DOCUMENTO JURÍDICO · INFORME DE REFERENCIA

El tratamiento penal del intrusismo

Análisis jurídico del intrusismo profesional

01 MARCO PENAL Y DELIMITACIÓN PROFESIONAL

JOSÉ MARÍA SUÁREZ LÓPEZ

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Granada

DOCUMENTO FACILITADO PARA CONSULTA

APENB

Asociación Profesional Española de Naturopatía y Bioterapias

EL TRATAMIENTO PENAL DEL INTRUSISMO

José María Suárez López.

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Granada.

SUMARIO:

I. Cuestiones previas.
II. Bien jurídico protegido.
III. Tipo básico.
IV. Tipo atenuado.
V. Tipo cualificado.
VI. La falta de intrusismo.
VII. Conclusiones.

I. CUESTIONES PREVIAS.

El delito de intrusismo está incriminado en el art. 403 del Código Penal[1]. Se trata de una figura compleja con una ubicación más que discutible y de la que se puede cuestionar, en lo que a los tipos básicos y privilegiados se refiere, su tipificación penal en clave de intervención mínima[2]. Consiste, como apunta MORILLAS CUEVA, en «el ejercicio de una actividad profesional por persona que no se halla autorizada para ello por no tener capacitación ni titulación adecuada»[3]. Como dice QUINTERO OLIVARES el intrusismo tiene su esencia ilícita en «la invasión competencial que por razones de conocimientos específicos el sistema jurídico y técnico ha reservado a un número de personas, de manera tal que quienes no posean esa precisa condición carecen de legitimación para realizar esas actuaciones o trabajos»[4]. A este delito se debe añadir, para tener una visión completa sobre el tratamiento penal del intrusismo, la falta del art. 637.

---

1 Afirma el art. 403 del Código Penal que: «El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, 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».

2 En relación con este delito, vid., entre otros: MACÍAS ESPEJO, B./ SUÁREZ LÓPEZ, J. Mª.: «Comentario al art. 403 del Código Penal», *Comentarios al Código Penal*, 2ª época, (Directores: Cobo del Rosal/ Morillas Cueva), t. XII, edit. Dykinson, Madrid, 2011, págs. 555 a 574.

3 MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial, (Coordinador Morillas Cueva)*, edit. Dykinson, Madrid, 2011, pág. 907.

4 QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 9ª edic.,* Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 1677.

El delito estaba recogido en el art. 321 del Código Penal de 1944/73 que castigaba con la pena de prisión menor al que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial, o reconocido por disposición legal o convenio internacional. Junto con dicha pena se imponía además la de multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas si el culpable se atribuye públicamente la cualidad de profesional.

En este sentido, ha afirmado la sentencia del Tribunal Supremo núm. 407/2005, de 23 de marzo, (RJ 407\2005) en el fundamento jurídico segundo que: «El vigente Código Penal en el Capítulo V del Título XVIII se estudian dos tipos delictivos que tienen su precedente en los arts. 320 y 321 del CP/1973 (RCL 1973, 2255). Ambos delitos tienen de nexo común el referirse a ocupaciones ilícitas de cualidades profesionales, ya sean públicas –art. 402–, o privadas –art. 403–. El núcleo de la actividad típica es el ejercicio de «actos propios» de esas funciones públicas o profesiones privadas que por voluntad del derecho están reservados a precisos colectivos de personas legalmente autorizadas en clave de exclusividad para su ejercicio, dado el contenido de tales actos y la necesidad de velar porque los mismos sólo puedan ser ejercidos por las personas habilitadas para ello.

Centrándonos en el art. 403, su precedente se encuentra en el art. 321 del anterior Código Penal como ya se ha dicho que los incluía dentro del Título IV, de las falsedades, dentro del grupo de las llamadas "falsedades personales"»

La concreción de qué se entendía por título oficial generó una intensa polémica entre los defensores de vincular la noción título oficial a académico –opción mayoritaria- y los que extendían dicho título a cualquier profesión titulada con independencia de su reconocimiento académico[5].

En base a la primera de las opciones mencionadas se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en Sentencia 11/1993 (RTC 1993/111), centrada en la condena de un miembro de la Asociación Profesional de Gestores (GIPE) como autor de un delito de intrusismo en la profesión de agentes de la Propiedad Inmobiliaria, en la que se determina que el título al que se refería el artículo 321.1 del Código Penal derogado es el "título académico oficial". Línea argumental seguida por la Sentencia 277/1993 (RTC 1993/277), basada en un delito de intrusismo en la profesión de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, por carecer el autor de dicho delito del correspondiente título de Agente de

5 MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema…,* cit., págs. 907 y 908.

la Propiedad Inmobiliaria, y que vino a zanjar la polémica abierta al establecer que la confianza de los ciudadanos se basa en una preparación académica precisa y especifica, por lo que la interpretación del tipo penal para el caso de que las profesiones tituladas no se correspondan con el contenido académico preciso y específico exigido constituyen una interpretación extensiva *in malam partem* del título requerido en el artículo 321 del Código Penal, tal y como puede suceder con la actividad de los agentes de la Propiedad Inmobiliaria que desarrollen su actividad careciendo del referido título.

Con el Código Penal de 1995, se han intentando salvar estas vicisitudes introduciendo la diferenciación entre título oficial y título académico. Pues tal y como puede extraerse de la exégesis del precepto en el apartado primero del artículo 403 se aprecia, por un lado el ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico y de otra parte, la actividad profesional desarrollada por quien no esté en posesión del título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio.

En la doctrina algunos autores han planteado que el art. 403 está integrado por un tipo básico en el párrafo primero y otro agravado para cuando, además, se produce la atribución pública por el culpable, párrafo segundo del mencionado precepto. En este sentido, CÓRDOBA RODA ha señalado que de los dos párrafos integrantes del presente artículo, el primero describe el tipo básico de intrusismo y el segundo la figura agravada que se comete en virtud de la atribución pública por el culpable de la cualidad de profesional[6].

De otra parte, MORILLAS CUEVA considera que el art. 403 del Texto punitivo está dividido en tres partes, concretamente: un tipo básico, artículo 403.1; un tipo atenuado, artículo 403.1 inciso segundo y un tipo cualificado, artículo 403.2[7]. Teoría, ésta, que considero más adecuada, porque responde mejor a la estructura del precepto y a las diferentes penas previstas para cada supuesto, por lo que el art. 403, al tipificar el intrusismo, está dividido en tres partes o tipos, el primero un tipo básico, el segundo uno privilegiado o atenuado y el tercero agravado. En este sentido, ha afirmado la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2005, que: «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 cuatro situaciones de menor a mayor importancia:

6 CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al código Penal. Parte Especial*, Dir. CÓRDOBA RODA, J. / GARCÍA ARÁN, M.: Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 1887. En la misma línea: GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS: I.: *Derecho Penal. Parte Especial*, edit. Colex, Madrid, 2010, pág. 589; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág.727.

