

La intervención de los poderes públicos frente a las pseudoterapias: posibilidades y límites

The intervention of public authorities against pseudotherapies: possibilities and limits

Carmen Tomás-Valiente Lanuza 

Profesora Titular Derecho penal. Facultad de Derecho Universidad de las Islas Baleares

Correspondencia

Carmen Tomás-Valiente Lanuza
Facultad de Derecho
Universidad de las Islas Baleares
c/ Valldemossa km. 7.5, Palma 07122
E-mail: carmen.tomas-valiente@uib.es

Recibido: 12 - V - 2021

Aceptado: 22 - V - 2021

doi: 10.3306/AJHS.2021.36.03.64

Resumen

El desafío para la salud pública planteado por la proliferación de las pseudoterapias legitima e incluso exige la intervención de los poderes públicos en este contexto. Tras una caracterización inicial en la que se destaca la variedad y muy diversos grados de peligrosidad de este tipo de prácticas, así como los distintos instrumentos para intentar atajar sus efectos (entre ellos, una normativa administrativa quizás desaprovechada), se hace hincapié en los límites que constriñen la intervención estatal, relativos a los derechos fundamentales de los ciudadanos que las adoptan y los de quienes las defienden y difunden. Dentro ya del campo sancionador, se analiza con mayor detalle el juego del Derecho penal en este contexto, a través de figuras como la estafa, el intrusismo, la publicidad engañosa o los delitos contra la salud pública relacionados con los medicamentos no autorizados.

Palabras clave: Pseudoterapias, intrusismo, estafa, salud pública, libertad de expresión, publicidad engañosa.

Abstract

The recent proliferation of pseudotherapies undoubtedly poses a challenge to public health which not only legitimizes but even requires public action in this field. After an initial characterization of this phenomenon, which highlights the variety and very different degrees of dangerousness entailed by this type of practices, this paper goes over the various legal instruments which enable a better control by the state, not loosing sight, on the other hand, of constitutional constraints on state intervention imposed by the fundamental rights of the citizens who decide to adopt them and the freedom of speech of those who defend and disseminate them. Within the sanctioning field, the paper analyzes the role of criminal law in this context through criminal offenses such as fraud, professional intrusion, misleading publicity or drug-related crimes against public health.

Keywords: Pseudotherapies, professional intrusion, public health, freedom of speech, misleading publicity.

Introducción. La multiplicidad de planos de la intervención estatal sobre un grupo heterogéneo de prácticas.

En los últimos años, los poderes públicos de distintos países vienen intensificando su intervención para hacer frente a la creciente difusión y práctica de las hasta hace no mucho tiempo conocidas como “terapias alternativas y complementarias”, que –en una mutación cargada de significado por la connotación mucho más peyorativa de la nueva terminología–, en la actualidad han pasado a designarse con mayor frecuencia como “pseudoterapias”¹. En lo que a España se refiere, las intenciones más recientes de avanzar en esta línea por parte del Gobierno se plasmaron en el año 2018 en un Plan para la Protección de la Salud frente a las Pseudoterapias de los Ministerios de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, y Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades², en el que se trazaban una serie de líneas de actuación y modificaciones normativas que –presumiblemente por los nuevos tiempos impuestos por la pandemia– no han podido todavía llevarse a término en su totalidad.

Hablar de pseudoterapias –asumiendo su definición como “sustancia, producto, actividad o servicio con pretendida finalidad sanitaria que no tenga soporte en el conocimiento científico ni evidencia científica que avale su eficacia y su seguridad”³ – supone, para empezar, referirse a un grupo numeroso y muy heterogéneo de prácticas, que no deben ser tratadas sin más como un todo indistinto. La diversidad es notable en todos sus aspectos: su origen ideológico (las hay totalmente desprovistas de tal componente frente a algunas en las que este sí parece con claridad, como las llamadas “terapias de conversión” de la orientación sexual, o aquellas otras, más próximas las teorías conspirativas, cargadas de un confuso tinte supuestamente contestatario contra la alianza del “poder”, la ciencia convencional y la industria farmacéutica⁴ (notas que permean al menos una parte del movimiento antivacunas). La diversidad es también notable por lo que se refiere a su apariencia de seriedad científica (encontramos desde el curanderismo más elemental a otras revestidas de solvencia científica

y tecnológica, como las recientes ofertas por empresas norteamericanas de costosos tratamientos preventivos y curativos del Covid con células madre⁵), o, en fin, y esto es lo más relevante, en lo que atañe a su grado de peligrosidad para la salud. En relación con este último factor, que es el que aquí más nos interesa, existe un amplio rango de propuestas, del mismo modo que – en el plano más general de las “pseudociencias”– poco tienen que ver en cuanto a su dañinidad, por ejemplo, el creacionismo y las doctrinas negacionistas del cambio climático, estas sí extremadamente peligrosas para la supervivencia del planeta. Pseudoterapias directamente inocuas por más que de eficacia no (o cuando menos no todavía) científicamente validada, que además conviven sin problema con la terapia convencional, coexisten con otras claramente peligrosas per se en tanto promueven el consumo de productos con consecuencias adversas para la salud, sea porque disminuyen los efectos terapéuticos del tratamiento convencional, sea por su propia toxicidad (así, el caso reciente del MMS, el preparado de clorito sódico conocido como Suplemento Mineral Milagroso, que se presenta como medicamento curativo del trastorno autista y muchas otras dolencias⁶); a ello se añade, como factor de peligrosidad especialmente relevante, la cuestión de si, con independencia del contenido de la práctica en sí misma, se induce al abandono de la terapia científicamente contrastada (como ocurre con algunas de las dirigidas a pacientes oncológicos). Que la implantación firme de prácticas de este último tipo –como sucede en Estados Unidos– pueden generar un verdadero problema de salud pública lo evidencian cada vez más estudios científicos comparativos de los índices de supervivencia de pacientes oncológicos que recurren a unos u otros medios para afrontar su enfermedad⁷.

