias y con el 82,1% de las posteriores a recurso ("ad quem").

Cuando las costas han sido impuestas al querellado, el procedimiento ha sido iniciado por éste en un 87,7% de los casos, mientras que cuando han sido impuestas al querellante, éste ha sido el iniciador en el 83,3%.

Y finalmente, si atendemos a los motivos alegados en los recursos, se aprecia que en el caso de ser de apelación, predomina el error en la apreciación de la prueba (28,46%), seguido del anterior junto por infracción de la norma sustantiva (20,77%), y por sólo infracción de la norma sustantiva (19,2%), mientras que si se atienden a los de casación, en casi un tercio de las resoluciones (31,71%) se aduce una infracción de la norma sustantiva, seguida de ésta junto a una infracción de una norma

constitucional (21,95%); y las dos anteriores junto con el error en la apreciación de la prueba (12,2%).

8. CONCLUSIONES

1. El delito de intrusismo en la Odontología ha estado presente a lo largo de la Historia, el cual se ha intentado reprimir mediante normas administrativas y/o penales. De *lege lata*, no se ha obtenido, ni siquiera en la actualidad, el éxito que se debería haber esperado.

2. Tal infracción penal tiene repercusiones tanto clínicas como éticas, ya que aún siendo un delito de mera actividad y de peligro abstracto, afecta a la integridad física, psíquica y moral del paciente. El conocimiento y el consentimiento del paciente de que está bajo la actuación de alguien no adecuado para ello no eximen de responsabilidad penal y ética al intruso.

3. El dato de que la gran mayoría de las resoluciones judiciales hayan sido condenatorias, incluso tras los pertinentes recursos, hace confirmar que el sistema judicial penal funciona cuando se le presentan supuestos, aunque no llegan a sus manos los numerosos casos que existen en la realidad.

4. La actividad de los Colegios Oficiales de Dentistas, en su actividad cotidiana, y en la judicial, en caso de que tengan conocimiento, es clave para la represión de los intrusos, en todo el territorio español, pero sobre todo, destacan estadísticamente en determinados territorios como Andalucía, Valladolid, Las Palmas de Gran Canaria, Barcelona y Madrid.

5. Por lo tanto, de *lege ferenda*, el presente autor estima que la clave futura para la eliminación del delito de intrusismo se basa en tres premisas que deben ser puestas en marcha por parte de los poderes públicos:

- en primer lugar, en la educación y concienciación de la población de los efectos de su comisión que debe ser llevada a cabo a través del sistema educativo, social y, como principal emisor de la información, los Colegios Profesionales de

Dentistas, como desarrollo de las funciones delegadas normativamente en ellos;

- en segundo lugar, la publicidad activa de la descripción de los actos propios de cada uno de los profesionales de la salud dental en las querellas, por medio de los protocolos odontológicos establecidos y del Nomenclator, por ejemplo, mediante la norma UNE 179004/2009, sobre los Actos Odontológicos, de diciembre de 2009;

- y en tercer lugar, en una modificación legislativa que lleve a cabo el considerable aumento cualitativo (penas de prisión en el tipo básico y de multa en el agravado) y cuantitativo (una horquilla mucho mayor de las penas aplicables en la actualidad) atendiendo al principio de proporcionalidad de las penas y de su efecto disuasorio, dejando total y absolutamente descartada la despenalización propuesta por determinados autores.

9. BIBLIOGRAFÍA

ÁBALOS LABRUZI, C.: *Pasado, presente y futuro del personal auxiliar en Odontoestomatología*, Tesis doctoral, , Universidad de Sevilla, Sevilla, 1995.

AGUADO BORRAJO, P.: *Valoración legal de la profesionalidad médica: el delito de intrusismo*, Archivo de la Facultad de Medicina de Zaragoza, nº 2207, Zaragoza, 2007.