7 MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema…,* cit., págs. 908 y 909. En este sentido también: GÓMEZ TOMILLO, M.: *Comentarios al Código Penal (Dir. Gómez Tomillo), edit*. Lex Nova, 2ª edic., Valladolid, 2011, págs. 1533 y 1537. MACÍAS ESPEJO, B./ SUÁREZ LÓPEZ, J.Mª.: «Comentarios…», cit., pág. 557. SOTO NIETO, F.: *El delito de intrusismo profesional. Singular ilícito penal*, edit. Aranzadi, Pamplona, 2012, pág. 18.

a) La atribución de cualidad profesional amparada en título académico, sin poseerlo y sin ejercer actos de esa profesión: se trata de la falta del art. 637.

b) El ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial, que integra el tipo atenuado o privilegiado de delito «que tantos problemas ocasiona» en palabras de la STS 454/2003 de 28 de marzo (RJ 2003, 2693) con cita de la de 12 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9508) . c) El ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico que constituye el tipo básico, se trata de una novedad del actual texto, ya que antes no se diferenciaba entre título académico y título oficial pudiéndose entender por título académico el que se exige tras cursar estudios conforme a la legislación del Estado en centros oficiales o reconocidos, sea de diplomatura, licenciatura o doctorado, y por título oficial el expedido también por el Estado en virtud de norma interna o por Convenio Internacional ratificado por España, y por tanto derecho vigente según el art. 96 de la CE (RCL 1978, 2836), título oficial que debe acreditar la capacitación necesaria del titular y habilitar para el ejercicio de una profesión.

d) El ejercicio de actos propios de una profesión unido a la atribución pública de la cualidad de profesional amparado por título que habilite para el ejercicio, que constituye el tipo agravado».

II. BIEN JURÍDICO

Como afirman COBO DEL ROSAL/ QUINTANAR DÍAZ la cuestión en torno al bien jurídico protegido en el delito de intrusismo no ha sido, ni mucho menos, todo lo pacífica que en alguna ocasión se ha pretendido. Junto a la fe pública, es decir, el objeto formal de protección común al título XVIII del Código penal dedicado a las falsedades, tradicionalmente se han sistematizado tres grandes grupos de intereses potencialmente comprometidos a través de su conducta típica[8]. En esta línea, RODRÍGUEZ MOURULLO ha apuntado que son tres los intereses que pueden verse afectados por este delito y concretamente se refieren a[9]:

a) el interés privado de quienes reciben la correspondiente prestación profesional;

b) el interés privado de los respectivos grupos profesionales de titulados;

c) el interés público, privativo de la Administración, de expedir títulos que capaciten para el ejercicio de profesiones.

Sin embargo, señala CÓRDOBA RODA, el hecho de que estos tres intereses puedan resultar afectados, no significa que ellos sean el objeto de protección del art. 403 del Texto punitivo. En opinión del autor en cita, únicamente el tercero de los interese

8 COBO DEL ROSAL, M/ QUINTANAR DÍEZ, M.: *El delito de intrusismo,* edit. Cesej, Madrid, 2005, pág. 31.

9 RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «El delito de intrusismo», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 1969, págs. 232 y ss.

enumerados, es decir, la potestad de la Administración de expedir títulos que capaciten para el ejercicio de ciertas profesiones, constituye el bien tutelado por el presente tipo[10].

Con un criterio cercano ha afirmado GÓMEZ TOMILLO que en realidad el bien jurídico protegido no coincide con ninguno de ellos, aunque se aproxima más al tercero que a los dos primeros. El delito se consuma aunque los intereses particulares no sufran merma alguna, por ejemplo, aunque el cliente resulte beneficiado por los servicios de un intruso que, pese a serlo, es experto; también aunque la profesión se ejerza con la venia del colegio correspondiente, esto es, aunque los intereses colegiales no se vean afectados y, por otra parte, la obtención de un título no garantiza ni la aptitud ni la capacidad, como demuestra el creciente número de procesos contra profesionales de la sanidad por homicidio o lesiones imprudentes. De esta forma, cabe concretar el objeto de la tutela en el interés colectivo por que el ejercicio de ciertas profesiones sólo pueda ser desarrollado por personas idóneas para ello, lo que únicamente puede asegurarse, en cierta medida al menos, por medio del establecimiento de un control estatal. Por tanto, el bien jurídico protegido es la potestad exclusiva del Estado de otorgar títulos habilitantes pare el desempeño de algunas profesiones, si bien tutelando esta potestad estatal también se protege la confianza de la colectividad en que ciertas profesiones son desempeñadas por sujetos que gozan de una cualificación comprobada estatalmente, además de los bienes jurídicos individuales de quienes recurren a los profesionales y otros intereses corporativos y generales[11].

Con otra perspectiva, se apunta a que estamos ante un delito pluriofensivo en el que resultan afectados el interés social en la capacitación de quienes ejercen ciertos actos profesionales, los intereses no sólo económicos sino de prestigio de los profesionales titulados, el interés público en que se cumplan las habilitaciones y formalidades legales y la potestad estatal para exigir la posesión de tales títulos[12]. En este sentido, LUZÓN CUESTA ha mencionado a la sociedad, la fe pública y la profesión invadida[13].

Una opción más restrictiva, pero pluriofensiva es la defendida por SERRANO GÓMEZ/ SERRANO MAÍLLO que afirman que estamos ante un bien jurídico doble: de una parte, el derecho de la administración de expedir títulos que garantizan la

10 CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios…*, cit., pág. 1887. En esta línea, ORTS BERENGUER, para quien el bien jurídico protegido es la potestad exclusiva del Estado de conceder títulos habilitantes para el desempeño de algunos oficios, ORTS BERENGUER, E.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, versión CD, epígrafe 15.1.

11 GÓMEZ TOMILLO, M.: *Comentarios…*, cit., pág. 1534.

12 LUZÓN PEÑA, D.M.: «Problemas del intrusismo en el Derecho Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* 1985, págs. 676 y 677.

13 Por todos LUZÓN CUESTA, J. M.: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, 17ª edic., edit. Dykinson, Madrid, 2010, pág. 302.

competencia profesional; de otra, los intereses de los ciudadanos de ser atendidos por profesionales capacitados[14] y MUÑOZ CONDE que lo vincula al poder de policía del Estado, aunque también pueden verse afectados otros intereses como los del grupo profesional o los del individuo que recibe los servicios del intruso[15].

De otra parte, destaca por atractivo el criterio defendido por MORILLAS CUEVA que vincula este bien jurídico a la seguridad del tráfico jurídico[16].

Desde otra perspectiva, no se puede negar la oportunidad y validez del criterio de despenalización parcial sostenido por COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ que tras afirmar que en el intrusismo lo que se protege es el interés de todos porque determinados profesionales tengan la formación suficiente para poder ejercer su actividad de acuerdo con la *lex artis* de cada una de ellas en particular[17], han propugnado de *lege ferenda* la despenalización de la figura tal y como está concebido actualmente, quedando la represión de esta suerte de hechos en manos del ordenamiento jurídico administrativo, siempre, con la perspectiva del respeto, también en este ámbito administrativo de los principios constitucionales que rigen en el ámbito penal. Así, afirman que dicha despenalización se podría justificar desde la doctrina que a partir del 25 de marzo de 1993 -STC 111/1993, (RTC 111/1993)- deja sentada el Tribunal Constitucional por medio de su jurisprudencia al limitar el tipo de intrusismo a determinadas profesiones admitiendo que se habían venido castigando auténticas infracciones administrativa criminalizadas legislativa y judicialmente[18].