En el concreto caso español, la implicación de los poderes públicos en esta materia no solo se legitima por el deber de tutela de la salud pública que el art. 43 de la Constitución de 1978 les asigna, sino que enlaza con la creciente implicación de numerosos colectivos –de profesionales médicos, de pacientes o en defensa de los intereses de estos, de científicos⁸, etc.– que insisten en demandar una actuación más enérgica al Estado en la

1. Sobre la importancia de la terminología en la construcción del discurso sobre el tema, con un recorrido sobre su utilización en la esfera de las políticas públicas en los últimos años en España, LOPERA PAREJA, «El debate político sobre las terapias alternativas y complementarias en España en la interfaz entre ciencia, política y sociedad (1979-2018)», *Perspectivas de la Comunicación* 2019, Vol 12, Nº 2, pp. 155-193.

2. 20181108 Plan Protección frente pseudoterapias VF

3. Plan Nacional 2018, p. 3.

4. La imbricación de la falsa información con el aspecto conspirativo las hace especialmente difíciles de contrarrestar, puesto que como muy bien explican SUNSTEIN y VERMEULE (“Conspiracy Theories”, University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 199, 2008) las teorías conspirativas son en esencia autoconfirmatorias (los intentos de desmontarlas por los poderes públicos son percibidos y presentados precisamente como una persecución y por ende la confirmación de su acierto).

5. «Preying on Public Fears and Anxieties in a Pandemic: Businesses Selling Unproven and Unlicensed “Stem Cell Treatments” for COVID-19», *Cell Stem Cell* 26, June 4, 2020.

6. La presentación como tratamiento del trastorno autista resulta especialmente peligrosa, en la medida en que los quienes lleguen a ingerirlo no serán personas competentes (por más que mal informadas), sino a menudo menores a los que les será suministrado por sus progenitores.

7. Skyler B. Johnson, Henry S. Park, Cary P. Gross, James B. Yu, “Use of Alternative Medicine for Cancer and Its Impact on Survival”, *JNCI J Natl Cancer Inst* (2018) 110(1): djx145.

8. Así, la carta firmada por medio centenar de científicos *Contra las pseudociencias y las artes mágicas*, EL PAÍS 14-2-2015.

protección de la salud de los ciudadanos, especialmente de quienes, en situación de especial vulnerabilidad por padecer una enfermedad seria, pueden ser más propensos a esperanzarse con cualquier promesa de curación. También en el tratamiento del tema por parte de los medios de comunicación, que en tantas ocasiones se han prestado a jugar el papel de difusores de este tipo de prácticas (a través de entrevistas, reportajes, o simplemente acogiendo publicidad), puede empezar a detectarse un cierto cambio de actitud en los últimos tiempos, más acorde con su papel de pieza capital en la conformación de una opinión pública informada⁹.

Las iniciativas planteadas por el Plan para la Protección de la Salud frente a las Pseudoterapias de 2018 no han podido todavía concretarse en el proyectado nuevo Real Decreto de Protección de la Salud frente a las Pseudoterapias. En estas páginas haremos alusión a algunas de las medidas propuestas, pero también a los instrumentos normativos con los que ya cuenta nuestro ordenamiento, que abarcan por cierto una escala de intensidad muy diversa. De mayor a menor, como veremos, pueden entrar aquí en juego figuras delictivas como la publicidad engañosa, la estafa o el intrusismo; por otro lado, en un sector tan intervenido por el Derecho Administrativo como es el sanitario se cuenta como es lógico con una regulación detallada de la fabricación, publicidad y venta de medicamentos¹⁰, e incluso con una regulación específica perfectamente aplicable a las pseudoterapias (el Real Decreto 1907/1997, sobre publicación y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria) que probablemente podría ser más utilizada en nuestro contexto de lo que lo ha sido hasta el momento, y que permite el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. Más allá de este aspecto puramente sancionatorio, a los poderes públicos les cabe también por supuesto actuaciones más sencillas, como denegar solicitudes de uso de locales e infraestructuras de titularidad pública (por ejemplo, municipales) para celebrar encuentros en los que vayan a difundirse este tipo de terapias, prohibir expresamente

su práctica en centros sanitarios públicos¹¹, no prestarles cobertura dotándolas de revestimiento científico (aspecto en el que cobra especial importancia el papel de las Universidades)¹², o liderar campañas informativas en la red dirigidas al conjunto de los ciudadanos¹³.

Los límites infranqueables a la intervención tuitiva del Estado

Al margen de la concreta modalidad de intervención estatal en juego, la misma se topa necesariamente con una serie de límites impuestos por nuestro propio marco constitucional en tanto derivados del respeto a los derechos fundamentales, sean los de los enfermos convencidos de los efectos curativos de una pseudoterapia, sean los de quienes la defienden o difunden. El primero de tales límites –que ni siquiera para preservar su salud o incluso su vida puede el Estado imponer una actuación terapéutica a un ciudadano, tampoco en el supuesto de que su rechazo a la terapia basada en la evidencia se asiente en informaciones falsas- hace tiempo que ha sido asumido con claridad por nuestro ordenamiento jurídico y asimilado por los profesionales; el segundo –el juego en este contexto del derecho fundamental a la libertad de expresión- pertenece igualmente al núcleo de nuestro sistema jurídico, pero sus contornos pueden resultar más complejos.

