

## A UNA INTERPRETACIÓN NO EXTENSIVA EN EL ÁMBITO PENAL

*Con la sentencia materia de este artículo, el Tribunal Constitucional de España da un giro doctrinario en lo que respecta a la admisión por la vía de la acción de amparo de la revisión de una sentencia de un juzgado de lo penal, aun tratándose de una cuestión de mera legalidad. El fundamento para tal admisión es la violación del derecho fundamental de la concreta determinación de la ley penal, al haber aplicado para tipificar una conducta, una interpretación extensiva in malam partem del tipo penal del delito de intrusismo. Admitida esta acción de amparo, resuelve el Tribunal Constitucional declarar nula la sentencia recurrida.*

**Nicolás García Rivas**  
Profesor titular de derecho penal  
Universidad de Castilla - La Mancha

**(COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL 111/1993, DE 23 DE MARZO)**

STC 111/1993, de 25 de marzo (pleno)  
Recurso de amparo núm. 298/1991  
Ponente: Magistrado don Álvaro Rodríguez Bereijo  
(Boletín oficial del Estado del 27 de abril de 1993)

**RESUMEN**

### **I. Constitución**

Artículos 24.1 (Derecho a la tutela judicial efectiva e indefensión), 24.2 (Derecho a la prueba) y 25.1 (Principio de legalidad penal) en relación con omisión de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y delito de intrusismo de agente en la propiedad inmobiliaria.

### **II. Acto impugnado**

Sentencias del Juzgado de lo Penal número 6 de Alicante y de la Audiencia Provincial de Alicante por delito de intrusismo.

### **III. Decisión del Tribunal Constitucional**

Otorgar el amparo solicitado.

### **IV. Fundamentos jurídicos**

En el fondo del asunto, corresponde examinar, en primer lugar, las vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva y a no padecer indefensión (art. 24.1 de la Constitución española -CE-) y del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), que el recurrente atribuye a las sentencias impugnadas por haber omitido los órganos judiciales el planteamiento ante el TJCE de la cuestión prejudicial por él suscitada acerca de la posible incompatibilidad del Real Decreto 1464/1988 con el artículo 3 de la Directiva 67/43/CEE.

Sin perjuicio de que el artículo 177 del *Tratado de la Comunidad Económica Europea* (TCEE) pertenece al ámbito del derecho comunitario europeo y no constituye por sí mismo canon de constitucionalidad, ninguna vulneración existe del derecho cuando el juez estima, razonadamente, que no alberga dudas sobre la interpretación que había de darse a la Directiva.

Por último, señalar que el propio Tribunal ha afirmado que la "la Directiva reserva ciertas actividades incluidas en el sector de los negocios inmobiliarios a las personas que ejercen la profesión reguladora de agente de propiedad inmobiliaria." [2]

Procede examinar las vulneraciones de derechos fundamentales que se imputan a las sentencias recurridas por

haber llevado a cabo una interpretación extensiva tanto de la norma contenida en el artículo 321.1 del Código Penal (CP) como del Decreto 3248/1969, lo que se considera contrario al principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 CE [3].

El Tribunal Constitucional entiende que, al ser el Decreto una norma preconstitucional, no es posible exigir de manera retroactiva la reserva de ley que impone el artículo 36 CE; además, la obligación de colegiación que impone no es opuesta al artículo 36 CE [4].

Tras recordar su jurisprudencia sobre el principio de legalidad penal y de las llamadas leyes penales en blanco en el considerando 6, procede examinar si la subsunción de la conducta del recurrente en el artículo 321.1 del CP, a partir de una determinada interpretación de la expresión "título oficial" contenida en dicho precepto, como la llevada a cabo por las sentencias impugnadas, ha supuesto o no una vulneración del principio de legalidad penal, entendido en los términos anteriormente indicados [6 y 7].

Lo verdaderamente importante es que el título "en sí" de *Agente de la Propiedad Inmobiliaria* (API) no es un "título académico", puesto que ni su obtención requiere la realización de estudios superiores específicos ni es la autoridad académica que lo concede, y que, por ello mismo, no puede incluirse dentro de los márgenes de la conducta tipificada en el artículo 321.1 del CP la de quien realizare los actos propios de dicha profesión careciendo de la capacitación oficialmente reconocida que para ello se requiere.

Por todo ello, debe concluirse que, al condenar al recurrente como autor del delito de intrusismo, han llevado a cabo una aplicación extensiva *in malam partem* del término "título" que no es conforme a los principios y valores constitucionales [10].

El pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Presidente, y don Luis López Guerra, don Fernando García Mon y González Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Eimil, don Álvaro Rodríguez Bereijo, don José Vicente Gimeno Sendra, don José Gabaldón López, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Pedro Cruz Villalón y don Carlos Viver y Pi-Sunyer, Magistrados, ha pronunciado

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo número 298/1991, promovido por don Ángel Gonzalo Gonzalo, representado por el procurador de los tribunales don Juan Antonio García San Miguel y Orueta y asistido por el letrado don Javier Polas y Alfonso, contra la sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Alicante, del 8 de noviembre de 1990, y contra la sentencia de la sección primera de la Audiencia Provincial de Alicante, de 17 de enero de 1991. Han sido parte el Colegio Oficial de Agentes de Propiedad Inmobiliaria de la Provincia de Alicante, representado por el procurador de los tribunales don Federico Olivares Santiago y asistido por el letrado don Álvaro Rodríguez Bereijo, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este tribunal el 8 de febrero de 1991, el procurador de los tribunales don Juan Antonio García San Miguel y Orueta, en nombre y representación de don Ángel Gonzalo Gonzalo, interpuso recurso de amparo contra la sentencia del Juzgado de lo Penal

número 6 de Alicante, del 8 de noviembre de 1990, y contra la sentencia de la sección primera de la Audiencia Provincial de esa misma ciudad, de fecha 17 de enero de 1991.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda, según se desprende de la misma y de la documentación que la acompaña, son en síntesis los siguientes:

a) El recurrente de amparo, miembro de la autodenominada asociación profesional de *Gestores Intermediarios en Promociones de Edificaciones* (GIPE), venía ejerciendo profesionalmente la actividad de intermediario inmobiliario sin estar en posesión del título oficial de *Agente de la Propiedad Inmobiliaria*, cuando, a consecuencia de una denuncia presentada por el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Alicante, fue condenado por el Juzgado de lo Penal número 6 de esa ciudad, como autor de un delito de intrusismo del artículo 321.1 del Código Penal, a la pena de seis meses y un día de prisión menor, con las accesorias de suspensión de cargo público y del derecho de sufragio durante el tiempo de condena, así como a satisfacer al citado Colegio la cantidad de 1 000 000 de pesetas en concepto de indemnización, y al pago de las costas.

b) Presentado recurso de apelación contra la anterior resolución, fue parcialmente estimado por la sección primera de la Audiencia Provincial de Alicante que, por sentencia de 17 de enero de 1991, notificada al recurrente el día 22 del mismo mes y año, procedió a declarar improcedente la indemnización fijada por la sentencia de instancia, confirmándola en todo lo restante.

La representación del recurrente considera que las sentencias recurridas han vulnerado, en primer lugar, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE, por haberse negado tanto el órgano judicial de instancia como el de apelación a plantear ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del TCEE, una cuestión prejudicial acerca de la compatibilidad del Real Decreto 1464/1988, de 2 de diciembre, en el que se atribuye la exclusividad de las actividades en el sector inmobiliario a los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y a los Administradores de Fincas, con lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva del Consejo 67/43/CEE, de 12 de enero, relativa a la realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios para las actividades no asalariadas incluidas en el sector de los negocios inmobiliarios.

A este respecto, comienza por señalarse en la demanda que, tras la modificación operada en el citado artículo de la Directiva por el apartado b-1 del anexo II del *Acta de adhesión del Reino de España a las Comunidades Europeas*, su texto quedó redactado en los siguientes términos: "3. Quedarán suprimidas las restricciones a las actividades profesionales citadas, sea cual fuere la denominación de las personas que las ejerzan. En la actualidad, las denominaciones usuales utilizadas en los estados miembros son las siguientes:[...] En España: agentes de la propiedad inmobiliaria; administradores de fincas urbanas; agencias inmobiliarias y de alquiler; promotoras inmobiliarias; sociedades y empresas inmobiliarias; expertos inmobiliarios." A la vista de dicho texto, argumenta el recurrente que el Real Decreto 1464/1988, de 2 de diciembre, cuyo objeto era precisamente la transposición de la Directiva 67/43/CEE al derecho interno, al operar en su artículo 2 una patente restricción en relación con las profesiones autorizadas para actuar en el sector de los negocios inmobiliarios por el artículo 3 de la citada Directiva, limitando el ejerci-



cio de las actividades propias de ese sector a los agentes de la propiedad inmobiliaria y a los administradores de fincas ha incurrido en un claro incumplimiento de lo dispuesto en dicha norma comunitaria;

con la consecuencia de que la misma ha adquirido un efecto directo, pudiendo ser invocada en tal sentido ante los órganos jurisdiccionales nacionales quienes, en caso de duda sobre la pretendida incompatibilidad entre la norma comunitaria y la norma nacional dictada en desarrollo de aquélla, están obligados a plantear ante el TJCE la cuestión prejudicial suscitada por el recurrente. La omisión de planteamiento de la misma constituye, por consiguiente, una evidente vulneración no sólo del derecho a la tutela judicial efectiva, sino también del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, por cuanto la respuesta que pudiera ofrecer el TJCE a dicha cuestión resulta determinante para enjuiciar la conducta llevada a cabo por el recurrente.

Por lo que se refiere a la pretendida vulneración del principio de legalidad penal, se alega en la demanda que el recurrente ha sido condenado en virtud de una interpretación extensiva del artículo 321.1 del Código Penal. Pues no sólo no pueden identificarse los actos de mediación y corretaje propios de la profesión de agente de la propiedad inmobiliaria con la actividad desarrollada por el hoy demandante de amparo en virtud de un contrato de mandato, sino que la condena que le ha sido impuesta a título de delito de intrusismo ha obedecido a una interpretación extensiva del citado precepto, así como del Decreto 3248/1969 —al que el artículo 321.1 reenvía, dada su naturaleza de norma penal en blanco— que resulta prohibida en virtud de las exigencias derivadas del principio consagrado en el artículo 25.1 CE.

En consecuencia, el demandante de amparo pide a este tribunal que anule las sentencias recurridas; y por otro sí, solicita la suspensión de la ejecución de las mismas, pues de no concederse dicha suspensión, el amparo, caso de otorgarse, habría perdido su finalidad.

3. Por providencia del 14 de febrero de 1991, la sección cuarta de la sala segunda acordó requerir al recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.5 de la *Ley orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)*, para que, en plazo de diez días, acreditase fehacientemente la fecha de la notificación de la resolución que puso fin a la vía judicial, así como haber invocado los derechos constitucionales violados. Exigencias a las que su representación dio cumplimiento mediante escrito registrado en este tribunal el 27 de febrero de 1991.