A mi juicio, y sobre la base de que estamos ante un delito pluriofensivo, considero, como apunta MORILLAS CUEVA, que dicho valor jurídico está claramente vinculado a la seguridad del tráfico jurídico, a lo que hay que añadir el interés de todos porque determinados profesionales, que en su actividad pueden afectar a bienes jurídicos de máxima importancia como la vida, tengan la formación suficiente para poder ejercer su actividad, lo que, sin duda, también está relacionado con la potestad exclusiva del Estado de otorgar títulos. En este sentido, no se puede olvidar que la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de marzo de 1993, anteriormente citada, en su fundamento de derecho noveno, afirma que dado el reconocimiento constitucional a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 CE), se perfila la posibilidad de diversos grados de control estatal de las actividades profesionales según sea la mayor o menor

14 SERRANO GÓMEZ, A/ SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, edit. Dykinson, 15ª edic., Madrid, 2010, pág. 804.

15 MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal…,* cit., pág. 727.

16 MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema…,* cit., pág. 904.

17 COBO DEL ROSAL, M/ QUINTANAR DÍEZ, M.: *El delito…,* cit., pág. 34.

18 *Ibidem*, págs. 66 y 67.

importancia constitucional de los intereses que con su ejercicio se ponen en juego; de manera que cuanta más relevancia social tengan dichos intereses, mayor será el nivel de conocimientos requeridos para el desempeño de dicha actividad profesional y mayor habrá de ser el grado de control estatal sobre los mismos, al igual que más grave será la sanción imponible en caso de desempeño de los actos propios de una profesión por quienes no estén oficialmente capacitados para ello. Por lo que el ámbito de aplicación del tipo quedaría reservado a aquellas profesiones que, por incidir sobre bienes jurídicos de la máxima relevancia -vida integridad corporal, libertad y seguridad-, no sólo necesitan para su ejercicio la realización de estudios que requieren la posesión de un título universitario *ad hoc*, sino que también merecen la especial protección que garantiza el instrumento penal frente a toda intromisión que pudiere suponer la lesión o puesta en peligro de tales bienes jurídicos. De lo que se extrae que la protección y control de aquellas profesiones que inciden sobre intereses sociales de menor entidad quedarían satisfechas mediante el requerimiento de una simple capacitación oficial para su ejercicio y con la mera imposición, en su caso, de una sanción administrativa a quienes realizaren actos propios de la concreta profesión sin estar en posesión de dicha capacitación.

Con esta perspectiva, destaca en la concreción del bien jurídico la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de marzo de 2005 (RJ 2005\4309), fundamento de derecho segundo que afirma en relación con el mismo que: «El vigente Código Penal mantiene, en lo sustancial, la misma sistemática, aunque queda desnaturalizado en la práctica en la medida que para el legislador del CP/1995 el acento de la antijuridicidad de la conducta radica no tanto en la falsedad, cuanto en el ejercicio de actos propios de la profesión que el título –de existir– ampararía, es decir, el acento descansa más bien en el ejercicio de actos propios de una profesión sin estar legitimado, más que en la mera falsedad. Esta nueva perspectiva nos permite contornear el bien jurídico protegido que se concreta en dos órdenes de interés: a) el del público en general a quien van dirigidos los actos a realizar por el agente sin título, protegiendo a la colectividad de los eventuales daños de una praxis inhábil o ignorante, lo que equivale a conceptuar este delito como de peligro «peligros que su ejercicio genera para otras personas o bienes cuyo control depende de especiales conocimientos y capacidades que el título acredita» – STS de 20 de julio de 1993 (RJ 1993, 6417) – y b) protege también el interés corporativo de un determinado grupo de profesionales, tanto en defensa de sus competencias y derechos morales sobre el prestigio y buen hacer de la profesión, como en los patrimoniales que pudieran quedar afectados por una competencia desleal y la invasión en su esfera económica por terceros no pertenecientes al colectivo profesional afectado.

Ciertamente que de ambas perspectivas, debe prevalecer la primera en la medida de 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. etc.

Por ello, ya la STS de 5 de febrero de 1993 (RJ 1993, 877) 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….».

III.TIPO BÁSICO

Tal y como se ha afirmado, el tipo básico se encuentra en el apartado primero del art. 403 y consistente en el ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente.

Es un delito común, por lo que el sujeto activo puede ser cualquier que obviamente no posea el título académico[19]. En consecuencia, no puede ser sujeto activo de este delito el titulado que ejerce los actos propios de la profesión habiendo sido inhabilitado o suspendido por sanción penal o administrativa[20], dado que lo que se castiga es ejercer actos propios de una profesión sin tener el título correspondiente. Estaríamos en supuestos de suspensión o inhabilitación para el ejercicio de la profesión de sujetos que ya tienen título pero que han sido condenados y se ven, como afirma el art. 45 del Código Penal, privados de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena, de forma que si incumplieran dicha privación, cometerían un delito de autoquebrantamiento de condena, en el caso de que la mencionada inhabilitación o suspensión sea consecuencia de una sanción penal, pues si lo fuera por una sanción administrativa no existirá el mencionado quebrantamiento[21].

Sujeto pasivo, como apunta GÓMEZ TOMILLO, es el Estado, en cuanto que personaliza el interés público en que ciertas profesiones sean ejercidas por personas capaces, además de que se reserva la facultad de regular los requisitos y otorgar los títulos que habilitan para su ejercicio[22]. Como destaca MORILLAS CUEVA, no lo serán las asociaciones profesionales, ni los Colegios de esta índole, ni los particulares que reciben los servicios del intruso[23].

---

19 En este sentido, entre otros: MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema…,* cit., pág. 909, GÓMEZ TOMILLO, M.: *Comentarios…,* cit., pág. 1534. En sentido contrario, afirma QUERALT JIMÉNEZ que «si bien es un **delito de propia mano**, cualquiera puede ser cooperador necesario…». QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal español. Parte Especial,* edit. Atelier, 6ª edic., Barcelona, 2010, pág. 735.

20 COBO DEL ROSAL, M/ QUINTANAR DÍEZ, M.: *El delito de intrusismo…,* cit., pág. 107.

21 En este sentido, entre otros: GÓMEZ TOMILLO, M.: *Comentarios…*, cit., págs. 1534 y 1535. En relación con el delito de autoquebrantamiento de condena vid., SUÁREZ LÓPEZ, J.Mª.: *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código Penal español*, edit. Comares, Granada, 2000.

22 GÓMEZ TOMILLO, M.: *Comentarios…,* cit., pág. 1535.

23 MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema…,* cit., pág. 909.

Por lo que respecta a la conducta típica, la misma se desglosa, tal y como apunta MORILLAS CUEVA, en atención a tres requisitos[24]:

1) Ejercicio de actos propios de una determinada profesión.

2) Que para dicho ejercicio sea necesario un título académico expedido o reconocido en España.

3) Carencia del título por parte del autor del hecho delictivo.

En esta línea, la jurisprudencia suele destacar de forma expresa o tácita tales requisitos. Así, la sentencia del Tribunal Supremo 2066/2001, de 12 de noviembre (RJ 2001/19508), ha introducido en su fundamento de derecho segundo «que el art. 403 del Código Penal de 1995 dispone que el que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses» y la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2005 ha apuntado que: «La conducta nuclear se vertebra por dos notas: una positiva: el ejercicio de actos propios de profesión, y otra negativa: carecer de título habilitante. La conjunción de estos dos elementos perfecciona el delito que es de mera actividad, no exigiendo para la consumación resultado perjudicial para los intereses del sujeto pasivo del acto».

