



Roj: **STS 2048/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2048**

Id Cendoj: **28079120012019100383**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/06/2019**

Nº de Recurso: **1036/2018**

Nº de Resolución: **324/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 608/2018,**
STS 2048/2019

RECURSO CASACION núm.: 1036/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 324/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo Garcia

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 20 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la representación del acusado **D. Octavio**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Gijón, Sección Octava, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el citado acusado contra la sentencia recaída en el Procedimiento Abreviado nº 150/2017 del Juzgado de lo Penal nº uno de Gijón, confirmando íntegramente dicha resolución, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador Sr. De Goñi Echeverría, y la recurrida Acusación Particular Dña. Ana María, representada por el Procurador Sr. Lázaro Vega.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Gijón incoó Diligencias Previas con el nº 359 de 2016 contra Octavio, y, una vez concluso, lo remitió al Juzgado de lo Penal nº 1 de Gijón, que con fecha 13 de septiembre de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:



"Se declaran expresamente probados los que seguidamente se relacionan: El acusado Octavio , protésico dental, es titular de un Laboratorio de Prótesis Dental, sito en la CALLE000 NUM000 , NUM001 en Gijón, donde acudió, a finales del mes de abril de 2015, Ana María al haber sufrido la rotura de un puente dental de la parte superior de la boca, pegándolo el acusado, quien cobró por ello 20 euros a la paciente y convenciéndole para hacerle dos prótesis removibles superior e inferior, y para ello, en varios días, el acusado, sin contar con las preceptivas prescripciones e indicaciones de un médico odontólogo o estomatólogo, le quitó el puente que tenía en la parte superior izquierda de la boca, utilizando para ello primero una palanca y después una sierra eléctrica, lo que produjo grandes dolores e infección en la boca de la paciente, para a continuación quitarle las fundas que tenía en dos dientes delanteros, los enganches y un puente, finalmente el acusado colocó a Ana María los dos aparatos que resultaron inadecuados. Ante el estado de su boca, Ana María tuvo que ser atendida de urgencias en el centro de salud de La Calzada por el médico de guardia y por el servicio de odontología, siendo derivada al Hospital de Cabueñes. A consecuencia de los problemas dentales descritos, Ana María , sufrió un cuadro depresivo del que debió ser tratada por los servicios de Salud Mental del Hospital de Cabueñes y Centro de Salud de La Calzada. Según informe médico-forense, Ana María sufrió lesiones a nivel labial, de vestíbulo y en el paladar, precisando para su sanidad tratamiento farmacológico de antibioterapia, antiinflamatorios y analgésicos. Las heridas curarían en el plazo de unos 20 días impositivos, a ello hay que sumarle un total de 20 días en los que precisó la toma de antibióticos y analgésicos, antiinflamatorios para la curación de los distintos procesos de infección, alveolitis, que sufrió como consecuencia de la extracción de la prótesis que ella tenía y de los restos radiculares, quedándole como secuela pérdida de las piezas dentales 33 y 43. El acusado cobró a la paciente la suma de 820 euros por el tratamiento descrito. La perjudicada se ha reservado el ejercicio de las acciones civiles".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Que debo condenar y condeno a Octavio como autor criminalmente responsable de un delito de intrusismo y un delito de lesiones por imprudencia grave profesional, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias, a la pena de multa de dos mil ochocientos ochenta euros (180 días de arresto caso de impago) resultante de multa de doce meses con cuota día de ocho euros, por el primer delito; a la pena de seis meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de odontólogo o de la posibilidad de obtenerla durante el tiempo de un año y seis meses, por el segundo delito, y al pago de las costas incluidas las de la acusación particular. Se reservan expresamente las acciones civiles a la perjudicada Ana María".

Por la representación del recurrente acusado D. Octavio se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Gijón, Sección Octava, que con fecha 26 de febrero de 2018 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"Que, DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Octavio contra la sentencia recaída en el Procedimiento Abreviado nº 150/2017 del Juzgado de lo Penal n.º uno de Gijón, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente dicha resolución. Se declaran de oficio las costas de esta apelación. Devuélvanse los autos a su procedencia con testimonio de la presente, que se notificará con instrucción de lo dispuesto en el artículo 248.4 de la L.O.P.J. ".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la representación del acusado **Octavio** , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **Octavio** , lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Motivo único.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción por indebida aplicación del artículo 403.1. del Código Penal , que no estaba vigente cuando se cometieron los hechos.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó que se estimase en el sentido expuesto en el mismo, dándose asimismo por instruida la representación de la Acusación Particular Dña. Ana María , quien impugnó el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 11 de junio de 2019, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Es objeto del presente recurso el interpuesto interpuesto por la representación procesal del Octavio , contra la sentencia dictada por la Sección nº 8 de la Audiencia Provincial de Asturias nº 41/2018, de fecha 26 de febrero de 2018 , en el recurso de Apelación Sentencias P.A. nº 243/2017, que confirmó la Sentencia dictada por el Juez del Juzgado de lo Penal nº 1 de Gijón nº 219/2017, de fecha 13 de septiembre de 2017 , que condenó al acusado como autor de un delito de intrusismo y otro de lesiones por imprudencia grave profesional previstos en los artículos 403.1 y 152.1.1º in fine del CP .

El recurrente fue condenado como autor criminalmente responsable de un delito de intrusismo y un delito de lesiones por imprudencia grave profesional, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias, a la pena de multa de dos mil ochocientos ochenta euros (180 días de arresto caso de impago) resultante de **multa de doce meses** con cuota día de ocho euros, por el primer delito; a la pena de seis meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de odontólogo o de la posibilidad de obtenerla durante el tiempo de un año y seis meses, por el segundo delito, y al pago de las costas incluidas las de la acusación particular. Se reservan expresamente las acciones civiles a la perjudicada Ana María .

SEGUNDO.- ÚNICO.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción por indebida aplicación del artículo 403.1 del Código Penal , que no estaba vigente cuando se cometieron los hechos.

El recurso se circunscribe solo a la condena por el delito de intrusismo dejando subsistente la relativa al delito de lesiones del art. 152.1.1º CP y se postula que se dicte sentencia por la que se le condene como autor de un delito de intrusismo del artículo 403 del Código Penal a la pena de multa de 1.440 € (MIL CUATROCIENTOS CUARENTA EUROS) (90 días de arresto caso de impago) resultante de multa de seis meses de cuota día de ocho euros, es decir, que se rebaje la condena de multa de 12 meses a la de 6 meses.

Análisis del tipo penal del delito de intrusismo.