4. Por providencia de 3 de junio de 1991, la sección cuarta de la sala segunda acordó admitir a trámite la presente demanda de amparo, así como formar la oportuna pieza separada de suspensión y, de conformidad con el artículo 56 LOTC, conceder a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal un plazo de tres días para que alegaran lo que estimasen pertinente en relación con dicha suspensión.

5. Mediante escrito de alegaciones registrado en este tribunal el 10 de junio de 1991, don Juan Antonio García San Miguel y Orueta, procurador de los tribunales y de don Ángel Gonzalo Gonzalo, manifestó que el recurrente se encontraba ingresado en prisión desde el día 10 de mayo de 1991, y que se le había denegado el beneficio de la condena condicional a pesar de carecer de antecedentes penales y de que la pena privativa de la libertad impuesta era de seis meses y un día de prisión menor; subrayando el hecho de que al parecer dicha resolución había sido adoptada sobre la base de un informe del Ministerio Fiscal elaborado tras haber requerido un "informe de inspección" del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Alicante, con el sorprendente resultado de que la querellante tomó parte en la denegación de dicho beneficio.

Por otra parte, en dicho escrito se señalaba que, de no acordarse la suspensión solicitada, el amparo, caso de concederse, habría perdido su finalidad ya que, dada la mínima duración de la pena impuesta, es de suponer que su cumplimiento habría tenido ya lugar antes de finalizar la tramitación del presente recurso. Por su parte, el Ministerio Fiscal, en escrito registrado en este tribunal al 7 de junio de 1991 estimaba que procedía conceder la suspensión solicitada, pues, de lo contrario, el cumplimiento de una pena de tan corta duración ciertamente convertiría al amparo, caso de concederse, en ineficaz.

6. Con fecha 1 de junio de 1991, la sala segunda, en la pieza separada de suspensión

sustanciada, dictó un auto por el que acordaba suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad y de las accesorias impuestas al recurrente por la sentencia de Juzgado de lo Penal número 6 de Alicante; en dicha resolución no se concedía, en cambio, la suspensión del abono de las costas procesales, pero sí se imponía a sus beneficiarios la obligación de prestar una garantía que a juicio del órgano judicial de instancia resultase suficiente para posibilitar, en su caso, la devolución de las mismas.

7. Por providencia de 19 de diciembre de 1991, la sección cuarta de la sala segunda acordó tener por apersonado en el procedimiento al procurador don Federico Olivares Santiago, en nombre y representación del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmueble de Alicante, así como dar vista a las partes apersonadas y al Ministerio Fiscal de las actuaciones remitidas por el Juzgado de lo Penal número 6 de Alicante y por la Audiencia Provincial de esa misma ciudad para que, en el plazo de veinte días, formulen las alegaciones que estimasen pertinentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.1 LOTC.

8. Mediante escrito de alegaciones registrado en este tribunal el 19 de octubre de 1991, la representación del recurrente, tras subrayar que su representado es miembro de la Agencia de Gestores Intermediarios en Promociones de Edificaciones y como tal está dado de alta en la licencia fiscal y en la seguridad social y al corriente del pago del *Impuesto al valor agregado (IVA)*, reiteraba en primer término la tesis ya mantenida en la demanda en el sentido de afirmar que la falta de planteamiento por parte de los órganos judiciales de instancia y apelación de la

*la condena que le ha sido impuesta a título de delito de intrusismo ha obedecido a una interpretación extensiva del citado precepto*

cuestión prejudicial suscitada no sólo infringe lo dispuesto en el artículo 177 del TCEE, sino que constituye al propio tiempo una vulneración a los derechos a la tutela judicial efectiva, a no padecer indefensión y a utilizar los medios de prueba pertinentes, respectivamente, contenidos en el artículo 24.1 y 2 de la CE.

En defensa de estos motivos se ampliaban, en el citado escrito de alegaciones, algunos de los argumentos ya expuestos en la demanda de amparo, insistiendo de nuevo en que la inadmisión de la cuestión prejudicial planteada conduce efectivamente al recurrente de amparo a una situación de indefensión, dado que la interpretación que sobre la misma pudiera ofrecer el Tribunal de Luxemburgo es determinante para establecer su culpabilidad o inocencia en relación con el delito que se le imputa. Pues, de concluir el máximo órgano jurisdiccional comunitario que tanto el Decreto 3248/1969 como el Real Decreto 1404/1988 contravienen lo dispuesto en la Directiva CEE 67/43/CEE, resultaría evidente que el hoy demandante de amparo no ha cometido intromisión alguna al llevar a cabo unas actividades profesionales que están expresamente autorizadas por la citada Directiva, cuyas disposiciones serían directamente invocables ante los órganos judiciales nacionales al haber transcurrido el plazo para su transposición al derecho interno sin que se hayan adoptado las normas de ejecución adecuadas para su obligado cumplimiento. Efecto directo que, por lo demás, tendría especial relevancia en el caso de autos por cuanto el artículo 321.1 del Código Penal es una norma penal en blanco que reenvía a los convenios internacionales en materia de determinación de títulos reconocidos para el ejercicio profesional, lo que supondría un reenvío obligado a la Directiva 67/43/CEE y, consecuentemente, la falta de tipicidad de la conducta realizada por el recurrente a título del citado precepto penal.

Por lo que se refiere a la invocada vulneración del principio de legalidad penal, el escrito de alegaciones presentado por la representación del recurrente amplía considerablemente los argumentos apuntados a tal efecto en la demanda de amparo e introduce alguno nuevo. Se reitera, en primer lugar, la alegación ya contenida en el escrito de la demanda en el sentido que los actos que caracterizan a la profesión de Gestor Intermediario en Promoción de Edificaciones no coinciden con los que son "propios" de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria; pues mientras que los primeros obedecen a la existencia de un mandato en virtud del cual el gestor intermediario actúa en sustitución de su mandante, interviniendo en tal condición en la fase contractual y adquiriendo plena responsabilidad en relación con el resultado de su gestión, los segundos son simples actos de mediación, no interviniendo el agente en la fase contractual, ni adquiriendo responsabilidad alguna en relación con el resultado pretendido por las partes a las que se limita a poner en contacto. De manera que, no pudiendo afirmarse que el recurrente ha realizado "actos propios" de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria careciendo del correspondiente título oficial que habilita para ello, ha de concluirse que, al condenarle como autor de un delito de intrusismo del artículo 321.1 del Código Penal, los órganos judiciales han sobrepasado los límites de la descripción típica de la conducta sancionada en dicho precepto y han hecho uso de una analogía *in malam partem* absolutamente prohibida por el principio contenido en el artículo 25.1 CE.

*los órganos judiciales han sobrepasado los límites de la descripción típica de la conducta sancionada en dicho precepto y han hecho uso de una analogía in malam partem absolutamente prohibida*

Como argumento nuevo en defensa de este mismo motivo, en el escrito de alegaciones se introduce una interpretación de lo que ha de entenderse por "título" en el artículo 321.1 del Código Penal que, basaba en documentado dictamen que se incorpora a las actuaciones, equipara dicho elemento normativo a un "título académico" o, lo que es lo mismo, a un "título universitario", limitando de esta suerte la protección penal otorgada por el citado precepto a aquellas profesiones para cuyo ejercicio se requiera estar en posesión no de un simple "título oficial" sino de un "título académico".

Para llegar a esta conclusión acude el recurrente de amparo a diversas vías de razonamiento, haciendo alusión, en primer lugar, al propio origen del precepto regulador, del delito de intrusismo y señalando a este respecto que el texto del artículo 321.1 del Código Penal no responde a la delegación contenida en la base quinta de la Ley 79/1961, de 23 de diciembre, por la que se autorizaba al Gobierno la revisión del entonces vigente Código Penal, pues mientras que la citada Ley de Bases se refería expresamente a un "título académico", el Decreto por el que se procedió a dar cumplimiento al encargo encomendado suprimió el adjetivo "académico", produciéndose así a través de una norma de rango inferior una considerable ampliación del ámbito de protección de este tipo delictivo que no había sido autorizada por la delegación contenida en la citada Ley de Bases. Ello ha llevado a la doctrina penal y a un importante sector de la jurisprudencia más reciente a considerar que la única interpretación del artículo 321.1 del Código Penal que salvaría la nulidad radical de dicho precepto por oponerse a lo establecido en una norma de rango superior es la que identifica el "título" a que se refiere dicha disposición con un "título académico"; y que toda otra interpretación excedería de la autorización concedida por la Ley de Bases 79/1961, convirtiéndose en una interpretación extensiva y, por ello, lesiva del principio de legalidad penal.

Junto a este primer argumento basado en el principio de jerarquía normativa, se introduce un segundo tipo de razonamiento derivado de una interpretación sistemática del mencionado precepto en sus relaciones con la falta de intrusismo otrora contenido en el artículo 572.1 del Código Penal, y hoy derogada por la ley orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. Pues la única manera posible de deslindar ambos preceptos cuando uno y otro estaban vigentes era la de considerar que, mientras que el primero se reserva para aquellas profesiones que, para requerir para su ejercicio la posesión de un "título académico", merecían una protección de rango superior, el antiguo texto del artículo 572.1 bastaba para garantizar el correcto desempeño de aquellas profesiones que, por referirse a bienes dotados de menor relevancia para la vida social, no requerían para su ejercicio la posesión de un "título académico", sino tan sólo de un habilitación o capacitación oficial.



## JURISPRUDENCIA

Por último, aunque no en último lugar, se incluye en defensa de este motivo un argumento de carácter teleológico extraído de la *ratio legis* del artículo 321 del Código Penal, según el cual la protección otorgada por este precepto debe reservarse a aquellas profesiones que, por afectar su ejercicio a bienes de gran trascendencia social que podrían verse gravemente dañados en caso de una práctica debidamente controlada de las mismas, exigen la presencia de un "título académico".

Como colofón a su escrito de alegaciones, introduce el recurrente dos motivos nuevos de amparo, invocando, en primer lugar, que la aplicación del artículo 321.1 del Código Penal en la Profesión de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria vulnera el principio de jerarquía normativa contenida en el artículo 9.3 del Código Penal; y, finalmente, que la abundancia de fallos contradictorios (incluso del Tribunal Supremo), no sólo infringe el principio de seguridad en esta materia, sino que constituye también una infracción del principio de igualdad ante la ley reconocido en el artículo 14 CE. Pues según esté radicado en una u otra provincia el Tribunal sentenciador, los gestores intermediarios pueden ser absueltos o condenados, quedando así la absolución o condena a merced del domicilio donde se ejerce la profesión.