Así, por lo que respecta a los actos propios de una profesión, podemos entenderlos como aquellos que específicamente están atribuidos a unos profesionales concretos con exclusión terminante de las demás personas[25], por lo que, como destaca GÓMEZ TOMILLO, habrá de acudir «a la normativa que regula la profesión afectada, donde se determinan las atribuciones y los actos propios de ella: tanto la normativa administrativa, nacional e internacional, donde se determinan los actos propios de cada profesión, como la reglamentación de los colegios profesionales»; y solo si no existe esta reglamentación, o en la misma no se especifican los actos propios de la profesión, habrá de atenderse a la costumbre y a los usos sociales, considerando actos propios los atribuidos por la comunidad[26], pues, como señala CHOCLAN MONTALVO en línea con RODRÍGUEZ MOURULLO, ante la imposibilidad derivada de la naturaleza de las cosas, de precisar en la Ley exhaustivamente todas las imaginables modalidades de actos de intrusismo, ha de utilizarse como criterio objetivo el de valoración imperante en la comunidad social a apreciar por el juez que resultará facilitada en función de que exista una mayor precisión legal o reglamentaria en su caso[27].

24 *Ibidem,* pág. 909.

25 Con este criterio concreta QUINTERO OLIVARES los siguientes ejemplos, el cirujano es el único que puede operar, el ingeniero de caminos el único que puede planear un viaducto, el abogado, el único que puede defender en juicio a una persona, el arquitecto, el único que puede proyectar una casa y así sucesivamente puede continuarse con otras profesiones. QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios…,* cit., págs. 1676 y 1677.

26 GÓMEZ TOMILLO, M.: *Comentarios…,* cit., pág. 1535.

27 CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *El delito de intrusismo: usurpación de funciones tituladas*, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 160. En el mismo sentido, COBO DEL ROSAL, M/ QUINTANAR DÍEZ,

Desde otra perspectiva ORTS BERENGUER afirma que estamos ante una ley penal en blanco «que ha de ser completada con la legislación administrativa en la que se encuentra la regulación específica de la profesión concreta y en la que habrán de buscarse los actos propios de cada una, aunque en ocasiones se encuentren enunciados en leyes generales, incluso con rango de ley orgánica»[28].

En esta línea se mueve la Sentencia del Tribunal Constitucional 283/2006, de 9 de octubre (RTC 2006/283), que expone nítidamente en su fundamento de derecho cuarto, la necesidad de acudir a normativa extrapenal al afirmar que: «la normativa extrapenal aplicada para integrar el tipo legal del delito de intrusismo no es el Real Decreto 139/2003, sino el 127/1984, considerando el juzgador, (…)» y más específicamente la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2005 (RJ 2005\4309) al señalar que: «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 (RJ 1979, 2091) , 22 de abril de 1980 (RJ 1980, 1468) , 27 de abril de 1989 (RJ 1989, 3549), 30 de abril de 1994 (RJ 1994, 3321) y 41/2002 de 22 de enero (RJ 2002, 2630) ».

Por otra parte, como apunta QUINTERO OLIVARES, pueden existir zonas de discusión en la que dos profesiones se consideran igualmente capacitadas (por ejemplo, ingenieros y arquitectos para la construcción de una torre de señales o biólogos, químicos y farmacéuticos para la realización de determinados análisis o pruebas de laboratorio o, añadimos nosotros, odontólogos y protésicos dentales en relación con la medición bucal para la realización de una prótesis). En dichos casos no habrá razón suficiente para afirmar que una concreta tarea es un acto propio (privativo) de una profesión y, en consecuencia, no se puede cometer el delito de intrusismo[29].

En cuanto al título académico, en un sentido literal, como afirma MORILLAS CUEVA, es el que acredita haber superado las pruebas de capacidad y demás requisitos exigidos en un determinado ciclo de estudios. Dicho título ha de habilitar para el ejercicio de una profesión y ha de tener naturaleza universitaria[30]. De este concepto se

M.: *El delito…*, cit., pág. 97.

28 ORTS BERENGUER, E.: *Derecho Penal…,* cit., versión CD, epígrafe 15.2.1. En clave crítica, en relación con los requisitos exigidos para admitir la constitucionalidad de una ley penal en blanco y su cumplimiento en el art. 403, vid., COBO DEL ROSAL, M/ QUINTANAR DÍEZ, M.: *El delito…*, cit., págs. 71 a 73.

29 QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios…,* cit., pág. 1677.

30 MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema…,* cit., pág. 909. Con la misma perspectiva, señala MUÑOZ CONDE que el título académico acredita la capacitación para ejercer una profesión tras haber realizado y aprobado un ciclo de estudios en un centro público o privado reconocido oficialmente. MUÑOZ CONDE,

excluyen los títulos propios dados por las universidades, también las plazas obtenidas en concurso oposición de carácter público, pues su ubicación, en este último caso, estará en la usurpación de funciones del art. 402. Por otra parte, hay que tener en cuenta que el titulo puede ser originario, si se expide en los términos señalados en España, o convalidado, si es reconocido el de otro Estado, en aras a las leyes españolas o a Convenios Internacionales suscritos por España[31].

En cuanto a la justificación, no se puede negar, como apuntan SERRANO GÓMEZ/ SERRANO MAÍLLO que cabe el estado de necesidad en casos de urgencia en los que ante la dificultad de encontrar un profesional sanitario o acudir a un centro se realiza cualquier actividad propia del médico o enfermero como poner una inyección[32].

En cuanto a la culpabilidad, es indiscutible, al no estar incriminada de forma expresa la imprudencia que estamos ante un delito doloso[33]. Y en este sentido se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa 228/2008, de 23 de septiembre (JUR 2009/14007), en la que en su fundamento de derecho tercero afirma que «los requisitos del delito de intrusismo imputado y tipificado en el art. 403 del Código penal se reducen a los siguientes: 1.- El ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título habilitador. 2.- La asunción de la profesión, que tanto puede hacerse oralmente o por la vía de hecho. 3.- El conocimiento de la antijuridicidad de los actos practicados. 4.- La conciencia y voluntad del sujeto con respecto a su irregular actuación».

Interesante es el supuesto, apuntado por GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, para el caso de que el sujeto crea erróneamente que tiene derecho a ejercer determinados actos de la profesión sin titulación en cuyo caso, a su juicio, cabría, sin embargo, la posibilidad de aplicar error de prohibición[34], aunque, a mi juicio también se podría plantear un error de tipo. En este sentido, COBO DEL ROSAL/ QUINTANAR DÍEZ han afirmado que precisamente el carácter de norma penal en blanco, dará lugar a frecuentes supuestos, por lo menos desde una perspectiva problemática de error, más que de tipo, de prohibición[35].

F.: *Derecho Penal…,* cit., pág. 728.