Sobre el delito de intrusismo se ha pronunciado de forma reiterada esta Sala del Tribunal Supremo, como se va a exponer. No obstante lo cual, hay que señalar que este delito causa hoy en día un serio de daño al ejercicio controlado de las actividades profesionales que tienen secuenciado su respectivo radio de actuación en cada caso, y sin que se admitan intromisiones en ningún caso de aquellas personas que sin tener reconocida la habilitación correspondiente ejercen profesiones para las que no están reconocida su titulación habilitante, poniendo en serio peligro a los ciudadanos que contactan con "profesionales" que ejercen actividades para las que no están autorizados.

Se recuerda, también, a este respecto que el delito de intrusismo tipifica una conducta de naturaleza falsaria que justifica la inclusión del delito dentro del título XVIII dedicado a las falsedades. Eso no quiere decir que el bien jurídico protegido coincida plenamente con la protección de tráfico fiduciario, bien jurídico del título, tratándose más bien de proteger el cumplimiento de los requisitos y presupuestos exigidos por la Administración Pública para ejercer una determinada profesión. Además, otros intereses resultan salvaguardados, como la garantía del ciudadano de la condición de profesional de quien ejerce una profesión. Y hay que incidir, asimismo, en que se trata de proteger a la ciudadanía de aquellas personas que, sin título habilitante, ni cualificación suficiente, ejercen una actividad profesional para la que no están habilitados.

Puede, con ello, asegurarse que los intereses que se protegen son de tres tipos:

- El privado de quien recibe la prestación profesional del intruso.
- El del grupo profesional.
- El del público.

Así, debe destacarse que es necesario que el ejercicio de ciertas profesiones sólo pueda ser desarrollada por personas idóneas para ello. Y esa idoneidad es asegurada por el Estado, que es el único que puede otorgar los títulos necesarios para el ejercicio de las mismas, con lo que la idoneidad conformada por el título académico y oficial constituye y contribuye a la presunción de la idoneidad, aunque, como es lógico, no al aseguramiento de la misma. Pero ello nos lleva ya al campo de la impericia, o falta de formación continuada determinante de una conducta imprudente. La ausencia de formación suficiente nos llevaría a temas del mal ejercicio entre los "habilitados", pero ello lleva otro tipo de sanciones, no la pena de intrusismo, aunque no se puede negar el grave daño que ello causa, también, al ciudadano que recibe la prestación profesional, no de un intruso, sino de un "habilitado no preparado ni formado para ese ejercicio profesional", lo que llevará las propias sanciones de su colegio profesional, o, en su caso, las penales por imprudencia profesional, o las civiles por responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC .



En consecuencia, la presunción de aptitud e idoneidad lo da la titulación, que se erige como requisito administrativo, sin el cual, si se ejerce una actividad profesional sin el título resulta un ilícito penal con independencia del resultado, o de la aptitud y actitud para la actividad, ya que ello entra en otro terreno distinto, al no tratarse de una buena o mala praxis profesional, sino del ejercicio profesional "sin habilitación" como presupuesto administrativo cuyo incumplimiento es un ilícito penal. Y ello, porque recordemos que estamos ante un delito de mera actividad y que requiere del ejercicio de esa actividad profesional, aunque se hubiera tratado de un solo acto, ya que no se exige la habitualidad para delinquir en el apartado 1º, al menos, del art. 403 CP, con independencia de que esta presunción se desprenda del apartado 2º.

Como apunta la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 407/2005, de 23 de Marzo, en este punto hay que incidir en que debe prevalecer el interés colectivo de que ciertas profesiones sólo las ejerzan aquellas personas que están debidamente capacitadas por la Administración Pública, en atención a la superior naturaleza de los bienes jurídicos que pueden quedar afectados por los actos propios de tales profesiones: vida, integridad corporal, libertad y seguridad, etc.

Resulta interesante destacar, por otro lado, que se ha hablado de una apuesta por el liberalismo de las profesionales en aras a hacer desaparecer este tipo penal, lo que puede conllevar una crisis en los mecanismos de protección frente a conductas imprudentes que están detrás de estas actuaciones no habilitadas por **titulación suficiente**.

No quiere decirse con ello, sin embargo, que la titulación garantiza, siempre y en cualquier caso, la correcta función y desempeño del servicio o actividad profesional, pero, al menos, quien dispone de la titulación exigida en cada caso, académica u oficial, cumple con el presupuesto administrativo habilitante, aunque podría, luego, por falta de formación continuada incurrir en la negligencia profesional. Pero estaríamos ya en otro arco de infracción por imprudencia, frente al actual, que lo es por la contravención, como conducta antijurídica que se encuentra penada por la ley, en este caso en el art. 403 CP, por sancionar la conducta del ejercicio profesional concreto y determinado absolutamente al margen de la norma administrativa que permite ejercer esa concreta actividad profesional en cada caso.

Hay que recordar que el delito de intrusismo solo castiga la intromisión ilegítima en una profesión, pero no la impericia, por lo que es posible emplear las normas concursales aplicando el mencionado delito más la correspondiente agravante de imprudencia profesional por el resultado producido si desconoce o aplica incorrectamente los deberes de la profesión.

En consecuencia, puede asegurarse que el propio sistema huye de una desregulación del ejercicio de las actividades profesionales y apuesta por el ejercicio de un control administrativo, que en algunos casos se lleva a cabo por los Colegios profesionales, como símbolo de la garantía en la cualificación, preparación y formación que se exige en el ejercicio de algunas actividades profesionales.

Además, se suele añadir, que, consecuencia del establecimiento normativo de determinados requisitos para la incorporación al mercado profesional, el legislador cierra el sistema conminando con sanción penal a aquellos que incumplen alguna de las exigencias establecidas: concretamente, la relativa a poseer el título (académico u oficial), único instrumento esencial para el ejercicio de las denominadas profesiones reguladas, lo que conlleva a la apuesta por la regulación de las profesiones, y la sanción penal por el ejercicio de éstas sin título académico u oficial, según el caso.

Señala, a este respecto, la doctrina que la esencia del ilícito penal de intrusismo ha de centrarse en la realización indebida de "actos propios de una profesión" sin contar con la titulación adecuada. De ahí que la jurisprudencia se haya mostrado uniforme en descartar todo reconocimiento de autoría cuando, pese a las apariencias, ficciones e, incluso, exteriorizadas atribuciones, la relación de actos reflejada no pueda identificarse como de específicas muestras de una profesión u oficio.

Con respecto a la mención de la expresión de *actos propios de una profesión* a la que se refiere el tipo penal en el inciso 1º del art. 403.1 CP hay que destacar los siguientes aspectos de relevancia:

a.- Han de ser los pertenecientes a una profesión reglamentada. Tanto de forma exclusiva como compartida. La doctrina refiere al respecto que se trata de un elemento normativo del tipo que ha de llenarse de contenido atendiendo a las atribuciones que corresponden de manera excluyente y exclusiva al ejercicio de una determinada profesión, lo que significa que hemos de acudir a la normativa específica de la profesión afectada, donde se determinan las atribuciones y los actos propios de ella. De esta forma, se hace necesario, en primer lugar, atender a la normativa administrativa, nacional e internacional, donde se determinan los actos propios de cada profesión y, en segundo lugar, a la reglamentación de los Colegios profesionales.

b.- En todo caso, es indiferente que tales actos sean onerosos o gratuitos.