ALBARRACÍN TEULÓN, F.: *La titulación Médico española durante el siglo XIX*, Cuadernos de la Historia de la Medicina Española XII, Salamanca, 1973.

ALDERSON, P.: *Consent to Children's Surgery and Intensive Medical Treatment*, Journal of Law and Society 17, 1990.

ANNAS, G.J.: *Patients' Right Movement*, en Warren T. Reich, ed., Encyclopedia of Bioethics, Nueva York, The Free Press, 1978, vol. 3, págs. 1201-1205.

BACA PONCE, A.: *La Odontología española en el primer cuarto del siglo actual*. Boletín de Información Dental. Año XXVIII. Mayo - Junio, Madrid, 1968.

BAJO FERNÁNDEZ, M. et al.: *Código Penal con Jurisprudencia y concordancias*, Ed. Civitas, Madrid, 1976.

BARBARA, S. y cols.: *The Functional Competency of Elderly at Risk*, The Gerontologist 28, supl, 1988.

BARBERO SANTOS, M.: *Los delitos de peligro abstracto*, en Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, septiembre-diciembre, Madrid, 1973.

BEAUCHAMP, TL; CHILDRESS, JF.: *Principios de Ética Biomédica*, 1ª ed. en español, Ed. Masson, Barcelona, 1999.

BEAUCHAMP, TL, CHILDRESS, JF.: *Principles of Biomedical Ethics*, 1ª ed, New York, Orxford University Press, 1979.

BENÉYTEZ MERINO, L.: *Lecciones de Derecho Penal*, Ed. Comares, Granada, 1994.

BERLIN, I.: *Two concepts of Liberty*, en Four Essays on Liberty, Oxford: Oxford University Press, 1969.

BORJA DE GUZMÁN, P.: *El señor Sequoe: el de la perla de oro*, Revista de Actualidad de Estomatología Española, Año XCIX, N° 389, Diciembre, Madrid, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Ariel, Barcelona, 1991.

CALLAHAN, D.: *Autonomy: A Moral Good, Not a Moral Obsession*, Hastings Center Report 14, Octubre 1984.

CALLASTEGUI, I.: *La Odontología Española del Siglo XIX: influencia de Florestán Aguilar en el desarrollo de la misma*, Ed. V.e, Madrid, 1980.

CALVO SÁNCHEZ, L.: *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, Madrid, Ed. Civitas, 1998.

CASADO CARRERO, A.R.: *Odontoestomatología y Ley, 1875-1931*, Tesis Doctoral, Sevilla, 1995.

CASAS BARQUERO, E.: *Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades del Título III del Libro II del Código Penal*, en "Documentación Jurídica", enero-junio, 1983, núm. 37-40, vol. 2.

CASTAÑO SÉIQUER, A.: *Higienistas dentales. Un elemento clave para la universalización de la odontología*, Odontología Preventiva y Comunitaria: La odontología social un deber, una necesidad, un reto..., Fundación Odontología Social, Santander, 2012.

CERVELLO DONDRERIS, V.: *La presencia de habitualidad en el delito de intrusismo*, en Revista General de Derecho, abril, Madrid, 1992.

CHILDRESS, J. F.: *The Place of Autonomy in Bioethics*, Hastings Center Report 20, Enero-Febrero 1990.

CHILDRESS, J.F.: *Who should decide?. Paternalism in Health Care*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 1982.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *El delito de intrusismo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.

COBO DEL ROSAL, M., QUINTANAR DÍEZ, M.: *El delito de intrusismo* (Estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial, especialmente en las profesiones de abogado, procurador, médico, farmacéutico, ingeniero y arquitecto), Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2005.

COOPER, C.W.; ROBINS, E.J.: *The Term Paper - A manual and Model*, Stanford, Stanford University Press, 4ª ed, 1967.

CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, tomo III, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.

DE CASTRO CID, B.; MARTÍNEZ MORÁN, N.: *18 lecciones de Filosofía del Derecho*, Ed. Universitas, Madrid, 2008.