31 MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema…,* cit., págs. 909 y 910.

32 SERRANO GÓMEZ, A/ SERRANO MAILLÓ, A.: *Derecho Penal…,* cit., pág. 806.

33 MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema…,* cit., pág. 910.

34 GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I.: *Derecho Penal…,* cit., pág. 591.

35 En este sentido, señalan que el artículo 403 del Código Penal conforma un supuesto de hecho mediante elementos normativos de contenido jurídico que nos remiten a normas extrapenales y, por ende, ante el problema de deslinde de la clase de error ante el que nos hallemos, circunstancia esta, de la mayor relevancia para un tipo penal que no admite la forma de culpabilidad imprudente. COBO DEL ROSAL,

Al tratarse de un delito de mera actividad se consuma en el momento en que se realiza el acto propio de la profesión usurpada[36]. Con esta perspectiva, ha afirmado la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2005 que «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 solo, pero si son varios los actos no existe una continuidad delictiva sino un solo 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 (RJ 2000, 8478), 2066/2001 de 12 de noviembre (RJ 2001, 9508) y 41/2002 de 22 de enero (RJ 2002, 2630)».

En línea con ello, apunta QUINTERO OLIVARES que, como regla general, puede decirse que el intrusismo no necesita de reiteración de actos para consumarse, pero que dado que el ejercicio de una profesión pasa por una oferta pública de servicios que se prestan tantas veces como son contratados o requeridos, se puede entender que en ocasiones se haya sostenido la tesis de que el intrusismo es un delito caracterizado por la habitualidad, pero que semejante conclusión no está forzada por la ley, ni siquiera permitida, de forma que el intrusismo puede cometerse con un solo acto de esa naturaleza. De forma que el problema real se limita a aceptar que la reiteración de actos «en plural» está ya prevista por la propia ley y, por lo tanto, el ejercicio habitual de una profesión como intruso no produce tantos delitos como actos profesionales ilícitos, sino un solo delito[37].

En este sentido, afirma la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de septiembre de 2000 (RJ 2000/8478), que «como delito formal y de mera actividad se consuma, salvo casos muy excepcionales, con la realización de un solo acto de la profesión invadida».

En cuanto a la admisión de la tentativa, al tratarse de un delito de mera actividad se presenta muy compleja en los supuestos de tentativa acabada, sin que deba afirmarse lo mismo en la inacabada, de forma que no parece discutible su admisión desde esta perspectiva[38]. Así, por ejemplo para el caso de que antes de realizar el acto propio de la

M/ QUINTANAR DÍEZ, M.: *El delito…*, cit., pág. 129.

36 En este sentido, entre otros: GÓMEZ TOMILLO, M.: *Comentarios…,* cit., pág. 1537, MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema…,* cit., pág. 910.

37 QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios…,* cit., pág. 1679.

38 En este sentido, admiten la tentativa en el intrusismo, entre otros: MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema…,* cit., pág. 910. CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios…,* cit., pág. 1897. ORTS BERENGUER, E.: *Derecho Penal…,* cit., versión CD epígrafe 15.3.

profesión, el sujeto sea interrumpido por una intervención policial[39]. Por otra parte, al tratarse de un delito común en materia de autoría y participación no hay especiales problemas, de forma que son admisibles, la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad[40].

Por lo que se refiere a los concursos, las posibilidades son múltiples. Se pueden destacar las siguientes:

a) Cuando, además de la conducta intrusa, se producen daños materiales o la lesión de la vida o la salud a consecuencia de la ejecución de los actos propios de una profesión, en dicho caso se puede plantear el correspondiente concurso de delitos entre el intrusismo y las infracciones contra la vida o la salud o contra el patrimonio[41].

b) Cuando se perciben honorarios por el indebido ejercicio de la profesión. En dicho caso, no cabe plantear la aplicación concursal con estafa siempre que dichas cantidades entren dentro de los límites admisibles como lucro profesional y se preste adecuada, aunque ilícitamente, el servicio[42]. Con esta perspectiva, ha afirmado ORTS BERENGUER que la percepción de honorarios es un acto propio más de los realizados por el sujeto y que el conjunto de estos se castiga como una única infracción, no habiendo pues concurso de delitos[43].

No obstante, otro sector doctrinal suele mencionar como hipótesis concursal con estafa los casos en los que se cobran por el intruso cantidades muy superiores a las que corresponden por el servicio prestado[44]. En línea con la posibilidad concursal COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ apuntan que la conducta típica del intrusismo, para nada exige elemento subjetivo de ánimo de lucro y el bien jurídico protegido en ambos es diverso, por mucho que en algunas ocasiones se diga que la percepción de honorarios es acto propio de la profesión ejercida, a su juicio, no puede confundirse el ejercicio de la profesión y la percepción de honorarios[45].

---

39 GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I.: *Derecho Penal…,* cit., pág. 591.

40 QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios…,* cit., pág. 1680. CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios…,* cit., pág. 1888.

41 GÓMEZ TOMILLO, M.: *Comentarios…,* cit., pág. 1537.

42 LUZÓN CUESTA, J. M.: *Compendio…,* cit., pág. 303.

43 ORTS BERENGUER, E.: *Derecho Penal…,* cit., versión CD, epígrafe 15.3. En el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios…,* cit., pág. 1680.

44 SERRANO GÓMEZ, A. /SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal…,* cit., pág. 808.

45 COBO DEL ROSAL, M/ QUINTANAR DÍEZ, M.: *El delito de intrusismo…,* cit., págs. 124 y 125.

La situación concursal entre el delito de intrusismo y el de estafa ha sido estudiada en diversas ocasiones por el Tribunal Supremo. En este sentido debe mencionarse la sentencia 295/96, de 3 de marzo de 1997, (RJ 1997\2608) que estima que dado que el cobro de honorarios por el intrusista viene a ser una consecuencia lógica del ejercicio de los actos indebidos, los mismos no pueden dar vida al delito de estafa, aunque matiza que «situación distinta sería la que se presentase en el caso de que el acusado hubiese obtenido un lucro adicional y al margen del cobro de los honorarios debidos por los actos médicos que realizó»; lo cual ocurre, por ejemplo, en la Sentencia 407/2005, de 23 de marzo (RJ 2005/4309), que castiga por un delito de estafa porque, además de la lógica remuneración de los actos médicos, hubo otros pagos que fueron hechos mediante un engaño precedente[46].

c) Para el caso de llevarse a cabo por el intruso la pública atribución de la cualidad profesional en virtud de la exhibición de un titulo previamente falsificado por él, deberá estimarse un concurso entre el delito de falsedad del art. 392 y el art. 403, que se deberá regir por el art. 73 ó 77, en atención a si la falsedad era o no era medio necesario para cometer el otro delito[47]. Y en este sentido destaca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 35/2010, de 16 de febrero (ARP 2010/530), al aplicar un concurso medial entre los delitos de falsedad e intrusismo que afirma que: «Debemos compartir la tesis de la juez de instancia al considerar que los delitos de falsedad documental (falsificación de título oficial) y el de intrusismo constituyen una realidad delictiva unitaria en el sentido de que la falsificación de un título es el medio para conseguir la colegiación y, en consecuencia, el ejercicio profesional que constituye el delito de intrusismo».

46 Afirma el fundamento jurídico tercero de esta sentencia que: «La situación concursal entre el delito de intrusismo y el de estafa ha sido estudiada en diversas ocasiones por esta Sala, contabilizándose sentencias tanto en el sentido de estimar absorbida la estafa dentro del intrusismo, o la coexistencia independiente de ambas infracciones, en concurso real.