1. La especial peligrosidad de las pseudoterapias (o al menos de aquellas que conducen al rechazo por el paciente de las terapias basadas en la evidencia en casos de dolencias graves) se relaciona estrechamente con la imposibilidad jurídica de imponer una terapia convencional al ciudadano que libremente la rechaza. Lo que convierte estos casos en especialmente complicados y frustrantes para el profesional que en primera instancia ha atendido al paciente es el hecho de que no pueda hablarse en puridad de un “rechazo informado”, en la medida en que la negativa se basa en asunciones falsas sobre datos relevantes para su elección, relativas a la aptitud curativa de otros cursos de acción preferidos por él (la

9. Numerosos trabajos recientes dan cuenta del papel de los medios en este ámbito. Entre otros, CORTIÑAS-ROVIRA/MOYA-ARRABAL, “La falsaciencia (pseudociencia) als mitjans de comunicació. Estudi de les estratègies discursives d’inserció social a la premsa espanyola (2011-2016)”, *Communication Papers –Media Literacy & Gender Studies–* Vol.7 - No13 (2018), pp. 129-144.

10. Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano, o el 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 sanitarios.

11. Por ejemplo, Instrucción 22/2017 de la Conselleria de Salut de la Generalitat Valenciana, que en los centros sanitarios de titularidad pública de la Comunidad Valenciana no autoriza la publicidad, promoción, presencia o práctica de cualquier actividad no oficialmente reconocida e incluye una lista ejemplificativa de las en aquel momento consideradas como pseudociencias por el Ministerio.

12. Comunicado de la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas de febrero de 2021, <https://www.crue.org/2021/02/comunicado-contra-pseudoterapias/>

13. En el marco del ya citado Plan para la Protección de la Salud frente a las Pseudoterapias, de noviembre de 2018, el Gobierno ha creado la página www.conprueba.es, en la que entre otras iniciativas se van publicando los informes emitidos por la Red Española de Agencias de Tecnologías Sanitarias y Prestaciones del SNS (RedETS) sobre concretas técnicas. En febrero de 2021, por ejemplo, se han publicado las conclusiones sobre las prácticas conocidas como magnetoterapia estática, la dieta macrobiótica, el masaje tailandés y la sanación espiritual activa, todas las cuales han sido consideradas pseudoterapias. Cuestión distinta, como señala PIGGLIUCI, (“How to behave virtuously in an irrational world”, *Disputatio. Philosophical Research Bulletin*, Vol. 9, No. 13, Jun. 2020, pp. 4 y ss. acudiendo a la tríada aristotélica, es la importancia persuasiva que, más allá de la presentación de la evidencia o lógica (logos), despliegan el factor autoridad (ser percibido como fuente fiable, ethos) y, sobre todo, el de la conexión emocional con el destinatario del mensaje (pathos), un aspecto explotado por los difusores de las pseudoterapias y que las campañas informativas dirigidas a la generalidad de los ciudadanos no deben desatender.

imposición de manos, el MMS, la magnetoterapia estática o cualesquiera otros). A diferencia del ya clásico supuesto del Testigo de Jehová (que conoce perfectamente la necesidad de la transfusión y el riesgo que su negativa a consentirla puede comportar), en los supuestos que nos ocupan cabe cuando menos poner en duda si el paciente, a la hora de prestar o negar su consentimiento informado, ha aprehendido realmente las consecuencias de su opción, y si su decisión de rechazar el tratamiento indicado por la *lex artis* hubiera sido la misma de haber sabido que la milagrosa terapia no era tal (que no es así lo evidencia la frecuencia con la que pacientes ya muy graves terminan acudiendo a la Medicina convencional una vez comprobada la ineficacia de la terapia engañosa). Con todo y con ello, incluso aun tratándose de decisiones no verdaderamente “informadas”, el grado de invasividad de los derechos fundamentales que la imposición de un tratamiento comporta obliga a respetar la decisión del paciente también en estos casos¹⁴. Solo cuando se encuentra en juego la salud de terceros puede plantearse algún tipo de compulsión, que incluso aquí suele encontrar límites: por ejemplo, cuando se propugna la vacunación obligatoria (por motivos no ya de salud individual sino pública) no se trata de autorizar su administración coercitiva al ciudadano, sino de terminar induciéndole a consentir a través de la amenaza de sanciones pecuniarias (como recientemente ha dispuesto, de modo excepcional en un contexto general de voluntariedad de la vacuna contra el COVID-19, la Ley 8/2021 de la Comunidad Autónoma de Galicia, por cierto recurrida ante el Tribunal Constitucional por el Gobierno español)¹⁵.