9. El escrito de alegaciones presentado por la representación del recurrente plantea además, con carácter absolutamente novedoso, una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el Decreto 3248/1969, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Colegios de Agentes de Propiedad Inmobiliaria y de su Junta Central.

El planteamiento de dicha cuestión de inconstitucionalidad se justifica con el siguiente razonamiento: el tipo delictivo contenido en el artículo 321.1 del Código Penal constituye una norma penal en blanco para cuyo complemento hay que acudir a otras disposiciones legales o reglamentarias, entre las que se encuentra el mencionado Decreto. Por tanto la declaración de inconstitucionalidad del mismo produciría evidentes efectos en relación con el fallo condenatorio mantenido por las sentencias recurridas, dado que con dicha declaración la citada norma quedaría automáticamente excluida del ámbito de actuación del citado precepto penal. Por lo demás, la representación del recurrente entiende que concurren todos y cada uno de los requisitos formales que para la admisión de una cuestión de inconstitucionalidad exigen los artículos 35 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Como fundamento de la cuestión de inconstitucionalidad planteada se alega la infracción, por el Decreto 3248/1969, de los artículos 14, 24.1, 26, 35, 38 y 53.1 CE.

La vulneración del principio de igualdad se habría producido, según el demandante, por la patente discriminación contenida en el artículo 7, a), del citado Decreto al exigir como requisito para poder concurrir a los exámenes para la obtención de Título de Agente de la Propiedad Inmobiliaria la condición de "ser español". En tanto que la mención de los "Tribunales de Honor" en los artículos 7, d) y 29 del Decreto sería constitutiva de una infracción del artículo 26 CE, y el artículo 73 infringiría el derecho a la tutela judicial efectiva y a no padecer indefensión en la medida en que posibilita la imposición de sanciones disciplinarias sin previa formación de expediente. Por otra parte, no habiendo sido aprobado el reglamento del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria por ley,

sino por decreto, ha de considerarse contrario a lo dispuesto en los artículos 36 y 53.1 CE, vulnerando, asimismo, el derecho contenido en el artículo 35.1 CE por cuanto debe entenderse que los artículos 5.1 y 8 del Decreto tachado de inconstitucional se oponen al derecho a la libre elección y acceso al ejercicio profesional reconocido en dicho precepto constitucional.

10. Mediante escrito de alegaciones de fecha 19 de diciembre de 1991, el procurador de los tribunales don Federico Olivares Santiago, en nombre y representación del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de la provincia de Alicante, manifiesta, en primer lugar, que no puede decirse, a la vista de que en órganos judiciales de instancia y apelación en ningún momento abrigaron dudas sobre la interpretación que había de darse a las normas comunitarias alegadas por el recurrente ni sobre su falta de aplicación al caso enjuiciado, que la denegación de planteamiento ante el TJCE de la cuestión prejudicial haya supuesto una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Pues como su propio título indica y fundamentalmente se recuerda en ambas resoluciones judiciales, la Directiva CEE 67/43 no tiene otro objetivo que la supresión, en materia de establecimiento y de prestación de servicios en el sector inmobiliario, de todo trato discriminatorio basado en la nacionalidad, y no la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en lo relativo a las profesiones que operan en dicho sector. De manera que no cabe afirmar que el Real Decreto 1464/1988, al referirse únicamente a los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y a los Administradores de Fincas dejando fuera a las otras cuatro profesiones mencionadas en el artículo 3 de la citada Directiva, haya supuesto un incumplimiento de la misma que la haría directamente invocable ante los órganos judiciales. Si el mencionado Real Decreto no ha tenido en cuenta esas otras cuatro profesiones, ningún reproche ha de merecer por ello, ya que no estaba obligado a reconocer todas y cada una de las especificaciones contenidas a título de ejemplo en el precepto comunitario, sino únicamente a reconocer recíprocamente de trato a los ciudadanos comunitarios respecto de aquellas profesiones que gozan de reconocimiento legal en España, una vez determinado cuáles son éstas. Sin duda alguna resultaría contrario a la Directiva 67/43 imponer restricciones al ejercicio de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria o Administrador de Fincas por parte de un nacional de otro Estado miembro que hubiese obtenido en su país una titulación equivalente a la requerida en el nuestro para su práctica. Pero no se opone en modo alguno la norma comunitaria a que el Derecho interno establezca su propio catálogo de profesiones reconocidas en el sector de los negocios inmobiliarios con mayor o menor amplitud. En consecuencia, no siendo las disposiciones de la Directiva CEE 67/43/CEE de aplicación al caso enjuiciado, necesariamente ha de concluirse que la omisión de planteamiento ante el TJCE de una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad de las mismas con el Real Decreto 1464/1988 no ha supuesto vulneración alguna del derecho a la tutela judicial efectiva o del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.

Se aduce por otra parte, frente a la pretendida vulneración del principio de legalidad penal invocada por el recurrente, que la subsunción de la conducta enjuiciada en el tipo delictivo contenido en el artículo 321.1 del Código Penal, realizada en virtud de una cierta interpretación del mismo, constituye una cuestión de legalidad ordinaria no revisable en sede constitucional.

11. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 17 de octubre de 1991, el Ministerio Fiscal se opone a todos y cada uno de los motivos invocados por la representación del recurrente, estimando, en primer lugar, que no ha habido vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, ya que las resoluciones judiciales impugnadas contienen una motivación fundamentada de su negativa al planteamiento ante el TJCE de la cuestión prejudicial solicitada; y que tampoco se ha infringido el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, por la sencilla razón de que, en el caso de autos, ninguna relación existe entre este derecho y la denegación de planteamiento de la citada cuestión prejudicial. Finalmente, rechaza el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones que se haya producido una infracción del artículo 25.1 CE por el hecho de haber procedido los órganos judiciales a la aplicación del artículo 321.1 del Código Penal, ya que la interpretación que de los tipos penales lleven a cabo los órganos judiciales constituye una cuestión de mera legalidad que no puede ser revisada por este Tribunal. En consecuencia, el Ministerio Fiscal concluye interesando la desestimación del presente recurso de amparo.

12. Por providencia del 20 de julio de 1992, la sección acordó oír al recurrente y al Ministerio Fiscal para que, en el plazo de cinco días, expongan lo que estimen procedente acerca de la incorporación a los autos del escrito de 14 de julio, que, con la certificación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de enero de 1992, han sido presentados por el Procurador del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de la provincia de Alicante.

13. Por providencia del pleno de este Tribunal, de fecha 12 de mayo de 1992, se acuerda a propuesta del presidente y conforme establece el artículo 10, k), de la LOTC, recabar para sí el conocimiento del recurso de amparo número 298/91 que, hasta entonces, se tramitaba en la sala segunda.

14. Por providencia de 23 de marzo de 1993, se acordó señalar para deliberación y votación de esta sentencia el día 25 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. Antes de entrar en el examen de los distintos motivos de impugnación en que se fundamenta la demanda de amparo, han de desestimarse, con carácter previo, aquellas pretensiones que el recurrente introduce *ex novo*, como ampliación de la demanda, en su escrito de alegaciones de fecha 19 de octubre de 1991, referidas concretamente a la vulneración de los derechos contenidos en los artículos 9.3 y 14 de la CE, así como a la solicitud formulada "conforme a lo dispuesto en el artículo 163 CE, artículos 35 y siguientes de la LOTC y en el artículo 5.2 de la LOPJ", de que "se plantee ante el pleno de este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad el Decreto 3248/1969".

Al margen de que el contenido del artículo 9.3 CE no puede ser preservado en vía de amparo y, en lo que respecta al derecho a la igualdad, se alega de manera retórica sin aportar el necesario término de comparación y sin haber sido previamente invocado en la vía judicial, ninguno de estos nuevos motivos puede ser acogido ya que, es doctrina reiterada de este Tribunal (sentencias del Tribunal Constitucional 79/1984, 74/1985, 70/1986, 33/1991, 132/1991 y 94/1992, entre otras) que el objeto procesal del recurso de amparo ha de quedar delimitado en la demanda sin que se pueda, en el trámite de alegaciones, invocar motivos de impugnación que, por entrañar una mutación esencial del objeto litigioso, causarían indefensión a las demás partes del proceso de amparo.

Por otra parte, es manifiesta la improcedencia del planteamiento por el recurrente de cuestión de inconstitucionalidad directamente ante este Tribunal en relación con el Decreto 3248/1969, de 4 de diciembre, lo que corresponde exclusivamente a los Jueces o Tribunales, de oficio o a instancia de parte, cuando consideren que una norma con rango de ley (lo que, por demás aquí no ocurre, como ya se dijo en el ATC 343/1991, que acordó inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad número 1916/1991 promovida por el Juzgado de Instrucción número 2 de Alicante en relación con el citado Decreto), que sea aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución (art. 163 CE, 35.1 y 27.2 LOTC).

2. Entrando ya en el fondo del asunto, corresponde examinar, en primer lugar, las invocadas vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva y a no padecer indefensión (art. 24.1 CE) y del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), que el recurrente atribuye a las sentencias impugnadas por haber omitido los órganos judiciales de instancia y de apelación el planteamiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de la cuestión prejudicial por él suscitada acerca de la posible incompatibilidad del Real Decreto 1464/1988 con el artículo 3 de la Directiva 67/43/CEE.

El último párrafo del artículo 177 del TCEE establece que cuando se plantee una cuestión prejudicial en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, "dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia". De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, interpretando el mencionado precepto (Sentencias TJCE de 16 de diciembre de 1974, asunto 146/1973, y de 10 de octubre de 1982, asunto 238/1981), para que dicha obligación pueda reputarse existente es preciso que el órgano judicial en cuestión abrigue una duda razonable acerca de la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario, y que la solución de dicha duda sea necesaria para poder emitir su fallo. De manera que no procederá que se suscite la cuestión prejudicial cuando el juez nacional no tiene duda alguna sobre cuál es la interpretación que ha de darse a la disposición comunitaria, o cuando la respuesta que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pueda dar a dicha cuestión no sea determinante de la solución que haya de darse al litigio.

Sin perjuicio de que el artículo 177 del TCEE, alegado por el recurrente, pertenece al ámbito del Derecho comunitario europeo y no constituye por sí mismo canon de constitucionalidad (sentencias del Tribunal Constitucional 28/1991, fundamento jurídico 4º, y 64/1991, fundamento jurídico 4º), ninguna vulneración existe del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 CE cuando el juez estima, razonadamente, que no alberga dudas sobre la interpretación que había de darse a la Directiva 67/43/CEE ni sobre su falta de aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio. A semejanza de lo que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad (sentencias del Tribunal Constitucional 17/1981, fundamento jurídico 1º; 133/1987, fundamento jurídico 1º; 119/1991, fundamento jurídico 2º y 151/1991, fundamento jurídico 2º), la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde en forma exclusiva e irrevisable al órgano judicial y no impide la defensa del derecho fundamental de las partes ante el Tribunal Constitucional, ya que éstas disponen a tal fin del recurso de amparo.