- c.- Y que sean uno o varios, porque el delito es único, sin que se admita la continuidad delictiva.
- d.- "Acto propio de una profesión" es aquél que específicamente está atribuido a unos profesionales concretos **con terminante exclusión de las demás personas**.
- e.- Si, además, se postula aplicar la agravante del art. 403.2 CP de acuerdo con la dicción literal del precepto, es necesario que se realice la conducta típica de cualquiera de las dos modalidades del tipo básico y, **además**, se produzca la atribución pública de la cualidad de profesional. Con respecto a esta "atribución" hay que apuntar que "atribuirse la cualidad de profesional" equivale a arrogarse tal cualidad en virtud de una actuación positiva capaz de determinar un error en la sociedad. Además, se incide por la doctrina en que la atribución sea pública significa que se haga de forma que pueda ser conocida por el público en general, y, en particular, por los potenciales usuarios del servicio profesional que usurpa el intruso. No es preciso que dicho anuncio consista en una referencia personal al sujeto activo, bastando con que contenga la indicación genérica de la profesión, si es conocida por el común de la sociedad lo que aquella significa u ofrece, o la asistencia que se presta.
- f.- Solo las personas que por haber adquirido los conocimientos y superado ciertas pruebas obtuvieron un título de la clase exigida están autorizados por el ordenamiento jurídico para la realización de actos de esa profesión.
- g.- La mencionada exclusividad no tiene que predicarse siempre de cada clase de titulación, por ejemplo, en el parentesco en algunas ciencias.
- h.- El acto propio ha de estar en relación directa con el título académico que, a su vez, debe atribuir la exclusividad de su realización. Por ello, queda extramuros del derecho penal con respecto a actos para cuya ejecución no se requiere expresamente de título académico (SSTC (130/97, 15 de Julio y 219//97, 4 de diciembre).

Con respecto a la exigencia del "**ejercicio de un acto propio de una profesión**", añadir que esta mención nos lleva a 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 totalmente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta. Y ello, a su vez, nos lleva al incuestionable carácter jurídico de los elementos tales como "título oficial", o que "habilite legalmente para su ejercicio", "actos propios de una profesión", destacando que el régimen de las profesiones tituladas son los que han de servir de complemento interpretativo al mismo se estructura 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 Constitución Española 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.

En relación a la mención de "**título**" destaca la doctrina que **Título académico** (art. 403.1 1º inciso) es el que se obtiene después de completar un ciclo de estudios universitarios. Por su parte, título oficial o profesional es el que se exige para el desempeño de una profesión, sin que se requiera para su obtención, necesariamente, la realización de estudios superiores específicos, aunque sí se establecen unas condiciones entre las que suelen aparecer la superación de unas pruebas de aptitud y una determinada titulación académica. Pero se insiste con acierto en que ha de tenerse en cuenta que la protección ofrecida por el art. 403 se extiende a cualquier profesión cuyo ejercicio precise de la posesión de un título que garantiza una previa formación académica.

En cuanto al **Título oficial** (art. 403.1 2º inciso) hay que recurrir a preceptos extrapenales de naturaleza administrativa que describirán los presupuestos o exigencias para la obtención de ese título y los actos que están permitidos realizar Hay que incidir en que el propio precepto exige en este punto que:

- a.- La actividad profesional desarrollada exija título oficial
- b.- Y que éste acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para el ejercicio de la profesión. Por ejemplo, que la Ley exija la concesión del título y ello conlleve a sus tenedores la exclusividad para realizar la actividad de que se trata, y, al mismo tiempo, que esa actividad, por su importancia y trascendencia, exija tal grado de especialidad y conocimientos que su ejercicio por no titulado suponga, en consonancia con el bien jurídico, un peligro para los componentes de la colectividad. (Por ejemplo, en el caso de odontólogos. SSTS 13 Junio 1990 ; 5 de Febrero de 1993 , 1612/2002, de 1 de abril).

Por último, señalar como características de este tipo penal que:

- 1.-El delito se consuma con la simple realización de un solo acto propio de la profesión, sin que sea necesaria la habitualidad o repetición de actos.
- 2.- Es un delito de mera actividad que no exige resultado alguno.



3.- No está prevista la comisión imprudente. Es un delito doloso que requiere el conocimiento de que el acto que realiza pertenece al ámbito de determinada profesión y de que carece del título que habilita para su ejercicio.

4.- Se trata de un precepto penal en blanco, en cuanto deberá acudir a la normativa legal y reglamentaria que regule el ejercicio de cada profesión. Es decir, debe ser integrado con las normas extrapenales reguladoras de la actividad profesional de que se trate.

5.- El tipo penal no exige la habitualidad, entendiéndose como suficiente con un acto único y global de la profesión, y que la expresión "actos propios" no impide esta interpretación.

6.- No exonera de culpa que la prestación del servicio se haga correctamente. El tipo penal se comete por carecer de título habilitante, no por mala praxis profesional.

7.- El tipo parte de "la carencia de título", no de otras contravenciones relacionadas con la forma de su ejercicio si tiene título en base a la intervención mínima del derecho penal-

Pues bien, desarrollamos, a continuación, las resoluciones que resumen la doctrina aplicable y los presupuestos o requisitos de aplicación del tipo penal.

Así, esta Sala ha tratado el delito de intrusismo en varias sentencias, entre las que se destacan:

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 29 Sep. 2000, Rec. 3525/1998 (Realización de labores de odontólogos y estomatólogos por protésico dental).

"La sentencia impugnada razona la existencia de delito del art. 403, párrafo primero, inciso primero, en que los odontólogos y estomatólogos "son los únicos que tienen capacidad profesional para realizar el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades bucales, siendo la función de los protésicos dentales elaborar y fabricar prótesis conforme a las indicaciones de los estomatólogos u odontólogos, debiendo además someter su trabajo a la aprobación final de dichos profesionales, que tienen conocimientos especializados y superiores a los que son propios de la técnica del protésico"; pese a ello la acusada careciendo de la titulación académica y legal necesaria, pues solo posee los diplomas de higienista y protésico dental, realizó actos propios de una titulación superior, entre otros, exámen bucal con diagnóstico y presupuesto y confeccionar y colocar una dentadura a alguien que no había ido antes a ningún dentista, como manifestaron los interesados en el plenario, teniendo en su clínica el instrumental propio de la función de odontólogo y estomatólogo.