DÍAZ VALCÁRCCEL, L.M.: *La revisión del Código Penal y otras leyes penales*, Ed. Nauta, Barcelona, 1964.

DWORKING, G.: *The Theory and Practice of Autonomy*, New York: Cambridge University Press, 1988.

ECO, U.: *Cómo se hace una tesis*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2001.

ERHARD, J.B. et al.: *¿Qué es la Ilustración?*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988.

ESCOBAR MARULANDA, J.G.: *El delito de intrusismo y el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1994.

ESCUADERO LÓPEZ, J.A.: *Curso de Historia del Derecho: fuentes e instituciones político-administrativa*, Ed. Edisofer, 4ª ed, Madrid, 2012.

FADEN, R.R.; BEAUCHAMP, TL.: *A History and Theory of Informed Consent*, New York. Oxford University Press, 1986.

FAUCHARD, P. *Le chirugien Dentiste ou traité des dents*. Jean Mariette, Paris, 1728.

FEINBERG, J.: *Harm to self*, Vol. III, en *The moral limits of Criminal Law*, New York: Oxford University Press, 1986.

FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código Penal*, tomo III, 1ª ed., Ed. Sucesores de Nogues, Murcia, 1948.

FRANKFURT, H. G.: *Freedom of the Will and the Concept of a Person*, *Journal of Philosophy* , 68, 1971.

GARCÍA BLAZQUEZ, M.; MOLINOS COBO, J. J., *Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica (aspectos jurídicos y médico-forenses)*. Ed. Comares, 2ª edición, Granada, 1997.

GARCÍA PERLA, A.: *100 años de la Historia de la Odontología sevillana: del curandero sacamuelas al médico estomatólogo*, *Tesis Doctoral*, Sevilla, 1974.

GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, 4ª ed, Madrid, 2014

GÓMEZ TOMILLO, M.: *Comentarios al Código Penal* (Dir. Gómez Tomillo), Ed. Lex Nova, 2ª ed., Valladolid, 2011.

GONZÁLEZ IGLESIAS, J.: *Historia de la Odontoestomatología Española*, Ed. Avances, Madrid, 1994.

GONZÁLEZ IGLESIAS, J.: *Historia de los Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España*, Consejo General de Odontólogos y Estomatólogos de España, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ IGLESIAS, J.: *Orígenes de la Odontoestomatología en España, Cirujanos, Dentistas y Odontólogos, 1875-1936*, Tesis doctoral, Madrid, 1976.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La representación de los interesados en la Ley del Procedimiento Administrativo*, en *Administración Pública*, núm. 52, enero-abril, 1967.

GOYENA HUERTA, J.: *El delito de intrusismo y las titulaciones profesionales obtenidas fuera de España*, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 295, Pamplona, 1997.

GRACIA GUILLÉN, D.: *Fundamentos de Bioética*, Ed. Triacastela, Madrid, 2007.

GRACIA GUILLÉN, D.: *Los derechos de los enfermos*, en Javier Gafo, ed., *Dilemas éticos de la medicina actual*, Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 1986.

HILL, T.E.: *Autonomy and Self-Respect*, Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

IRISOJEN COSTA, M.: *La Odontología española del Siglo XVIII*, Seminario de Historia de la Medicina Española, Salamanca, 1967.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal*, tomo III, ed. Depalma, Buenos Aires, 1965.

KATZ, J.: *Experimentation with humans beings*, New York, Russell Sage Foundation, págs. IX-X, 1972.

KATZ, J.: *The silent world of Doctor and Patient*, New York: The free press, 1984.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil I. Parte general y derecho de la persona*, Ed. Marcial Pons, Ed. 21ª, 2015.

LAURENZO COPELLO, P.: *El resultado en Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

LERMA, S.: *Historia de la Odontología*, Buenos Aires, 1974.