## JURISPRUDENCIA

Por último, no es ocioso señalar que el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su reciente sentencia de fecha 28 de enero de 1992 (asuntos 330 y 331/1990), se ha pronunciado sobre dos cuestiones prejudiciales del mismo tenor que la suscitada por el recurrente, planteadas por el Juzgado de lo Penal número 4 de Alicante.

En dicha resolución, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha afirmado que "la directiva CEE 67/43 no se opone a una normativa nacional que reserva ciertas actividades incluidas en el sector de los negocios inmobiliarios a las personas que ejercen la profesión regulada de Agente de la Propiedad Inmobiliaria", no pudiendo, por consiguiente, considerarse incumplida por las previsiones que en dicho sentido se contienen, respectivamente, en el decreto 3248/1969 y en el Real Decreto 1464/1988.

Por todo ello, ha de concluirse que no ha existido vulneración alguna al derecho a la tutela judicial efectiva, ni mucho menos al derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes que el recurrente anuda de manera inconstante a la denegación por los órganos judiciales del planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

3. Procede, pues, que examinemos la tercera y última de las vulneraciones de derechos fundamentales que se imputan a las sentencias recurridas por haber llevado a cabo una interpretación extensiva tanto de la norma contenida en el artículo 321.1 del Código Penal como del Decreto 3248/1969, lo que se considera contrario al principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 CE.

En apoyo de su pretensión, desarrolla el recurrente una triple línea argumental en la que va negando, sucesivamente, que las actividades por él desarrolladas como gestor intermediario en promoción de edificaciones fueran las "propias" de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria; que, aun suponiendo que lo fueran, puedan considerarse atribuidas en exclusiva a los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria; y, finalmente, que el título aludido en el artículo 321.1 sea el que para su ejercicio requiere la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria.

De esta triple línea argumentaria en que el recurrente fundamenta la lesión al principio de legalidad penal deben desecharse sin mayor esfuerzo las dos primeras, que se refieren bien a cuestiones de hecho que no compete revisar al Tribunal Constitucional, que ha de atenerse a los hechos tal y como éstos han que dado fijados o establecidos por los órganos judiciales, bien a cuestiones ajenas al proceso de amparo constitucional y no alegables a esta sede.

Tal ocurre, en primer lugar, respecto de la alegación del recurrente de que la actividad por él desarrollada como gestor intermediario en promoción de edificaciones en ningún momento supuso la práctica de las operaciones de mediación y corretaje que, según el artículo 1 del Decreto 3248/1969, caracterizan a la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, así como que la calificación jurídica de su conducta como constitutiva del delito de intrusismo tipificado en el artículo 321.1 del Código Penal únicamente pudo deberse a la apreciación, por parte de los órganos judiciales, de que los actos realizados eran "análogos" a los que son propios de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, situaciones que están en sentencia de instancia.

Idéntica respuesta negativa merece la segunda de las líneas de argumentación desarrollada por el recurrente basada en lo dispuesto en los preceptos constitucionales relativos al derecho al ejercicio y acceso libre a una profesión y a la regulación de los colegios profesionales (art. 35 y 36 CE). Como es sabido, los derechos contenidos en los artículos 35 y 36 CE no son susceptibles de protección en la vía de amparo constitucional, por lo que han de desestimarse, sin más, las pretendidas vulneraciones que de los mismos se imputan directamente al Decreto 3248/1969.

Ahora bien, ha de advertirse que el recurrente no alega en estos momentos la vulneración de dichos derechos, sino en la medida en que, de estimarse contrario a los preceptos constitucionales citados, el Decreto 3248/1969, ello supondría que los órganos judiciales han tenido en cuenta, como norma de reenvío complementadora de la norma penal en blanco contenida en el artículo 321.1 del Código Penal, una norma contraria a la CE, que deberían haber procedido a inaplicar, con la consiguiente vulneración del principio de legalidad penal que de ello se deriva. De manera que lo este tribunal debe examinar es si se ha producido una infracción del artículo 25.1 CE por haberse aplicado una norma penal en blanco cuyo complemento es una disposición nula por ser opuesta a los artículos 35 y 36 CE.

4. Para resolver esta cuestión es preciso examinar la normativa vigente en materia de regulación de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria.

El Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria fue creado por un Decreto del Ministerio de la Vivienda de 17 de Diciembre de 1948, aprobándose el reglamento propio de esta profesión por Decreto de 6 de abril de 1951. El posterior Decreto 3248/1969 derogó expresamente ambas disposiciones, siendo a su vez derogado por el Real Decreto 1613/1981, de 19 de junio. Sin embargo, al haber sido declarada íntegramente nula esta última disposición por la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo del 22 de diciembre de 1982, por no haberse dado audiencia en su tramitación al Consejo General de Colegios Oficiales de Gestores Administrativos de España —sentencia que fue ejecutada por orden del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 5 de mayo de 1983 ("Boletín oficial del Estado" de 20 de junio)—, el Decreto 3248/1969 recuperó su vigencia, perviviendo hasta la fecha en su versión modificada por el Decreto 53/1975, de 10 de enero.

Al ser el Decreto 3248/1969 una norma preconstitucional no es posible exigir de manera retroactiva la reserva de ley que impone el artículo 36 CE (sentencias del Tribunal Constitucional 11/1981, 83/1984 y 219/1989). Pues bien, a la vista de todo lo anterior y de que el artículo 3.1 de la citada *Ley de Colegios Profesionales* se dice textualmente que "quien ostente la titulación requerida y reúna las condiciones señaladas estatutariamente tendrá derecho a ser admitido en el Colegio "correspondiente"", y que su artículo 3.2 establece que "será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas la incorporación al colegio en cuyo ámbito territorial se pretende ejercer la profesión", así como que este tribunal ya ha declarado que la obligación de colegiación que este último precepto impone no es opuesta al artículo 36 CE ni tampoco vulnera el derecho de libertad asociativa ni constituye un obstáculo a la libre elección de profesión del artículo 35 CE (sentencias del Tribunal Constitucional 89/1989 y 111/1989) así como tampoco la pretensión de que





conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco (sentencia del Tribunal Constitucional 122/1987); esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadamente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada sentencia del Tribunal Constitucional 122/1987, se de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite y resulte, de esta manera, salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.

7. Así, pues, procede ya examinar si la subsunción de la conducta del recurrente en el artículo 321.1 del Código Penal, a partir de una determinada interpretación de la expresión "título oficial" contenida en dicho precepto como la llevada a cabo por las sentencias impugnadas, ha supuesto o no una vulneración del principio de legalidad penal, entendido en los términos anteriormente indicados.

A este respecto, debe comenzarse por señalar que, en realidad, dicha subsunción no obedece a los resultados de una cierta interpretación, no por discutible menos posible, del tenor literal de la mencionada disposición, sino que constituye un verdadero supuesto de extensión *in mala partem* del alcance del tipo penal en cuestión a supuestos que no pueden considerarse incluidos en él, que vulnera frontalmente el principio de legalidad penal (ATC 324/1984). Conclusión que resulta obligada habida cuenta, por un lado, del origen del artículo 321.1 del Código Penal, y, por otro, de la naturaleza de la titulación requerida para el ejercicio de los actos propios de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria.

En efecto, el término "título oficial" a que se refiere el artículo 321.1 del Código Penal no puede ser entendido, sino como "título académico oficial" vista la forma en que se gestó el mencionado precepto. Fue introducido en la revisión del Código Penal de 1944 operada por Decreto de 24 de enero de 1963, en virtud de la autorización conferida a tal efecto por la *Ley de Bases* 79/1961, de 23 de diciembre, y, en concreto, por su base quinta, cuyo tenor literal era el siguiente: "El artículo 321 será modificado conforme a las exigencias actuales para lograr una mayor eficacia en la represión del intrusismo, castigando a los que, sin poseer condiciones legales para ello, 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. Se agravará la pena para el que, además de cometer los indicados actos, se atribuyese públicamente, sin serlo, la calidad de profesional. El artículo 572 castigará como autores de una falta a los que, sin estar habilitados legalmente, ejerzan actos de una profesión reglamentada que no requiera título facultativo, ejerzan la profesión sin estar inscritos en el colegio, corporación o asociación oficial respectivos".

Resulta claro que, al omitirse en su redacción definitiva el calificativo de "académico" que en la base quinta se

unía indisolublemente al "título" cuya falta de posesión quería sancionarse, el artículo 321.1 no respondió estrictamente al mandato convenido en la citada base quinta. De manera que, habida cuenta del superior rango normativo de esta última disposición, el precepto debe entenderse referido a, exclusivamente, a la realización de actos propios de una profesión, cuyo ejercicio requiere estar en posesión de un "título académico", por quien carece de dicha titulación; y en consecuencia, a identificar el "título" a que en dicho se hace referencia con un "título académico oficial".

8. La señalada omisión por parte del legislador de 1963 del calificativo "académico" no debe, empero, conducir a una conclusión de inconstitucionalidad del artículo 321.1 del Código Penal. A ello se opondría la afirmación, reiteradamente mantenida por este tribunal, de que únicamente cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos "cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma" (sentencias del Tribunal Constitucional 93/1984, 115/1987, 105, 1988 y 119/1992, entre otras muchas). Pues si bien es cierto que dicha afirmación ha sido utilizada para justificar el pronunciamiento de una sentencia interpretativa en relación con un recurso de inconstitucionalidad, no lo es menos que no pierde virtualidad por el hecho de que no sea ésta la vía planteada en el presente caso.

Aquí se trata de examinar la aplicación por el órgano judicial de una norma, el artículo 321.1 del Código Penal, que contiene un tipo penal uno de cuyos elementos ha de llenarse de contenido mediante preceptos extrapenales, generalmente de naturaleza administrativa (como el caso, los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria), lo que supone para el intérprete una tarea de integración del tipo con pleno sometimiento a los principios penales —singularmente el de legalidad— de conformidad con los valores que la Constitución propugna (art. 1.1 CE) y según los parámetros que rigen la interpretación y aplicación de las normas penales, singularmente y en lo que ahora importa, la interdicción de la interpretación extensiva *in malam partem* a la hora de aplicar las figuras delictivas. Posibilidad de interpretación judicial integradora conforme a la Constitución, perfectamente conocida, por demás, por los órganos judiciales (art. 5.1 LOPJ). Buena prueba de ello es la abundancia de fallos absolutorios de la jurisdicción penal ordinaria —eso sí, geográficamente delimitados— basados en la identificación del "título" aludido en el artículo 321.1 del Código Penal con un "título académico".