El tipo objetivo del delito de intrusismo del art. 403 del C.P ., inciso primero del párrafo 1º, por el que fue condenada la recurrente, se integra por dos elementos

a) uno material de 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 la acusada evidentemente carecía, sin que se haya planteado en este recurso, si la renovada tipicidad del art. 403 del C.P . vigente con respecto al del art. 321 del C.P . derogado – declarado inconstitucional por STC 111/93, de 25 Mar .- ha supuesto introducir, en el art. 403, una doble modalidad de intrusismo, integrantes de dos tipos penales: una, más grave, que comprende el ejercicio de actos sin tener título académico, como sucede en el caso aquí enjuiciado, y otra, de menor intensidad punitiva, cuando la carencia es de título oficial.

El elemento subjetivo consiste en la conciencia y voluntad de la realización indebida de actos para los que no se tiene el título necesario.

Como **delito formal y de mera actividad se consuma, salvo casos muy excepcionales, con la realización de un solo acto de la profesión invadida** con lo que padecen, por su carácter pluriofensivo, el interés privado del que recibe la prestación del intruso, los intereses de toda índole del grupo profesional afectado y, sobre todo, el interés público de la sociedad de que sean idóneas las personas que ejercen determinadas profesiones y, en definitiva, el Estado que tiene la potestad de otorgar los títulos correspondientes que es, en rigor, el bien jurídico protegido como estableciera la sentencia de esta Sala de 3 Mar. 1997 "

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 407/2005 de 23 Mar. 2005, Rec. 2301/2003 . Ejercicio de actos propios de una profesión sin título académico u oficial. Delito de mera actividad que se consuma sin necesidad de un resultado perjudicial para los intereses del sujeto pasivo.

"La superior naturaleza que existe en proteger el interés colectivo de que ciertas profesiones sólo la ejerzan aquellas personas que están debidamente capacitadas por la Administración Pública en atención a la superior naturaleza de los bienes jurídicos que pueden quedar afectados por los actos propios de tales profesiones: vida, integridad corporal, libertad y seguridad, etc.



Por ello, ya la STS de 5 de febrero de 1993 declaró que **el fin de este delito no es la defensa de unos intereses de grupos corporativos, de lo que cuestionaría su protección penal desde el principio de mínima intervención, sino más bien, el interés público que exige que ciertas actividades sólo sean ejercitadas por quienes ostentan la debida capacitación.**

A la hora de tipificar el intrusismo –siendo la primera vez que aparece este término aparece en la rúbrica de un Código Penal–, el vigente Código Penal distingue estas tres situaciones:

- a) 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 . (actual 403.1 2º inciso).
- b) El **ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico que constituye el tipo básico** , (actual art. 403.1 1º inciso) 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.
- c) (actual art. 403.2 CP) 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 y su ejercicio en local abierto al público.**

La conducta nuclear se vertebra por dos notas:

- 1.- Una positiva: el ejercicio de actos propios de profesión,
- 2.- 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.

Por "acto propio" debe entenderse aquel o aquellos que forman parte de la actividad profesional amparado por el título y que por eso mismo exigen una *lex artis* o específica capacitación. Se trata de un precepto en blanco que debe ser completado con normas extrapenales, generalmente pertenecientes al orden administrativo y que están directamente relacionados con la esencia del quehacer profesional de la actividad concernida – SSTS de 18 de mayo de 1979 , 22 de abril de 1980 , 27 de abril de 1989 , 30 de abril de 1994 y 41/2002 de 22 de enero .--.

En todo caso, desde la perspectiva de la consumación, además de lo ya dicho sobre la naturaleza de delito de mera actividad y riesgo, hay que añadir que la acción típica ya viene descrita en plural "actos propios", por lo que no se necesita una reiteración de actos basta uno sólo, pero si son varios los actos no existe una continuidad delictiva sino un sólo delito de ejercicio de actos propios de una profesión se está en presencia de un plural descriptivo que se reconduce a la unidad delictiva como ocurre con el art. 368 "... los que ejecuten actos..." -- SSTS de 29 de septiembre de 2000 , 2066/2001 de 12 de noviembre y 41/2002 de 22 de enero --.

El hecho probado: Es obvio que la prescripción de medicamentos los que incluso tenía en su despacho, la confección de diagnósticos y la prescripción de tratamientos son actos inequívocamente propios de la profesión médica, que exige para su ejercicio la correspondiente titulación académica.

En la medida que el recurrente efectuó tales actos médicos sin estar en posesión de la titulación correspondiente, dio vida a los dos elementos que vertebran el delito de intrusismo, tipo básico por el que ha sido condenado, del art. 403.1º del Código Penal .

La alegación de que se trata de medicina alternativa, situada extramuros de la medicina convencional que se enseña en las Universidades, debe ser tajantemente rechazada, no puede ser admitida.

Ciertamente que en relación al ejercicio de la acupuntura, a la medicina naturista o a la reflexoterapia o rayos láser en cuanto pertenecen a la gama que pudiera calificarse de "medicina alternativa", denominación con la que se designan aquellas prácticas sanitarias que por no estar fundadas en un método científico experimental, ni se enseñan en las facultades de Medicina ni se encuentran comprendidas entre las especialidades médicas para cuyo ejercicio se requiera título, el ejercicio de estas actividades por quien no tenga la condición de médico, tiene declarado esta Sala que no puede constituir ni dar vida al delito de intrusismo por falta de elemento de los "actos propios" en el sentido antes citado – STS de 4 de julio de 1991 –, pero ya se cuida la STS de 19 de junio de 1989 que "... si el que ejecuta cualquiera de estas técnicas, antes de aplicarlas, practica exploraciones o reconocimientos clínicos, diagnóstico, pronóstico y decide una terapia determinada está



incidiendo las funciones de la Medicina...", incurriendo su conducta en el art. 321 del CP de 1973, equivalente al actual 403.1º CP .

En el caso de autos, el recurrente, como ya se ha dicho no se limitó a efectuar meras prácticas de ejecución de lo ordenado en sede médica, sino que por sí y ante sí: a) recetó y en ocasiones inyectó medicamentos que exigen prescripción facultativa; b) efectuó diagnóstico; y c) ordenó "tratamientos" y "terapias" acordando el cese de las que ya tenían los pacientes que atendían en los términos expresados, actos todos que constituyen "actos propios" de la condición de médico.

En este escenario, es irrelevante que el recurrente no se arrogase el título de médico --de hacerlo hubiera incurrido en la figura agravada del art. 403.2º--, o que los pacientes supieran que no era médico o en el sentido académico del término. Lo relevante penalmente es la actuación de una praxis propia de un médico, aunque no se atribuye a tal condición ni hubiera engaño al respecto entre los pacientes. Consta en los autos que ellos conocían la "especialidad" en Biocibernética cuántica holográfica y medicina neuro-focal, y, qué duda cabe que desde ese conocimiento se sometieron y aceptaron los tratamientos propuestos como efecto reflejo de la esperanza en una curación de sus dolencias. No hay que olvidar, que en la relación médico-enfermo la confianza de éste en aquél reviste un valor indiscutible incluso con valor terapéutico, dado el evidente desequilibrio que existe en ambos, y que en base a esa confianza el paciente se pone -- literalmente-- en manos de aquél. Aquí esto es bien patente si se tiene en cuenta que los pacientes llegaron a aceptar sumisamente el sorprendente, doloroso y arbitrario método de extracción de las piezas dentarias con un consentimiento claramente viciado por la confianza que les transmitía el recurrente."