LIDZ, C.W. and cols.: *Two Models of Implementing Informed Consent*, *Archives of Internal Medicine*, 148 (junio 1988), págs. 1385-1389.

LLORIA GARCÍA, P.: *El concepto de título oficial en el delito de intrusismo*, Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 111/1993, de 25 de marzo, en "Cuadernos Jurídicos", n° 23, octubre 1994

LLORIA GARCÍA, P.: *El delito de Intrusismo Profesional (Bien jurídico y configuración del injusto)*. Ed. Tirant lo Blanch Tratados. Valencia, 2001.

LÓPEZ GARRIDO, D.; GARCÍA ARÁN, M.: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996.

LOLAS, F.: *Bioethics and animal research: A personal perspective and a note on the contribution of Fritz Jahr*, Biol. Res, Santiago, 41(1), 2008.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Código penal comentado*, Ed. Akal, Madrid, 1990.

LÓPEZ HURTADO, M.; VALENTÍN RUÍZ, F.J.: *Análisis de las bases de datos*, Biblioteca de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2009.

LÓPEZ PALAFOX, J.: *Apuntes de odontología Legal y Forense*. Ed. BDS. 2ª ed., Madrid, 2013.

LUZÓN PEÑA, D.M. (Director). *Enciclopedia penal básica*, Ed. Comares, Granada, 2002.

LUZÓN PEÑA, D. M.: *Problemas del intrusismo en el Derecho penal*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, septiembrediciembre, 1985.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *El delito de intrusismo*, Actualidad Penal, nº 22, 28 de mayo de 1995, 1995.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *El intrusismo en el nuevo Código Penal (con particular referencia al intrusismo médico)*, en el Libro homenaje a Jesús López Medel, 1999.

MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Diccionario de la Administración Española*, 3ª ed. Tomo III, Madrid, 1977.

MARTÍNEZ DEL CASTILLO, J. *Historia de la Odontología*. Anuario Dental de 1924. Madrid. 1924.

MENDOZA OLIVARES, F.J.: *Legislación odontológica 1931-1948: nacimiento de la especialidad médica de Estomatología*, Tesis doctoral, Sevilla, 1997.

MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Edisofer, 10ª ed., Barcelona, 2015.

MIR TUBAU, J.; BUSQUETS ALIBÉS, E.: *Bioètica & debat: 40 años de literatura bioètica*, Vol. 17, Nº 64, Barcelona, 2011.

MORA GARCÍA, J.M.: *Dentistas y otras profesiones relacionadas: aspectos jurídicos*, Vol. 1, Ed. Fundación Dental Española, Madrid, 2007.

- MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial*, (Coordinador Morillas Cueva), edit. Dykinson, Madrid, 2011.
- MOYA PUEYO et al.: *Odontología Legal y Forense*. Ed. Masson. 1994. Barcelona.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, 18ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- PARDO MONEDERO, M. J.: *La Escuela de Odontología de Madrid*, Tesis doctoral, Madrid, 2012.
- PARSONS, T.: *The doctor-patient relationship in the changing health scene*, U.S. Government Printing Office, Whashington, 1978.
- PLATÓN. Diálogos. Volumen IV: República. Madrid: Editorial Gredos. 2003.
- POLAINO NAVARRETE, M.: *Intrusismo profesional por falta de colegiación*, en "Comentarios a la Legislación Penal", tomo XIV, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1992.
- POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Ed. Tecnos, 2ª Ed., Madrid, 2015.
- PRADOS BOULUZ, E. *Los orígenes de la Odontología*. Estoma, Revista Médica De Estomatología y Profilaxis. Vol. V. nº 4. 1985.
- PUYOL, A.: *Hay bioética más allá de la autonomía*, Revista de Bioética y Derecho, núm. 25, mayo 2012.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier Libros, Barcelona, 2010.
- QUINTANO RIPOLLES, A.: *Código penal de 1944*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1945.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed, Madrid. 1966.
- QUINTERO OLIVARES, G; MORALES PRATS, F.: *Comentarios al nuevo Código Penal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001.
- RAWLS, J.: *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1979.
- REICH, W.: *Encyclopedia of Bioethics*, Schuster, New York, 1978.