2. Desde un punto de vista jurídico, resulta esencial diferenciar la mera *difusión* de ideas, creencias o construcciones teóricas de la *efectiva práctica de la actividad* como servicio; en un terreno intermedio entre ambas se sitúa, por su parte, la *publicidad* de dicha actividad comercial. Por lo que se refiere al primer estadio –y me limito ahora a las construcciones más claramente falsas y peligrosas dentro de la amplia escala a la que antes me refería– planteamos las posibilidades de intervención estatal suscita una controversia de importante calado jurídico, con un componente de legitimidad o límites (cómo controlar la difusión de informaciones objetivamente falsas y peligrosas para

bienes jurídicos relevantes sin invadir la esfera de los derechos fundamentales de quien las emite) y un segundo componente, este ya de orden fáctico, relativo a las posibilidades reales de ejercer un control de contenidos en esta nueva era tecnológica en la que la información ha dejado de difundirse a través de los medios clásicos de comunicación de masas para pasar a transmitirse en gran parte a través de las redes sociales y en general, de internet.

Que la mera difusión de este tipo de construcciones (previa a su efectiva práctica pero también incluso a su oferta o publicidad) entraña ya un riesgo para la salud pública parece claro: es la consulta de blogs, páginas web, canales de Youtube, etc. en los que se ponderan las ventajas de unas determinadas terapias frente a la medicina convencional lo que convence y motiva a personas enfermas a acudir a determinados servicios. Puede también sostenerse, por otra parte, que la difusión de esta información falsa queda excluida del amparo del derecho fundamental a “comunicar o recibir libremente información”, que el art. 20.1.d de la Constitución Española condiciona a que se trate de información “veraz”. Sin embargo, aun siendo cierto lo anterior, la posibilidad de prohibir (con sanciones penales o administrativas) la mera difusión o circulación de este tipo de construcciones o teorías se enfrenta a enormes dificultades. La primera de ellas es que en este contexto resulta muy complejo delimitar la mera información (falsa) de la expresión y difusión de “los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”, que sí se encuentra protegido como derecho fundamental por el art. 20.1a CE –especialmente, aunque no solo, cuando revista un sesgo ideológico, por absurdo o rechazable que pueda parecer (“la medicina convencional aliada con la gran industria farmacéutica solo persigue el lucro en detrimento de la salud de los ciudadanos; por eso solo la medicina natural garantiza ...”); un derecho que según el texto constitucional, no puede restringirse “mediante ningún tipo de censura previa”, y que según el Tribunal Constitucional acoge sin duda también las ideas más molestas o rechazables¹⁶. En el caso de celebración de encuentros, congresos, etc., se halla en juego, además, el derecho fundamental de reunión del art. 21 CE, cuyo ejercicio

14. En este mismo sentido se pronuncia desde hace ya décadas la doctrina claramente dominante; así, p. ej., BROCK, *Life and Death, Philosophical essays in biomedical ethics* Cambridge University Press, Cambridge, Mass., 1993, p. 80; ENGELHARDT, *Los fundamentos de la Bioética*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/Méjico, 1996, p. 330, o HAKSAR, *Equality, Liberty and Perfectionism*, Oxford University Press, New York, 1979, p. 240.

15. Por supuesto, desde el punto de vista jurídico existe una importante diferencia entre la negativa a la propia vacunación y la que afecta directamente a personas incompetentes para decidir por sí mismas, cuando es la persona que ha de prestar el consentimiento por representación (padre de un menor, tutor de una persona judicialmente incapacitada) la que se niega a otorgarlo. A este respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado compatible con el Convenio de Europeo de Derechos Humanos las sanciones y restricciones de derechos derivadas del incumplimiento del deber de vacunar a los hijos (puede consultarse el resumen de esta reciente jurisprudencia en el apunte de CLIMENT DURAN, <https://idibe.org/tribuna/tehd-avala-las-sanciones-restricciones-derechos-derivadas-del-incumplimiento-del-deber-vacunar-los-hijos/>).

16. El mismo derecho fundamental ampara, por descontado, la crítica acerva a las pseudoterapias peligrosas; de ahí que los tribunales hayan desestimado todas las demandas civiles de protección del derecho al honor interpuestas en los últimos años contra distintas voces críticas –periodistas y comunicadores científicos, directivos de la Asociación para Proteger a los Enfermos de Terapias Pseudocientíficas (APETP) o el propio Ministro de Ciencia– por personas o asociaciones –Asamblea Nacional de Homeopatía (ANH), la Asociación de los Profesionales y Autónomos de las Terapias Naturales (COFENAT), la Fundación de Terapias Naturales (FTN) o la Fundación Salud y Naturaleza (FSN)– que las defienden o ejercen. Puede verse, por ejemplo, la STS 57/2020, de 4 de febrero, que desestima una demanda contra el Ministro de Ciencia.

“no necesitará autorización previa”. Así pues, iniciativas que en los últimos años pretenden de la Administración la prohibición de la celebración de encuentros de este tipo están destinadas al fracaso¹⁷; cosa distinta es que se dirijan a los organizadores advertencias de posibles sanciones administrativas (que como después veremos podrían ser incluso penales) para el caso de que en el curso de dichas actividades se incurriera en concretas conductas prohibidas, como la publicidad engañosa.