3.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 41/2002 de 22 Ene. 2002, Rec. 4466/1999 . Basta la realización de un solo acto de la profesión invadida. Constitución de una asesoría jurídica por quienes no eran abogados. La recepción por éstos de cantidades económicas en concepto de provisión de fondos supone la realización de actos propios de la profesión de abogado, para la que no estaban habilitados.

"El bien jurídico protegido por el tipo penal caracterizado por su carácter pluriofensivo:

- 1.- Ofende al perjudicado, que ve lesionado su derecho por la actividad del intruso;
- 2.- A la corporación profesional a la que afecta la conducta intrusa; y
- 3.- 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. Ésta requiere, de una parte, la realización de actos propios de una profesión, y de otro, por quien no está en posesión del necesario título académico que permita su realización. Se entiende por actos propios de una profesión aquellos que específicamente están reservados a una profesión quedando excluidas de su realización aquellas personas que carezcan de la titulación precisa. Tal determinación de funciones deberá ser realizada desde una perspectiva objetiva de valoración social.

Desde la perspectiva expuesta, la realización por los acusados de la constitución de una sociedad con finalidad de asesoría jurídica recibiendo encargos de reclamaciones judiciales de cobro de pensión y de desahucio, con recepción de cantidades económicas en concepto de provisión de fondos, supone la realización de actos propios de la profesión de abogado para la que los dos acusados por este delito, no estaban habilitados. El que esa conducta integra, al tiempo, parte del artificio del engaño típico de la estafa, no altera la subsunción en el delito de estafa. "

4.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1045/2011 de 14 Oct. 2011, Rec. 10365/2011 . Atribución pública de la cualidad profesional amparada por el título.

"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 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.**

...

Respecto a la concurrencia de la agravación del art. 403.2 CP :

a.-El verbo nuclear de la conducta es el de **atribuir**.

b.- **La atribución ha de ser pública** .

c.- Ha de hacerse de la cualidad de profesional amparada por el título referido.

d.- Todo lo precedente, la atribución pública por el acusado de la cualidad de profesional amparada por el título señalado, necesita, en razón del adverbio **además que se ejerzan actos propios de la cualidad profesional** . De forma que **si no se comete la infracción recogida en el apartado 1º no es posible la comisión de ese subtipo agravado , y la simple asignación personal de la cualidad profesional, sin actos propios de la misma, no configura esta tipología "**

Respecto de la agravación del apartado 2º recordar que la atribución pública de una profesión la realiza quien de manera manifiesta se presenta ante los demás como miembro de la misma.

5.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 648/2013 de 18 Jul. 2013, Rec. 2168/2012 . Referencia a la doctrina del TC.

"La sobreabundante doctrina del Tribunal Constitucional sobre el delito de intrusismo definido en el art. 321 1º del anterior Código Penal , sentada en la STC 111/1993, de 25 de marzo , y seguida por numerosas resoluciones que aplicaron la misma doctrina (SSTC 131/1993 , 132/1993 , 133/1993 , 134/1993 , 135/1993 , 136/1993 , 137/1993 , 138/1993 , 139/1993 y 140/1993, todas de 19 de abril ; 200/1993 y 201/1993, ambas de 14 de junio ; 215/1993, de 28 de junio ; 222/1993 y 223/1993, de 30 de junio ; 240/1993 y 241/1993, de 12 de julio ; 248/1993 , 249/1993 y 250/1993, todas ellas de 19 de julio ; 260/1993, de 20 de julio ; 277/1993, de 20 de septiembre ; 295/1993, de 18 de octubre ; 339/1993, de 15 de noviembre ; 348/1993, de 22 de noviembre ; 123/1994, de 25 de abril ; 239/1994, de 20 de julio , 274/1994, de 17 de octubre , etc), estimó que el término "título oficial" a que se refería el art. 321.1 CP no podía ser entendido sino como "título académico oficial".

Por ello la interpretación de dicho artículo que admitía la sanción como delito de intrusismo de injerencias en profesiones que exigiesen "título oficial", como decía el artículo, pero no "título académico oficial", vulneraba frontalmente el principio de legalidad penal y constituía un caso de extensión "in malam partem" del alcance del tipo a supuestos que no podían considerarse incluidos en él.

Esta doctrina se apoyaba básicamente en la forma en que se gestó la referida norma. Fue introducida en la revisión del Código Penal operada por Decreto de 24 enero de 1963, en virtud de la autorización conferida a tal efecto por la Ley de Bases 79/1961 de 23 diciembre y, en concreto, por su base 5ª, que expresaba que el art. 321 sería 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, ejercieran actos propios de una profesión, carrera o especialidad que requiera título académico oficial o reconocido por las Leyes del Estado o los Convenios Internacionales".

De este precedente deduce el Tribunal Constitucional, con buen criterio, que, al omitirse en la redacción definitiva del art. 321 1º el calificativo de "académico" que en la base 5ª se unía indisolublemente al "título" cuya falta de posesión quería sancionarse, el precepto no respondía estrictamente al mandato establecido en



la Ley de Bases . Teniendo en cuenta el superior rango normativo de esta Ley, el art. 321 1º necesariamente tenía que quedar limitado a sancionar la realización de actos propios de una profesión cuyo ejercicio requiriese estar en posesión de un "título académico" y no solo de un título oficial.

Desde esta perspectiva el problema se encontraría resuelto con la redacción del art. 403 del nuevo Código Penal , pues dado el rango normativo y el origen directamente parlamentario de este nuevo texto, el legislador ha podido, con plena libertad, extender la protección penal del delito de intrusismo más allá de la injerencia en profesiones cuyo ejercicio requiere titulación académica, al no encontrarse ya limitado por el texto de la referida Ley de Bases. No habría, pues, vulneración del principio de legalidad por la aplicación del art. 403 párrafo primero inciso segundo del Código Penal de 1995 a la sanción penal de actividades desarrolladas con injerencia en el ámbito propio de una profesión por quienes no estuvieren en posesión del título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, aun cuando dicho título no fuese académico.