- RING, M.E.: *Historia de la Odontología*. Ed. Doyma. Barcelona. 1989.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M^a; SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte especial*, 18^a ed., Dykinson, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ MENACHO, D.: *Los Colegios Profesionales contra el intrusismo en Odontología*. Revista Derecho y Salud. Vol. 26, núm. 2, julio-diciembre, 2016, págs. 38-62.
- RODRÍGUEZ MENACHO, D., CASTAÑO SÉIQUER, A.L., GARRIDO PEÑA, F.: *Análisis de la asistencia odontológica en instituciones penitenciarias*. RCOE, Madrid, 2016; 21(3), págs. 103-109.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *El delito de intrusismo*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia. 1969.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Compendio de Derecho Penal*, Ed. Dykinson, 2^a ed, Madrid, 2010.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *El resultado en la teoría jurídica del delito*, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 1, 1977.
- SALOM ESCRIVÁ, J.S.: *El delito de intrusismo profesional*, Revista Jurídica de Cataluña, 82 (1), 1983.
- SANZ, J.: *La Odontología y la Casa Real Española*, Ilustre Colegio General de Odontólogos y Estomatólogos de España, Madrid, 1995.
- SASS, H.M.: *Kennedy Institute of Ethics Journal*, Vol. 17, N° 4, 2007.
- SEGURA EGEA, J.J.: *Aspectos jurídico-legales del ejercicio profesional de los higienistas dentales*, Gaceta Dental, n° 77, abril, 1997.
- SERRANO GÓMEZ, A.: *El intrusismo en Odontología*, Actualidad Penal, n° 21, 1988.
- SERRANO GÓMEZ, A.: *Intrusismo y especialidades médicas*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2^a época, n° extraordinario, 1º, 2000.
- SERRANO GÓMEZ, A. et al.: *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, Ed. Dykinson, 2^a ed., Madrid, 2015.
- SERRANO TÁRRAGA, M. D.: *El delito de intrusismo profesional*, Ed. Civitas, 1997.
- SOTO NIETO, F.: *El delito de intrusismo profesional: singular ilícito penal*, Ed. Aranzadi, 2012.

SOUVIRÓN MORENILLA, J. M^a.: *La configuración jurídica de las profesiones tituladas en España y en la Comunidad Económica Europea.*, ed. Consejo de Universidades, Secretaría General, 1988.

SUÁREZ LÓPEZ, J. M^a.: *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código Penal español*, edit. Comares, Granada, 2000.

SUÁREZ LÓPEZ, J. M^a.: *El tratamiento penal del intrusismo*. Revista internacional de doctrina y jurisprudencia, 2012.

TALCOTT, P.: *Essays in Sociological Theory*, Ed. Glencoe, IL: The Free Press, 1954.

TERUEL CARRALERO, D.: *Intrusismo*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", Tomo XIII, 1960.

TORREJÓN MARTÍNEZ, J.: *Estudio comparativo de las competencias profesionales del higienista dental en España entre 1995 y 2013*, Tesis doctoral, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015.

TRIANA ORTIZ, M.: *Asimetría en las relaciones investigador-participante y médico-paciente*, ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura, CLXXXIV, 730, marzo-abril 2008

USTRELL, J. M.: *Història de l'odontologia*, Edicions Universitat Barcelona, 1997.

VEATCH, R.M.: *Autonomy's Temporary Triumph*, Hastings Center Report 14, Octubre 1984.

VELASCO ARROYO, J.C. Tomarse en serio la desobediencia civil. Revista Internacional de Filosofía Política, n° 7, 1996, pág. 165.