Es precisamente en ese campo fronterizo entre la mera difusión de las ideas y la promoción y publicidad de productos y métodos pretendidamente sanitarios donde se sitúa el Real Decreto de 1997 antes citado y también algunas de las líneas de actuación del Plan de 2018 que pretende reformarlo, en concreto para “incluir en la regulación los actos o encuentros” y “la utilización de internet o redes sociales” cuando unos u otra “conlleven la publicación o promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria”. Como con toda razón apunta Álvarez Rubio¹⁸, no termina de entenderse, en realidad, qué novedad aportaría la reforma apuntada, pues lo cierto es que las prohibiciones del RD 1907/1996 se formulan con carácter general y por tanto ya abarcan tanto la promoción o publicidad realizada en actos o encuentros como la que tiene lugar a través de internet o en redes; cosa distinta es que cualquier actuación en este último caso enfrenta enormes dificultades desde el punto de vista práctico¹⁹. En los últimos años, de hecho, la Generalitat de Catalunya ha hecho uso de esta normativa en varias ocasiones para multar a los organizadores de encuentros en los que se ha promocionado el consumo del MSS²⁰.

Responsabilidades penales

El Código penal no contempla expresamente, como delito en sí mismo, la publicidad o la práctica de pseudoterapias, por peligrosas que estas puedan resultar para la salud. Ello no es óbice, sin embargo, para que en ciertos casos puedan resultar aplicables determinadas figuras delictivas: el intrusismo, la estafa, la publicidad de medicamentos y la publicidad engañosa; mayores dificultades plantea en cambio la aplicación de las lesiones o el homicidio.

Repasaremos brevemente las dificultades de encaje que a menudo se plantean y el modo en que las han abordado los tribunales.

1. Estafa. El delito de estafa del art. 248 del CP, que en cualquier caso únicamente atiende a una dimensión parcial del problema (la protección del patrimonio), ha sido aplicado en ocasiones a las prácticas que nos ocupan, si bien su encaje no está exento de dificultades.

En primer lugar, la propia idea de “engaño” requiere la conciencia de la falsedad de lo que se afirma, un elemento muy evidente en algunos casos pero no tanto en otros. En segundo término, dado que la estafa se define como utilizar “engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”, el delito no puede aplicarse (según una interpretación muy consolidada) si tal concatenación de sus factores no se produce en el orden descrito; la estafa requiere un engaño que produzca un error y que como consecuencia de este se lleve a cabo la disposición patrimonial, de tal manera que los supuestos conocidos como de “error preexistente” –cuando el luego perjudicado demanda un servicio ya previamente convencido de sus ventajas- no darán lugar al delito (como ocurre, por ejemplo, con quien previamente persuadido de las facultades de un echador de cartas o del sanador por imanes, acude a él y le paga por su servicio). A pesar de esta dificultad inicial, sí es posible sancionar por estafa cuando en momentos posteriores el sujeto “añade” elementos engañosos más allá del inicial convencimiento erróneo de la víctima, que consiguen el pago de cantidades más allá de las iniciales²¹.

La tercera dificultad de aplicación de la estafa en estos contextos tiene que ver con el elemento del engaño “bastante”, que durante al menos unos años había sido interpretado por el Tribunal Supremo en el sentido de excluir la estafa en los engaños muy burdos o extremadamente elementales (en los que se daría una cierta vulneración del deber de autoprotección del propio engañado), que no satisfarían así el requisito de ser “objetivamente bastantes”. Con todo, el propio Tribunal ha ido matizando enormemente esta idea, que él mismo reconoce que no puede servir para excluir la protección de las personas más crédulas por razón de su edad, formación cultural, o circunstancias que las hacen especialmente vulnerables, elementos todos ellos que han de incluirse en el parámetro de la valoración del carácter bastante del engaño. De ahí que (incluso siendo engaños muy burdos) suela condenarse en casos próximos a los que aquí nos interesan (propiamente esoterismo con supuestos

17. <https://www.lavanguardia.com/politica/20180111/434219528876/el-colegio-de-medicos-de-barcelona-pide-prohibir-congreso-contra-oncologos.html>

18. “Problemas (y paradojas) actuales de la regulación publicitaria en el ámbito sanitario”, *LEX* N° 26 - AÑO XVIII - 2020-II, pp. 177-204, pp. 190-191.

19. De hecho, el art. 4 del RD 1907/1996 contiene prohibiciones que se ajustan perfectamente a determinadas pseudoterapias. Así, “queda prohibida cualquier clase de publicidad o promoción directa o indirecta, masiva o individualizada, de productos, materiales, sustancias, energías o métodos con pretendida finalidad sanitaria”, entre otros casos, cuando “se destinen a la prevención, tratamiento o curación de enfermedades transmisibles, cáncer y otras enfermedades tumorales, insomnio, diabetes y otras enfermedades del metabolismo”, o cuando “atribuyan carácter superfluo o pretenda sustituir la utilidad de los medicamentos o productos sanitarios legalmente reconocidos”. Lo mismo sucede con la Ley de Competencia Desleal, cuyo art. 23.3, reputa como desleal, por engañoso, “proclamar, falsamente, que un bien o servicio puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones”.

20. <https://www.lavanguardia.com/local/leida/20181026/452557092851/salud-sanciona-josep-pamies-pseudociencia.html>: https://elpais.com/sociedad/2018/10/22/actualidad/1540229352_723272.html

21. Ver el razonamiento en tal sentido, por ejemplo, en la STS 407/2005 de 23 de marzo.

fines curativos de enfermedades)²² y que solo se haya absuelto en supuestos de víctimas con cierta formación cultural²³ (e incluso aquí resulta muy discutible, puesto que la especial vulnerabilidad derivada del deseo o incluso la desesperación por recobrar la salud también debe ser tomada en consideración; de hecho, el propio TS así lo hace en otras sentencias en las que se condena por estafa en engaños burdos a pesar de que los enfermos no necesariamente presentan un muy bajo nivel cultural). Junto a ello se sitúan condenas por estafa en prácticas más claramente catalogables como pseudoterapias, revestidas de una pátina de cierta mayor credibilidad²⁴. Ha de apuntarse, en cualquier caso, que los supuestos que llegan a los tribunales suelen caracterizarse por un perjuicio patrimonial elevado y son, en todo caso, puntuales.