La sentencias de 7 de junio de 1986 (RJ 1986, 3118) y 3 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2608) , enfocando la conexión con la estafa en relación al hecho de haber cobrado honorarios el intrusista, estima que no por ello existe estafa y que en toda esta antijuridicidad queda englobada o subsumida dentro del intrusismo, se trata de la retribución del acto, una vieja sentencia de 14 de febrero de 1959 sostenía el mismo criterio de estimar implícita e inherente al delito de percepción de honorarios.

En sentido contrario, la STS de 18 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3701) atendiendo al bien jurídico protegido por el delito de intrusismo estima que no es un delito patrimonial y por lo tanto no puede incluir en sí mismo el disvalor propio de la estafa, con la consecuencia de optar por la autonomía de ambas figuras.

La STS 295/96 de 3 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2608) estimando que el cobro de honorarios por el intrusista, viene a ser una consecuencia lógica del ejercicio de esos actos indebidos, no pueden dar vida al delito de estafa, aunque lo que matiza que «situación distinta sería la que se presentase en el caso de que el acusado hubiese obtenido un lucro adicional y al margen del cobro de los honorarios debidos por los actos médicos que realizó».

Más recientemente la STS 41/2002 de 22 de enero (RJ 2002, 2630) en un caso de ejercicio de actos propio de un abogado por quien no lo era, estimó, además, la existencia del delito de estafa condenando por tal…».

47 CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios…,* cit., pág. 1900. En relación con la distinción concurso real e ideal, vid., SUÁREZ LÓPEZ, J.Mª.: *El concurso real de delitos*, edit. EDERSA, Madrid, 2001,

IV. TIPO ATENUADO

Para el caso de que la actividad profesional desarrollada exija 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; es decir, aparece el tipo atenuado, en el segundo inciso del apartado primero del art. 403 CP que se fundamenta, para GÓMEZ TOMILLO[48], por la existencia de un menor contenido de injusto y que se diferencia del tipo básico en el carácter del título[49], ya que mientras que para el tipo atenuado se requiere que el mismo sea oficial, para el supuesto básico habrá de ser académico. Diferenciación en ningún caso clara y que nos introduce en una exégesis francamente compleja.

En este sentido COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ han criticado la poca claridad del precepto al señalar que a su juicio «la caotización a la que ha conducido una redacción tan poco acorde con la normativa administrativa universitaria, nos lleva a tener que distinguir lo que en rigor administrativo puede coincidir, pues tan oficial es un título académico, como académico uno oficial»[50].

En opinión de CÓRDOBA RODA por título oficial puede entenderse, «el instrumento otorgado por el Estado para el ejercicio de una profesión, es decir, el que habiendo sido expedido por un organismo público, capacita para el ejercicio de una profesión»[51]. Lo que en palabras de MORILLAS CUEVA, significa cualquier titulo diferente al académico dado o reconocido por el Estado que habilite para el ejercicio de una profesión[52].

SERRANO GÓMEZ/ SERRANO MAILLÓ reconocen la complejidad de esta cuestión al afirmar que el título académico no equivale a título oficial, aunque los títulos académicos siempre son oficiales. Sin embargo, hay títulos que aun siendo oficiales no son académicos. Y de otra parte, a veces, se exige para la obtención de un título oficial estar en posesión de un título académico, como podría ser el caso de los gestores administrativos, pues para conseguir este título oficial se requiere previamente determinada licenciatura universitaria y este título oficial no se concede por autoridad

48 GÓMEZ TOMILLO, M.: *Comentarios…,* cit., pág. 1536

49 MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema…,* cit., pág. 910.

50 COBO DEL ROSAL, M/ QUINTANAR DÍEZ, M.: *El delito de intrusismo…,* cit., págs. 108 y 109.

51 CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios…, cit., pág. 1894.*

52 MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema…,* cit., pág. 910. En el mismo sentido: GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I.: *Derecho Penal…,* cit., pág. 590. ORTS BERENGUER, E.: *Derecho Penal…,* cit., versión CD, epígrafe 15.2.2.

académica. En otros casos, para la obtención de un título oficial no es necesario tener previamente la condición de licenciado universitario, ni otro título académico y, en todo caso, corresponde al Gobierno establecer los títulos oficiales y su validez[53].

En clave crítica QUINTERO OLIVARES ha apuntado que esta segunda modalidad de intrusismo no es una subforma dedicada a las profesiones que no se corresponden con un específico título académico, puesto que es inimaginable que el segundo inciso se aparte de la doctrina establecida ya por el Tribunal Constitucional, sino que parte de la misma «actividad profesional», que ya ha sido descrita en el inciso primero, para contemplar aquellos supuestos en los que aun contando con el correspondiente título académico es preciso disponer además de un título oficial que exprese la capacitación específica para aquella tarea (por ejemplo, la especialización titulada en oftalmología o en traumatología cuyo dominio no se puede suponer solamente partiendo de la licenciatura en Medicina)[54]. Dicho criterio, sin duda atractivo, en esta poco afortunada redacción legal, ha sido cuestionado por el Tribunal Supremo en la sentencia 2066/2001, de 12 de noviembre, que afirma en el fundamento jurídico séptimo ha señalado que. «Se ha propuesto una tesis, doctrinalmente minoritaria, que pretende solventar el problema interpretativo destinando este inciso segundo a sancionar los supuestos en los cuales, para el ejercicio de una profesión determinada, no basta la titulación académica sino que se precisa una titulación oficial adicional que acredite conocimientos específicos y habilite para dicho ejercicio (así el título de médico especialista respecto del título académico de licenciado en medicina y cirugía). Esta interpretación resulta sugerente pero en realidad desconoce la génesis legislativa del precepto, va más allá del sentido literal de la norma y puede generar una nueva aplicación extensiva «in malam partem» de la intervención penal al amplio mundo de las especialidades profesionales que no parece fuese contemplado por el legislador como destinatario de esta modalidad delictiva. Sin garantizar, por otra parte, que determinadas actividades profesionales, no necesariamente académicas, que inciden en los bienes individuales más relevantes de los ciudadanos, se ejercitan por aquellas personas que poseen reconocidamente los conocimientos necesarios.

Descartando en consecuencia esta interpretación, y en tanto no exista pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional sobre su constitucionalidad, la aplicación del citado inciso segundo del párrafo primero 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)».