Existen, por otra parte, datos suficientes para considerar que la omisión del calificativo "académico" no perseguía el objetivo de ampliar el tipo del delito de intrusismo para incluir en el mismo conductas como la llevada a cabo por el recurrente y que, por consiguiente, la aplicación del artículo 321.1 del Código Penal a dichas conductas contradice abiertamente la *voluntas legis*. Pues la omisión del mencionado "calificativo" se produjo en un contexto de absoluto respeto al resto de las indicaciones contenidas en la base quinta de la *Ley de Bases* de 1961. De tal suerte que en el hoy derogado artículo 572.1 del Código Penal se tipificó como falta de intrusismo la conducta de quien "no estando comprendido en el artículo 321 ejerciere actos propios de una profesión reglamentada por disposición legal, sin poseer la habilitación o capacitación oficial requerida". Precepto que habría quedado absolutamente vacío de contenido, por falta de ámbito de aplicación, de no entenderse referido, precisamente, al ejercicio de actos

propios de una profesión que, a diferencia de lo previsto en el artículo 321.1, no requiere estar en posesión de un título académico y sí de un reconocimiento oficial de menor rango. Sólo así se habrían quedado perfectamente delimitadas las respectivas esferas del delito y de la falta de intrusismo, ya que, de otro modo, la excesiva ampliación del alcance del delito a costa de la falta devendría en inaplicación de esta última, al no poderse pensar en un título oficial que no estuviese ya incluido en la descripción típica inscrita en el artículo 321.1 del Código Penal.

La coexistencia de ambos preceptos hasta la reforma del Código Penal operada en 1989 demuestra no sólo que el legislador de 1963 no fue ajeno a la idea de que su conexión sistemática, necesaria para poder deslindar los respectivos ámbitos de aplicación del delito y la falta, impedía una interpretación del término "título" como la sostenida en las sentencias aquí impugnadas, sino también que tuvo en cuenta el principio de proporcionalidad inherente al principio de legalidad propio de un estado de derecho. Proporcionalidad que sigue manteniéndose en la actualidad, más acentuada todavía, por cuanto la desaparición de la otrora falta de intrusismo ha venido motivada por el propósito de descriminalizar dicha conducta, convirtiéndola en infracción administrativa. No puede, en consecuencia, reprocharse al legislador penal vulneración alguna del principio de legalidad, por haber redactado el artículo 321.1 del Código Penal en unos términos tan abiertos que favorecían una interpretación como la realizada por las sentencias recurridas, y sí, en cambio, a los órganos judiciales por haber desconocido que tanto el origen legislativo del artículo 321.1 del Código Penal, como su necesaria conexión con el artículo 572.1 —y, actualmente, con lo establecido en la disposición quinta de la ley orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal—, convertían a dicha interpretación en extensiva y contraria al principio de legalidad penal el artículo 25.1 de la Constitución.

9. A idéntica conclusión habría debido conducirles, por otra parte, una interpretación orientada al "fin de protección" de la citada norma. Pues, aun siendo cierto que, como mantiene la sentencia dictada en apelación, lo que con el artículo 321.1 se pretende proteger es el ejercicio ordenado de ciertas actividades profesionales cuyo desempeño requiere una cierta capacitación respecto de la que el Estado ejerce un determinado control, no por ello ha de concluirse que dicha protección penal deba otorgarse a todas aquellas profesiones que, de una u otra manera, están sometidas a un mayor o menor grado de control público.

Como ha declarado este tribunal en su sentencia 122/1989, si bien es posible que "dentro del respeto debido al derecho al trabajo y a la libre elección de la profesión u oficio (art. 35 CE), y como medio necesario para la protección de intereses generales, los poderes públicos intervengan en el ejercicio de ciertas actividades profesionales, sometiéndolas a la previa obtención de una autorización o licencia administrativa o a la superación de ciertas pruebas de aptitud... la exigencia de tales requisitos, autorizaciones, habilitaciones o pruebas es en modo alguno equiparable a la creación o regulación de los títulos profesionales a que se refiere el artículo 149.1.30 CE, ni guarda relación con la competencia que este precepto constitucional reserva al Estado", pues "la sujeción a determinadas condiciones o el cumplimiento de ciertos requisitos para poder ejercer una determinada actividad laboral o profesional es cosa bien distinta y alejada de la creación

de una profesión titulada en el sentido antes indicado», cuyo ejercicio está condicionado "a la posesión de concretos títulos académicos" (STC 83/1984), o, lo que es lo mismo, a "la posesión de estudios superiores", ratificados por el oportuno certificado, diploma o licencia (sentencia del Tribunal Constitucional 42/1986).

A la vista de esta doctrina, no solo resulta avalada la distinción entre "título académico oficial" y "capacitación oficial" y la identificación de las profesiones tituladas con aquellas para cuyo ejercicio se requiere poseer estudios universitarios acreditados por la obtención del correspondiente título oficial, sino 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 importancia constitucional de los intereses que con su ejercicio se ponen en juego. De manera que cuanto más relevancia social tuvieran dichos intereses, mayor sería el nivel de conocimientos requeridos para el desempeño de la actividad profesional que sobre ellos incidiera; y lógicamente, mayor habría de ser el grado de control estatal sobre los mismos y más grave la sanción imponible en caso de desempeño de los "actos propios" de dicha profesión por quienes no estuvieran oficialmente capacitados para ello.

Todo ello concuerda perfectamente con la identificación del "título" a que alude el artículo 321.1 del Código Penal con un "título oficial". Pues, de esta suerte, quedaría reservado el ámbito de aplicación de dicho precepto 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 aquellos 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 pudiera suponer la lesión o puesta en peligro de tales bienes jurídicos. En tanto que la protección y control de aquellas profesiones que inciden sobre intereses sociales de menor entidad —cual es, sin duda, el caso del patrimonio inmobiliario— quedarían respectivamente satisfechas, en su caso, mediante el requerimiento de una simple capacitación oficial para su ejercicio, y con la mera imposición, en su caso, de una sanción administrativa quienes realizaren "actos propios" de la misma sin estar en posesión de dicha capacitación. Ningún interés público esencial se advierte en la exigencia de un título para la intermediación en el mercado inmobiliario que no responda sino a intereses privados o colegiales, legítimos y respetables, pero insuficientes por sí solos para justificar la amenaza de una sanción penal como la aquí aplicada. Incurriendo, así en una vulneración del principio de proporcionalidad entre el injusto y la pena que es inherente a un Estado social y democrático de derecho como el que la Constitución configura (art. 1.1 CE).

10. Una vez concluido que el término "título" a que se alude en el artículo 321.1 del Código Penal necesariamente ha de ser un "título académico" o, si se prefiere un "título universitario" oficial, reconocido por disposición legal o por convenio internacional, resta únicamente por comprobar si la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria requiere o no para su ejercicio de la posesión de un título de estas características.

La regulación de los requisitos exigidos para desempeñar la actividad profesional de Agente de la Propiedad Inmobiliaria está contenida en el Decreto 3248/1969, de 4



de diciembre, emanado del antiguo Ministerio de la Vivienda, hoy Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, modificado por el Decreto 55/1975, de 10 de enero, y no derogado por el posterior Real

Decreto 1613/1981, de 19 de junio, mediante el que se aprobaban los estatutos generales de dicha profesión, dado que dicho Real Decreto fue íntegramente anulado por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 22 de diciembre de 1982, por no haberse dado audiencia en su tramitación al Consejo General de Colegios Oficiales de Gestores Administrativos de España, siendo ejecutada dicha sentencia por orden del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 5 de mayo de 1983 ("Boletín Oficial del Estado" de 20 de junio).

El artículo 5 del Decreto 3248/1969 establece dos requisitos para el ejercicio de la profesión de Agente Inmobiliario: hallarse en posesión del título profesional expedido por el Ministerio de la Vivienda (hoy Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo), y estar inscrito en colegio correspondiente y en la Mutualidad General de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y en posesión del carné oficial. Para la obtención del requerido título profesional será necesario acreditar suficiente aptitud ante el tribunal que juzgue los exámenes convocados a tal efecto por la sub-secretaría del Ministerio de la Vivienda (art. 6 y 9), exigiéndose para participar en los mismos, entre otras cosas, que el candidato se encuentre "en posesión de un título oficial expedido por universidades en el grado de licenciado; por escuelas técnicas en sus grados superior y medio; por escuelas de comercio desde el grado de profesor mercantil; por escuelas normales de magistrado u otro título de carácter oficial que esté legalmente equiparados a éstos, mediante disposición legal o reglamentaria [art. 7 e]).

Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que el Decreto del 6 de abril de 1951, en el que por primera vez se regulaba la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, no contenía un precepto similar al citado artículo 7, e), del Decreto 3248/1969. Y que el Decreto 271/1975, de 13 de febrero, ofrecía a las personas que estuvieran inscritas en el censo de posibles sindicatos elaborado por el Sindicato Nacional de Actividades Diversas y cerrado a 31 de diciembre de 1973, y que acreditasen que venían ejerciendo asiduamente, con anterioridad a dicha fecha, las actividades propias de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, así como reunían las condiciones exigidas en los apartados a), b) y c) del artículo 7 del Decreto 3248/1969, la posibilidad de solicitar, en el plazo de noventa días a partir de la publicación del citado Decreto, su incorporación a los colegios oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria; incorporación que les sería concedida tras haber superado las pruebas establecidas a tal efecto. De manera que, por esta vía, pudieron incorporarse a dicho colegio oficial personal que ni tan siquiera estaban en posesión de las titulaciones requeridas en el artículo 7, e), del Decreto 3248/1969.

Se desprende de ello que, en la actualidad, conviven en el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria muy distintos tipos de titulados, de extracción universitaria los unos, carentes de título académico los otros. Precisamente esta diversidad permite aseverar que, al no requerirse en todos los casos una titulación universitaria para tener acceso a la obtención del "título" de Agente de la Propiedad, debe negarse al mismo el calificativo de "académico". Además, el hecho de que se requiera o no la condición de

titulado universitario para tener acceso a la obtención del "título" de Agente de la Propiedad Inmobiliaria es indiferente a los efectos que aquí interesan. Concluir lo contrario obligaría a que, en el caso de que una futura norma estableciera que únicamente teniendo la condición de titulado universitario podría accederse a las pruebas establecidas para la obtención del título de Agente de la Propiedad Inmobiliaria [lo que, por lo demás resulta perfectamente concebible a la vista de que el anulado Real Decreto 1613/1981, de 19 de junio, exigía para ello, en su artículo 5, a), "hallarse en posesión de un título oficial universitario", incluyendo entre ellos, por cierto, el de profesor mercantil], dicha profesión habría de incluirse automáticamente en el ámbito de protección del artículo 321.1, olvidando así todo lo anteriormente expuesto al examinar la *ratio legis* de dicho precepto. No es, pues, el origen universitario o no del candidato a agente lo relevante a efectos de la protección penal acordada por el delito de intrusismo. Lo verdaderamente importante es que el título "en sí" de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, obviamente, no es un "título académico", puesto que ni su obtención requiere la realización de estudios superiores específicos ni es la autoridad académica quien lo concede, sino el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo; y que, por ello mismo, no puede incluirse dentro de los márgenes de la conducta tipificada en el artículo 321.1 del Código Penal la de quien realizare los actos propios de dicha profesión careciendo de la capacitación oficialmente reconocida que para ello se requiere.