2. Publicidad engañosa. Si la estafa sólo puede entrar en juego cuando la práctica engañosa en cuestión ha tenido lugar y ha producido un efectivo perjuicio patrimonial, el delito de publicidad engañosa puede aplicarse a lo que podríamos considerar el “estadio previo” a la estafa. El art. 282 Cp sanciona con una pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses a los “fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos”. Se trata en cualquier caso un delito orientado a la protección genérica de los consumidores y sus intereses como tales, y no a la tutela de la salud pública. De hecho, ha sido muy escasamente aplicado en el contexto de las pseudoterapias (quizás, entre otros factores, por la dificultad de encuadrar a quienes las practican en el término legal de “comerciantes”), aunque sí existe alguna sentencia²⁵. Quizás una modificación del precepto o la introducción de un subtipo específico concebido expresamente para las pseudoterapias engañosas más peligrosas (en términos similares a los del ya citado Real Decreto 1907/1997, sobre publicación

y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria) podría resultar un instrumento adecuado para la intervención penal, pues carece de sentido que se tipifiquen como merecedoras de sanción penal conductas engañosas aptas para poner en peligro los intereses (patrimoniales) de los consumidores y no se haga lo propio con la publicidad de prácticas fraudulentas peligrosas para un bien jurídico de primer rango como es la salud.

3. Intrusismo. Esta figura delictiva del art. 403 CP sí ha sido ocasionalmente aplicada a la práctica de pseudoterapias, las más de las veces en concurso de delitos con la estafa (convivencia posible en la medida en que cada uno de los delitos protege un bien jurídico distinto y por tanto sanciona una dimensión diferente de la conducta)²⁶. El encaje bajo el intrusismo, definido (en la modalidad que aquí nos interesa) como ejercer “actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente”, solo resulta posible, empero, si efectivamente se realizan dichos actos propios de la profesión, reservados por ello a quienes acreditan la formación académica requerida. El núcleo de la cuestión reside, por tanto, en clarificar cuáles son exactamente tales actos en el caso del ejercicio de la medicina (la jurisprudencia los agrupa en “profilaxis”, “diagnóstico” y “tratamiento” de la enfermedad), y en perfilar de qué modo han de llevarse a cabo para que la conducta pueda considerarse intrusiva; en este último sentido, suele considerarse que si se emplea un cauce completamente ajeno a lo científico (diagnosticar mediante adivinación, revisión de la dentadura o empleo de imanes, o tratar a través de la meditación, el masaje o la imposición de manos, por ejemplo) no podrá decirse que se practica un *acto propio* de la profesión²⁷. De ahí que los actos del curanderismo más burdo (cercanos al esoterismo o la brujería) no perfeccionen el delito, como tampoco lo hacen per se numerosas técnicas encuadrables en la categoría de las pseudoterapias²⁸. Ha de reconocerse,

22. Por ejemplo, STS 831/2015, de 29 diciembre, o STS 833/2016 de 3 noviembre.

23. STS 89/2007 de 2 febrero (los dos engañados por un curandero, que perseguían la curación del cáncer padecido por su padre, eran administrativo y auxiliar de clínica).

24. STS 1612/2002 de 1 abril, conocida por la enorme entidad del caso: médico no especialista en oncología, que se presentaba como tal, y que entre otras conductas vendió a precio elevadísimo a centenares de pacientes un producto no autorizado compuesto de urea y suero fisiológico, supuestamente curativo del cáncer; STS 407/2005, de 23 de marzo, relativa a un sujeto que se presenta como “doctor y especialista en Biocibemética cuántica holográfica y medicina neurofocal” que diagnostica y/o trata enfermedades por, entre otros, el procedimiento de pasar un cilindro por el cuerpo y prescribir la extracción de toda o parte de la dentadura a numerosos pacientes (a los que, además, induce a abandonar el tratamiento convencional), inyectarles procaína o recetarles una “medicación embrionaria”, por todo lo cual cobró importantes cantidades.

25. En nuestro país ha sido aplicado por el Juzgado de lo Penal núm. 18 de Madrid en su sentencia 268/2014, de 4 de julio, en el caso del medicamento Biobac; en Francia es interesante la condena por este delito publicitario dictada en 2015 por el tribunal correccional de Montpellier contra un defensor de la doctrina de la “biología total” (según la cual toda enfermedad, incluido el cáncer, es el resultado de un conflicto interior no resuelto), que inducía a sus seguidores al abandono completo de los tratamientos convencionales (<https://france3-regions.francetvinfo.fr/occitanie/herault/montpellier-metropole/montpellier/fondateur-biologie-totale-condamne-2-ans-ferme-montpellier-844921.html>).

26. Por ejemplo SAP Cádiz 166/2010, de 23 de abril o, muy recientemente, STS 167/2020, de 19 de mayo.

27. En este sentido recientemente, por todos, GONZÁLEZ URIEL, «Medicina alternativa y delito de intrusismo. Algunas consideraciones al hilo de la STS 167/2020», *La Ley Penal* nº 147, nov-dic 2020, p. 10.