Como se comprueba con la resolución anterior, la jurisprudencia no ha sido ajena a esta discusión. Así, destaca la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, de 8 de marzo de 2002 (ARP 2002\336) que afirma literalmente en el fundamento de derecho primero que: «la interpretación del contenido y el alcance del inciso segundo del apartado primero del artículo 403 del CP sigue siendo polémica ya que mientras que para unos se trata de un tipo atenuado autónomo respecto al inciso primero del citado precepto, como lo

53 SERRANO GÓMEZ, A. /SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal…*, cit., págs. 807 y 808.

54 QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios…,* cit., pág. 1678.

entendió la Circular 2/1996 (RCL 1996, 1373) de la Fiscalía General del Estado, con el que se extiende la protección penal –aunque atenuada– más allá de las profesiones cuyo ejercicio requiere una titulación académica; por el contrario, un sector doctrinal más minoritario considera que se trata de un subtipo atenuado con el que únicamente se sancionan los supuestos en los cuales para el ejercicio de una profesión determinada no basta con la titulación académica sino que es precisa una titulación adicional con la que se acrediten unos conocimientos específicos y habilite para su ejercicio (como sucedería en los casos de especialización titulada en oftalmología en relación con la titulación en medicina) (..)» [55] y que «Ante una y otra posición ha surgido una tercera línea interpretativa, seguida ya en alguna resolución judicial (…) y finalmente acogida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9508) en su función unificadora –como allí se dice– de la interpretación del ordenamiento penal, en tanto no exista pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional sobre su constitucionalidad, que permite conjugar la voluntad del legislador penal de 1995 con la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, cumpliendo así el mandato impuesto por el artículo 5.1 de la LOPJ (…) que obliga a los Jueces y Tribunales aplicar las leyes conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

Relevante son también el auto, de 14 de noviembre de 2008, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (JUR 2009/118910) -que apunta que «la jurisprudencia del Tribunal Supremo -cfr. STS 12-11-2001 - , ha reducido su ámbito de tutela al ejercicio de actividades que requieren de titulación oficial no académica cuando tales titulaciones acreditan una capacitación especial de la que dependen bienes jurídicos de la mayor relevancia constitucional (p. ej. Controladores aéreos), en lo esencial, actividades profesionales de las que pueden derivar peligros relevantes para la vida, salud e integridad de la personas»- y la sentencia del Tribunal Supremo ya mencionada de 12 de noviembre de 2001 que ha matizado en relación con este tipo atenuado: a) Que ha de restringirse su aplicación a supuestos en que el intrusismo se produzca en profesiones que requieran una especial capacitación de la que dependen bienes jurídicos de la máxima relevancia constitucional, como la vida, la integridad, la libertad y la seguridad; b) que debe excluirse respecto de aquellas profesiones sobre las que ya se haya pronunciado el Tribunal Constitucional, en el sentido de afirmar que no se observa en ellas un interés esencial que en el juicio de proporcionalidad la haga merecer la tutela penal; c) que se debe interpretar el precepto atendiendo esencialmente al bien jurídico protegido. Pronunciamientos, que sin desconocer los problemas exegéticos del precepto, con muy buen criterio optan, como no puede ser de otra forma, por una exégesis restrictiva y lo más respetuosa posible con la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional.

V. TIPO CUALIFICADO

55 La instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/1996, de 20 de diciembre de la renovada tipicidad del delito de intrusismo, erróneamente citada como circular señala que «define una porción de injusto que se constituye sobre dos conductas típicas cuya nota definitoria consiste, bien en la ausencia de título académico-primer inciso-, bien en la carencia de título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para el ejercicio profesional de que se trate-segundo inciso-».

En el párrafo segundo del art. 403 se recoge la modalidad cualificada. Se agrava la pena, que será de prisión de seis meses a dos años, en aquellos supuestos, en los que además el sujeto activo se atribuya públicamente la cualidad de profesional amparada por el título oficial.

Es decir, será de aplicación este tipo para aquellos casos en que el sujeto además de ejercer actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título, académico u oficial, se atribuya públicamente la cualidad profesional. Como señala MORILLAS CUEVA la forma falsaria viene a sobreañadirse a la actividad intrusa[56].

Aquí, la conducta típica se basa en esa atribución, y siempre que la misma sea pública, de la cualidad profesional amparada por el título señalado y, además, que se ejerzan los actos propios de la susodicha profesión. En el caso de que el sujeto se asigne personalmente la cualidad profesional, sin ejercitar actos propios de la misma, no estaremos en el tipo delictivo del 403, sino, en el caso de los títulos académicos, en la falta del art. 637 CP, limitada a la atribución pública de la cualidad profesional amparada por un título académico.

La atribución supone un acto de carácter positivo, no siendo la conducta omisiva incluible en este tipo delictivo[57]. Se requiere que tal atribución sea idónea para inducir a error respecto a la supuesta cualidad profesional y, en último término, será necesario que la acción típica se haga públicamente, es decir, que tenga como destinatarios a un conjunto de personas[58]. La trascendencia del requisito es incuestionable, así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 2 de febrero de 2000 (ARP 2000/98), absuelve a un individuo acusado de atribuirse públicamente la cualidad de profesional amparada por un título, por ausencia de dicha atribución pública, pues no se localizaron tarjetas o facturas o publicidad en las que el acusado se atribuyera expresamente el título de doctor odontólogo o estomatólogo, ni existió rotulo o placa que expresamente le atribuyera tal titulación en los centros donde el acusado desarrolló su actividad. Además, estima dicha Audiencia que, aunque el Juez de instancia aplicó el subtipo agravado en base a que el apellido del acusado aparecía en la denominación de los centros y que dos de los testigos afirmaron en el juicio su creencia de que el acusado era odontólogo, que esta creencia errónea de los pacientes no es suficiente para estimar que existió atribución pública de una inexistente titulación.

Por el contrario sí se aplica esta infracción por la sentencia del Juzgado núm. 3 de Pamplona de, 4 de junio de 2012, (ARP 2012\881) que afirma en el fundamento de derecho cuarto que: «Queda así mismo acreditado por las declaraciones testifícales de

56 MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema…*, cit., pág. 910.

57 CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios…,* cit., pág. 1894.

58 *Ibidem,* pág. 1894.

las ópticos optometristas compañeras de trabajo de la acusada que la misma les manifestaba que estaba en posesión de titulación para su trabajo y que había realizado sus estudios en Barcelona, Que se había examinado en la clínica Barraquer y que había hecho las practicas con un oftalmólogo, versión que variaba un poco conforme declararon unas y otras y además la testigo María Virtudes recordaba que tenia colgado en el gabinete el diploma de la asociación al que se ha hecho referencia y por la declaración así mismo de las inspectoras que inspeccionaron la Óptica Mendebaldea que lo hacía en la óptica abierta al público llevaba bata blanca con una placa que ponía Optometrista extremo este de la placa que también fue puesto de manifiesto por otras testigos compañeras de trabajo de la acusada en Óptica El Vinculo en concreto por María Virtudes. Por tanto nos encontramos con un supuesto agravado del párrafo ultimo del art 403 al desarrollar esa actividad llevando bata con placa en la que aparecía como Optometrista en establecimiento abierto al público, ya que como se ha puesto de manifiesto basta con haberlo hecho una vez para que se consuma el tipo y por tanto también el tipo agravado».

Como destaca GORDILLO ALVÁREZ-VALDÉS, esta atribución pública de la cualidad de profesional existirá cuando el sujeto la realice con publicidad, usando para ello cualquier medio de difusión como la radio, prensa, tarjetas de visita[59].

A la luz del precepto, no se puede obviar, como destaca MORILLAS CUEVA, que la fórmula empleada no puede ser más torpe, como si el legislador ignorará a renglón seguido la no excesivamente acertada distinción que introduce en el párrafo anterior con respecto a los títulos, académico y oficial[60]. Dicho olvido no puede dar lugar a una interpretación que vincule su aplicación exclusivamente al título oficial, sino que hay que ampliar la mención a ambos, o al menos al primero, pues, en caso contrario, únicamente el tipo agravado sería aplicable en relación con el atenuado, lo que cuanto menos sería totalmente ilógico[61].

En relación con esta cuestión, ha afirmado QUERALT JIMÉNEZ que en razón a los bienes jurídicos en juego y al principio de igualdad y de proporcionalidad sólo puede referirse al ejercicio profesional de titulado universitario, dado que sólo los bienes de primera magnitud que pueden hallarse en juego justifican una penalidad más grave. Cuando la actividad profesional, sin cobertura académica, es pública no se puede equiparar una profesión académica, como la de médico, con el oficio o maestría de

59 GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I.: *Derecho Penal…,* cit., pág. 592.

60 MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema…*, cit., pág. 911.

61 *Ibidem*.

sastre, por más que para ejercerlo se requiera un título oficial y, además, castigar igualmente lo que es desigual atenta a los principios citados[62].

En la jurisprudencia, la casuística es muy variada. Así, la sentencia de 19 de julio de 2010 (RJ 2010/3515) aprecia el tipo agravado en relación con un sujeto que hizo uso del título ficticio de licenciado en Derecho en dos procesos de selección, actuó sin habilitación legal en dos procedimientos judiciales y se presentó como letrado en ejercicio en una publicación que se distribuía a miles de personas, la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 13 de octubre de 1999 (ARP 1999/3781), lo hace a un médico que presentó tarjetas profesionales con la inscripción «Médico Homeópata», careciendo de dicha cualidad y la de la Audiencia Provincial de Las Palmas 103/2003, de 11 de septiembre (JUR 2004/25319), que condena a un individuo que se atribuye públicamente la cualidad de profesional que ampara un título de licenciado en Psicología careciendo del mismo.

La pena prevista es la de prisión de seis meses a dos años. Pena significativamente superior a la multa prevista en los tipos básico y atenuado. Para QUERALT JIMÉNEZ se trata de una agravación exagerada, dado que o es baja la pena por el delito básico o la del agravado está dislocada, lo que viene a poner de manifiesto que la figura realmente falsaria y relevante en el ámbito del intrusismo es esta, de forma que las restantes podrían, sin duda alguna la atenuada, relegarse al Derecho administrativo sancionador[63].

VI. LA FALTA DE INTRUSISMO

En el art. 637 del Código Penal se recoge la falta de intrusismo[64], por la cual se castiga con la pena de localización permanente de 2 a 10 días o multa de 10 a 30 días al que se atribuyera públicamente la cualidad profesional amparada por un título académico que no posea. Esta falta, como apunta JAVATO MARTÍN, es subsidiaria del delito de intrusismo del art. 403, tipificándose aquí, la mera atribución pública e indebida, sin título, de una cualidad profesional[65].

62 QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho…*, cit., pág.740.

63 QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho…*, cit., pág. 739.

64 Artículo 637 «El que usare pública e indebidamente uniforme, traje, insignia o condecoración oficiales, o se atribuyere públicamente la cualidad de profesional amparada por un título académico que no posea, será castigado con la pena de localización permanente de dos a 10 días o multa de 10 a 30 días».

Su aplicación está condicionada dada la redacción legal, como ha destacado QUERALT JIMÉNEZ, a la falsa atribución de una titulación académica no a la oficial. Se trata, como destaca el autor citado, de hechos en sí mismos relativamente inocentes o, todo lo más, de carácter instrumental que no parece que vulneren ninguna norma penal al no suponer peligro para el bien jurídico[66]. Con otra perspectiva, ha apuntado MUÑOZ CONDE que se trata de penalizar como meras faltas determinadas conductas que tienen menor trascendencia social y jurídica que las constitutivas de delito[67].

La mencionada atribución pública de una cualidad profesional debe llamar a equívoco, ser mínimamente creíble, estar amparada por título académico[68] y no debe ir acompañada del ejercicio de actos propios, porque si además se llevaran a cabo los mismos entraría ya en juego el art. 403[69]. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 201/2012, de 20 de marzo, (RJ 2012\5309) ha afirmado que: «La absolución en el delito de intrusismo viene dada porque el tribunal no ha declarado probado que, pese a la atribución de la profesión de abogado, el acusado realizara actos profesionales de los Letrados, defendiendo intereses encomendados en la jurisdicción, por lo que es absuelto del delito de instrusismo, sin perjuicio de la subsunción en la falta del art. 637 del Código».

VII. CONCLUSIONES

El tratamiento penal del intrusismo constituye una cuestión compleja salpicada, sin duda, por la dificultad de concretar el bien jurídico de un delito pluriofensivo en el que inciden presiones de determinados colectivos profesionales claramente preocupados por su reconocimiento a toda costa. En este contexto, se puede afirmar, teniendo muy presente la amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia, que estamos ante una infracción claramente vinculada a la seguridad del tráfico jurídico, a la que hay que añadir el interés de todos porque determinados profesionales, que en su actividad

65 JAVATO MARTÍN, M.: «Comentario al art. 637 del Código Penal», *Comentarios al Código Penal (Dir. Gómez Tomillo), edit*. Lex Nova, 2ª edic., Valladolid, 2011, pág. 2117.

66 QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho*..., cit., pág. 740.

67 MUÑOZ CONDE, F.: Derecho…, cit., pág. 729.

68 En relación con esta figura ha afirmado QUERALT JIMÉNEZ que estas acciones comportan la utilización de unos símbolos que caracterizan determinadas funciones o estamentos públicos o que ejercen una función pública (militares, policías, abogados en estrados, académicos de número…), no en cambio el uso de distintivos de una profesión (bata blanca o fonendo para los médicos o una regla de cálculo para los ingenieros) y menos aún el uso de vestimenta claramente particular como las de torero o futbolista. QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho*..., cit., pág. 741.

69 En este sentido, entre otros: JAVATO MARTÍN, M.: «Comentario…», cit., pág. 2117. QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho*..., cit., pág. 741

pueden afectar a bienes jurídicos de máxima importancia como la vida, tengan la formación suficiente para poder ejercer su actividad, lo que, sin duda, también está relacionado con la potestad exclusiva del Estado de otorgar títulos.

Sobre esta premisa, y dada su ubicación sistemática en el ámbito de las falsedades, se puede plantear la oportunidad de destifipicar la figura básica y defender, sin duda alguna, la descriminalización de la atenuada. Ello simplificaría la todavía más que compleja diferenciación entre título académico y oficial y resolvería los problemas sistemáticos que actualmente tiene el tipo agravado al referirse a los anteriores. Por lo demás, parece obvia la oportunidad de la desaparición de la falta del art. 637.

En cualquier caso, se opte bien por el mantenimiento o bien por la despenalización de algunos intrusismos, lo que sí que parece claro es que este delito no se puede utilizar para que intereses profesionales de un colectivo asfixien la actividad profesional de otro como puede suceder cuando se restringe, por encima de lo razonable, el ámbito de actuación de un colectivo determinado, por ejemplo Protésicos dentales, para proteger el de otro, como podrían ser los Odontólogos, pues si bien es cierto que pueden existir zonas de discusión en la que dos profesiones se consideran igualmente capacitadas, lo cierto es que en dichos casos no habrá razón suficiente para afirmar que una concreta tarea es un acto propio (privativo) de una profesión y, en consecuencia, no se puede cometer el delito de intrusismo y más cuando la actividad en discusión permite al profesional del otro colectivo afectado mejorar el resultado de su labor, por ejemplo, conseguir una prótesis mejor.