Pero la cuestión no resulta tan sencilla porque el Tribunal Constitucional, al analizar este problema, no se limitó a apreciar la vulneración del principio de legalidad en función de la extralimitación del art. 321 1º del anterior Código Penal respecto de la Ley de Bases, sino que, con pretensión de generalidad, también declaró contrario al principio constitucional de proporcionalidad entre el injusto y la pena, en relación con el reconocimiento a la libre elección de profesión u oficio que establece el art. 35 de la Constitución , dispensar la intensa protección penal del art. 321 del Código Penal de 1973 frente a injerencias en profesiones que, precisamente por no requerir un título académico oficial, no afectan a bienes jurídicos de la máxima relevancia constitucional -como son la vida, la integridad corporal, la libertad y la seguridad- , pues en tales casos estima que "bastaría con la mera imposición de una sanción administrativa" (STC 111/1993).

En la misma resolución y en otras posteriores hasta las recientes STC 142/1999, de 22 de julio y STC 174/2000 de 26 de junio , el Tribunal Constitucional, que en esta materia de intrusismo ha mostrado una posición muy activa, ha entrado también en la interpretación, más bien de legislación ordinaria, de lo que debe entenderse en cada caso por "título académico".

A estos efectos ha declarado que "lo verdaderamente relevante a efectos constitucionales no es si la profesión exige como uno más de entre los requisitos necesarios para ejercerla el disponer de un título universitario, sino si el título en sí de la profesión de que se trate es un título académico, para cuya obtención sea preciso haber superado estudios superiores específicos y que sea expedido por una autoridad académica".

Esta posición ha sido doctrinalmente criticada.

De un lado no parece sencillo hallar en la Constitución un sustento directo de este monopolio de las autoridades académicas, en detrimento de las competencias de otros organismos públicos, para la expedición de títulos profesionales merecedores de tutela penal. Máxime en la actual sociedad de riesgo en la que existen numerosas fuentes de peligro que requieren un control profesional riguroso, ejercido por profesionales acreditados públicamente, pero no necesariamente por vía académica.

De otro la experiencia acredita que ni todas las profesiones ejercidas con título académico afectan a bienes jurídicos de la máxima relevancia constitucional -como son la vida, la integridad corporal, la libertad y la seguridad - ni es difícil encontrar profesiones que requieren un título oficial, no académico, cuyo correcto ejercicio si afecta de modo relevante a dichos bienes, pensemos por ejemplo en los controladores aéreos o los pilotos de líneas comerciales.

La referida doctrina constitucional determinó, en cualquier caso, que, tras la publicación del Código Penal de 1995 en el que el legislador diseñó expresamente un tipo penal atenuado para sancionar el intrusismo en profesiones requeridas de título oficial, no académico, subsistiese la duda sobre la concurrencia en el nuevo art. 403 párrafo primero inciso segundo de un vicio de inconstitucionalidad por afectación al principio de proporcionalidad. Ello ha llevado a la doctrina y a la práctica jurisdiccional a esperar expectantes los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre esta materia, posteriores a la publicación del Nuevo Código. Cabe imaginar que la nueva protección penal, menos intensa que la del art. 321 1º del CP 73 (pena atenuada de multa frente a la pena de prisión menor del texto legal anterior) y dotada de una cobertura legislativa renovada, pudiera superar la objeción de falta de proporcionalidad, al menos respecto de aquellas profesiones cuyo ejercicio sin el título oficial que acredite la capacitación pudiese afectar a bienes jurídicos de la máxima relevancia constitucional .

Aun cuando el Tribunal Constitucional ha continuado dictando sentencias sobre la materia con posterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1995 (SSTC 130/1997, de 15 de julio , 219/1997, de 4 de diciembre , o 142/1999, de 22 de julio), en ellas se ha limitado a reiterar de forma prácticamente literal su doctrina anterior, sin referirse en absoluto a la modificación operada por vía legislativa. Ello ha sido posible porque estas



resoluciones, en las que por lo general se concedía el amparo, se referían a supuestos en los que se había hecho aplicación del Código Penal anterior.

En la STC 174/2000 de 26 de junio, el Tribunal Constitucional se enfrentó a un recurso de amparo en el que la condena por intrusismo se había dictado ya conforme al nuevo Código, pero aplicando el inciso primero (título académico) a una profesión que en realidad solo requería título oficial. El Tribunal Constitucional reiteró su doctrina tradicional sin referencia alguna a la influencia sobre la misma de la modificación operada por el nuevo texto penal aplicado. En consecuencia, no se pronunció sobre la eventual constitucionalidad del inciso segundo o sobre el hecho de que, al menos desde la perspectiva del principio de legalidad, existía una nueva cobertura para la sanción penal de estas conductas".

6.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 934/2006 de 29 Sep. 2006, Rec. 146/2006 . Asesoramiento administrativo que no constituye un acto exclusivo de la profesión de abogado.

"A pesar del amplio contenido del art. 9.1 del Estatuto General de la Abogacía (aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio), que atribuye la cualidad de Abogados a quienes incorporados a un Colegio en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados, y aunque la acusada -según lo más arriba expuesto- "asesorara" a sus víctimas, tal asesoramiento no constituye un acto exclusivo de la profesión de Abogado. Piénsese que el objeto del mismo se desarrollaba en el plano meramente administrativo, y nunca en el judicial (a la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos se refiere el art. 542 LOPJ), siendo la referencia fáctica efectuada a los trámites de apelación o recurso, descriptiva, no de un seguimiento real de un procedimiento, sino constitutiva de una mera alegación más de la acusada en el iter seguido por la misma para la defraudación de sus víctimas.

Por otra parte, la "determinación de funciones" deberá ser realizada desde una perspectiva objetiva de valoración social, según la jurisprudencia que antes citábamos. Siendo así, debe tenerse presente que cualquier ciudadano es susceptible de recibir a diario consejos (médicos, sanitarios, de rehabilitación, construcción o reparación de aparatos de todo tipo o de viviendas), que propiamente solamente deberían darlos profesionales cualificados, y no por ello alcanza tal hecho el desvalor social capaz de merecer una sanción penal.

En el plano jurídico, la implicación o la proyección de la persona y de sus múltiples facetas en el mundo del Derecho le hace susceptible de recibir consejos de tal orden en muy diversos planos (mercantil, bancario, bursátil; tributario, laboral y relacionado con la Seguridad Social), sin que se tenga que llegar a la tipicidad penal que debe quedar reservada para cuando lo que se ejecuta pertenece en exclusiva a una determinada profesión.

En relación con ello, la legislación sobre extranjería no exige la dirección letrada para la tramitación administrativa de permisos de residencia, reagrupación familiar o visados. Así la LO 4/2000, de 11 de enero de defensa de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su art. 20.2 prevé la audiencia del propio interesado, el art. 20.3 la legitimación de las organizaciones de defensa del inmigrante; y el art. 22 si prevé la asistencia letrada de oficio lo hace respecto de los procedimientos administrativos o judiciales que enumera, que son la denegación de la entrada, el acuerdo de expulsión o denegación de asilo, y respeto de los procesos en los que sea parte. Finalmente, la Disposición Adicional 3ª, prevé para las autorizaciones de residencia y trabajo y visados de estancia y residencia la intervención personal del interesado de su representante debidamente autorizado.