28. De ahí la absolución en el caso, de gran repercusión mediática, de un joven estudiante universitario valenciano aquejado de leucemia linfoblástica aguda que acude a un naturópata, el cual, según los hechos probados de la sentencia (37/2018 de 29 enero, del Juzgado de lo Penal núm. 10 de Valencia) se limita a recetarle complementos vitamínicos y una dieta, aconsejándole que consultara con los profesionales su compatibilidad con el tratamiento de quimioterapia.

en cualquier caso, que existe una zona gris en la que no resulta tan sencillo determinar si el método empleado para el diagnóstico (pensemos, por ejemplo, en una entrevista con el paciente sobre sus síntomas) puede considerarse medianamente “científico” y dar por ello lugar al intrusismo.

Una precisión relevante atañe a la prescripción de sustancias: siguiendo la anterior línea de razonamiento, cuando se trate de medicamentos autorizados y que requieran receta médica, nos encontraremos sin duda ante intrusismo (como acto de “tratamiento”); no será así, en cambio, si se prescriben o suministran sustancias no autorizadas (lo que en su caso podrá suponer un delito contra la salud pública de los que trataremos enseguida *infra*), plantas supuestamente medicinales o complementos vitamínicos inocuos.

Conviene tener presente, por otro lado, que el mero uso de términos que implícita o explícitamente remitan a la profesión titulada (“clínica”, “consulta”, “médico osteópata, homeópata, naturópata”, etc.) no realiza por sí mismo el delito (por más que pudieran contribuir al engaño a efectos del delito de estafa), que solo se perfecciona, como se ha explicado, si se realizan los actos propios de la profesión; comprobado esto último, la atribución pública del título que no se posee (“licenciado en medicina”) sí da lugar a un tipo agravado, con un incremento notable de la pena (de la multa del tipo básico se pasa a prisión de seis meses a dos años), la misma que se impone en caso de que la actividad se ejerciere “en un local o establecimiento abierto al público en el que se anunciare la prestación de servicios propios de aquella profesión”²⁹.

4. Delito contra la salud pública en relación a medicamentos. El art. 362 del Código penal castiga, entre otras conductas, la de fabricar, suministrar, comercializar u ofrecer “medicamentos (...) que carezcan de la necesaria autorización exigida por la ley”, siempre que “con ello se genere un riesgo para la salud o la vida de las personas”; la pena asignada es de seis meses a tres años de prisión, multa e inhabilitación especial. A diferencia de la estafa o la publicidad engañosa, que como se ha señalado atienden al aspecto más patrimonial de la conducta -y en puridad, más secundario a los efectos que aquí interesan-, el art. 362 y los que le siguen sí se orientan claramente al bien jurídico relevante en el contexto de las pseudoterapias (la salud pública), si bien solo puede aplicarse, como es obvio, a los casos en los que de alguna manera se utilicen productos a los que se atribuyen propiedades curativas –cosa que no

sucede, ni mucho menos, en todas las prácticas–.

Nos encontramos ante lo que en Derecho penal se denomina un “delito de peligro”, en el que la sanción de la conducta no requiere la producción de un resultado lesivo (lesiones, muerte); la razón de la sanción se encuentra, ya en un momento previo, en su peligrosidad para el bien jurídico. Tal peligrosidad, eso sí, ha de resultar probada, como elemento del delito que es -precisamente en ella reside, además, la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el penal, pues si comercializar un producto no autorizado por las autoridades sanitarias competentes siempre constituye ilícito sancionable por la Administración, hacerlo cuando con ello se pone en riesgo la salud de sus eventuales consumidores se considera ya merecedor de sanción penal. Precisamente esta falta de peligrosidad explica las absoluciones recaídas en casos en que se trataba de sustancias inocuas³⁰; ello no es óbice, sin embargo, para que sí se aprecie el delito cuando, aun tratándose de una sustancia inocua per se, se suministre de modo que *sustituya* el tratamiento convencional, que sería donde residiría la verdadera peligrosidad para la salud³¹.

5. Lesiones u homicidio. En los casos de prácticas de pseudoterapias que han llegado a los tribunales penales en nuestro país son absolutamente infrecuentes las acusaciones por delitos de lesiones u homicidio. Existen, sin embargo, supuestos en los que podría sostenerse la responsabilidad por tales resultados (no entraremos aquí en si a título de mera imprudencia o de dolo eventual), como sucede si se prescriben o venden productos con efectos perjudiciales probados; el que el paciente los hubiera ingerido voluntariamente no impediría la imputación si lo hizo desconociendo sus efectos adversos. Tampoco ofrecerían dificultades los casos de suministro de sustancias dañinas a pacientes incompetentes para decidir, como menores con trastorno autista. Por otra parte, en la jurisprudencia existe algún caso puntual en el que resulta del todo sorprendente que la Fiscalía no acusara por lesiones; me refiero en concreto al caso antes citado de la STS 407/2005, de 23 de marzo, en el que se llegaron a producir extracciones de toda la dentadura a algunos pacientes. Ha de recordarse que el nuestro ordenamiento penal el hecho de que las lesiones sean consentidas solo supone una atenuación de la pena según el art. 155 Cp, y en casos como este, a mi juicio, ni siquiera tal cosa, puesto que el consentimiento solo despliega tales efectos atenuatorios si es emitido de forma “válida” y “libre”, lo que entiendo que no sucede

29. No da lugar a intrusismo, en cambio, la realización de los actos propios de una determinada especialidad médica que no se posee, si se acredita la titulación básica (razón por la cual se absuelve de intrusismo en la ya citada STS 1612/2002 de 1 abril: el sujeto, que se presentaba como oncólogo sin serlo, sí era licenciado en medicina).