Por todo ello, debe concluirse que, al condenar al recurrente como autor del delito de intrusismo tipificado en el artículo 321.1 del Código Penal, las sentencias impugnadas han llevado a cabo una aplicación extensiva *in malam partem* del término "título" contenido en dicho precepto que no es conforme a los valores y principios constitucionales. Aplicación extensiva que, frente a lo que sostiene el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de la Provincia de Alicante y el Ministerio Fiscal, no constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria en la que este Tribunal no podría entrar sin convertirse con ello en una última instancia, sino que, por el contrario, entra de lleno en el contenido constitucional del principio de legalidad penal. Lo que lleva a la estimación del presente recurso por infracción del artículo 25.1 CE.

### Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la nación española, ha decidido:

Otorgar el amparo solicitado por don Ángel Gonzalo Gonzalo y, en su virtud:

- 1º Reconocer el derecho del recurrente a no ser condenado por un hecho que no constituya delito.
- 2º Declarar la nulidad de las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Penal número 6 de Alicante, con fecha 8 de noviembre de 1990, y por la sección primera de la Audiencia Provincial de Alicante, con fecha 17 de enero de 1991.

Publíquese esta sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid a 25 de marzo de 1993.- Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.- Luis López Guerra.- Fernando García-Mon y González Regueral.- Carlos de la Vega Benayas.- Eugenio Díaz Eimil.- Álvaro Rodríguez Bereijo.- José Vicente Gimeno Sendra.- José Gabaldón López.- Rafael de Mendizábal Allende.- Julio Diego González Campos.- Pedro Cruz Villalón.- Carlos Viver y Pi-Sunyer.- Firmado y rubricado.

La aparición en el panorama jurídico-político de nuestro país de un órgano especializado—como lo es el Tribunal Constitucional—en controlar la constitucionalidad, no sólo de las normas, sino de cualquier actuación de la administración y, por tanto, también de la administración de justicia, obliga a resolver el problema de su ubicación—y de sus funciones— frente a esos “otros” tribunales, que hemos convenido en denominar “ordinarios”. No cabe duda de que si nuestro Tribunal Constitucional sólo entendiera de recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, limitándose a confrontar normas jurídicas de cualquier rango con las normas contenidas en la Constitución, el problema quedaría planteado—y resuelto— atendiendo a los propios límites formales de la naturaleza del objeto de litigio, pues se reservaría a los tribunales ordinarios el análisis—y la calificación jurídica— de los hechos en que se expresan los conflictos sociales, para cuya resolución nacieron las normas jurídicas que se consideren aplicables. De modo que, mientras el tribunal Constitucional analizaría la constitucionalidad de las **normas**, los Tribunales ordinarios analizarían la calificación jurídica de los **hechos**.

Sin embargo, nuestra Carta Magna ha instaurado—a mi juicio con acierto— el sistema de impugnación de la actuación de esos Tribunales mediante el recurso de amparo constitucional, lo cual obliga a deslindar con todo cuidado el terreno en que se mueven dichos órganos del que pertenece en exclusiva al órgano de control constitucional ya que, por la vía del recurso de amparo, la calificación jurídica de los hechos efectuada por el tribunal “a quo” se convierte, precisamente, en objeto de impugnación constitucional. Cabría decir, por consiguiente, que la culminación de la vía judicial ordinaria no implica necesariamente que se haya llegado a la solución definitiva del litigio, pues quedaría—en su caso— la posibilidad de impugnar esta “última” decisión judicial, provocando con ello un “aplazamiento” de la solución hasta el momento en que se pronuncie el Tribunal Constitucional.

Claro está que ello nunca podrá significar que **todo** proceso pudiera “llegar” hasta el Tribunal Constitucional, pues entonces éste se convertiría en un órgano judicial más, difuminándose por completo su naturaleza de Tribunal “no ordinario”, al colocarse en la cúspide del sistema judicial “ordinario”. Por este motivo, el Tribunal Constitucional ha construido su doctrina sobre la admisibilidad de recursos de amparo apoyándose en el artículo 50.1 c) LOTC, distinguiéndose, en virtud de dicho precepto, aquellas cuestiones que, suscitadas en la actuación de los Tribunales ordinarios, tengan—sin embargo—**relevancia constitucional** (excluyendo así, de raíz, la posibilidad de que **todo** procedimiento judicial—de cualquier orden— pueda, en última instancia, llegar hasta el Alto Tribunal), las cuales sí son admitidas; mientras que las llamadas **cuestiones de mera legalidad** (referidas al modo en que los Tribunales ordinarios aplicaron la ley) quedan fuera del alcance de un posible pronunciamiento del Alto Tribunal, produciéndose sistemáticamente su inadmisión. Al acoger semejante distinción, el Tribunal Constitucional español importa el criterio de selección de otros órganos extranjeros similares, como los de Estados Unidos o Alemania, lo cual parece concederle un “marchamo de calidad” que le hace in-

*la calificación jurídica de los hechos efectuada por el tribunal a quo se convierte, precisamente, en objeto de impugnación constitucional*

expugnable a cualquier crítica. Y sin embargo no es así. En efecto, se advierte en dicha doctrina una simplificación excesiva, ya que excluye por completo la posibilidad de que una **cuestión de mera legalidad** tenga, al mismo tiempo, **relevancia constitucional**, cuando lo cierto es que ese doble carácter se aprecia, como veremos, en el ámbito de actuación de los Tribunales Penales.

Ya en la conocida STC de 27 de junio de 1984, que resolvió—de una vez por todas— el problema planteado por el Tribunal Supremo al condenar a una mujer por someterse a una interrupción voluntaria del embarazo en Londres, el Alto Tribunal afirmó el derecho fundamental de todo ciudadano a no ver extendido el ámbito de aplicación de la ley penal en virtud de la interpretación de los tribunales. Sin embargo, aun tratándose sin duda de un precedente válido (el Tribunal Constitucional anuló pura y simplemente la sentencia condenatoria del Tribunal Supremo), lo cierto es que, por un lado, la interpretación extensiva *in malam partem* recaía, no sobre un precepto penal sustantivo, sino sobre las disposiciones que regulaban por aquel entonces la competencia territorial de los tribunales españoles; por otro lado, esa resolución aparece más como una excepción—motivada, quizá, por la trascendencia política del problema— que como una toma de posición firme y decidida. Por el contrario, la STC 111/1993, de 23 de marzo, por referirse a la aplicación inadecuada de un precepto penal sustantivo y, además, por la solidez y convicción de su fundamentación sí se muestra ya como un giro decidido en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la posición constitucional del juez penal y sobre el alcance del principio de legalidad reconocido en el artículo 25.1 CE.

El recurso de amparo se interpone contra una sentencia condenatoria por delito de intrusismo (art. 321.1 CP), la cual, a juicio del actor, infringe varios preceptos constitucionales y, entre ellos, el artículo 25.1 CE, alegándose en la demanda que el recurrente fue condenado en virtud de una interpretación extensiva del citado precepto: “pues no sólo no pueden identificarse los actos de mediación y corretaje propios de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria con la actividad desarrollada por el hoy demandante de amparo en virtud de un contrato de mandato, sino que la condena que le ha sido impuesta a título de intrusismo ha obedecido a una interpretación extensiva del citado precepto, así como del Decreto 3248/1969—al que el artículo 321.1 reenvía, dada su naturaleza de norma penal en blanco (y del que se cuestiona su propia constitucionalidad, aunque dicho aspecto quede al margen de este comentario)—, que resulta prohibida en virtud de las exigencias derivadas del principio consagrado en el artículo 25.1 CE”. Por otra parte, se impugna la interpretación que realizó el juzgador *a quo* sobre el “título”, como elemento del tipo previsto en el artículo 321.1, señalándose que no puede entenderse por tal cualquier titulación, sino solamente un “título académico” o, lo que es lo mismo un “título universitario”, lo cual restringiría el alcance

<sup>1</sup> La citada resolución se ha visto confirmada por otras posteriores (131/1993, 132/1993, 133/1993, 134/1993, 135/1993, 136/1993, 137/1993, 138/1993, 140/1993, 148/1993, 149/1993).



de la previsión típica, dejando fuera el supuesto de hecho enjuiciado y que dio pie a la condena.

Ya en anteriores ocasiones, demandas similares habían sucumbido bajo el peso de la doctrina del Tribunal Constitucional que, olvidando las particularidades propias de la Ley penal, se abstendían de valorar de un modo u otro la interpretación que los tribunales hacen de cualquier Ley –incluida la de la naturaleza penal–, considerando que se trataría en todo caso de una “cuestión de mera legalidad”, ajena por completo a la competencia del Alto Tribunal. Para comprobarlo, nada mejor que acudir al gran número de Autos de inadmisión que se han dictado, y en los que se ventilaba la capacidad del ciudadano para acudir al Tribunal Constitucional en demanda de amparo cuando consideraban “mal aplicada” la ley penal en su perjuicio. Entre otros cabe citar los siguientes: AATC 321/1984, de 30 de mayo (desórdenes públicos); 324/1984, de la misma fecha que la anterior (delito relativo de la prostitución); 455/1984, de 18 de julio (cheque descubierto); 487/1984, de 26 de julio (falta de imprudencia); 582/1984, de 10 de octubre (cheque en descubierto); 604/1984, de 17 de octubre (falsedad); 749/1984, de 28 de noviembre (apropiación indebida); 58/1985, de 30 de enero (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas); 888/1986, de 29 de octubre (imprudencia); 189/1989, de 17 de abril (simulación de delito). En todas las citadas resoluciones, el Alto Tribunal declara inadmisibles el recurso de amparo, pudiendo resumirse su argumentación como sigue: “el principio de legalidad impone al legislador el deber de conformar los tipos penales de acuerdo con determinadas garantías; asimismo el citado principio impide que los órganos judiciales califiquen como delitos unos hechos que no se encuentren legalmente tipificados. Pero de ello no cabe deducir que la conexión entre el principio de legalidad y el de tipicidad autorice a plantear ante este Tribunal en vía de amparo una cuestión que no supera los límites de la legalidad penal ordinaria, como es la relativa a la concurrencia o no de los elementos del tipo, la cual debe ser resuelta por los Jueces y Tribunales penales, cuya calificación no puede ser revisada por el Tribunal Constitucional, salvo los casos de error manifiesto.” (ATC 189/1989)

En realidad, la toma de postura frente al problema que nos ocupa se produjo ya en la importantísima Sentencia 89/1983, de 2 de noviembre, que cabe calificar de auténtico “manifiesto” sobre la posición constitucional del juez y su vinculación a la ley. En efecto, y aunque este sea el aspecto menos conocido de la citada resolución (siéndolo mucho más el reconocimiento de la constitucionalidad de la figura del delito continuado aún antes de hallarse expresamente previsto en el artículo 69 bis CP), en su Se-

gundo Fundamento jurídico afirma que “es absolutamente claro que la facultad de interpretar y aplicar la ley penal, subsumiendo en las normas los hechos que se llevan a su conocimiento, corresponde a los tribunales de ese orden (art. 117.3 CE)... pues, de otro modo, si se aceptase la rectificación que el recurrente nos propone entre la infracción de ley e infracción constitucional, el recurso constitucional de amparo resultaría desnaturalizado para transformarse en un recurso universal de casación, violentando lo dispuesto [en la LOTC]”.