A su vez el Reglamento de la misma LO, aprobado por RD 2393/04, en sus arts. 42, 69, 73 y DA 4ª contempla la intervención personal del inmigrante admitiendo fórmulas de representación voluntaria.

Y tampoco la normativa por la que se rige la convalidación, obtención o renovación de los permisos para la conducción de vehículos de motor exige otra cosa que la intervención del propio interesado o de persona autorizada.

En nuestro caso, aparecer como abogado ante los perjudicados fue simplemente un elemento más del engaño propio de la estafa por la que también se condenó (Cfr. STS de 28-3-2003, nº 454/2003)."

7.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 2066/2001 de 12 Nov. 2001, Rec. 1531/1999 . Interpretación del tipo conforme a la doctrina constitucional.

"La aplicación del citado inciso 2.º del párrafo 1.º del art. 403 del Código Penal de 1995 debe aceptar que efectivamente el legislador de 1995 quiso ampliar el ámbito de lo punible en materia del delito de intrusismo, prohibiendo bajo pena la realización de determinadas actividades sin poseer título académico (inciso primero) u oficial (inciso segundo) y renovando con ello la configuración penal del tipo, respetándose con ello el mandato constitucional que sujeta a los jueces y Tribunales al "imperio de la Ley" (art. 117 CE).



Pero seguidamente ha de cumplirse asimismo el mandato contenido en el artículo 5.1 de la LOPJ e interpretar el nuevo tipo conforme a la doctrina constitucional, lo que significa:

a) Restringir la aplicación del tipo atenuado del inciso 2.º a supuestos en que el intrusismo se produzca en profesiones que requieran una especial capacitación de la que dependan bienes jurídicos de la máxima relevancia constitucional, como son la vida, la integridad corporal, la libertad y la seguridad (TC S 111/1993, de 25 Mar ., y concordantes);

b) Excluir radicalmente su aplicación en aquellas profesiones en las que ya existe pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional afirmando que no se observa en el ejercicio genérico de la misma un interés público esencial que en el juicio de proporcionalidad le haga merecedor de tan alto grado de protección como la dispensada a través del sistema penal de sanciones; esto excluye de la sanción penal el supuesto aquí enjuiciado de los agentes de la propiedad inmobiliaria, conforme a una reiteradísima doctrina constitucional, así como las funciones propias de los gestores administrativos conforme a las TC SS 130/1997, de 15 Jul ., 219/1997, de 4 Dic ., 142/1999, de 22 Jul . y 174/2000, de 26 Jun .;

c) Interpretar el precepto atendiendo esencialmente al bien jurídico protegido, la apariencia de verdad que poseen determinados títulos y que constituye mecanismo necesario y esencial para garantizar a los ciudadanos la capacitación de determinados profesionales. Bien jurídico de carácter colectivo y no individual, cuya lesión afecta a la sociedad y no a particulares intereses patrimoniales individuales o de grupo, como pueden ser los miembros de un colectivo profesional. Es el interés público el único que puede fundamentar y legitimar cualquier restricción penal al acceso a una profesión mediante la exigencia de un título oficial, académico o no."

Estimación del motivo:

Pues bien, centrada la doctrina jurisprudencial sobre el tipo penal por el que ha sido condenado el recurrente, hay que señalar que el objeto o razón del recurso tiene su razón de ser en una clara inconcreción temporal, -que es importante en este caso- respecto al momento en que se cometen los hechos, debido a que la LO 1/2015 fue la que elevó la pena en el tipo penal del art. 403 CP para incrementarla de la multa mínima de 6 meses a la multa mínima de 12 meses; es decir, se sujeta el debate a si está reconocido en los hechos probados que los hechos determinantes de la condena se cometen una vez entró en vigor la LO 1/2015.

Recordemos, a estos efectos, que el art. 403 CP anterior a la LO 1/2015 castigaba *al 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.

Tras la citada Ley se incrementa la pena mínima a la de 12 meses de multa que es la impuesta, pero en los hechos probados se apunta que la perjudicada *acudió* (al despacho del recurrente), *a finales del mes de abril de 2015, Ana María al haber sufrido la rotura de un puente dental de la parte superior de la boca*, es decir, antes de la elevación penológica citada.

Pero en modo alguno extiende en los hechos probados que una vez en vigor la LO 1/2015 se llevan a efectos tratamientos integradores de la condena por delito de intrusismo, -que no se cuestiona en el recurso su comisión-, y que fueron analizados en la sentencia que resolvió por la Audiencia Provincial el recurso de apelación contra la sentencia del juzgado de lo penal.

La cuestión es que se reconoce en la sentencia las fechas posteriores a la entrada en vigor de la LO1/2015, pero en los fundamentos de derecho, no en los hechos probados, donde en modo alguno se relaciona actuación concreta más allá del 1 de Julio de 2015. Y, sin embargo, en la fundamentación jurídica se relaciona que el acusado "le colocó el aparato la última semana de julio a petición de ella, reiterándolo en sucesivas ocasiones en el acto del juicio oral (ver grabación del juicio), donde resaltó que fue a finales de julio porque recuerda que iba a marcharse pronto de vacaciones".

Por ello, postula con acierto la fiscalía que *la última doctrina jurisprudencial de la sala Segunda del TS se pronuncia en el sentido de admitir ese complemento si se trata de datos fácticos que beneficien al reo (o afecten sólo a datos civiles o económicos). Pero su utilización contra reo ha sido proscrita por la jurisprudencia más reciente (en este sentido, SSTS 277/2018, de 8 de junio (caso Nóos), 520/2012, de 19 de junio y 52/2012, de 30 de enero, entre otras). Y eso es lo que ocurriría en el caso que es objeto de nuestra atención, que para aplicar el artículo 403 tras la reforma llevada a cabo por LO 1/2015, habría que completar los hechos probados con datos*



contenidos en la fundamentación jurídica, para así llegar a aplicar una ley que va en perjuicio del reo, en cuanto que agrava la pena prevista con anterioridad para el delito en cuestión, por el que ha sido condenado (de seis a doce meses multa, se pasa tras la reforma a una multa de doce a veinticuatro meses).

Por esa razón (dada la redacción de la sentencia y la doctrina jurisprudencial más reciente sobre el tema), mantenemos que se debe aplicar el artículo 403 en su versión anterior a la reforma operada por la LO 1/2015 ; y dado que el Juez de lo Penal le impuso la pena de multa en su cuantía mínima (doce meses con una cuota diaria de ocho euros), se le debe imponer asimismo la pena mínima de seis meses multa a razón de una cuota diaria de ocho euros por tal delito.