30. Así por ejemplo en el conocido como caso Acobiomol, juzgado por la SAP Cádiz 166/2010, de 23 de abril (sí se condenó, en cambio, por estafa e intrusismo).

31. El TS dejó clara esta interpretación en la ya citada STS 1612/2002, de 1 de abril; en aplicación de esta idea, el Juzgado de lo Penal núm. 18 de Madrid en su sentencia 268/2014, de 4 de julio, que entendió del conocido como caso *Biobac* absuelve del delito por entender que, además de ser inocuo, el producto no se suministró como sustitutivo de las terapias convencionales.

cuando el sujeto actúa bajo engaño pensando que tales lesiones van a conseguir curarle de otras afecciones.

El problema más complejo de calificación penal se presenta en los supuestos en los que la responsabilidad por lesiones u homicidio no pretende derivarse de un método o producto lesivo per se, sino del hecho de haberse inducido al abandono del tratamiento convencional. Esto fue precisamente lo que sucedió, según los hechos probados de la sentencia, en el supuesto enjuiciado por la STS 1612/2002, en el que, además de proporcionarse un producto en principio inocuo a cientos de pacientes oncológicos, se les indujo al abandono de cualquier otro tratamiento; a pesar de que según la sentencia, la gran mayoría de aquellos habían fallecido, ni Fiscalía ni la acusación particular acusaron por homicidio, lo que impidió al Tribunal Supremo pronunciarse sobre ello (aunque sí tuvo en cuenta el factor mencionado para sancionar por delito contra la salud pública). Más de quince años después, dicha acusación sí se formula (por el padre del joven fallecido) en el caso resuelto por el JP núm. 10 Valencia 37/2018, 29 enero, que en cambio absuelve de estos cargos al no haber resultado probado que se indujera a dicho abandono³².

Lo cierto es, en cualquier caso, que incluso habiéndose probado la inducción al abandono de la medicación o el tratamiento, la imputación de responsabilidad por el resultado de muerte se enfrenta a múltiples dificultades. No resultará sencillo probar, para empezar, hasta qué punto este abandono incidió en el curso de una enfermedad que ya de entrada podía encontrarse muy

avanzada; por otra parte, en un sistema penal como el español, en el que no se sanciona el inducir a otra persona a una conducta peligrosa para su salud y ni siquiera el inducir a una autolesión (solo se pena la inducción al suicidio en el art. 143.1 del Código penal), la única manera de imputar el resultado de muerte al responsable de la pseudoterapia pasaría por considerar que el paciente se encontraba absoluta y totalmente engañado, que era un mero instrumento ciego en manos de quien le manipulaba por completo. No es fácil trazar la frontera entre esta situación y aquella otra en la que el paciente, habiendo sido informado por sus médicos de lo absurdo y peligroso de su decisión, simplemente elige no creerles –esto es, asume libremente lo que otros le han intentado hacer ver que es una conducta peligrosa para su salud–; y ello explica quizás la reticencia de la Fiscalía a acusar por homicidio o lesiones incluso en estos casos que intuitivamente se perciben como muy graves.

Conclusiones

Este breve repaso ha permitido mostrar los instrumentos legales con los que ya cuentan los poderes públicos de nuestro país para hacer frente a las pseudoterapias que representan un mayor peligro para la salud de los ciudadanos. Un arsenal normativo quizás incompleto y siempre limitado por determinadas exigencias constitucionales, pero que probablemente podría ser aprovechado y rendir más frutos de los que hasta el momento ha permitido cosechar.

32. Se considera probado, de hecho, lo contrario: que el acusado recomendó al paciente la continuación de la quimio, y que consultara con sus médicos la compatibilidad entre esta y los suplementos vitamínicos aconsejados (consulta que aparece reflejada en la historia clínica). La sentencia insiste en que el joven paciente ya era muy reacio a someterse a quimioterapia antes de acudir a los servicios del acusado, entre otros factores por haber recibido dicha influencia en su propia familia.

1. Sobre la importancia de la terminología en la construcción del discurso sobre el tema, con un recorrido sobre su utilización en la esfera de las políticas públicas en los últimos años en España, LOPERA PAREJA, «El debate político sobre las terapias alternativas y complementarias en España en la interfaz entre ciencia, política y sociedad (1979-2018)», *Perspectivas de la Comunicación* 2019, Vol 12, Nº 2, pp. 155-193.

1. 20181108 Plan Protección frente pseudoterapias VF

1. Plan Nacional 2018, p. 3.

1. La imbricación de la falsa información con el aspecto conspirativo las hace especialmente difíciles de contrarrestar, puesto que como muy bien explican SUNSTEIN y VERMEULE ("Conspiracy Theories", *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper* No. 199, 2008) las teorías conspirativas son en esencia autoconfirmatorias (los intentos de desmontarlas por los poderes públicos son percibidos y presentados precisamente como una persecución y por ende la confirmación de su acierto).

1. «Preying on Public Fears and Anxieties in a Pandemic: Businesses Selling Unproven and Unlicensed "Stem Cell Treatments" for COVID-19», *Cell Stem Cell* 26, June 4, 2020.