Por todo ello, refiriéndome ahora a la STC 111/1993, no puede extrañar absolutamente nada que el Ministerio Fiscal rehace –así aparece en los Antecedentes de la Sentencia– la infracción del art. 25.1 CE por el hecho de haber procedido los órganos judiciales a la aplicación del art. 321.1 CP en un sentido u otro, ya que en su opinión la interpretación que de los tipos penales lleven a cabo los órganos judiciales constituye una cuestión de mera legalidad que no puede ser revisada por el Tribunal. Y en el mismo sentido se pronuncia el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmueble de la provincia de Alicante en su escrito de alegaciones. Opiniones, ambas, que coinciden literalmente con la clásica doctrina del Alto Tribunal, la cual, sin embargo, como se verá a continuación, experimenta con esta sentencia un giro copernicano, abriendo las puertas a la consideración del principio de determinación de la ley penal como un auténtico derecho fundamental

*Opiniones, ambas, que coinciden literalmente con la clásica doctrina del Alto Tribunal, la cual sin embargo, como se verá a continuación, experimenta con esta sentencia un giro copernicano, abriendo las puertas a la consideración del principio de determinación de la ley penal como un auténtico derecho fundamental*

de la ley penal como un auténtico derecho fundamental, coincidiendo su argumentación con la que he defendido en un recentísimo trabajo.<sup>2</sup>

De forma concisa, dicha tesis toma como firme punto de partida la propia concepción del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad. Aunque sean muchas las resoluciones que tratan sobre el tema e incluso las más antiguas (del año 1981) aludieran ya al principio de tipicidad como integrante básico del art. 25.1 CE, en mi opinión esa doctrina alcanza su más acabada expresión en la Sentencia 133/1987, de 21 de julio (que se cita, por otra parte, en la resolución cuyo comentario nos ocupa) afirmando que “el principio de legalidad es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del derecho estatal sancionador. En este sentido se vincula ante todo con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad, previsto en la Constitución como derecho fundamental de mayor alcance, así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales que garantizan los artículos 24.2 y 117.1 de la Constitución, especialmente cuando éste declara que los Jueces y Magistrados están sometidos únicamente al imperio de la Ley. De todo ello

2. García Rivas, El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional, ministerio de Justicia, Madrid, 1992.

se deduce que el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por lo menos, estas tres exigencias: la existencia de una Ley (*lex scripta*); que la Ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*); lo que significa un rechazo a la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador". Añadiendo poco después que "el principio de legalidad garantiza por un lado, el estricto sometimiento del juez a la ley penal, vedando todo margen de arbitrio o discrecionalidad en su aplicación, así como una interpretación analógica de la misma, y por otro la seguridad del ciudadano en cuanto a la certeza de la ley penal, cuya exigencia es inherente a dicho principio, le permite programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente." Alejándose como se ve, de cualquier formalismo, el Tribunal Constitucional apuesta aquí por un principio de legalidad pluridimensional, diseñado como una tupida red de garantías entre las cuales se cita la interdicción de la arbitrariedad de los jueces en el momento de aplicar la ley, con la finalidad última de que los ciudadanos de nuestro país no vean invadidas, de forma imprevista, parcelas de libertad.

Desde la Teoría del Derecho, se explica esta auténtica "expansión" del principio de legalidad mediante las aportaciones de la moderna hermenéutica jurídica (Gadamer, Esser, Perelman, Hassemer), que ha descrito el método de actuación judicial desde un prisma muy alejado del clásico (y falso) de la mera subunción de los hechos en la Ley. La realidad demuestra, en opinión de estos autores, que inevitablemente el juez crea Derecho (aunque no sea en el sentido "fuerte" de la expresión) y que la norma, como elemento regulador de conflictos sociales, sólo alcanza su forma auténtica cuando es aplicada por el juez, quien elabora su decisión sirviéndose de mimbres de toda clase, desde su propia ideología hasta su perspicacia a la hora de concretar la realidad que se somete a su juicio, pasando por sus conocimientos técnicos. Con estos —y aún otros— elementos el encargado de aplicar la ley elabora su decisión con mayor o menor fortuna amparándose siempre en una argumentación convincente. Debe convencer a las partes y a la sociedad de que esa es la decisión correcta. En consecuencia, a la pregunta de si tal o cual hecho se halla castigado por la ley penal no se podrá responder con "certeza" hasta que el propio juez haya procedido a aplicar la ley y a explicar con argumentos su decisión positiva o negativa.

Y siendo ello así, la garantía que para el ciudadano supone la exigencia de determinación de la ley penal no puede abarcar únicamente el proceso de gestación de la misma, contentándose con impedir, v. gr., la utilización de elementos típicos de por sí portadores de indeterminación —como las cláusulas generales— sino que necesariamente debe referirse también a la labor aplicativa de los jueces. Con ello alcanza su exacta significación la "declaración de principios" realizada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 133/87; pero al mismo tiempo, se coloca una carga de profundidad en la doctrina de ese Tribunal sobre las "cuestiones de mera legalidad" cuando el problema tratado sea de índole penal, ya que una aplicación incorrecta de esa legalidad sí vulnera un derecho fundamental: el previsto en el art. 25.1 CE, relativo a la determinación de la ley penal.<sup>3</sup>

La fundamentación jurídica de la Sentencia 111/1993 parece asumir este planteamiento, dejando a un lado —por

inoportuna— la negativa del Ministerio Fiscal, es decir, su propia doctrina anterior.

En efecto, lejos de considerar que la interpretación de la ley penal es una "cuestión de mera legalidad", el Tribunal entra de lleno a analizar los parámetros interpretativos de que sirvió la Audiencia Provincial de Alicante al condenar al recurrente y, en concreto, y muy especialmente, si al exigir el art. 321.1 CP que el autor ejerza actos propios de la profesión sin poseer el correspondiente título oficial, se está refiriendo a un título académico (o universitario —dice la Sentencia—) o a un título cualquiera. Se trata, pues, de una dificultad o ambigüedad interpretativa que resulta imperceptible en la propia redacción de la ley, haciéndose visible sólo cuando el juez afronta la tarea de aplicarla. No es por ello extraño que el resultado de esa interpretación varíe según cuál sea el órgano judicial que la efectúe, lo que da pie a sorprendentes desigualdades en la aplicación de la ley penal. Así lo confirma la propia Sentencia cuando alude a "la abundancia de fallos absolutorios de la jurisdicción penal ordinaria —eso sí, geográficamente delimitados— basados en la identificación del título aludido en el artículo 321.1 del Código Penal con un título académico". Pero el problema se agudiza todavía más —como ya señalé en mi trabajo citado— cuando el propio Tribunal Supremo dicta sentencias contradictorias, manteniéndose en general la equiparación entre título oficial y título académico (así, v. gr. la STS de 6 de junio de 1989), pero ampliando en algún caso (STS 13 de mayo de 1989) el sentido de la expresión hasta recoger en el mismo a cualquier clase de titulación. La polémica es, por tanto, anti-gua; y la doctrina se ha ocupado de ella.<sup>4</sup>

Lo que ahora cabe decir es que cuando se producen tales divergencias interpretativas existe un serio indicio de indeterminación, pues el ciudadano no podrá programar en absoluto sus comportamientos sin temor a posibles condenas (STC 133/1987). Lo cual implica que, en lo referente a la ley penal, la conocida doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (derivado del art. 14 CE) afecta seriamente a otro derecho fundamental: el relativo a la determinación de la propia ley penal, que comprende también —como se ha dicho— la fase de aplicación. En tales casos, el ciudadano tiene derecho (fundamental) a que el Tribunal Constitucional, mediante una Sentencia interpretativa, cuál de las posibles interpretaciones del precepto penal es la correcta, imprimiendo así (en virtud de la obligación de los tribunales ordinarios de seguir la doctrina emanada de las Sentencias del Tribunal Constitucional) un sentido unívoco a la ley penal, ofreciendo con ello al ciudadano esa seguridad que está en la base del derecho reconocido en el art. 25.1 CE. Y si dicha solución no fuera viable debería activarse el mecanismo previsto en el art. 55.2 LOTC (es decir, la conocida como "autocuestión de inconstitucionalidad"), para expulsar del ordenamiento una norma penal incapaz de expresar con un mensaje mínimo determinado el área de conductas punibles.

Consecuentemente con este planteamiento, la STC 111/1993 aborda la tarea de interpretar de manera correcta el art. 321.1 CP, iniciándose la misma a partir del criterio interpretativo histórico, es decir, de los indicios que ofre-

3 Vid., extensamente, en García Rivas, Op. cit. pág. 45-58, y un enfoque global del problema en la excelente monografía de Prieto Sanchis, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.

4 Así se anticipaba ya en García Rivas, Op. cit. pág. 11, nota, citando el trabajo de Luzón Peña, "El título académico oficial en el delito de intrusismo. Comentario a las sentencias TS (Sala Segunda) de 13 de mayo y 6 de junio de 1989", en *La Ley*, 1989-4, pág. 497 ss., donde se adhiere a la interpretación tradicional más restrictiva.



ce su gestación. Y se comprueba que el citado precepto procede de la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961, cuya base quinta aludía a "título académico oficial o reconocido por las Leyes del Estado o los Convenios Internacionales", redacción lo suficientemente ambigua como para no aclarar la cuestión, aunque el Tribunal Constitucional considere, por el contrario, que en esa disposición se vinculaba totalmente el título con el adjetivo "académico", desviándose después ilegalmente el Decreto de 24 de enero de 1963 (que desarrolló la Ley de Bases) de su genuino antecedente (y superior jerárquico) al referirse de manera inconcreta a "título oficial", tal y como se recoge todavía hoy en nuestra legislación punitiva.

La cuestión ha recibido respuestas encontradas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Aunque la tendencia general haya sido exigir para la tipicidad de la conducta que los actos realizados sean propios de una profesión para cuyo ejercicio se requiera título académico, con distintas argumentaciones, algún autor ha afirmado que el art. 321.1 CP es aplicable en relación con cualquier profesión<sup>5</sup> y asimismo la citada STS de 13 de mayo de 1989 afirmaba que "La solución a la que se llega en la doctrina [S.C. mayoritaria] resulta más limitada de lo que el objeto de protección de la norma requiere", entendiéndose que la norma pretende tutelar el poder de policía del Estado sobre el ejercicio de determinadas profesiones, previniendo así los posibles daños que pudieran causarse a los ciudadanos por dicho ejercicio sin poseer la capacitación suficiente; y concluye la resolución afirmando que "partiendo del bien jurídico protegido, entonces, el concepto de título oficial se debe vincular con la autoridad que lo expide y con la finalidad policial (sic) de garantizar al público la capacidad técnica de una persona", lo que lleva a mantener una interpretación amplia de la expresión que nos ocupa.

Paradójicamente, la interpretación restrictiva es mantenida, por ejemplo, en la STS de 6 de junio de 1989, la cual, sin embargo, concluye afirmando que ejercer la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria constituye delito de intrusismo pues se trata de un título que exige en ciertos casos, previamente, estar en posesión de un título universitario. La paradoja estriba en que la STC 111/1993 anula precisamente una condena por el mismo hecho, pero manteniendo —a su vez— una interpretación también restrictiva; lo cual indica que el enfoque dado por el Alto Tribunal al problema es completamente distinto al usual.

En efecto la STC 111/1993 sitúa el eje hermenéutico en la determinación del bien jurídico tutelado, lo que delimita el alcance protector de la norma penal y, por consiguiente, el área de las conductas punibles. Para ello, comienza negando que el legislador pretenda sancionar la mera vulneración de los poderes de la policía que el Estado ejerce sobre todas aquellas profesiones que, de una u otra manera, están sometidas a un mayor o menor grado de control público", lo que parece razonable desde una perspectiva democrática de materialización de concepto de bien jurídico, huyendo de la criminalización de meras infracciones formales. Materialización que la STC

111/1993 lleva a cabo, además, recurriendo a la propia doctrina del Alto Tribunal sobre el art. 35 CE, que reconoce el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, doctrina desde la que se "perfilan la posibilidad de diversos grados de control estatal de las actividades profesionales según sea la mayor o menor importancia constitucional de los intereses que con su ejercicio se ponen en juego" (FJ 9); lo que lleva a rechazar de plano lo afirmado por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 13 de mayo de 1989: "Lo decisivo, por lo tanto —se decía en ella—, es quien otorga el título y no a qué actividad se refiere"; muy al contrario, el Alto Tribunal opina que lo verdaderamente importante es que existen 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 aquellos 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 pudiera suponer la lesión o puesta en peligro de tales bienes jurídicos". De manera que únicamente adquirirá relevancia típica la conducta usurpadora de un sujeto que genere en la comunidad un riesgo por actuar aquél en un ámbito especialmente sensible, donde los ciudadanos aspiran con particular interés a una actuación profesional cuya garantía viene dada por la posesión de un título académico.

Ahora bien, la aportación fundamental de la Sentencia en orden a la aplicación del precepto penal que nos ocupa reside en que prescinde por completo del criterio meramente formal de la exigencia del título académico, pues aun cuando la profesión ejercida por el usurpador lo requiera, el hecho no sería todavía típico si la actividad realizada no supone un peligro para esos bienes jurídicos personales que se citan en la Sentencia. Centrada así la cuestión, continúa diciendo: "en tanto que la protección y control de aquellas profesiones que inciden sobre intereses sociales de menor entidad —cual es, sin duda, el caso del patrimonio inmobiliario— quedarían, respectivamente, satisfechas, en su caso, mediante el requerimiento de una simple capacitación oficial para su ejercicio, y con la mera imposición, en su caso, de una sanción administrativa quienes realizaren «actos propios» de la misma sin estar en posesión de dicha capacitación. Ningún interés público esencial se advierte en la exigencia de un título para la intermediación en el mercado inmobiliario que no responde sino a intereses privados o colegiales, legítimos y respetables, pero insuficientes por sí solos para justificar la amenaza de una sanción penal como la aquí aplicada." (FJ 9) Dicho lo cual, bien podría darse por concluido el ítem argumentativo del Alto Tribunal, pues atendiendo a esa interpretación teleológica, es bien patente que la conducta consistente en ejercer como agente inmobiliario sin título quede fuera del alcance típico del art. 321.1 CP.

Sin embargo, lejos de ello, la Sentencia —con el afán de cumplir en extremo con el principio de congruencia— se enfrenta con la cuestión planteada expresamente por el recurrente, e intenta averiguar si el ejercicio de la citada profesión exige o no la posesión de un título académico. Resulta evidente, empero, que la solución de este problema no pone ni quita nada al fallo del Alto Tribunal, pues el mismo ya ha quedado firmemente asentado en la anterior argumentación. Tanto es así que la propia Sentencia reconoce que "el hecho de que se requiera o no la condición de titulado universitario para tener acceso a la obtención del "título" de Agente de la Propiedad Inmobiliaria es indiferente a los efectos

5 Ambas posturas doctrinales son expuestas por Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 8 ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1990, pp. 566-567. Y por Orts Berenguer, en Cobo Del Rosal y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch, 3 ed., Valencia, pp. 272-273.

tos que aquí interesan" (FJ 10) Pese a ello, solventa este problema "formal", afirmando que lo verdaderamente importante es que el título de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, obviamente, no es un "título académico", puesto que ni su obtención requiere la realización de estudios superiores específicos ni es la autoridad académica quien lo concede, sino el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo" (FJ 10). Ahora bien, se reconoce que tampoco sería típica la conducta si en el futuro se exigiera realizar una carrera universitaria para ejercer como Agente, luego –insisto– lo mismo da que se exija ahora o no.

La enorme importancia de la STC 111/1993 se aprecia, sobre todo, en su conclusión, donde asume hasta sus últimas consecuencias las exigencias materiales del principio de legalidad (expresadas ya en la STC 133/1987 de 21 de julio) y, en particular, el derecho fundamental de todo ciudadano (garantizado mediante el recurso de amparo) a no padecer una interpretación extensiva o analógica de la ley penal, pudiendo programar así, sin temor alguno, sus propias conductas. En efecto, el último párrafo de la Sentencia supone un giro copernicano en la doctrina del Alto Tribunal: "por todo ello –afirma–, debe concluirse que, al condenar al recurrente como autor del delito de intrusismo tipificado en el art. 321.1 del Código Penal, las Sentencias impugnadas han llevado a cabo una aplicación expansiva *in malam partem* del término "título" contenida en dicho precepto que no es conforme a los principios y valores constitucionales. Aplicación extensiva que, frente a la que sostienen el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de la provincia de Alicante y el Ministerio Fiscal, no constituyen una cuestión de mera legalidad ordinaria en la que este Tribunal no podría entrar sin convertirse con ello en una última instancia, sino que, por

el contrario, entra de lleno en el contenido constitucional del principio de legalidad penal. Lo que lleva a la estimación del presente recurso por infracción del art. 25.1 CE"; y declara –en el fallo– la nulidad de las Sentencias condenatorias (la del Juzgado de lo Penal y la de la Audiencia Provincial, en apelación), reconociendo formalmente el derecho del recurrente a no ser condenado por un hecho que no constituya delito.

No obstante, tampoco conviene perder de vista otro de los "valores" de la Sentencia, cual es el reconocimiento implícito de que el llamado "principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o –mejor– "principio de ofensividad" no agota su alcance en la labor de selección de conductas punibles que lleva a cabo el legislador (como piensa la mayoría de la doctrina), sino que permite a los jueces, en la fase ulterior de interpretación de la norma misma, restringir el ámbito de aplicación de un tipo penal atendiendo a la configuración constitucional del bien jurídico protegido, es decir, a los valores e intereses constitucionales, que se hallan siempre por encima de los que un día –lejano o no– quisiera expresar el legislador. En mi opinión, sólo si se acepta esta vertiente aplicativa del principio de ofensividad, adquiere su cabal dimensión el denominado "principio de interpretación conforme a la Constitución", que no debería observarse sólo desde su cara negativa, es decir, como limitación a la facultad judicial de elevar cuestiones de inconstitucionalidad, sino también en su aspecto positivo: permite cohonestar la labor del juez penal con los valores esenciales de la comunidad, autorizándole a limitar el alcance de los tipos penales a las conductas efectivamente lesivas (o peligrosas) respecto de bienes jurídicos configurados conforme a los parámetros constitucionales.<sup>6</sup> **D&S**

6 Bricola, en su famoso trabajo "Teoria generale del reato" en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XXIII, Turin, 1973, proclamaba la necesidad de dar un contenido realmente material a la antijuricidad, exigiendo que, además de la correspondencia formal entre la conducta realizada y el supuesto de hecho previsto en la norma penal, el sujeto hubiera puesto en peligro (real) el bien jurídico protegido. Ese mismo postulado, ha sido acogido últimamente en las bases para la reforma del Código Penal italiano (*Quaderni Giustizia*, 1, 1992), así como en el Anteproyecto de Código Penal español cuyo artículo 3.1 afirmaba que "La pena presupone la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos", precepto que ha desaparecido después en el Proyecto de 1992 y que, evidentemente, no constituía un mandato dirigido al legislador, que es quien lo proclama, sino a los encargados de aplicar el Código. El principio tiene enorme relevancia, pues permite solucionar con éxito problemas sociales tan importantes hoy en día como la insumisión. En efecto, tal y como he afirmado en otros lugares (GARCÍA RIVAS, "Tratamiento jurídico penal de la insumisión" en *Actas del Curso de Verano de San Roque - 1991*, pág. B-13 ss., y –después de la reforma producida tras la LO 13/1991 de 20 de diciembre– en "Los delitos de

insumisión en la legislación española", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992-3, en prensa) no basta con que el objeto se niegue a cumplir el PSS para considerarle autor de un ilícito penal. Delimitando el bien jurídico protegido en la defensa civil del Estado (art. 30 CE, en relación con el art. 21 de la LO 6/1980, de 1 de julio, de Defensa Nacional, el juez sólo podrá condenar al objeto si la misión encomendada al mismo tuviera alguna relación con ese bien jurídico-penal y no en otro caso, ya que entonces no existiría interés merecedor de protección penal y el eventual castigo que se aplicaría vendría justificado exclusivamente en la desobediencia de las leyes. Con ello se reforzaría la autonomía valorativa (en consonancia con la Constitución) del juez penal, frente a los abusos del poder legislativo, que en numerosas ocasiones –y en esta en concreto– invade zonas que debería considerar inmunes si siguiera estrictamente el dictado constitucional. La STC 111/1993 considera plausible la restricción judicial del campo de aplicación de un tipo penal, en virtud de las normas y valores constitucionales, con lo que parece confirmar la posibilidad de restringir el radio de acción de los delitos de insumisión tal y como se ha descrito.