Y así, esta Sala ha fijado criterio de permitir la integración del concepto clave objeto de análisis que debería constar en los hechos probados, pero haciéndolo en los fundamentos de derecho, pero cuando lo sea en beneficio del reo, no cuando sea en contra de él. Y así, señalamos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 277/2018 de 8 Jun. 2018, Rec. 1206/2017 que:

"La jurisprudencia tradicional fue muy complaciente con esas deficiencias. Sostuvo insistentemente que las aseveraciones fácticas insertas en los fundamentos de derecho completaban el hecho probado. Esa doctrina ha sido objeto de revisión en los últimos años. Es así. Pero solo como garantía de las partes pasivas del proceso. Cuando lo reflejado en la fundamentación jurídica son datos fácticos que militan en beneficio del reo, han de admitirse y tenerse por probados, aunque lo correcto hubiese sido ubicarlos en el hecho probado. Un defecto formal, de sistemática en definitiva, de la sentencia no puede erigirse en impedimento para una absolución o la apreciación de una atenuante o eximente (campos estos últimos donde es relativamente habitual este error formal: se omite en el hecho probado, v.gr. la afectación mental o psíquica que solo aparecerá en el fundamento de derecho destinado a valorar si concurren circunstancias modificativas)".

Y en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 699/2018 de 8 Ene. 2019, Rec. 213/2018 se concreta que:

"La STS 643/2009, de 18 de junio reitera que limitarse a copiar la narración acusatoria añadiendo "sin que haya sido suficientemente probada" es práctica irregular y censurable: "...consecuentemente como señala en STS 772/2001, de 8-5 ...el vicio casacional denunciado aparece en este caso de forma tan clara que, incluso la argumentación complementaria puede parecer superflua, una vez que es evidente que la sentencia recurrida ha eludido toda consignación de hechos probados. Sin embargo, no hemos de renunciar -dado el aspecto pedagógico que la casación conlleva- a reseñar que esta Sala viene manteniendo la exigencia del relato de hechos probados para toda clase de sentencias, incluidas las absolutorias, al considerar como inadmisibles corruptelas las resoluciones de tal índole carentes de resultancia probatoria, sin que pueda suplirse esa omisión a través de datos fácticos contenidos en los fundamentos jurídicos.

... En su consecuencia, si no ofrece duda que la recurrida adolece de un vacío narrativo que incide de manera directa en la calificación jurídica de la conducta enjuiciada por más que la redacción de referencia que constituye la tesis histórica analizada intente suplantar la descripción que, en clave de constatación positiva, es la procedente de acuerdo con una adecuada ortodoxia jurisdiccional, ya que -como ya se ha apuntado en este caso- ni siquiera acudiendo al asumido expediente de la inadecuada ubicación de los elementos fácticos en la fundamentación jurídica es posible calificar de aceptable, la estructura silogística de la que es primera premisa el "factum" de toda sentencia dado que -según expresan las Sentencias de 19-10 y 4-12- 2000- la citada irregularidad en la confección de la sentencia desborda el ámbito de la mera deficiencia formal para configurar una resolución judicial en la que por prescindirse absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la Ley que previene el art. 238.3º L.O.P.J. , se sanciona con la nulidad de pleno derecho del acto judicial viciado de manera tan esencial, pues la radical e insubsanable omisión de los hechos probados que ordena el citado art. 142 LECrim , no sólo constituye un quebrantamiento de forma regulado en el art. 851.1 de la Ley Procesal , sino que, además, deja huérfana de contenido la fundamentación jurídica de la sentencia que siempre debe venir referida al relato histórico de los hechos, como presupuesto básico que es de la subsunción y del fallo. De este modo, la redacción de los hechos probados de la combatida permite afirmar la inexistencia de la premisa primera y fundamental sobre la que ha de establecerse el silogismo judicial que la sentencia representa".

En idéntico sentido puede traerse a colación la STS 331/2002, de 5 de junio : "Por otra parte esta inexistencia de verdadero relato fáctico impide el examen de la calificación jurídica que se efectúa en la sentencia sometida al posible control casacional, y del resto de los motivos articulados por la acusación particular, en especial el de infracción Ley, art. 849.1 LECrim ., toda vez que el objeto de un recurso de casación por tal motivo, consiste en comprobar la correcta o incorrecta aplicación de las normas penales a los hechos declarados probados, misión imposible de cumplir, cuando, como sucede aquí, tal resultancia fáctica no existe".



Es claro, con ello, que no se podía aplicar la tesis de la integración de los elementos fácticos que permitan la subsunción jurídica en el tipo penal por los hechos probados, y hacerlo por medio de la fundamentación jurídica para hacerlo en contra del reo. Y en el presente caso no podía obviarse que si la comisión de los hechos se comete, en parte, en periodo en el que ya había entrado en vigor la LO 1/2015, ello debió tener fiel reflejo en los hechos probados, y no en la fundamentación jurídica, porque era determinante de la imposición de la pena de multa en los seis meses o en los doce meses, por lo que no se podía llevar a cabo ese proceso de integración de los hechos probados, por la ausencia del dato clave, operando en perjuicio del reo.

Por ello, debe estimarse el recurso e imponer la pena en la postulada de seis meses de multa a razón de 8 euros/día y 90 días de arresto en caso de impago, manteniendo el resto de la condena no afectado por el recurso.

El motivo se estima.

TERCERO.- Estimándose el recurso, las costas se imponen de oficio.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DECLARAR HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado Octavio ; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Gijón, Sección Octava, de fecha 13 de septiembre de 2017, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el citado acusado contra la sentencia recaída en el Procedimiento Abreviado nº 150/2017 del Juzgado de lo Penal nº uno de Gijón, confirmando íntegramente dicha resolución. Se declaran de oficio las costas procesales. Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 1036/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo Garcia

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 20 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el rollo de Sala nº 243/2017, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 150/2017, del Juzgado de lo Penal nº Uno de Gijón, seguido por delito de intrusismo y delito de lesiones por imprudencia grave profesional, habiendo sido recurrido el fallo en apelación ante la Audiencia Provincial de Gijón, Sección Octava, por el acusado Octavio , con D.N.I. nº NUM002 y con domicilio en CALLE000 nº NUM000 , NUM001 Gijón, habiéndose dictado sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 26 de febrero de 2018 , que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, haciendo constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con nuestra Sentencia Casacional debemos condenar al acusado, como autor criminalmente responsable de un delito tipificado en el art. 403 CP e imponer la pena en la postulada de seis meses de multa a razón de 8 euros/día y 90 días de arresto en caso de impago, manteniendo el resto de la condena no afectado por el recurso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos condenar y condenamos a Octavio como autor criminalmente responsable de un delito tipificado en el art. 403 CP e imponer la pena en la postulada de seis meses de multa a razón de 8 euros/día y 90 días de arresto en caso de impago, manteniendo el resto de la condena no afectado por el recurso sin costas en esta instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer

Vicente Magro Servet Susana Polo Garcia

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDO